

NOTA A T.A.R. SICILIA, CATANIA, SEZ. III, 22/01/2024, N. 272 \*

di Gianpaolo MADONNA\*\*

**ABSTRACT**

*Il contributo si pone l'obiettivo di svolgere brevi considerazioni sulla nota distinzione tra "atti di conferma in senso proprio" e "atti meramente confermativi", alla luce della recente pronuncia n. 272 del 2024 del T.A.R. Sicilia, Sez. Staccata di Catania, Sez. III, nonché sui criteri per distinguere le due figure provvedimentali. Tale precedente giurisprudenziale, invero, si distingue per aver posto l'accento sull'istituto della partecipazione procedimentale, al fine di individuare il discrimen tra atti di conferma e meramente confermativi, per costante giurisprudenza basata sull'esistenza di una nuova e mera valutazione istruttoria.*

**SOMMARIO**

1. La fattispecie sottoposta alla cognizione del T.A.R. Catania e i relativi presupposti di fatto e di diritto ..... 1
2. L'opzione interpretativa del T.A.R. Catania: natura giuridica dell'atto di ammissione alla gara e principio di c.d. continuità del possesso dei requisiti di partecipazione..... 2
3. Distinzione tra "atti di conferma in senso proprio" ed "atti meramente confermativi": una applicazione (apparentemente) inedita di orientamenti consolidati..... 6
4. Conclusioni e alcune considerazioni finali 10

**1. LA FATTISPECIE SOTTOPOSTA ALLA COGNIZIONE DEL T.A.R. CATANIA E I RELATIVI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO**

Con la sentenza n. 272 del 2024, nel respingere il ricorso presentato dalla società partecipante alla procedura di gara, il TAR Sicilia, Sez. Staccata di Catania, Sez. III, ha colto l'occasione per prendere in esame un tema generale del diritto dei contratti pubblici, ossia la natura e gli effetti dell'atto di ammissione del concorrente alla gara, a seguito del rinnovato procedimento di controllo dei requisiti di partecipazione, soffermandosi altresì sulla distinzione di teoria generale tra "atti di conferma in senso proprio" ed "atti meramente confermativi", emanati nell'ambito del riesercizio del potere in seguito all'annullamento giurisdizionale, e sulle modalità di individuazione della linea di demarcazione tra le due figure.

La pronuncia in commento – dal punto di vista fattuale – ripercorre la vicenda giudiziaria che ha interessato la procedura di gara avente ad oggetto la "Concessione Demaniale Marittima per la gestione della -OMISSIS- ex art. 26 L.R. 12/2011. Approvazione schema avviso pubblico e relativi allegati e indizione procedura di gara. -OMISSIS-".

Oggetto di ricorso da parte della predetta società era, anzitutto, la determinazione con cui il Comune di Santa Marina Salina aveva disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per la concessione demaniale marittima relativa alla gestione della darsena turistica di S. Marina di Salina e la conferma di aggiudicazione, già disposta con precedente determinazione nei confronti di una costituenda ATI.

L'impugnazione investiva, altresì, la nota con cui veniva comunicata alla società la suddetta determinazione, nonché la comunicazione di avvio del procedimento, oltre tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti. Infine, col medesimo atto di impugnazione, la ricorrente

\* Nota a sentenza.

\*\* Avvocato del foro di Napoli.

chiedeva l'accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione della concessione demaniale marittima di cui alla procedura ad evidenza pubblica in oggetto e il subentro nel contratto eventualmente stipulato, riservandosi di richiedere la condanna al risarcimento ovvero all'indennizzo di tutti i danni subiti.

## **2. L'OPZIONE INTERPRETATIVA DEL T.A.R. CATANIA: NATURA GIURIDICA DELL'ATTO DI AMMISSIONE ALLA GARA E PRINCIPIO DI C.D. CONTINUITÀ DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE**

Venendo al merito della questione, al fine di procedere all'analisi degli istituti sottesi alla fattispecie sottoposta alla cognizione del T.A.R. Catania, si rileva che la società ricorrente, nel primo motivo di ricorso, lamentava la violazione e/o elusione del giudicato emergente dalla sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con cui veniva accolto il ricorso per revocazione proposto dalla stessa società concorrente accertando la sua regolare ammissione alla gara<sup>1</sup>, nonché l'illegittimo esercizio del potere di autotutela conseguente.

La doglianza del ricorrente, secondo la ricostruzione operata dal T.A.R., non meritava accoglimento, in quanto l'esecuzione dei

*“controlli necessari per aggiudicare la gara”* non può risolversi *sic et simpliciter* – come, invece, richiesto dal ricorrente nel proprio atto di gravame – in una *“verifica dell'attuale capacità dell'aggiudicatario ad essere destinataria della concessione demaniale”*.

Infatti, come previsto dal comma 6 dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, l'esclusione di un operatore economico può essere disposta dalle stazioni appaltanti in qualunque momento della procedura, ove risulti che il medesimo si trovi, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della gara, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5. Se ne desume, pertanto, che i controlli necessari per aggiudicare la gara debbano sostanziarsi nell'accertamento effettivo e duraturo della legittima posizione dell'operatore economico aggiudicatario, in relazione, per l'appunto, alla (non) sussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 80 cit.

È principio di diritto consolidato, in quanto espresso in diverse occasioni, anche dai Giudici di Palazzo Spada, quello per cui non può certo ritenersi inibito alla stazione appaltante di effettuare un controllo anche *ex post*<sup>2</sup> dei cc.dd. requisiti generali e speciali di cui l'operatore economico<sup>3</sup> deve essere titolare, sol perché il possesso degli stessi sia già stato oggetto di vaglio preliminare da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ai fini dell'ammissione dell'impresa alla gara.

<sup>1</sup> Nella parte in cui – testualmente – il Giudice dell'annullamento statuiva che *“le conseguenze conformative che discendono dalla presente sentenza si concretizzano pertanto nell'imporre all'Amministrazione di procedere allo scorrimento della graduatoria e ai controlli necessari per aggiudicare la gara”*.

<sup>2</sup> Per riprendere la sentenza di cui in commento: *“in una fase diversa e successiva rispetto a quella ove ne sia stata deliberata l'ammissione alla procedura”*

<sup>3</sup> In relazione alla disciplina generale degli operatori economici emergente dal D. lgs. n. 50/2016, si veda *Trattato sui Contratti Pubblici, II° Soggetti Qualificazioni Regole Comuni alle Procedure di Gara*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICCOLIS e, in particolare, A. TOMASETTI, *Operatori Economici*, 569-592; F. LATTANZI, *Consorzi Stabili*, 593-622 e F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, 623-733, Milano, 2019.

Da ultimo, in relazione alle novità più di rilievo introdotte dal “Nuovo” Codice dei Contratti Pubblici di cui al D. lgs. 31

marzo 2023, n. 36, cfr. E. LIONETTI, *Gli operatori economici e i requisiti di partecipazione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 3/2023, 332, ove l'Autore – in premessa – ha rilevato che: *“La revisione della disciplina degli operatori economici in un'ottica di maggiore coerenza con l'ordinamento europeo emerge con chiarezza già dalla nuova definizione di “operatore economico” contenuta nell'all. I.1 al Codice, la quale include “qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizio forniture corrispondenti a quello oggetto della procedura di evidenza pubblica”. Tale nozione, infatti, rispetto a quella contemplata all'art. 3, D.Lgs. n. 50/2016, valorizza in maniera ancor più marcata il principio di neutralità delle forme giuridiche, in linea con l'impostazione euorunitaria ribadita anche recentemente dalla Corte di Giustizia UE e dalla giurisprudenza amministrativa”*.

Di indubbio interesse, anche in relazione alla rinnovata pur se apparentemente depotenziata funzione di regolazione dell'ANAC<sup>4</sup>, a seguito dell'entrata in vigore del Nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D. lgs n. 36 del 2023, è il passaggio della pronuncia in cui viene dato atto del parere n. 69 dell'11 gennaio 2023 dell'ANAC medesima. In sede consultiva, infatti, muovendosi in linea di continuità con quanto già espresso in plurime occasioni dalla giurisprudenza<sup>5</sup>, quasi a volervi dare piena attuazione in concreto, l'Autorità ha evidenziato che: *“In virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 20 Luglio 2015 n. 8), tali requisiti – incluso quello previsto dall’art. 80 comma quinto lett. c) – devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (in tal senso ex multis ANAC delibera n. 146/2022, prec. 27/2022/L, delibera n. 18/2021, delibera n. 76/2019 –prec. 248/18/L; Consiglio di Stato n. 2698/2020)”*.

Del resto, i principi di cui sopra, espressamente ribaditi dall'ANAC, in virtù di una non più così inedita forma di “scambio”

costruttivo tra funzione giurisdizionale in senso proprio e funzione di c.d. regolazione, risultano – così come rilevato dal TAR Catania nella pronuncia in commento – già adeguatamente cristallizzati nelle fonti normative settoriali di riferimento e costantemente ribaditi dalla giurisprudenza, *“la quale evidenzia che, nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, oltre che, senza soluzione di continuità, per tutta la durata della procedura, fino al momento dell’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, in coerenza con il sopra citato c.d. principio di continuità dei requisiti”*.

Non può sottacersi, infatti, la natura meramente provvisoria e instabile dell'atto di accertamento preliminare di partecipazione, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo, che si conclude con l'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, dal momento che – anche in virtù del più generale principio di c.d. inesauribilità del potere amministrativo<sup>6</sup> – vi può essere sempre una modificazione dell'atto di ammissione da parte della P.A. nel corso della procedura, a mezzo di un successivo e distinto atto amministrativo, autonomamente impugnabile. La *ratio* del “principio di c.d.

<sup>4</sup> L. CARBONE, *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Interventi rielaborati del convegno sul testo del nuovo codice poi approvato con D.lgs. 36/2023, Roma, Avvocatura Generale dello Stato 27 gennaio 2023, a cura di G. PELLEGRINO. L.A., quale membro illustre del gruppo di lavori che ha partecipato in prima linea alla stesura del Nuovo Codice, sul punto rileva: *“sull’ANAC, abbiamo operato una scelta, sulla base del testo della delega: quella di escludere i poteri normativi a vantaggio di un rafforzamento del core business di un’attività di vigilanza sui contratti, ovvero le sue funzioni operative.*

*Ciò è avvenuto tramite il rafforzamento degli strumenti di standardizzazione contrattuale (bandi, contratti, atti amministrativi generali), l’attribuzione di un (circoscritto) potere sanzionatorio all’ANAC la cui assenza ha finora inciso sull’efficienza dell’azione di vigilanza sulla corretta applicazione delle norme in materia di contratti pubblici, il potenziamento della vigilanza collaborativa (che già stata*

*indicata dall’OCSE come best practice), la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti di precontenzioso.*

*Avevamo poi previsto una norma (che era l’art. 223 nel nostro testo) che consentiva di espletare procedure sperimentali autorizzate dall’ANAC. Questa norma è stata purtroppo e spunta nel testo trasmesso alle camere, temo perché non è stata compresa. Ma magari se ne parlerà meglio il Prof. Decarolis, che con la sua pluriennale esperienza di insegnamento negli USA l’aveva ispirata, entusiasmandoci”*.

<sup>5</sup> Cfr. *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 05/12/2022, n. 3479; Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8 e Sez. V, 17 giugno 2019, n. 4046; C.G.A. 22/05/2020 n. 298; Cons. di Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 447; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 05/05/2020, n. 951, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>6</sup> Su cui, di recente, la dottrina ha ragionato criticamente; cfr. *ex multis*, M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo: profili critici*, Napoli, 2018.

continuità del possesso dei requisiti”<sup>7</sup>, d'altronde, è da ricollegarsi alla circostanza per cui, in seguito al presentarsi di alcune “sopravvenienze”, possa sorgere l'esigenza, per utilizzare la terminologia utilizzata dal Tribunale Siciliano, di “*parcellizzare talune verifiche dei requisiti (sotto il profilo sia*

*soggettivo che oggettivo)* ai fini dell'aggiudicazione a favore di uno specifico operatore, o, anche, ai fini del suo subentro nella posizione del precedente aggiudicatario, così come durante l'esecuzione del contratto”.

Ciò in quanto è da considerarsi *ius receptum* l'idea secondo cui l'ammissione<sup>8</sup> di un operatore

<sup>7</sup> Sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella ben nota sentenza n. 8 del 20 luglio 2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) – che, a sua volta, richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010 – ha evidenziato che il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

Peraltro, la suddetta pronuncia del Consiglio di Stato è stata richiamata anche da numerose pronunce della Corte dei conti (*ex plurimis*, Corte conti, Sez. contr. Reg. Lazio, 2 settembre 2020, n. 78).

Inoltre, in relazione alla disciplina dei requisiti di partecipazione di cui al D. lgs. n. 50 del 2016, applicato *ratione temporis*, nella pronuncia in commento, si vedano i contributi sul tema in *Trattato sui Contratti Pubblici, Vol. II, Soggetti Qualificazione Regole Comuni alle Procedure di Gara*, diretto da M.A. SANDULLI – ROSANNA DE NICTOLIS, 756 ss., Milano, 2019.

Da ultimo, tuttavia, non può che farsi riferimento alla recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 161 del 4 gennaio 2024, investita della risoluzione della questione relativa alla persistenza dell'obbligo di verifica dei requisiti di partecipazione della concorrente per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica. Nella specie, sono stati posti – all'organo di nomofilachia della giustizia amministrativa nel suo più ampio consenso – i seguenti quesiti:

“i) se, fermo restando il principio della insussistenza di un potere della stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni dell'Agenzia delle entrate attestanti l'assenza di irregolarità fiscali a carico dei partecipanti a una gara pubblica, le quali si impongono alla stessa amministrazione, il principio della necessaria continuità del possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure selettive comporti sempre il dovere di ciascun concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsiasi irregolarità che dovesse sopravvenire in corso di gara;

ii) se, correlativamente, sussista a carico della stazione appaltante, ferma restando la richiamata regola della sufficienza delle certificazioni rilasciate dalle autorità competenti, il dovere di estendere la verifica circa l'assenza di irregolarità in capo all'aggiudicatario della procedura in relazione all'intera durata di essa, se del caso attraverso l'acquisizione di certificazioni estese all'intero periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione;

iii) se, in ogni caso e a prescindere dalla sufficienza o meno delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, il concorrente che impugni l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che in un qualsiasi momento della procedura di gara l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità con il conseguente obbligo dell'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa”.

Pertanto, non resta che attendere le determinazioni del Consiglio di Stato in ordine alla estensione del principio di continuità del possesso dei requisiti e del correlato obbligo, durante tutta la procedura ad evidenza pubblica, di verifica degli stessi da parte della stazione appaltante, e ciò in un contesto ordinamentale “rinfrescato” dal vento (forse non così tanto) innovatore levatosi dal Nuovo Codice dei contratti pubblici recentemente entrato in vigore.

<sup>8</sup> Sul punto, in relazione alla natura giuridica del c.d. atto di approvazione, si veda *ex mutlis* F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dike Editrice, 2018, p. 1552; M. LIPARI, *Le fasi delle procedure di affidamento*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, 2019, Torino.

Si rimanda sul punto, alla definizione di G.D. COMPORI, *La duplicazione per gemmazione degli atti della procedura e dei relativi controlli: l'aggiudicazione tra proposta e approvazione*, 279 – 284, in M. CLARICH, *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, cit., il quale, nell'analizzare l'emblematica sostituzione operata dal Codice 2016 dell'aggiudicazione provvisoria con la proposta di aggiudicazione e la conseguente trasformazione dell'aggiudicazione definitiva in aggiudicazione *tout court*, ha descritto la fattispecie quale “operazione di artificiosa gemmazione per distinzione di un momento giuridicamente unitario di perfezionamento del processo negoziale” che, dal punto di vista sistematico, “sembra riflettere in pieno l'ideale liberale dell'importanza, ai fini tutori, della segmentazione di attività e fasi. Come, infatti, scriveva uno dei primi commentatori delle riforme post-unitarie: ‘il controllo importa ripetizione delle operazioni pratiche (...) doppio giudizio, affermazione della coscienza astratta, e sostituzione di questa a quella isolata e soggette alle passioni e salutare antagonismo elevato a principio e sistema di governo libero’”. Inoltre, l'A. rileva che “rimangono fermi gli altri problemi legati alla moltiplicazione delle forme di tutela e di controllo che si associano naturalmente al fenomeno di sdoppiamento in esame, se si pensa oltre tutto che l'approvazione della proposta di aggiudicazione, per la quale resta ancora nell'attuale versione del Codice la singolare discrasia tra un meccanismo di verifica previsto dall'art. 32, comma 5, ed uno di approvazione delineato dall'art. 33 come sub-procedimento semplificato grazie al ricorso al silenzio

economico ad una procedura di gara tuteli il c.d. interesse procedimentale del concorrente in relazione alla sua corretta partecipazione, ma non attribuisce allo stesso un bene della vita, né, più in generale, gli conferisce la titolarità di una posizione giuridica differenziata rispetto a quella degli altri concorrenti comunque ammessi alla gara. In questo senso, peraltro, improntare le regole e le procedure di gara alla garanzia della più ampia partecipazione possibile da parte di tutti i soggetti

---

*assenso in caso di inutile decorso dei termini previsti dagli ordinamenti di settore o, in mancanza, del termine di trenta giorni decorrenti dal ricevimento dell'atto da parte dell'organo competente, è comunque considerata mero adempimento preliminare all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione che legittima l'aggiudicatario provvisorio solo ad attivarsi per il suo rilascio. Atto al quale, visto l'impianto generale, il sistema non è evidentemente in grado di rinunciare, in quanto considerato come ineliminabile formalizzazione della conclusione del procedimento di evidenza pubblica, non surrogabile neppure con il meccanismo del silenzio assenso che è testualmente previsto solo per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e non è estensibile all'aggiudicazione finale, appunto richiedente 'una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, ossia un provvedimento'.*

In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) secondo cui, "scaduto il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria ed in assenza di un provvedimento espresso, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva diviene concretamente esigibile da parte del privato, attesa la natura vincolata di tale atto e l'inesistenza di poteri interdittivi della pubblica amministrazione (...) mentre l'aggiudicazione definitiva richiede una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, ossia un provvedimento". Precisa ancora la decisione che il potere che la stazione appaltante conserva di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva, per quanto non possa estendersi fino ad un rinnovato esame della valutazioni già compiute dall'organo tecnico di valutazione, è sempre frutto di una propria valutazione discrezionale che si colloca in un contesto diverso, "essendo espressione di quei poteri trasversali di controllo" che legittimano a non concludere il procedimento per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse; cfr. altresì, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 1153 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui, già prima delle modifiche introdotte dall'allora Codice del 2016, la giurisprudenza aveva escluso che l'atto di approvazione avesse natura vincolata, in quanto "l'approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale"; alla P.A., dunque, "è concesso di svolgere nuove e autonome considerazioni rispetto all'aggiudicazione provvisoria

potenzialmente in grado di soddisfare le esigenze contrattuali della P.A., si pone, invero, quale strumento essenziale per consentire la selezione del miglior contraente possibile, al fine del soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, anche e soprattutto in una prospettiva di buon andamento *ex art. 97 Cost*<sup>9</sup>.

Dunque, così come sottolineato dal Giudice siciliano, quanto alla natura giuridica dell'atto di ammissione alla procedura di gara, si ritiene che quest'ultimo si caratterizzi per essere un atto

*esprimendo un'ulteriore valutazione circa la regolarità nello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto*". Del resto, secondo l'orientamento prevalente "il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione definitiva non è un obbligo dell'amministrazione appaltante né un diritto dell'aggiudicatario provvisorio" (Cons. Stato, Sez. III, 3 gennaio 2014, n. 467, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Per tale ragione, l'evenienza che l'amministrazione non concluda il procedimento "è un evento del tutto fisiologico", non rientrando nell'esercizio di un potere di autotutela, "si da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato" (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 526; Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>9</sup> Sul punto, si veda l'attenta analisi, anche in relazione alle novità introdotte dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. n. 36 del 2023, sulla vigenza dei principi di massima partecipazione e delle cause di esclusione, di M. CALABRÒ, A.G. PIETROSANTI, *I Principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it). Ancora, quanto alle novità introdotte dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici in tema di requisiti di partecipazione e di cause di esclusione, specie in relazione alla estensione della portata del c.d. "self cleaning", si veda E. LIONETTI, op. cit., 336 secondo cui: "L'art. 96, D.Lgs. n. 36/2023 reca la disciplina procedimentale che deve essere seguita in presenza delle circostanze suscettibili di condurre all'esclusione dell'operatore economico dalla gara e, in tale contesto, introduce rilevanti novità tra le quali si segnala l'estensione della portata del c.d. self-cleaning, il cui ambito di operatività viene esteso anche ad eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo il termine per la presentazione delle offerte.

*L'espresso riconoscimento del self-cleaning anche per le gare in corso si pone in aderenza con le disposizioni delle direttive europee sui contratti pubblici ed in linea con la posizione espressa dalla giurisprudenza amministrativa, la quale - in relazione alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 - aveva avuto modo di affermare che la tesi della inapplicabilità delle misure di self-cleaning alle gare in corso si poneva in contrasto con i principi del diritto unionale relativi al diritto al contraddittorio, al principio di proporzionalità e del favor participationis e, quindi, in definitiva al principio di concorrenza"*

amministrativo c.d. “interinale” alla procedura ad evidenza pubblica, avente natura esplicita o implicita, che interviene nel corso e prima della conclusione della procedura stessa. Inoltre, l’atto con cui l’amministrazione si determina per ammettere un concorrente alla procedura indetta riveste indubbia natura “preparatoria”, in quanto coincide con il presupposto indispensabile per giungere all’aggiudicazione del contratto e acquisisce, al tempo stesso, efficacia provvisoria o instabile giacché – come sopra rilevato – può essere modificato in ogni momento<sup>10</sup>. Pertanto, a seguito di ammissione, il concorrente può partecipare alle altre fasi della procedura di gara, fermo restando – giova ribadirsi – il potere riconosciuto in capo alla stazione appaltante di escludere successivamente il concorrente a seguito dell’emersione di circostanze atte a giustificare l’esclusione. Del resto, non può certo non rilevarsi che l’ammissione abbia in sé un “*contenuto sicuramente favorevole*”<sup>11</sup> per l’impresa destinataria: gli consente, invero, di rimanere in gara, costituendo *condicio sine qua non* della stessa possibilità di vincere la competizione (*recte*, di ottenere l’aggiudicazione della commessa, ossia il bene della vita).

In caso contrario, nell’ipotesi in cui, a seguito del controllo dei requisiti di partecipazione in capo all’operatore economico partecipante, l’amministrazione accerti

l’assenza degli stessi, la stazione appaltante non potrà che escludere il concorrente dalla gara, mediante un atto espresso e motivato. Ebbene, la lesione della posizione giuridica del partecipante, a seguito dell’emanazione del provvedimento di esclusione, si spiega in virtù delle conseguenze che da questo scaturiscono; si allude, in altri termini, alla circostanza che l’atto di esclusione “arresta” la partecipazione del concorrente, non potendo più questi prendere parte alle successive fasi di gara, con ablazione totale del suo interesse ad ottenere l’aggiudicazione.

### **3. DISTINZIONE TRA “ATTI DI CONFERMA IN SENSO PROPRIO” ED “ATTI MERAMENTE CONFERMATIVI”: UNA APPLICAZIONE (APPARENTEMENTE) INEDITA DI ORIENTAMENTI CONSOLIDATI**

Di indubbio interesse, inoltre, è la parte della pronuncia in commento<sup>12</sup> in cui viene rimarcata la differenza tra i cc.dd. “atti di conferma in senso proprio” e gli “atti meramente confermativi”<sup>13</sup>.

Dal punto di vista sistematico, è nota la definizione di “atto confermativo” (sovente indicato anche semplicemente con il termine “conferma”) quale “*atto mediante il quale l’amministrazione dichiara di mantenere fermo un precedente provvedimento, del quale venga richiesto il ritiro*”<sup>14</sup>; in altri termini,

differenza degli atti “di conferma in senso proprio”, si connota per la ritenuta insussistenza, da parte dell’amministrazione, di valide ragioni di riapertura del procedimento conclusosi con la precedente determinazione; mancando detta riapertura e la conseguente nuova ponderazione degli interessi coinvolti, nello schema tipico dei c.d. “provvedimenti di secondo grado”, essi sono – di conseguenza – insuscettibili di autonoma impugnazione per carenza di un carattere autonomamente lesivo (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 8 novembre 2019, n. 7655; 17 gennaio 2019, n. 432; III, 27 dicembre 2018, n. 7230 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Dunque, tale figura ricorre nelle ipotesi in cui l’amministrazione si limita a dichiarare l’esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza corredare quel dato provvedimento (appunto, meramente confermativo) di un

<sup>10</sup> Cfr. sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 02 dicembre 2022, n. 16106 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 02 dicembre 2022, n. 16106 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>12</sup> La questione sorgeva dal secondo motivo di ricorso sollevato dalla società ricorrente laddove la medesima deduceva che il provvedimento impugnato avesse natura di “atto meramente confermativo” del precedente provvedimento di aggiudicazione già oggetto di pronuncia di annullamento.

<sup>13</sup> Sul punto, sia consentito il rimando a M.S. GIANNINI, *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 226; F. SAIETTA, *Per una nozione di “atto confermativo” compatibile con le esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino*, in *Foro Amm. CdS*, 2003 Fasc. 7-8, 2423.

<sup>14</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 857. In giurisprudenza, si è rilevato, anche di recente, che l’“atto meramente confermativo”, a

L'Amministrazione non riapre il relativo procedimento e – non accogliendo l'istanza del privato – si limita a ribadire che non vi sono ragioni per orientare diversamente le proprie decisioni<sup>15</sup>.

La *ratio* sottesa a quest'ultima figura, frutto di una risalente e consolidata tradizione giurisprudenziale, si rinviene nell'esigenza di evitare l'elusione del c.d. "principio di perentorietà del termine a ricorrere", attraverso l'impugnabilità di un nuovo atto con cui l'amministrazione abbia rigettato un'istanza di riesame di un precedente atto divenuto inoppugnabile<sup>16</sup>.

Viceversa, l'atto c.d. ad effetti confermativi (o di conferma in senso proprio) non si risolve nella "mera riaffermazione dell'esistenza di un precedente provvedimento", ma [nella] 'dichiarazione che la autorità vuole tuttora,

---

nuovo e diverso iter motivazionale (da ultimo, cfr. Cons. Stato, V, 22 giugno 2018, n. 3867 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>15</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 712. Aggiunge l'A., in linea con la dottrina prevalente, che: "l'atto confermativo non è dunque un nuovo provvedimento, non è altro che la manifestazione della decisione dell'amministrazione di non sottoporre a riesame il precedente provvedimento".

<sup>16</sup> E. CANNADA BARTOLI, op. cit.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 348; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 603, ove l'A. osserva che si tratta di una problematica attinente perlopiù al regime della tutela.

<sup>17</sup> Sulla definizione dell'atto di conferma cfr. S. TUCCILLO, Voce "Autotutela amministrativa 2. Gli istituti" in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2019 secondo cui "Col termine conferma si qualifica il provvedimento attraverso il quale l'amministrazione, riscontrando un'istanza di riesame di un proprio precedente provvedimento, all'esito di un nuovo procedimento, ne conferma la validità. In giurisprudenza, si è sempre distinto il provvedimento di conferma dall'atto meramente confermativo, definito come l'atto con il quale l'amministrazione, senza ripetere l'iter procedimentale, ribadisce la correttezza della propria precedente valutazione ritenendo insussistenti i presupposti per dare avvio ad una revisione del proprio operato. L'attenzione degli interpreti si è concentrata, in particolare, sulla distinzione fra le due tipologie di atti per ragioni processuali: la qualificazione in termini di sussistenza di un'attività ponderativa può ascriversi esclusivamente alla conferma propria che, sostituendosi integralmente al precedente provvedimento, risulta autonomamente impugnabile da parte dell'interessato a differenza dell'atto meramente confermativo che non si ritiene impugnabile in quanto privo di efficacia lesiva

*dopo aver esaminato la nuova situazione alla luce dei motivi adottati nell'irrituale istanza del privato, la regolamentazione espressa nel precedente provvedimento*<sup>17</sup>". In altri termini, l'autonomia della regolamentazione degli interessi sottesa al provvedimento di conferma in senso proprio, avente effetti innovativi (tanto da essere soggetto, tra l'altro, all'osservanza di quanto previsto dall'art. 10 *bis* l. n. 241 del 1990), conferisce a quest'ultimo la natura di atto conclusivo di un procedimento di riesame<sup>18</sup>.

Ebbene, il risvolto pratico principale di questo inquadramento consiste nella autonoma impugnabilità dell'atto di conferma in senso proprio, a cagione della produzione di un effetto (analogo a quello *medio tempore* prodotto dall'atto precedente) da considerarsi – tuttavia – promanante da un titolo nuovo e autonomo<sup>19</sup>. Gli effetti della conferma, in virtù

*propria* (Cons. St., VI, 30.6.2017, n. 3207; Cons. St., VI, 17.7.2017, n. 3513"); cfr. altresì E. CANNADA BARTOLI, op. cit.;<sup>18</sup> P. STELLA RICHTER, op. cit. 241

<sup>19</sup> Circa i più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di atti di conferma in senso proprio, anch'essi "confermativi" di principi di diritto consolidati, si consideri che l'"atto di conferma in senso proprio" è da considerarsi quello adottato all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi e, pertanto, connotato anche da una nuova motivazione (Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2020, n. 4525; II, 24 giugno 2020, n. 4054 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Del resto, l'atto di conferma propria, per sua natura, assorbe e sostituisce l'atto confermato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

In particolare, solo l'esperienza di un ulteriore adempimento istruttorio, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco ed un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fase considerata, può condurre a un atto "propriamente confermativo", in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione (Cons. Stato, Sez. V, n. 3867 del 2018, cit. in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Pertanto, il provvedimento di conferma, che manifesta *ab extrinseco* una effettiva volontà provvedimentale, può essere autonomamente impugnato, diversamente dall'atto meramente confermativo, che, viceversa, in quanto privo di spessore provvedimentale, non è intrinsecamente suscettibile di impugnazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2015, n. 758 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Il medesimo provvedimento, difatti, può contenere articolate motivazioni rispetto a taluni elementi della fattispecie, evidenziando così come per essi si sia in effetti proceduto ad una rinnovata valutazione. In particolare, non può considerarsi "meramente confermativo" di un

dell'autonomia del provvedimento confermato, decorrono *ex nunc*; tuttavia, la caducazione dell'atto di conferma in senso proprio comporterà il venire meno dell'altro (e non viceversa), *“giacché ne reitera le statuizioni sostituendosi come fonte disciplinante del rapporto”*<sup>20</sup>.

Pertanto, in ossequio ai superiori principi costituzionali di difesa *ex art. 24 Cost.* e di effettività della tutela giurisdizionale, non può certo ritenersi precluso al privato amministrato di proporre un altrettanto nuovo e autonomo giudizio demolitorio nei confronti del provvedimento di conferma emanato *“contestando un effetto che, in quanto nuovo, non può considerarsi per lui inoppugnabile”*<sup>21</sup>.

---

precedente provvedimento l'atto la cui adozione sia stata preceduta, come nella fattispecie in esame, da un riesame della situazione che aveva condotto al primo provvedimento e quindi da una rivalutazione degli interessi in gioco (Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2021, n. 3579 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Da ultimo, si consideri, in relazione alla diversa tematica della c.d. “fiscalizzazione dell'abuso edilizio”, la recente pronuncia Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2024, n. 806, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui *“allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se esso sia stato adottato o meno a seguito di una nuova istruttoria e di una nuova ponderazione degli interessi. In tale seconda ipotesi, va dunque richiamato l'insegnamento giurisprudenziale per il quale ‘ogni nuovo provvedimento innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo destinatario, anche di conferma propria (che si ha quando la pubblica amministrazione, sulla scorta di una rinnovata istruttoria e sulla base di una nuova motivazione, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente provvedimento) ed anche se frutto di un riesame non spontaneo, ma indotto da un provvedimento del Giudice amministrativo, che tuttavia rifletta nuove valutazioni dell'Amministrazione e implichi il definitivo superamento di quelle poste a base di un provvedimento impugnato giurisdizionalmente, comporta la sopravvenienza di carenza di interesse del ricorrente alla coltivazione del relativo gravame’ (v. Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2018, n. 195, che, a sua volta, richiama Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4358 e sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3457)”*.

<sup>20</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, Op. cit., 712. Cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 562 – 563, secondo cui: *“se l'atto confermato è impugnato ed è annullato, ma non è stata impugnata la conferma, questa conserva validità ed efficacia: occorrerà apposita impugnativa per*

Nella fattispecie posta alla cognizione del T.A.R. Catania, l'estensore ha rilevato che, sebbene l'esito finale del provvedimento gravato coincida con quello della precedente determinazione caducata dal giudice amministrativo, l'*iter* procedimentale che ne costituisce il presupposto giuridico *“risulti ampiamente caratterizzato da un nuovo, e successivo, vaglio istruttorio nonché da una differenziata ponderazione di interessi”*. D'altronde, l'incerto confine che sussiste tra l'atto meramente confermativo e l'atto (*recte*, provvedimento) di conferma in senso proprio, si riflette sulla difficoltà – all'atto pratico – di differenziarli in sede processuale<sup>22</sup>.

Ebbene, tra gli indici valorizzati dalla giurisprudenza, così come evidenziato dalla

*rimuoverla. Se invece è impugnata e annullata la conferma (ma non è impugnato l'atto confermato), l'annullamento della conferma comporta l'annullamento anche dell'atto confermato”*. Sulla circostanza che l'atto di conferma (in senso proprio) si sostituisca al precedente provvedimento come fonte di disciplina del rapporto, cfr. *ex plurimis*, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, ALB. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, 885; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*, 2003, 937

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. P. VIRGA, op. cit. a mente del quale *“in tali ipotesi, il nuovo atto sostituisce il precedente o lo convalida”*.

<sup>22</sup> Si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, op. cit., 714, ove l'A. evidenzia che *“occorre però riconoscere che in concreto le due ipotesi risultano non sempre agevolmente distinguibili tra loro, anche perché la giurisprudenza dà luogo a differenziate applicazioni dei principi dalla medesima posti”*, per poi rilevare che *“la teoria consolidata appena esposta è stata criticata, ritenendo che essa non offra al privato alcuna tutela proprio nell'ipotesi in cui l'amministrazione ‘si è sicuramente comportata male’, non prendendo in considerazione le ragioni dell'interessato, mentre lo protegga oltre misura nell'ipotesi in cui l'amministrazione ‘ha fatto il suo dovere’, esaminando le ragioni dell'interessato, pur arrivando alla conclusione di non dover modificare nulla”*. Si rimandi, inoltre, a M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 564, a mente del quale – in sede di concreta applicazione – la differenza tra atto confermativo e conferma si risolve in una problematica inerente all'interpretazione dell'atto o del comportamento dell'amministrazione; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 937, laddove mette in evidenza che la differenza tra conferma in senso proprio e atto meramente confermativo è essenzialmente “qualitativa”, dipendendo dall'intensità del nuovo esame compiuto dall'amministrazione.



sentenza in commento, ai fini dell'individuazione del *discrimen* tra le due figure, si fa riferimento alla necessità di verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno all'esito di una nuova istruttoria, prodromica e funzionalizzata ad una altrettanto nuova ponderazione degli interessi in gioco.

Infatti, nel caso in cui la P.A. emani un mero atto conformativo, quest'ultimo non è il frutto di una rinnovata istruttoria, di una rivalutazione complessiva della questione, di una nuova ponderazione dell'interesse pubblico primario in comparazione con i contestuali e concorrenti interessi privati; al contrario, in tale atto l'Amministrazione procedente, sostanzialmente, ribadisce le valutazioni già svolte in precedenza, integrate da ulteriori e aggiuntive considerazioni che incidono su aspetti diversi, relativi alle doglianze articolate dalle parti<sup>23</sup>.

Ebbene, nella fattispecie per cui è causa, il Tribunale Regionale competente ha dimostrato di fare un uso coerente, innovativo e "non meramente confermativo" delle coordinate giurisprudenziali in materia, ritenendo – ad avviso di chi scrive, condivisibilmente – di qualificare l'atto adottato dalla stazione appaltante quale atto di conferma in senso proprio autonomamente impugnabile.

Per giungere a tale soluzione, i Giudici siciliani sottolineano che, nel caso posto alla loro cognizione, emerge dagli atti di causa la sussistenza di nuovo *iter* procedimentale, volto ad un nuova nonché attualizzata valutazione

degli interessi primari e secondari, dal momento che – a seguito della comunicazione di avvio del procedimento – la società ricorrente proponeva istanza di accesso provvedimento (riscontrata dal Comune resistente con la nota di cui in atti), con la quale contestualmente diffidava l'amministrazione aggiudicatrice a porre in essere il provvedimento di aggiudicazione in proprio favore, dichiarando altresì di non accettare alcun contraddittorio in sede procedimentale. Pertanto, non può non evidenziarsi che la stimolata partecipazione dell'impresa ricorrente, facente seguito alla comunicazione di avvio, al nuovo e distinto procedimento iniziato dalla P.A. appaltante, costituisca un indice significativo volto ad orientare l'esegesi dell'interprete verso la qualificazione del "nuovo" provvedimento di ammissione, in termini di atto di conferma in senso proprio e non meramente confermativo, così come inteso dalla ricorrente nelle doglianze contenute nei disattesi motivi di ricorso. Del resto, la "stimolazione" della partecipazione procedimentale dell'operatore economico al "nuovo" procedimento, prodromico all'emanazione dell'atto di conferma in senso proprio, si pone ad integrazione di una mera "*nuova valutazione o istruttoria*"<sup>24</sup> di documentazione già oggetto di valutazione in seno al procedimento di primo grado.

<sup>23</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, IV, 3 giugno 2021, n. 4237; 29 marzo 2021, n. 2622 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In ogni caso, la linea di demarcazione tra le due ipotesi è stata messa in discussione dalla dottrina che ha prestato maggior attenzione al dato sostanziale cfr., G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss. Secondo tale impostazione, la sussistenza di ragioni per una rivalutazione del provvedimento originario rappresentate dal privato rende inammissibile un comportamento inerte dell'amministrazione che non può limitarsi a liquidare la richiesta di riesame con un atto di non luogo a procedere, così come inaccettabile è l'affermazione dell'inoppugnabilità del medesimo. Questa ricostruzione ha anche suffragato l'idea di chi ha ritenuto contestabile in sede giurisdizionale l'inerzia dell'amministrazione rispetto all'istanza di riesame, con la precisazione che

attraverso la tutela giurisdizionale è possibile esclusivamente contestare la mancata valutazione degli elementi per una revisione del provvedimento (o la decisione di non procedere) e non il provvedimento stesso che resta in ogni caso intangibile una volta decorso il termine di decadenza; così, S. TUCCILLO, Voce "*Autotutela amministrativa 2. Gli istituti*", cit.; G. FALCON, op. cit.; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012.

<sup>24</sup> Si consideri, fra tutti, il risalente precedente, dichiaratamente non condiviso da F. SAITTA, op. cit., nota 38, del T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 3 giugno 1999 n. 371, che basava la distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio sulla avvenuta effettuazione o meno di "*una nuova valutazione o istruttoria*".

#### 4. CONCLUSIONI E ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

In conclusione, a seguito del breve inquadramento degli istituti giuridici di cui sopra, non può che rilevarsi l'indubbia consequenzialità logico-giuridica dei *dicta* della sentenza in commento, contenenti la conferma di stratificati orientamenti provenienti dalla giustizia amministrativa, nonché dalle autorità di regolazione (*in primis*, l'ANAC), in ordine alla natura giuridica dell'atto di ammissione alla procedura di gara e alla conformazione del riesercizio del potere a seguito di una pronuncia giurisdizionale di accoglimento demolitoria. Tuttavia, al momento in cui si scrive, non può non richiamarsi quanto affermato dal Consiglio di Stato – in relazione a quanto detto sul principio di continuità dei requisiti – nell'ordinanza n. 161 del 4 gennaio 2024 con cui sono stati rimessi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato i seguenti quesiti: "i) *se, fermo restando il principio della insussistenza di un potere della stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni dell'Agenzia delle entrate attestanti l'assenza di irregolarità fiscali a carico dei partecipanti a una gara pubblica, le quali si impongono alla stessa amministrazione, il principio della necessaria continuità del possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure selettive comporti sempre il dovere di ciascun concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsiasi irregolarità che dovesse sopravvenire in corso di gara;*

ii) *se, correlativamente, sussista a carico della stazione appaltante, ferma restando la richiamata regola della sufficienza delle certificazioni rilasciate dalle autorità competenti, il dovere di estendere la verifica circa l'assenza di irregolarità in capo all'aggiudicatario della procedura in relazione all'intera durata di essa, se del caso attraverso l'acquisizione di certificazioni estese all'intero*

*periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione;*

iii) *se, in ogni caso e a prescindere dalla sufficienza o meno delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, il concorrente che impugni l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che in un qualsiasi momento della procedura di gara l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità con il conseguente obbligo dell'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa".*

Pertanto, non può che attendersi la composizione del contrasto (o presunto tale) sorto innanzi al Supremo Consesso della Giustizia amministrativa, al fine di "saggiare" – nell'odierno contesto ordinamentale – la vigenza di un principio, quello di continuità dei requisiti di partecipazione, dai più ritenuto consustanziale all'esercizio del potere della P.A. nella veste di stazione appaltante.

Da ultimo, non può che salutarsi con favore il passo della pronuncia del Giudice siciliano in cui, a seguito di una attenta ricostruzione della distinzione tra atti di conferma "in senso proprio" ed atti meramente confermativi, ha posto l'accento sull'istituto della partecipazione procedimentale, al fine di "integrare" il metodo di individuazione del *discrimen* tra i due atti di cui sopra, per costante giurisprudenza basato sull'esistenza di una nuova e mera valutazione istruttoria. La valorizzazione dell'apporto del privato nel procedimento culminante nel provvedimento di secondo grado (ossia, l'atto di conferma "in senso proprio"), mediante la stimolata partecipazione dell'impresa, si pone in continuità a quella tendenza a ricostruire i termini del rapporto giuridico amministrativo nel senso della "fiducia", che deve sussistere biunivocamente tra amministrazione e operatori economici, così come da ultimo prescritto dal legislatore all'art. 2 del Nuovo Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 36 del 2023, a mente del quale: "*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e*

*corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Si rinvia, sul punto, alle analitiche e inedite osservazioni di R.SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, 46, secondo cui: "il tipo di fiducia strutturato dal legislatore del codice, nel suo collegamento funzionale con il risultato, è idoneo a reggere un sistema complessivo dei rapporti che si basi su forme sempre più ampie di negoziazione, sull'ampliamento del potere discrezionale? Non del tutto, se in sostanza la fiducia che il legislatore si fa carico di creare venga promossa (se non imposta) attraverso disposizioni in forza delle quali le stazioni appaltanti e gli

*enti concedenti sono chiamati ad adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale. O, come già rilevato, attraverso una diversa perimetrazione del regime della responsabilità. Sembra dunque potersi affermare che la norma efficacemente mirata ad incentivare la fiducia vada piuttosto ricercata ed identificata in quella, pure dettata dal comma 4 dell'articolo 2, che prevede azioni per la riqualificazione delle stazioni appaltanti e per dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, anche attraverso appositi piani di formazione (quali previsti dall'articolo 15, comma 7, del codice)".*