



**Scuola interregionale Puglia, Campania, Basilicata e Calabria**

*SEMINARIO*

*Le principali novità in materia di appalti pubblici*

**Carlo Buonauro**

**NOVITÀ IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Bari, 11 marzo 2010  
Lecce, 12 marzo 2010  
Lamezia Terme, 22 marzo 2010

# NOVITÀ IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

## MODIFICHE AGLI ARTT. 34, 35 E 38 DEL D.LGS. 163/2006

\* \* \*

1) La Legge 15 luglio 2009, n. 94, (in GU n. 170 del 24 luglio 2009) ha apportato delle modifiche all'articolo 38 del Codice (D.Lgs 163/2006) che disciplina i requisiti di ordine generale dei partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di pubblici contratti. La lettera *m-ter*) dell'art. 38 del Codice introdotta dalla legge 94/2009 prevede l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione di appalti per coloro che, vittime del reato di concussione ovvero quello di estorsione, aggravati dalla finalità di favorire associazioni di natura criminale e di stampo mafioso, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria. La causa di cui alla lettera *m-ter*) non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nella quale si trovava la vittima del reato, ovvero la necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

L'articolo dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

*“di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime di reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti alla autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio”.*

La nuova causa di esclusione si applica ai bandi pubblicati successivamente l'**8 agosto 2009**.

\* \* \*

2) Art. 3, comma 2, LEGGE 20 novembre 2009, n. 166, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”. (GU n. 274 del 24-11-2009 - Suppl. Ordinario n. 215)

Modifica il codice degli appalti, così disponendo:

“1. All'articolo 38, comma 1, del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), dopo la lettera m-ter) è aggiunta, in fine, la seguente:

*«m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.».*

2. All'articolo 38, comma 2, del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), è aggiunto, in fine, il seguente periodo:

*«Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.».*

3. L'articolo 34, comma 2, del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), è abrogato.

4. All'articolo 49, comma 2, lettera e), del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), le parole: «né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara» sono soppresse.

5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”.

**L'articolo 38 del dlgs 163 (Codice Appalti) così come modificato dalla Legge 166 reca il seguente tenore:**

Art. 38. *Requisiti di ordine generale* (art. 45, dir. 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;  
b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il

*direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;*

*c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;*

*d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;*

*e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;*

*f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;*

*g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;*

*h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; (lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 2008)*

*i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;*

*l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;*

*m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; (lettera così modificata dall'art. 3, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)*

*m-bis) nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico. (lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 113 del 2007, poi modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 2008)*

*m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo*

*stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; (lettera aggiunta dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009)*

*m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. (lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, legge n. 166 del 2009)*  
*1-bis. I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario. (comma introdotto dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009)*

*2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: (comma così modificato dall'art. 3, comma 2, legge n. 166 del 2009)*

*a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura;*

*b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.*

*3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora articolo 90, comma 9, del decreto legislativo n. 81 del 2008) e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.*

*4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.*

*5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o*

*amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.*

**Corte di Giustizia Europea, Sezione IV, Sentenza 19 maggio 2009**

*«Direttiva 92/50/CEE – Art. 29, primo comma – Appalti pubblici di servizi – Normativa nazionale che non autorizza la partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione, in modo concorrente, di società aventi fra loro un rapporto di controllo o d'influenza notevole»*

Nel procedimento C-538/07,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con decisione 14 novembre 2007, pervenuta in cancelleria il 3 dicembre 2007, nella causa

Assitur Srl contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

e nei confronti di: SDA Express Courier SpA, Poste Italiane SpA,

LA CORTE (Quarta Sezione),

omissis

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

2 La questione è sorta nell'ambito di una controversia tra l'Assitur Srl (in prosieguo: l'«Assitur») e la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, in merito alla compatibilità con le disposizioni e i principi summenzionati di una normativa nazionale che vieta la partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto, in modo separato e concorrente, di società tra le quali sussista un rapporto di controllo o delle quali una eserciti sulle altre un'influenza notevole.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 29 della direttiva 92/50, contenuto nel capitolo 2 di quest'ultima, recante il titolo «Criteri di selezione qualitativa», al suo primo comma dispone quanto segue:

«Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale:

a) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali;

b) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali;

c) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato;

d) si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione [aggiudicatrice];

e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione [aggiudicatrice];

f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione [aggiudicatrice];

g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni».

4 L'art. 3, n. 4, secondo e terzo comma, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54),

definisce le nozioni di «imprese collegate» e di «influenza dominante» tra imprese. Per quanto riguarda i contratti di concessione di lavori pubblici, esso prevede quanto segue:

«Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate per ottenere la concessione né le imprese ad esse collegate.

Per “impresa collegata” s’intende qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un’influenza dominante, o qualsiasi impresa che può esercitare un’influenza dominante [sul concessionario o che, come il concessionario, è soggetta all’influenza dominante] di un’altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l’impresa stessa. L’influenza dominante è presunta quando un’impresa direttamente o indirettamente, nei confronti di un’altra impresa:

- detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell’impresa, o
- dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell’impresa, o
- può designare più della metà dei membri dell’organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell’impresa».

La normativa nazionale

5 La direttiva 92/50 è stata trasposta nel diritto italiano dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (Supplemento ordinario alla GURI n. 104 del 6 maggio 1995). Questo decreto legislativo non prevede un divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di servizi a carico di imprese tra le quali esistano rapporti di controllo o che siano tra loro collegate.

6 L’art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici (GURI n. 41 del 19 febbraio 1994; in prosieguo: la «legge n. 109/1994»), stabilisce quanto segue:

«Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall’articolo 2359 del codice civile».

7 L’art. 2359 del codice civile italiano, intitolato «Società controllate e società collegate», è così formulato:

«Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati».

8 Le procedure di affidamento degli appalti pubblici nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture sono disciplinate attualmente, nel loro insieme, dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»). L’art. 34, ultimo comma, di tale decreto legislativo così dispone:

«Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi».

Causa principale e questione pregiudiziale

9 Con bando di gara del 30 settembre 2003, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano ha indetto un pubblico incanto per l’affidamento, in base al criterio del

prezzo più basso, del servizio di corriere per il ritiro e la consegna della corrispondenza e di documentazione varia per conto della Camera di Commercio stessa e della sua azienda speciale CedCamera, per un triennio corrispondente agli anni 2004-2006. Questo appalto riguardava un importo pari a EUR 530 000 non comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto.

10 In esito all'esame della documentazione presentata dagli interessati, sono risultate ammesse alla gara la SDA Express Courier SpA (in prosieguo: la «SDA»), la Poste Italiane SpA (in prosieguo: la «Poste Italiane») e l'Assitur.

11 Il 12 novembre 2003 l'Assitur ha chiesto l'esclusione dalla procedura di gara della SDA e della Poste Italiane, in ragione dei rapporti esistenti tra queste due società.

12 Dalla verifica imposta a tale riguardo dalla commissione di gara è emerso che la totalità del capitale sociale della SDA era detenuta dall'Attività Mobiliari SpA, a sua volta interamente partecipata dalla Poste Italiane. Tuttavia, dato che il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, che disciplinava gli appalti di servizi, non prevedeva alcun divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione a carico di imprese aventi fra loro un rapporto di controllo, e che la verifica effettuata non aveva messo in luce indizi gravi e concordanti che consentissero di ritenere che i principi di concorrenza e di segretezza delle offerte fossero stati violati nella fattispecie, l'ente appaltante, con determinazione del 2 dicembre 2003, n. 712, ha deciso di aggiudicare l'appalto alla SDA, che aveva presentato l'offerta più bassa.

13 L'Assitur ha chiesto l'annullamento di questa decisione dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Essa ha fatto valere che, conformemente all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, a suo parere applicabile anche agli appalti di servizi in assenza di una diversa normativa espressa, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto escludere dalla gara d'appalto le società che si trovavano fra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile italiano.

14 Il giudice del rinvio rileva che l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, che disciplina specificamente gli appalti di lavori, stabilisce una presunzione assoluta di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante. Di conseguenza, gli operatori economici interessati non sarebbero ritenuti dal legislatore in grado di formulare offerte tali da dimostrare l'indipendenza, la serietà e l'affidabilità necessarie, in quanto essi sarebbero legati da una stretta comunanza di interessi. La disposizione suddetta vieterebbe dunque alle imprese aventi rapporti siffatti di partecipare in modo concorrente ad una medesima gara e, nel caso in cui sia accertata una simile partecipazione, queste imprese sarebbero obbligatoriamente escluse dalla procedura di aggiudicazione. Tale giudice osserva altresì che la nozione di «impresa controllata» nel diritto italiano è analoga a quella di «impresa collegata» quale definita all'art. 3, n. 4, della direttiva 93/37.

15 Il giudice del rinvio rileva anche che la giurisprudenza italiana riconosce ad una statuizione come quella enunciata all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 il valore di norma di ordine pubblico, applicabile in via generale. Questa norma sarebbe in realtà l'espressione di un principio generale che trascende la materia dei lavori pubblici proiettandosi altresì alle procedure di aggiudicazione nei settori dei servizi e delle forniture, nonostante il fatto che, in questi ultimi, non esista una siffatta specifica disposizione. Il legislatore avrebbe confermato tale approccio giurisprudenziale con l'adozione dell'art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/2006, che disciplina attualmente l'intera materia degli appalti pubblici; quest'ultima normativa, tuttavia, non è applicabile, *ratione temporis*, alla presente causa.

16 Il giudice nazionale si chiede nondimeno se il regime così delineato sia compatibile con l'ordinamento giuridico comunitario e, in particolare, con l'art. 29 della direttiva 92/50, come interpretato dalla Corte nella sentenza 9 febbraio 2006, cause riunite C-226/04 e C-228/04, La Cascina e a. (Racc. pag. I-1347, punti 21-23). Tale disposizione, che costituisce l'espressione del principio del «favor participationis», vale a dire dell'interesse a che il maggior numero possibile di imprese partecipi ad una gara d'appalto, conterrebbe, secondo detta pronuncia, un elenco tassativo delle cause di esclusione dalla partecipazione ad un appalto di servizi. Tra queste cause non rientrerebbe il caso di società legate fra loro da un rapporto di controllo o d'influenza notevole.

17 Il giudice del rinvio, tuttavia, ritiene che l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 costituisca l'espressione del principio di libera concorrenza, in quanto è diretto a sanzionare ogni comportamento collusivo di imprese nell'ambito di una procedura di gara. Di conseguenza, esso sarebbe stato adottato in rigorosa conformità al Trattato CE, in particolare agli artt. 81 e segg. di quest'ultimo, e non sarebbe realmente in contrasto con l'art. 29 della direttiva 92/50.

18 Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'art. 29 della direttiva 92/50 (...), nel prevedere sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un "numerus clausus" di ipotesi ostative e, quindi, inibisca all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 (ora sostituito dall'art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/06) di stabilire il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo».

Sulla questione pregiudiziale

19 Al fine di risolvere tale questione si deve rilevare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le sette ipotesi di esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico previste dall'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 si riferiscono all'onestà professionale, alla solvibilità o all'affidabilità dell'interessato, vale a dire alle qualità professionali di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza La Cascina e a., cit., punto 21).

20 La Corte, per quanto riguarda l'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37, che riprende le stesse ipotesi di esclusione previste dall'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50, ha sottolineato che la volontà del legislatore comunitario è stata quella di prendere in considerazione in tale disposizione soltanto cause di esclusione riguardanti unicamente le qualità professionali degli interessati. Nella misura in cui essa ribadisce siffatte cause di esclusione, tale elenco è stato considerato tassativo dalla Corte (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 42 e 43 nonché la giurisprudenza ivi citata).

21 La Corte ha aggiunto che questo elenco tassativo non esclude tuttavia la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza Michaniki, cit., punti 44-48 e la giurisprudenza ivi citata).

22 È palese che una misura legislativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale è intesa a scongiurare ogni possibile forma di collusione tra i partecipanti ad una medesima procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nonché a tutelare la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza della procedura.

23 Si deve dunque affermare che l'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.

24 Ne consegue che la conformità al diritto comunitario della normativa nazionale in questione nella causa principale deve essere ulteriormente esaminata alla luce del principio di proporzionalità.

25 A tale riguardo, va ricordato che le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state adottate nell'ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 2).

26 In tale contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto.

27 Dalla decisione di rinvio risulta che la disposizione in questione nel procedimento a quo, redatta in termini chiari e perentori, comporta per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d'appalto le imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo, quali quelli previsti dalla normativa nazionale oggetto della causa principale.

28 Tuttavia, sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario.

29 Pertanto, è giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

30 Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (v., in tal senso, sentenze 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, Fabricom, Racc. pag. I-1559, punti 33 e 35, nonché Michaniki, cit., punto 62).

31 A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto.

32 In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura.

33 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione sollevata dichiarando quanto segue:

- l'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità, e
- il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali

sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Sulle spese

34 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi,

la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.

Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Firme

\* \* \*

3) Nozioni di "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" - Nozione di "operatore economico" - 34 del decreto legislativo n.163/2006, intitolato "Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"

### **CORTE DI GIUSTIZIA CE - UE - Sentenza 23 dicembre 2009, n. C-305/08**

*"Appalti pubblici di servizi - Direttiva 2004/18 - Nozioni di "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" - Nozione di "operatore economico" - Università e istituti di ricerca - Raggruppamento ("consorzio") costituito da università e amministrazioni pubbliche - Preminente finalità statutaria non lucrativa - Ammissione alla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico"*

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art.1, nn.2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GUL134, pag.114).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (raggruppamento interuniversitario per le scienze del mare, in prosieguo: il "CoNISMa") alla Regione Marche in merito alla decisione di quest'ultima di non ammettere detto Consorzio a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 Il quarto 'considerandò della direttiva 2004/18 enuncia quanto segue:

"Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati".

4 Ai sensi dell'art.1, n.2, lett.a), della medesima direttiva:

“Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva”.

5 L’art.1, n.8, della suddetta direttiva così dispone:

“I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Il termine “operatore economico” comprende l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo.

(...)”.

6 L’art.1, n.9, della direttiva stessa è formulato nei seguenti termini:

“Si considerano “amministrazioni aggiudicatrici”: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per “organismo di diritto pubblico” s’intende qualsiasi organismo:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

b) dotato di personalità giuridica, e

c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)”.

7 L’art.4 della direttiva 2004/18, intitolato “Operatori economici”, così prevede:

“1. I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l’appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

(...)

2. I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l’appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell’appalto”.

8 L’art.44 della direttiva, intitolato “Accertamento dell’idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione”, così dispone al suo n.1:

“L’aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell’articolo 24, previo accertamento dell’idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3”.

9 L’art.55 della direttiva 2004/18, intitolato “Offerte anormalmente basse”, enuncia quanto segue:

“1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

a) l’economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;

- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
- e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite.

3. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione".

La normativa nazionale

10 A norma dell'art.3, commi 19 e 22, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURIn.100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il "decreto legislativo n.163/2006"):

"19. I termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n.240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

(...)

22. Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi".

11 L'art.34 del decreto legislativo n.163/2006, intitolato "Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici (artt.4 e 5 direttiva 2004/18)", prevede quanto segue:

"1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...);
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (...);
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società (...);
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...); (...)".

12 In epoca successiva ai fatti della causa principale, il decreto legislativo 11 settembre 2008, n.152 (GURI n.231 del 2 ottobre 2008), ha aggiunto all'elenco di cui sopra il seguente punto:

"f bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi".

13 Infine, ai sensi dell'art.2082 del codice civile italiano, l'"imprenditore" è il soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Causa principale e questioni pregiudiziali

14 Dalla decisione di rinvio risulta che la Regione Marche ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di servizi avente ad oggetto l'acquisizione di rilievi marini sismostratigrafici, l'esecuzione di carotaggi e il prelievo di campioni in mare nella fascia costiera compresa tra Pesaro e Civitanova Marche.

15 Il CoNISMa si è candidato per tale gara. Dopo aver formulato alcune riserve in ordine all'ammissibilità del CoNISMa alla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di escluderla mediante decisioni in data 4, 18 e 23 aprile 2007.

16 Il CoNISMa ha impugnato detta esclusione con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (procedimento specifico previsto dall'ordinamento giuridico italiano) sostenendo che interpretare l'art.34 del decreto legislativo n.163/2006 come recante un elenco tassativo che non include le università e gli istituti di ricerca, con la conseguente non ammissione di questi ultimi a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non sarebbe compatibile con le disposizioni della direttiva 2004/18. Nell'ambito del procedimento di ricorso straordinario, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio ha chiesto il parere del Consiglio di Stato, come previsto dalla normativa nazionale pertinente.

17 Il giudice del rinvio osserva che, al fine di rendere il proprio parere, deve stabilire se un raggruppamento interuniversitario quale il CoNISMa possa essere considerato come un "operatore economico" ai sensi della direttiva 2004/18 e se, pertanto, sia ammesso a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi come quella oggetto della causa principale. Il giudice del rinvio esprime in proposito alcune riserve, fondate sulle seguenti considerazioni.

18 In via preliminare, il Consiglio di Stato rileva che il CoNISMa è un raggruppamento ("consorzio") costituito da ventiquattro università italiane e da tre ministeri. In base al suo statuto, esso non perseguirebbe scopo di lucro e si proporrebbe di promuovere nonché di coordinare le ricerche e le altre attività scientifiche e applicative nel settore delle scienze del mare tra le università aderenti al raggruppamento. Esso potrebbe partecipare a procedure di gara e ad altre procedure di evidenza pubblica indette dalle amministrazioni pubbliche e dalle società operanti nel settore pubblico e in quello privato. Le sue attività sarebbero finanziate principalmente attraverso fondi concessi dal Ministero dell'Università e della Ricerca e da altre amministrazioni pubbliche, nonché da enti pubblici o privati, italiani o stranieri.

19 In primo luogo, il Consiglio di Stato richiama l'art.1, lett.c), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GUL209, pag.1), alla quale è succeduta la direttiva 2004/18, a norma del quale s'intendono per "prestatori di servizi" le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi", e osserva che tale formulazione sembra rivelare l'intenzione di riservare la possibilità di contrattare con le amministrazioni aggiudicatrici ai soggetti che svolgono "istituzionalmente" l'attività corrispondente alla prestazione che dovrà essere fornita nell'ambito dell'appalto di cui trattasi. Stando a tale tesi, potrebbero partecipare a gare d'appalto, oltre agli operatori economici privati, soltanto gli organismi pubblici che forniscono a titolo lucrativo le prestazioni oggetto di tale appalto, conformemente alla missione loro conferita nell'ambito dell'ordinamento giuridico, con esclusione quindi degli organismi universitari. Questa tesi parrebbe esser confermata dalla sentenza della Corte 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux ea. (Racc.pag.I-385, punto44), secondo cui la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici si applica all'interessato "in quanto operatore economico attivo sul mercato". La stessa tesi sembrerebbe inoltre essere avvalorata dall'art.3, comma 19, del decreto legislativo n.163/2006, ai sensi del quale il prestatore di servizi è un operatore economico "che offr[e] servizi "sul mercato".

20 In secondo luogo, il giudice del rinvio osserva che la posizione della giurisprudenza italiana non è univoca al riguardo. Taluni giudici riterrebbero che siano ammesse a partecipare ad un appalto pubblico le persone fisiche o giuridiche che esercitino un'attività d'impresa, nonché gli organismi pubblici che offrano, secondo la loro organizzazione istituzionale, servizi analoghi a quelli oggetto

del bando di gara. In tale ottica, le università non potrebbero rientrare nelle categorie di imprenditori privati e pubblici, in quanto istituzionalmente preposte allo svolgimento di attività di didattica e di ricerca. Stando a un'altra tesi, le università pubbliche, nonché i loro raggruppamenti, sarebbero ammessi a partecipare ad appalti pubblici di servizi, sempre che la prestazione di servizi di volta in volta considerata sia compatibile con i loro fini istituzionali e le loro previsioni statutarie.

21 In terzo luogo, il Consiglio di Stato fa riferimento alla posizione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale opera una distinzione tra gli operatori economici e i soggetti, come gli enti pubblici non economici, le università e i dipartimenti universitari, che non rientrano nella prima categoria in quanto perseguono finalità diverse dall'esercizio di un'attività economica, rivolta alla produzione di ricchezza. Di conseguenza, tali enti non sarebbero ammessi a partecipare ad appalti pubblici, salvo che gli stessi costituiscano apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle università dalla normativa nazionale. Siffatta tesi sarebbe confermata dall'art.34 del decreto legislativo n.163/2006, che conterrebbe un elenco tassativo dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

22 Da ultimo, per motivare le proprie riserve, il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza della Corte secondo cui le disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici devono essere interpretate alla luce di un criterio funzionale che consenta di evitare l'elusione del principio fondamentale della concorrenza effettiva (sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk ea., Racc.pag.I-11173). Per quanto riguarda più in particolare gli appalti pubblici di servizi, la Corte avrebbe evidenziato l'obiettivo principale delle norme comunitarie in tale materia, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile in tutti gli Stati membri (sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc.pag.I-1, punti44 e 47).

23 Alla luce di tale giurisprudenza, il Consiglio di Stato rileva che l'ammissione delle università, degli istituti di ricerca e dei loro raggruppamenti alla partecipazione ad appalti pubblici potrebbe violare il principio della concorrenza sotto un duplice profilo. Infatti, da un lato, essa rischierebbe di sottrarre al libero mercato quote di appalti pubblici ai quali un numero non irrilevante di imprese ordinarie avrebbe, di fatto, difficoltà di accesso. Dall'altro, essa collocherebbe ingiustamente l'affidatario in una posizione di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare. Tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato, un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" che fosse legata alla collocazione stabile di quest'ultimo "sul mercato" e che impedisse quindi alle università, agli istituti di ricerca e ai loro raggruppamenti di partecipare a gare d'appalto sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra entità pubbliche e private, nonché tra attività di ricerca e attività d'impresa, e, in definitiva, rappresenterebbe una restrizione della concorrenza.

24 Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se le disposizioni della direttiva 2004/18 (...) debbano essere interpretat[e] nel senso che vietano la partecipazione ad un appalto di servizi come quello di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare ad un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali (...).

2) Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art.3, commi 22 e 19, e all'art.34 del (...) decreto legislativo n.163/2006 - secondo i quali, rispettivamente "il termine 'operatore economicò comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi" e "i termini 'imprenditorè, 'fornitorè e 'prestatore di servizi designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...), che 'offra sul mercatò, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" - si ponga[no] in contrasto con la direttiva 2004/18 (...), se interpretat[e] nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali

attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca”.

Sulle questioni pregiudiziali

25 Occorre preliminarmente ricordare, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, che il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell’ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell’art.234CE (sentenza 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, Garofalo ea., Racc.pag.I-5603, punto27).

Sulla prima questione

26 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 2004/18 debbano essere interpretate nel senso che ostano alla partecipazione ad un appalto pubblico di servizi di un raggruppamento costituito esclusivamente da università e amministrazioni pubbliche.

27 Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che le disposizioni della direttiva 2004/18 considerate dal giudice nazionale sono in particolare l’art.1, nn.2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, poiché fanno riferimento alla nozione di “operatore economico”. Inoltre, stando a tale domanda, il raggruppamento di cui trattasi non persegue un preminente scopo di lucro, non dispone di una struttura organizzativa d’impresa e non assicura una presenza regolare sul mercato.

28 Per rispondere alla suddetta questione, si deve anzitutto rilevare che le disposizioni della direttiva 2004/18, da un lato, non contengono una definizione della nozione di “operatore economico” e, dall’altro, non operano distinzioni tra gli offerenti a seconda che essi perseguano o meno un preminente scopo di lucro, e tantomeno prevedono in modo esplicito l’esclusione di enti come quello oggetto della causa principale. Nondimeno, tali disposizioni, considerate alla luce della giurisprudenza della Corte, contengono elementi sufficienti a fornire una risposta utile al giudice del rinvio.

29 Così, il quarto ‘considerandò della direttiva 2004/18 evoca la possibilità, per un “organismo di diritto pubblico”, di partecipare in qualità di offerente ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

30 Allo stesso modo, l’art.1, n.8, primo e secondo comma, di tale direttiva riconosce la qualità di “operatore economico” non soltanto a ogni persona fisica o giuridica, ma anche, in modo esplicito, a ogni “ente pubblico”, nonché ai raggruppamenti costituiti da tali enti, che offrono servizi sul mercato. Orbene, la nozione di “ente pubblico” può includere anche organismi che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d’impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato.

31 Inoltre, l’art.4 della medesima direttiva, intitolato “Operatori economici”, al suo n. 1 vieta agli Stati membri di prevedere che i candidati o gli offerenti i quali, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione che costituisce l’oggetto di un bando di gara siano respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro in cui è aggiudicato l’appalto, essi dovrebbero essere o persone fisiche o persone giuridiche. Tale disposizione non stabilisce neppure una distinzione tra i candidati o gli offerenti a seconda del fatto che essi abbiano uno status di diritto pubblico oppure di diritto privato.

32 In ordine alla questione, sollevata dal giudice del rinvio, di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che, come il ricorrente nella causa principale, vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati, si deve sottolineare che il quarto ‘considerandò della direttiva 2004/18 enuncia l’obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Detto obbligo si impone anche con riguardo ad entità come il suddetto ricorrente.

33 Si devono altresì ricordare, al riguardo, gli obblighi e le facoltà di cui dispone un’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell’art.55, n.3, della direttiva 2004/18, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato.

Peraltro, la Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc.pag.I-11037, punto29).

34 Tuttavia, l'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione a un appalto pubblico.

35 Dalle considerazioni che precedono risulta che il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di "operatore economico che offre servizi sul mercato" unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici.

36 Questa interpretazione è suffragata dalla giurisprudenza della Corte.

37 La Corte ha, infatti, dichiarato che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v. in particolare, in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk ea., cit., punto39) e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto26). Occorre aggiungere, in proposito, che siffatta apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (v., in tal senso, in tema di offerte anormalmente basse, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, Racc.pag.I-3565, punto29).

38 In tale ottica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, la Corte ha altresì statuito che la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto47 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, ai sensi dell'art.1, n.9, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice è un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato.

39 Analogamente, la Corte ha dichiarato che la normativa comunitaria osta a qualsiasi normativa nazionale che escluda dall'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione delle direttive candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, ad erogare il servizio in questione per il solo motivo che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche (v., in tal senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & C., Racc.pag.I-12311, punto22).

40 Si deve inoltre ricordare, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, da un lato, che il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati e, dall'altro, che, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato (sentenza ARGE, cit., punti25-26).

41 Infine, sempre in base alla giurisprudenza della Corte, la normativa comunitaria non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il medesimo possa essere qualificato

come imprenditore, ossia come operatore economico; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine (v., in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti ea., Racc.pag.I-5409, punto90).

42 Di conseguenza, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara, come fa giustamente osservare il governo ceco, è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt.44-52 della direttiva 2004/18.

43 Occorre aggiungere che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come "appalti pubblici", potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

44 Per di più, come sottolinea il giudice del rinvio, un'interpretazione di questo tipo sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d'impresa e rappresenterebbe una restrizione della concorrenza.

45 In considerazione di quanto precede, si deve risolvere la prima questione nel senso che le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art.1, nn.2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

Sulla seconda questione

46 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art.1, nn.2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, ostino a una normativa nazionale che recepisce tale direttiva nel diritto interno, qualora detta normativa sia interpretata nel senso che essa riserva la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ai soli prestatori che offrano servizi sul mercato in modo sistematico e a titolo professionale, con esclusione dei soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro.

47 Occorre in proposito ricordare che, come risulta dalla formulazione dell'art.4, n.1, della direttiva 2004/18, gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni.

48 Così, come correttamente osserva la Commissione, gli Stati membri possono disciplinare le attività di soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volte principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari.

49 Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 nel diritto interno non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con le disposizioni della direttiva 2004/18, come interpretate nell'ambito dell'esame della prima questione pregiudiziale.

50 In tale ipotesi, spetta al giudice del rinvio interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità per giungere quindi ad una soluzione compatibile con le disposizioni della medesima direttiva e, all'occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (v. sentenza 22 dicembre 2008, causa C-414/07, Magoora, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 44).

51 Di conseguenza, si deve risolvere la seconda questione affermando che la direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Sulle spese

52 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

[1] P.Q.M.

1) Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art.1, nn.2, lett.a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

2) La direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

#### **4) Consorzi stabili**

##### **Art. 17 della l. nr. 69/2009**

*“Al fine di fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto e per incentivare l'accesso alle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese, a decorrere dal 1° luglio 2009 sono abrogate le disposizioni di cui all'articolo 36, comma 5, terzo periodo, nonché all'articolo 37, comma 7, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”.*

Per effetto della modifica, attualmente, in nessun caso il divieto di partecipazione contestuale può operare nei confronti di tutte le imprese partecipanti ai consorzi, essendo stata generalizzata la regola per cui il divieto vale solo per le consorziate indicate quali esecutrici dei lavori

\* \* \*

Legge 3 agosto 2009, n. 102, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonchè proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 179 del 4 agosto 2009 - Supplemento ordinario n. 140

#### **Art. 4-quater**

##### *Misure per la semplificazione in materia di contratti pubblici*

1. Al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 70, comma 11, lettera b), al primo periodo, dopo le parole: «a presentare offerte» sono aggiunte le seguenti: «, ovvero non inferiore a quarantacinque giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto definitivo, decorrente dalla medesima data. Tale previsione non si applica nel caso di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c)» e l'ultimo periodo e' soppresso;

b) all'articolo 86, il comma 5 e' abrogato;

c) all'articolo 87:

1) il comma 1 e' sostituito dal seguente:

«1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonche', in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione puo' provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio»;

2) al comma 2, alinea, le parole: «di cui all'articolo 86, comma 5 e di cui all'articolo 87, comma 1,» sono soppresse;

d) all'articolo 88:

1) il comma 1 e' sostituito dal seguente:

«1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.»;

2) dopo il comma 1 e' inserito il seguente:

«1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, puo' istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruita' dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti»;

3) al comma 2, le parole: «dieci giorni» sono sostituite dalle seguenti: «cinque giorni» e la parola: «giustificazioni» e' sostituita dalla seguente: «precisazioni»;

4) il comma 3 e' sostituito dal seguente:

«3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite»;

5) al comma 4, le parole: «cinque giorni» sono sostituite dalle seguenti: «tre giorni»;

6) al comma 7, dopo il primo periodo e' inserito il seguente: «In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, puo' procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5» e, al secondo periodo, le parole: «dichiara l'aggiudicazione» sono sostituite dalle seguenti: «procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione»;

e) all'art. 122, comma 9, le parole: «l'articolo 86, comma 5» sono sostituite dalle seguenti: «l'articolo 87, comma 1»;

f) all'articolo 124, comma 8, le parole: «l'articolo 86, comma 5» sono sostituite dalle seguenti: «l'articolo 87, comma 1»;

g) all'articolo 165, comma 4, al terzo periodo, le parole: «novanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «sessanta giorni» e, al quarto periodo, le parole: «sessanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «quarantacinque giorni»;

h) all'art. 166:

1) al comma 3, secondo periodo, le parole: «novanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «sessanta giorni»;

2) al comma 4, secondo periodo, le parole: «novanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «sessanta giorni».

2. Le disposizioni di cui al comma 1, lettere da a) a f), si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

3. Le disposizioni di cui al comma 1, lettera g), si applicano ai progetti preliminari non ancora rimessi dai soggetti aggiudicatori al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

4. Le disposizioni di cui al comma 1, lettera h), numero 1), si applicano ai progetti definitivi non ancora ricevuti dalle pubbliche amministrazioni competenti e dai gestori di opere interferenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

5. Le disposizioni di cui al comma 1, lettera h), numero 2), si applicano alle conferenze di servizi non ancora concluse alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

## DISCIPLINA DELLE OFFERTE ANOMALE

5) Art. 4 quater D.L. 1 luglio 2009, n. 78, conv. con modifiche dalla legge 3 agosto 2009, n. 102)

Viene modificato il regime sui **criteri di verifica delle offerte anormalmente basse** con la modifica dell'art. 87, il cui comma 1 è sostituito dal seguente:

*"Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio."*

Altra modifica rilevante riguarda l'art. 88 **Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse**, con le seguenti variazioni:

1. il comma 1 è sostituito dal seguente: *"La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni."*;
2. dopo il comma 1 è inserito l'1-bis: *"La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti"*;
3. il comma 2 viene modificato come segue: *"All'offerente è assegnato un termine non inferiore a **cinque** (prima era dieci) giorni per presentare, per iscritto, le **precisazioni** (prima erano le giustificazioni) richieste"*;
4. il comma 3 è sostituito dal seguente: *"La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite"*;
5. il comma 4 è modificato come segue: *"Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a **tre** (prima erano cinque) giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile"*;

6. il comma 7 viene modificato come segue: *"La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. **In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione (prima era solo: dichiara l'aggiudicazione) definitiva in favore della migliore offerta non anomala."***

\* \* \*

## TERMINI DI RICEZIONE DELLE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE E DI RICEZIONE DELLE OFFERTE.

6) Modifica all'art. 70, comma 11, lett. b) del dlgs 163/2009, con previsione per cui nelle procedure ristrette, i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 5 agosto 2009 (data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto anticrisi), nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, per le procedure in cui non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte ovvero non inferiore a quarantacinque giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto definitivo, decorrente dalla medesima data. Tale previsione non si applica nel caso di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c).

\* \* \*

## ACQUISTO DI BENI E SERVIZI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

LEGGE 23 dicembre 2009, n. 191 , recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)*. Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 302 del 30 dicembre 2009, Suppl. Ordinario n. 243

Norme relative all'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni tramite Consip Spa. Disposizioni relative agli Accordi quadro stipulati da Consip Spa in qualità di centrale di committenza ai sensi del Codice sugli appalti (articolo 59 del Dlgs 163/2006), prevedendo che le amministrazioni pubbliche (articolo 1, comma 2 del Dlgs 165/2001) e le amministrazioni aggiudicatrici di appalti di lavori servizi e forniture (articolo 3, comma 25 del Codice degli appalti, approvato con Dlgs 163/2006), possono fare ricorso – per l'acquisto di beni e servizi – agli accordi quadro stipulati da Consip Spa, o adottano, per gli acquisti di beni e servizi comparabili, i parametri prezzo-qualità rapportati a quelli fissati dagli accordi quadro. Resta ferma la disciplina relativa all'acquisto di beni e servizi effettuata tramite convenzioni quadro Consip. Le convenzioni possono essere stipulate anche in sede di aggiudicazione di appalti basati sugli accordi quadro conclusi dalla Consip (le convenzioni avrebbero una funzione di perfezionamento e completamento dell'accordo quadro). Previsto, nel quadro del sistema a rete costituito dalle centrali regionali di acquisto e da

Consip Spa, che in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possano essere indicati criteri utili per l'individuazione della categorie merceologiche di beni e servizi oggetto degli Accordi quadro stipulati da Consip.