

Tar Sicilia, sez. III, sentenza n. 3494/2007 in tema di protocolli di legalità'

5 Febbraio 2008

La sentenza in esame, emessa dal Tribunale amministrativo della Sicilia, trae origine dal ricorso formulato dall'ANCE di Trapani contro un bando della Provincia di Trapani, impugnato sotto due profili:

1) nella parte in cui la stazione appaltante prevedeva che avrebbero avuto, a parità di ribasso, titolo preferenziale per l'aggiudicazione della gara le imprese che si fossero impegnate ad acquisire le proprie forniture, per almeno il 30%, presso ditte sequestrate o confiscate o sottoposte ad amministrazione controllata, a seguito di misure di prevenzione antimafia;

2) nella parte in cui si chiedeva alle imprese concorrenti di indicare obbligatoriamente in sede di gara le imprese subappaltatrici di cui l'appaltatore si sarebbe avvalso, con l'impegno, ove tali imprese non avessero potuto eseguire il subappalto per cause sopravvenute in corso d'opera, di provvedere in proprio all'esecuzione, senza ricorrere ad ulteriore subappalto ad altre ditte, pena la risoluzione del contratto di appalto stesso.

Tale sentenza risulta essere particolarmente interessante e sotto diversi profili. Sinteticamente, meritano di essere evidenziati i seguenti aspetti:

1. il riconoscimento della legittimazione a ricorrere dell'ANCE per difendere gli interessi della categoria rappresentata;
2. la valutazione generale della legittimità dei c.d. "Patti di legalità" ed il riconoscimento della conseguente facoltà delle amministrazioni di inserire nei bandi clausole e prescrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa, anche in applicazione di tali patti;
3. l'individuazione di alcuni limiti a tale facoltà di previsione di clausole ulteriori, costituiti dall'ambito "praeter legem" di intervento e dalla necessità che le clausole non siano restrittive della concorrenza.

Quanto al primo punto, il Tar Sicilia riconosce espressamente la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale dell'ANCE territoriale, in quanto ente esponentiale degli interessi della categoria dei costruttori operanti nel territorio di competenza, sia per contrastare la violazione di norme poste a tutela degli interessi di tali soggetti, sia per perseguire l'ottenimento di vantaggi riferibili alla sfera della categoria.

Tale legittimazione, a parere del Tar, va riconosciuta anche qualora possa sussistere un ipotetico conflitto di interessi tra l'ente ed i singoli iscritti beneficiari dell'atto impugnato, in quanto il potenziale conflitto di interessi, per poter escludere la legittimazione dell'ente, va considerato in astratto, come riguardante l'intera categoria, e non nel caso di un atto che possa beneficiare un singolo associato, laddove tale atto sia invece lesivo dell'interesse istituzionalizzato dell'intera categoria (Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 624).

A parere del giudice, la legittimazione va esclusa quando l'associazione ricorra in giudizio per tutelare gli interessi di una parte soltanto dei suoi componenti a discapito degli interessi contrari di un'altra parte.

Tuttavia, nel caso concreto, il Tribunale non ha ritenuto che ricorresse tale ultima ipotesi, in quanto

l'Associazione di Trapani ha impugnato le clausole del bando "nell'evidente interesse collettivo della categoria rappresentata volto a far sì che le pubbliche gare di appalto si svolgano secondo regole certe e predeterminate dalla legge e (...) senza trattamenti preferenziali tali da alterare la par condicio delle imprese ed il loro libero confronto concorrenziale".

Per quanto concerne i c.d. Patti o Protocolli di legalità, in conformità ad un'ormai consolidata giurisprudenza, la sentenza riconosce chiaramente la possibilità, attraverso tali accordi (qual è quello stipulato dalla Regione Sicilia con il Ministero dell'Interno), di impegnare le amministrazioni ad inserire nei bandi di gara clausole c.d. di "autotutela", ossia clausole che siano finalizzate a prevenire fenomeni di devianza e di vulnerazione dei principi di concorrenza sostanziale e di trasparenza (Cons. St., sentenza 30 novembre 2000, n. 5903). Tali patti, infatti, trovano fondamento in ragioni di pubblico interesse ed in particolare nella finalità di garantire il rispetto dei principi fondamentali che devono presiedere l'affidamento dei contratti pubblici.

Tuttavia, tale facoltà delle amministrazioni di inserire nei bandi clausole e prescrizioni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente incontra, secondo il giudice amministrativo, due limiti essenziali:

1. un limite di carattere oggettivo consistente nell'ambito *praeter legem*, entro cui la stazione appaltante può intervenire con proprie prescrizioni;
2. un limite di tipo funzionale consistente nel carattere di ragionevolezza e di non restringimento della concorrenza che tali prescrizioni debbono avere.

Quanto al primo limite, esso implica la necessità che le prescrizioni aggiuntive dell'amministrazione non possano assolutamente essere *contra legem*, non possano cioè essere tali da intervenire su punti già disciplinati dalle norme di legge vigenti attraverso previsioni che si pongano in contrasto con queste. In merito al secondo limite, si tratta di un canone valutativo generale dell'operato dell'amministrazione, in attuazione dei principi tradizionali in tema di tutela della concorrenza, ed in particolare di quelli di proporzionalità e parità di trattamento, in coerenza con la finalità ultima della disciplina in materia di gare, ossia quella di favorire, e non certo di limitare, la concorrenza.

Nel caso specifico, il giudice ha ritenuto che la clausola del bando, che prevedeva, come titolo preferenziale per l'aggiudicazione, quello di riservare da parte dell'appaltatore almeno il 30% delle forniture ad imprese che si trovassero in determinate situazioni, si ponesse in diretto contrasto con la disciplina contenuta nelle leggi regionali (L.r. n. 16/2005 e L.r. n. 20/2007), che in caso di parità di ribasso prevedono il ricorso al meccanismo del sorteggio delle offerte.

In merito alla seconda clausola impugnata, ossia quella che prevedeva l'obbligo di indicare in sede di gara i subappaltatori cui l'impresa concorrente intendesse affidare parte dei lavori, il giudice ha ritenuto che anche tale previsione intervenisse in una materia già puntualmente regolamentata dalla legge nazionale e regionale; in particolare, l'art. 118 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006) definisce chiaramente le condizioni ed i limiti del subappalto e le conseguenze procedurali e sostanziali della dichiarazione resa dal concorrente di volersi avvalere di tale istituto, essenzialmente per finalità di ordine pubblico in materia di controlli antimafia. La clausola impugnata si poneva, pertanto, in contrasto con tale disciplina, sia nella parte in cui prevedeva l'obbligo di indicare preventivamente le imprese subappaltatrici, sia nella parte in cui prevedeva l'impegno per l'affidatario di eseguire in proprio, laddove sopravvenissero cause impeditive al subappalto in capo alle ditte indicate in gara, a pena di risoluzione dell'intero contratto di appalto.

In conclusione, il Tribunale amministrativo, pur riconoscendo le finalità meritevoli di tutela perseguite dall'amministrazione con la previsione delle clausole in esame (ossia, nel primo caso favorire imprese

oggetto di provvedimenti particolari collegati alla lotta alla criminalità organizzata, nel secondo, limitare usi impropri del subappalto sempre nell'ottica di evitare infiltrazioni mafiose), ha ritenuto che le due clausole fossero illegittime, in quanto in contrasto con regole e principi posti dal legislatore a garanzia della par condicio degli operatori economici, soprattutto considerato che la disciplina vigente nelle materie interessate dalle prescrizioni del bando è esaustiva e completa.

Si ritiene, dunque, che la sentenza in esame fornisca interessanti considerazioni sui contenuti dei c.d. Patti di legalità e soprattutto sui limiti che questi, e la conseguente facoltà di fornire prescrizioni vincolanti nei bandi di gara, incontrano rispetto alla normativa vigente. In altri termini, tali tipologie di accordi tra istituzioni, pur perseguendo interessi meritevoli di tutela, debbono intervenire in ambiti non espressamente disciplinati dalla norma, e comunque sia nel rispetto dei generali principi che regolano l'attività amministrativa, sia nel rispetto della fondamentale finalità di non limitare in alcun modo la concorrenza tra gli operatori economici.

2682-Sentenza TAR Sicilia n. 3494 2007.pdf [Apri](#)