

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Direttiva 66/2007 c.d. seconda Direttiva ricorsi che incide sulla Direttiva 89/665 c.d. prima direttiva ricorsi.
- La disciplina è stata recepita nel D.lgs 53/2010 che ha modificato il D.Lgs 163/2006 per poi confluire definitivamente nel D.lgs 104/2010 Codice del processo amministrativo

FORMA DEL CONTRATTO DI APPALTO

Codice civile

Art. 2699 Atto pubblico

L'atto pubblico è il documento redatto con le prescritte formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è stato formato

Art 2700 Efficacia dell'atto pubblico

L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti

Art. 2701 Conversione dell'atto pubblico

Il documento formato da ufficiale pubblico incompetente ovvero senza l'osservanza delle forme prescritte, se è stato sottoscritto dalle parti, ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata.

Art 2702 Efficacia della scrittura privata

La scrittura privata fa piena prova fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Art 2703 Sottoscrizione autenticata

Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l'identità della persona che sottoscrive.

Querela di falso per atto pubblico e scrittura privata autenticata

Se c'è atto pubblico o scrittura privata autenticata alla parte che ritiene che la sottoscrizione sia falsa serve la *querela di falso*.

Deve essere proposta dal soggetto che ritiene che la sua firma sia falsa.

Si fa valere la falsità. Si accolla l'onere probatorio alla parte che intende dimostrare che la firma è falsa. Fino a prova contraria la sottoscrizione e quanto dichiarato in atto è vero

Giudizio di verifica per scrittura privata.

Se la scrittura privata è semplice basta il mero disconoscimento della firma e sarà onere di chi vuole far valere la validità dell'atto di dimostrare che la firma è di chi la disconosce. Attraverso un giudizio di verifica per attestare la veridicità della sottoscrizione.

Si fa valere la genuinità della sottoscrizione. Si accolla l'onere probatorio alla parte che intende dimostrare che la firma è vera

R.D. 2440/1923

Art. 16.

I contratti sono stipulati da un pubblico ufficiale delegato a rappresentare l'amministrazione e ricevuti da un funzionario designato quale ufficiale rogante, con le norme stabilite dal regolamento.

I processi verbali di aggiudicazione nelle aste e nelle licitazioni private sono parimenti formati da quest'ultimo funzionario.

I contratti ed i verbali anzidetti hanno forza di titolo autentico.

I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto.

Il deliberatario non può impugnare l'efficacia dell'atto o incanto pel motivo che non sia stato da lui firmato il relativo verbale d'asta o di licitazione privata.

Art. 17.

I contratti a trattativa privata, oltre che in forma pubblica amministrativa nel modo indicato al precedente art. 16, possono anche stipularsi:

per mezzo di scrittura privata firmata dall'offerente e dal funzionario rappresentante l'amministrazione;

per mezzo di obbligazione stessa appiedi del capitolato;

con atto separato di obbligazione sottoscritto da chi presenta l'offerta;

per mezzo di corrispondenza, secondo l'uso del commercio, quando sono conclusi con ditte commerciali.

D.Lgs 267/2000

Articolo 192 *Determinazioni a contrattare e relative procedure.*

1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:

a) il fine che con il contratto si intende perseguire;

b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;

c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

2. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano

D.Lgs 163/2006 Codice degli Appalti pubblici

Art. 11 comma 13: *Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.*

D.lgs 82/2005 Codice amministrazione digitale

Definizione di documento informatico

Art 1 del D.Lgs 82/2005

Let. p) *documento informatico: la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti; è la definizione che ne diede Carnelutti nel secolo scorso.*

20. Documento informatico.

1. Il documento informatico da chiunque formato, la memorizzazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'articolo 71 sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice

1-*bis*. L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dall'articolo 21

2. [Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell'articolo 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile] ⁽⁶⁵⁾.

(65) Comma così sostituito dall'*art. 8, D.Lgs. 4 aprile 2006, n. 159* e poi abrogato dalla lettera c) del comma 1 dell'*art. 13, D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235*.

21. Documento informatico sottoscritto con firma elettronica

1. Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità

2. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ***ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile***. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria

2-*bis*. Salvo quanto previsto dall'articolo 25, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale

3. L'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione, salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate.

Forma del contratto di appalto: è necessario distinguere tra procedura aperta/ristretta da un alto e procedura negoziata dall'altro lato

COME SI FORMALIZZA IL VINCOLO NEGOZIALE DEGLI AFFIDAMENTI IN ECONOMIA E/O DIRETTI, DISCIPLINATI DAI COMMUNI 8 E 11 DELL'ART. 125 D.LGS. 163/2006?

Per i lavori:

Va da sé che ogni atto negoziale della pubblica amministrazione deve essere stipulato per iscritto (Cassazione consolidata e granitica) a pena di nullità del rapporto giuridico.

La ratio dell'obbligo viene identificata nell'esigenza di individuare con esattezza il contenuto negoziale dell'atto, di rendere possibili i controlli delle autorità tutorie, di evitare elusioni al principio di copertura finanziaria degli atti di spesa (tra le tante vedi **Cass. civ., Sez. I, 03/01/2001, n. 59**)

La questione giuridica è quella di comprendere qual è, tra le forme scritte presenti nell'ordinamento, quella che è possibile utilizzare per costituire un legittimo vincolo giuridico.

In merito l'art. 137 del DPR 207/2010, inserito nel titolo TITOLO V - dedicato ai SISTEMI DI REALIZZAZIONE DEI LAVORI E SELEZIONE DELLE OFFERTE si occupa di elencare i documenti facenti parte del contratto senza entrare nel merito della forma, ma postulando l'esistenza necessaria di un contratto scritto la cui forma dovrà evidentemente essere scelta tra quelle previste dall'art. 11, ultimo comma del D. Lgs. 163/2006 e precisamente:

- mediante atto pubblico notarile
- mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice,
- mediante scrittura privata,
- in forma elettronica

il tutto secondo ***le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.***

L'art. 121, comma 1 del D.lgs 163/2006 prevede espressamente che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ove è presente la disciplina degli affidamenti in economia, si applicano le disposizioni della parte I, del codice in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.

Nell'art. 125 del Codice e nel regolamento non vi sono norme derogatorie rispetto quanto previsto e disciplinato all'art. 11 del D.lgs 163/2006 ergo la forma del contratto dovrà essere una di quelle elencate nel codice. Quindi a scelta della stazione appaltante:

- mediante atto pubblico notarile
- mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice,
- mediante scrittura privata,
- in forma elettronica

il tutto secondo ***le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.***

E' necessario considerare che quindi la scelta è già anestetizzata da alcune considerazioni legate al fatto che se l'ente si rivolge ad un ufficiale rogante esterno non incamera i diritti di segreteria; inoltre dovrebbe motivare perché si rivolge ad un ufficiale esterno avendo un ufficiale rogante interno.

Servizi e forniture:

A differenza dei lavori pubblici, il DPR 207/2010 all'art. 334, comma 2 prevede che: *Il contratto affidato mediante cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.*

Per cui negli affidamenti di forniture e servizi in generale e non limitatamente agli affidamenti diretti, il legislatore ha previsto la possibilità di utilizzare una forma negoziale particolare snella qual è quella dello scambio commerciale.

La norma riferisce testualmente circa la facoltà di formare il contratto attraverso *apposito scambio di lettere* il che fa presumibilmente desumere che il riferimento sia allo scambio di lettera commerciale.

Personalmente è opportuno chiarire che lo scambio di lettera commerciale postula un negozio giuridico di tipo commerciale e quindi in sostanza una compravendita di bene mobile di consumo. Per cui, mentre questa forma negoziale si adatta molto bene agli appalti di forniture, che in sostanza sono contratti di acquisto di bene mobili, alcune difficoltà si possono incontrare in tema di appalti di servizi, che danno vita invero non ad una fattispecie inquadrabile nei contratti del commercio *tout court*, ma una obbligazione di *facere* tipica del contratto di appalto.

Tuttavia il legislatore sembra muoversi in questa direzione.

In sintesi negli affidamenti in economia il vincolo giuridico si forma :

- Per gli appalti di lavori tramite scrittura privata, atto pubblico, in forma elettronica
- Per gli appalti di servizi in forma di scrittura privata *tout court* ovvero mediante scambio di lettere

Regolamento dei contratti dell'ente locale:

ART. ... – Forma dei contratti

1. I contratti del Comune sono stipulati nelle seguenti forme:

- *per atto pubblico con intervento del Notaio previa motivazione da parte del responsabile del procedimento;*
- *per atto pubblico/amministrativo con intervento del Segretario Comunale;*
- *a mezzo di scrittura privata;*
- *a mezzo di scrittura privata autenticata mediante autenticazione da parte del Segretario Comunale;*
- *Nelle altre forme previste dalla legge.*

2. Il segretario comunale interviene in qualità di ufficiale rogante per ricevere e quindi per rogare gli atti in forma pubblica amministrativa ove una parte contraente sia l'ente ovvero per autenticare le scritture private, nonchè per autenticare gli atti unilaterali il cui contenuto sia rivolto a favore dell'interesse dell'ente.

3. Salvo quanto prescritto da specifiche norme di legge che dispongano espressamente in modo diverso, di norma, i contratti il cui valore sia superiore a000,00 euro vengono stipulati in forma pubblica amministrativa con intervento del Segretario Comunale, ovvero con sottoscrizione autenticata; I contratti il cui valore sia inferiore a000,00 euro sono stipulati in forma di scrittura privata non autenticata.

4. Anche per importi inferiori al limite indicato al comma 3 del presente articolo, in relazione al tipo di rapporto giuridico, ovvero alla natura dei beni o servizi da acquisire, si potrà far luogo alla stipula di contratti in forma pubblica amministrativa ovvero per mezzo di scrittura privata autenticata purché vi sia una motivazione adeguata.

5. La forma pubblico amministrativa dell'atto è necessaria a seguito di procedura aperta o ristretta ossia per qualsivoglia affidamento ad evidenza pubblica.

6. Le concessioni cimiteriali sono stipulate in forma pubblica se hanno ad oggetto una tomba e in forma di scrittura privata se hanno ad oggetto loculi.

E LE COMUNICAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE
ART. 79

COMUNICAZIONI DI UFFICIO

Comma 5: l'amministrazione comunica "*di ufficio*": QUINDI VI E' UN OBBLIGO SPECIFICO

- a) **l'aggiudicazione definitiva**, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni:
- all'aggiudicatario,
 - al concorrente che segue nella graduatoria,
 - a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara,
 - a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni. (se non hanno proposto impugnazione all'esclusione ed è decorso il termini per l'impugnazione vi è acquiescenza e come tale non va comunicata l'aggiudicazione definitiva) ***Problema per chi ha partecipato alla seduta e conosce già l'esito della esclusione!***
 - nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva

Interesse diretto all'impugnazione = chi vuole ottenere l'aggiudicazione

Interesse strumentale all'impugnazione = chi vuole ottenere l'annullamento della procedura per avere una nuova chance da giocarsi.

A. P. 4/2001 a chiarito che l'offerente escluso che non ha impugnato l'esclusione ovvero è stata ritenuta legittima non potrà impugnare l'aggiudicazione definitiva.

b) **l'esclusione**, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione;

b-bis) **la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto** ovvero di non concludere un accordo quadro

b-ter) **la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario**, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

Ratio di questa disposizione:

Art. 120 comma 2 del D.Lgs 104/2010: *Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all' articolo 65 e all' articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.*

Ne consegue che questa disposizione ha un senso solo se non vi è stata la pubblicità del bando nelle forme previste dalla legge. Quando invece c'è stata rituale pubblicazione non ha senso comunicare il contratto.

COMUNICAZIONI NON DI UFFICIO

Comma 2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano: OBBLIGO SCATTA SOLO SU ISTANZA DELLA PARTE INTERESSATA

1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano:

- a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura;*
- b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 4 e 7, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;*
- c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro.*

3. Le informazioni di cui al comma 1 e di cui al comma 2 sono fornite:

- a) su richiesta scritta della parte interessata;*
- b) per iscritto;*
- c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta.*

FORMA DELLE COMUNICAZIONI DI UFFICIO

Comma 5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 e quindi **quelle di ufficio** sono fatte per iscritto, con:

- lettera raccomandata con avviso di ricevimento
- mediante notificazione
- mediante posta elettronica certificata
- ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è **espressamente autorizzato dal concorrente**, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Ne consegue che negli atti di gara dovrà essere presente un modulo ove l'operatore economico autorizza le comunicazioni via fax

Qual è il problema? Se riceve materialmente la comunicazione non v'è alcun problema dato il disposto di cui all'art. 21 *octies* della legge 241/1990. Tuttavia è la PA che deve dimostrare che l'operatore ha ricevuto la comunicazione. Quindi è un problema di onere della prova e non tanto di forma di comunicazione.

Inciso apparentemente Machiavellico ma serve per far sapere tempestivamente che è partita la raccomandata: *Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta.*

La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4;

CONTENUTO DELLA COMUNICAZIONE DELL'AVVENUTA AGGIUDICAZIONE

- La motivazione sulla cui base è stato aggiudicato l'appalto. Le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto ovvero può essere allegato il verbale ove si evincono le ragioni sulla cui base l'appalto è stato giudicato. Ovvero infine l'indirizzo del sito ove è agevole reperire il testo pubblicato del verbale di gara.
- Comma 4. *le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.* In sostanza può omettere pari del verbale che non siano utili ai fini della aggiudicazione e che possano pregiudicare la tutela della concorrenza.
- La data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto ossia che il contratto non sarà stipulato prima che siano decorsi almeno 35 giorni da quello **di invio** della comunicazione di aggiudicazione definitiva. Infatti ai sensi dell'art. 11 del D.lgs 163/2006 comma 10, *il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.*
- L'indicazione di atti per i quali l'accesso è vietato o differito, con segnalazione dell'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

CONTESTUALITA' DELLE COMUNICAZIONI DI UFFICIO (importanza)

La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva va comunicata contestualmente nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

La contestualità delle comunicazioni è fondamentale perché altrimenti produce un effetto a cascata sullo *standstill* posto che l'art. 11 comma 10 chiarisce che il termine decorre dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni

DECORRENZA DEI TERMINI PER PROPORRE RICORSO

Art. 120 comma 5 D.Lgs 104/2010:

Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all' articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all' articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto.

GESTIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO

Ai sensi dell'art. 13 **il diritto di accesso è differito:**

a) *nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;*

b) *nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione Ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;*

c) *in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;*

c-bis) *in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.*

3. *Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.*

4. *L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.*

Comma 5: *sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:*

a) *alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;*

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;
c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), **è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.**

Si tratta quindi di un diritto di accesso difensivo ossia che trova come fondamento l'art. 24 della Costituzionale e come tale non può trovare ostacoli dipendenti da paventati segreti tecnici o commerciali.

Consiglio di Stato sezione VI 2814 del 2010 estensore Garofoli: *lo stesso art. 13, D. Lgs. n. 163/2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al comma 6 che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso". Si tratta di previsione che riafferma quella tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo, in generale disposta dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990.*

Consiglio di Stato sez. VI 3418 del 2006 estensore Chieppa

6. Pertanto, deve essere riconosciuto il diritto del ricorrente di prendere visione dell'intera offerta presentata dalla società aggiudicataria, spettando però all'amministrazione l'adozione di adeguate misure di tutela della riservatezza (cancellature, omissis) in relazione alle eventuali parti dell'offerta, idonee a rivelare i segreti industriali e che non siano state in alcun modo prese in considerazione in sede di gara.

In tal modo, non si tratta di rimettere all'amministrazione la verifica circa la necessità del documento per la cura o la tutela di interessi giuridici del privato (il che si porrebbe in contrasto con il principio di parità delle armi, che esclude che una delle parti della controversia possa verificare l'utilità del documento per la difesa della controparte); si tratta, invece, di imporre all'amministrazione di evidenziare gli elementi del progetto che ha valutato in favore dell'aggiudicatario (e conseguentemente di limitare l'accesso, nella forma della visione, a quei documenti o a quelle parti di documento).

Tale soluzione consente di contenere la descritta prevalenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza industriale nei limiti strettamente necessari alla cura o difesa degli interessi giuridici, precludendo anche la visione di quelle parti di documento, non utilizzate – per stessa ammissione dell'amministrazione procedente – ai fini della positiva valutazione dell'offerta dall'aggiudicataria.

CLAUSOLA STAND STILL

Ai sensi dell'art. 11 del D.lgs 163/2006 comma 10, *il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.*

Lo *standstill* è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali.

Se invece il ricorso viene notificato entro i 30 giorni il contratto non può essere stipulato e occorre arrestare la fase di stipula.

Il termine di *standstill* è stato coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale, in modo che quando viene adito il giudice, il contratto non è ancora stipulato

Infatti l'aggiudicazione indica che il contratto dovrà stipularsi non prima di 35 giorni dall'invio della comunicazione, mentre l'operatore economico ha 30 giorni dalla ricezione della comunicazione per proporre ricorso.

Ne consegue che se entro 35 giorni non è stato notificato il ricorso ex art. 41 CPA¹, il contratto può essere stipulato.

Posto che lo *standstill* dura trentacinque giorni, e decorre dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione, l'Amministrazione, fisiologicamente, dovrebbe venire a conoscenza della notificazione del ricorso entro tali trentacinque giorni, e così essere in grado di bloccare ulteriormente la stipulazione del contratto.

Ciò che rileva, per il prodursi di tale effetto, infatti, non è la data in cui parte la notificazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il notificante), ma la data in cui la notificazione arriva a destinazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il suo destinatario).

SOSPENSIONE DERIVANTE DA PROPOSIZIONE DEL RICORSO

D.lgs 163/2006 comma 10-ter. *Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto*

¹ *Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge. Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile*

sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare

Occorre sottolineare che la sospensione opera solo se:

- vi è l'**impugnazione dell'aggiudicazione definitiva**
- vi è l'**istanza cautelare**

L'art. 11, co. 10-ter, codice, dispone che l'effetto sospensivo dura per almeno venti giorni decorrenti dalla notifica del ricorso alla stazione appaltante, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.

Se invece entro venti giorni non intervenga uno di tali due provvedimenti, **l'effetto sospensivo si protrae fino alla pronuncia di uno di essi.**

In sostanza non si può stipulare il contratto sino a che non vi sia

- il provvedimento cautelare di primo grado
- la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare

NB L'espressione secondo cui entro i venti giorni deve intervenire "almeno" un provvedimento cautelare di primo grado o un dispositivo, implica che se uno dei due atti intervenga prima dei venti giorni, l'effetto sospensivo non cessa ma perdura fino allo scadere dei venti giorni, anche ove, in ipotesi, la domanda cautelare o il ricorso siano respinti. In tale evenienza, il ricorrente ha ancora tempo per proporre appello avverso l'ordinanza cautelare o avverso il dispositivo, beneficiando dell'effetto sospensivo legale.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando (decorsi i 20 giorni):

- in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente
- fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari
- rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare

APPLICABILITÀ DELLA CLAUSOLA STANDSTILL ANCHE ALLE PROCEDERE IN ECONOMIA

Recentemente il T.A.R. Toscana² ha ritenuto applicabile anche alle procedure in economia la clausola *stand-still* di cui all'art. 11, comma 10, del D.lgs 163/2006 in quanto volta ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici. Nello specifico il Collegio giudicante argomenta che *“siano applicabili anche alle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario le disposizioni di cui al citato art. 11 comma 10, che a sua volta richiama l'art. 79 del codice dei contratti pubblici, riguardante gli obblighi informativi che gravano sulle stazioni appaltanti in ordine all'esito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti; l'art. 125 comma 11 (applicato nel caso in esame) assoggetta le procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario relativamente a servizi e forniture al rispetto, tra gli altri, del principio di trasparenza, mentre il comma 14 assoggetta tutti procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia al rispetto "dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento"; gli obblighi ex art. 79 appaiono riconducibili al principio di trasparenza (oltre che a quello di pubblicità enunciato, come il primo, dall'art. 2 del codice dei contratti pubblici); inoltre (e più in particolare) dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 53/2010 l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ex art. 79 comma 5 lett. a) e la clausola standstill cui al citato (e novellato) art. 11 comma 10 sono funzionali a garantire la tempestività e dunque l'efficacia dell'esercizio del diritto di agire in giudizio da parte dei concorrenti che si ritengono ingiustamente pregiudicati dall'esito della gara; e poiché tale obiettivo è privilegiato dall'ordinamento nazionale ed europeo rispetto alla celerità nella conclusione del contratto, appare logico ritenere che tanto i menzionati obblighi informativi ex art. 79 quanto la clausola standstill ex art. 11 comma 10 sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici, che oltretutto non attiene specificamente alle modalità di svolgimento della procedura di affidamento, a cui fa riferimento il comma 11 dell'art. 125”*.

DEROGHE ALLO STANDSTILL

La normativa italiana consente un numero di deroghe inferiori rispetto quelle previste dalla Direttiva e precisamente:

10-bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;*
- b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'[articolo 59](#) e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'[articolo 60](#).*

L'URGENZA DI CUI ALL'ART. 11 COMMA 9 D.LGS 163/2006

L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione

² T.A.R. Toscana, sez, I, n. 6570/2010.

del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Nella Direttiva non è presente una possibilità di deroga per ragioni di urgenza, tuttavia la questione non incide sulla tematica del contratto posto che l'avvio di urgenza postula che il contratto non vi sia giacché la stessa viene ordinata sulla base dell'aggiudicazione definitiva e rimane disciplinata dai principi in tema di arricchimento senza causa dato che l'art. 11 prescrive *Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al **rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie.** Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario **ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione***

La norma parla infatti di mero rimborso delle spese a non di corrispettivo inteso quale comprensivo del lucro.

E' ovvio tuttavia che un affidamento di urgenza in assenza di contratto comporta delle questioni di grande rilevanza:

se si tratta di una prestazione che viene eseguita quasi compiutamente nelle more della clausola *standstill* e relativo giudizio, si tratta evidentemente di una forma elusiva.

L'uso dell'urgenza dovrebbe quindi essere veramente oggettivo!

Il Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto si è espresso in modo lapidario. L'uso dell'urgenza è una forma elusiva dello *standstill*. Nella Direttiva non esiste alcuna causa di urgenza sulla cui base si possa derogare.

LE NOVITÀ DEL PREAVVISO DI RICORSO DI CUI ALL'ART. 243 BIS DEL D.LGS 163/2006: MECCANISMO PREVENTIVO DI RISOLUZIONE DELLE LITI DEGLI APPALTI

Le nuove frontiere deflative del contenzioso

L'art. 6 del D.lgs 53/2010 andando ad incidere sul codice introduce all'art. 243 bis un nuovo istituto particolarmente interessante e rilevante nell'ambito della dinamica del rapporto stazione appaltante privato. Di fatto questo nuovo istituto che prende il nome di preavviso di ricorso, stigmatizza la volontà del legislatore di attenuare il perseverare delle controversie in materia di appalti in luogo di un contraddittorio in funzione di una soluzione alternativa della controversia stessa. L'istituto infatti trova origine nei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che risponde all'acronimo di A.D.R. "*alternative dispute resolution*".

Per altro questa modalità di azione ha trovato applicazione anche nel diritto civile puro con l'introduzione del D.Lgs. 28/2010 in tema di mediazione e conciliazione obbligatoria.

Utilità della norma e sua finalità:

L'utilità della norma è duplice in quanto da un lato, palesando le eventuali irregolarità la stazione appaltante si può avvedere degli errori commessi e quindi porvi rimedio; dall'altro laddove la stazione appaltante chiarisca bene l'inconsistenza delle censure, il privato potrebbe astenersi dall'esperire un ricorso inutile. Il tutto in un'ottica deflativa del contenzioso che incentiva le misure alternative di soluzione delle controversie come sopra delineato.

Procedimento del preavviso di ricorso:

Il comma 2 dell'art. 243 bis dispone che l'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, e reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. Il legislatore nell'ottica della collaborazione indica i contenuti della comunicazione chiarendo per altro che si tratta di mera azione stragiudiziale senza necessità della difesa legale.

L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia della stessa equivale a diniego di autotutela.

Ius poenitendi e principio di buona fede

Il ricorso giurisdizionale rappresenta la via maestra per reagire all'illegittimità della procedura di affidamento. La via giurisdizionale per altro è garantita direttamente dalla Costituzione poiché l'art. 24 costituzionalizza il principio secondo cui ciascuno può agire in giudizio per far valere i suoi diritti od interessi legittimi. Ne consegue che pur dopo aver esperito il preavviso di ricorso, il privato possa evidentemente proporre il ricorso laddove il preliminare strumento di risoluzione non abbia dato i risultati agognati.

Occorre tuttavia valutare non tanto la facoltà di proporre il ricorso, ma il comportamento complessivamente tenuto dalla parti. In altre parole se è vero che il privato ha facoltà dello *ius poenitendi*, è altresì vero che questo principio va temperato con quello di buona fede e di leale collaborazione che sempre più fa breccia nella giurisprudenza sia di merito che di legittimità permeando di sé ogni aspetto del rapporto giuridico.

Corollari di questo principio sono le seguenti riflessioni:

- Non si comporta secondo un canone di leale collaborazione colui che non esperisce il preavviso di ricorso;
- Non si comporta secondo un canone di leale collaborazione colui che esperisce il preavviso di ricorso ma pochi giorni dopo notifica il ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo competente.

Infatti il comma 5 dell'art. 243 bis precisa che l'omissione della comunicazione (*ovvero la comunicazione fittizia in quanto seguita di lì a poco dal ricorso, aggiungiamo noi*) costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'[articolo 1227 del codice civile](#).

Il legislatore ha infatti stigmatizzato l'ipotesi di un rapporto che deve essere bilateralmente leale e collaborativi, per cui se da un lato la stazione appaltante deve comportarsi in buon fede e deve comunicare le sue determinazioni, dall'altro anche il privato ha l'onere di agire nel rispetto dei medesimi principi.

In sostanza il giudice dovrà valutare nella dinamica del rapporto di specie qual è stato il comportamento delle parti.

L'utilizzo dell'art. 1227 c.c. quale chiave di lettura del comportamento delle parti

L'utilizzo dell'art. 1227 c.c. è paradigmatico della volontà legislativa di far emergere il comportamento delle parti.

Se il ricorrente avesse preventivamente attivato il preavviso di ricorso con le modalità previste dal codice la stazione appaltante avrebbe potuto prendere atto delle censure; ma poiché il ricorrente ha rinunciato ad utilizzare il preavviso di ricorso, ovvero l'ha utilizzato in modo elusivo, notificando il ricorso poco dopo, ha contribuito egli stesso all'aggravamento dell'eventuale danno che rimarrà in parte o tutto a suo carico, secondo il prudente apprezzamento del giudice. Il giudice infatti dovrà valutare attraverso un giudizio prognostico *ex ante*, se la stazione appaltante, sulla base delle censure che il privato avrebbe potuto proporre, avrebbe ragionevolmente potuto attivare l'autotutela ovvero denegarla.

In sostanza il giudice dovrà valutare l'incidenza causale della condotta omissiva sulla possibilità dell'attivazione dell'autotutela attraverso una prognosi postuma. La prognosi e il giudizio sull'incidenza causale saranno valutati sostanzialmente sulla base del concetto civilistico di causalità materiale tra fatto ed evento.

Per cui ai fini risarcitori, il giudice dovrà valutare se l'omissione dell'informativa da parte del ricorrente abbia rappresentato l'antecedente causale della mancata attivazione dei poteri di autotutela

Si sottolinea a ***fini risarcitori*** in quanto è evidente che poi in sede di giudizio, laddove il ricorso fosse accolto (*in quanto se il ricorso fosse rigettato il problema nemmeno si porrebbe*), si pone la questione del eventuale risarcimento del danno, il quale sarà valutato appunto sulla base di vari elementi, primo tra i quali sarà proprio quello del preliminare comportamento delle parti in fase di precontenzioso.

Art. 243-bis. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 44, comma 3, lettere b) e d), legge n. 88/2009; art. 1, paragrafo 4, direttiva 89/665/CEE e art. 1, paragrafo 4, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE) (articolo introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 53 del 2010)

1. Nelle materie di cui all'[articolo 244, comma 1](#), i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'[articolo 11, comma 10](#), né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'[articolo 1227 del codice civile](#).

6. Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

(comma così sostituito dall'Allegato 4, articolo 3, comma 19, lettera b), d.lgs. n. 104 del 2010)

REQUISITI SOGGETTIVI DI PARTECIPAZIONE AGLI AFFIDAMENTI

Art. 38. Requisiti di ordine generale.

Art. 72 comma 2-bis. *Le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.*

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera i), legge n. 106 del 2011)

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:

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; i soci 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 o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, 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; dei soci 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 poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, 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 nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

“o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”;

Corollari:

- In caso di società di capitali va controllato il socio unico persona fisica con esclusione del socio unico persona giuridica.
- In caso di società di capitali va controllato il socio di maggioranza (*non si distingue tra socio persona fisica o giuridica, per cui se il socio è una società si dovranno controllare a sua volta i membri della società*). Che maggioranza deve avere
- E' sufficiente ad innescare il controllo la maggioranza semplice p è necessaria una maggioranza qualificata? Nel silenzio sembra essere sufficiente la maggioranza semplice Per cui tre soci:
 - 30%
 - 25%
 - 45% Questo socio va controllato pur essendo titolare di una maggioranza semplice

“In ogni caso l’esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara qualora l’impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”

Quindi riduzione da tre anni ad un anno del periodo da considerare ai fini della cessazione dalle cariche.

La norma inoltre non fa più esplicita menzione all’adozione di atti o di misure di completa dissociazione, ma prevede che l’impresa dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Più che una modifica di stile sembra sottolineare che l’impresa non deve porre in essere azioni positive di responsabilità, ma più semplicemente dissociarsi anche attraverso l’estromissione del soggetto dall’incarico.

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo [17 della legge 19 marzo 1990, n. 55](#); l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa ;

Viene introdotto l’anno quale termine entro cui opera la causa di esclusione in quanto il mancato riferimento normativo era stato considerato come estremamente gravoso.

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

Art. 38, comma 2: Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all’importo di cui all’articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del *decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*: che è pari ad euro **10.000,00**.

h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l’iscrizione nel casellario informatico di cui all’articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in

merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;

Art. 38, comma 1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia

L'esclusione da parte della stazione appaltante è automatica (atto vincolato) poiché il giudizio è già stato preso in precedenza dall'Autorità che sulla base della segnalazione ha deciso della relativa iscrizione.

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;

Art. 38, comma 2: Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-*quater*, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

Art. 40 D.lgs 163/2006 9-*quater*. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

*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.*

*Ai fini del comma 1, lettera m-*quater*), il concorrente allega, alternativamente:*

*a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile **rispetto ad alcun soggetto**, e di aver formulato l'offerta autonomamente;*

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), 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

Si tratta di un adeguamento normativo alla sentenza C 538/07 della Corte di Giustizia secondo cui *Una 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. 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.*

Molte le modificazioni apportate in sede di legge di conversione.

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445](#), in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo [43](#), del [decreto del Presidente della Repubblica 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](#) 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 [decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313](#), oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

**DETERMINAZIONE A CONTRARRE ED il DL 70 COME CONVERTITO IN LEGGE
106/2011**

La determinazione a contrarre acquista sempre più un valore giuridico di assoluto rilievo, infatti:

all'articolo 64, dopo il comma 4 è inserito il seguente:

"4-bis. I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo.";

**COMUNICAZIONI DEI REQUISITI ALLA BANCA NAZIONALE DEI CONTRATTI
PUBBLICI**

c-bis) all'articolo 42, dopo il comma 3 è inserito il seguente:

"3-bis. Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità sul sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, lettera a), del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dall'avvenuto rilascio; in caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'articolo 6, comma 11.";

“sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni”

TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE

Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione *(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011)*

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, *se necessario*, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Implica una valutazione discrezionale che contribuisce evidentemente all'incertezza e che alimenta il contenzioso poiché v'è il consueto scontro tra due principi:

- *massima partecipazione*
- *par conditio degli offerenti*

Es. è stata esclusa proprio quella offerta che avrebbe potuto essere la migliore solo perché un documento era incompleto e potevo chiederne l'integrazione; è stato l'unico a non fare quello che tutti gli altri invece hanno fatto come da bando di gara.

Si parla di c.d. "soccorso istruttorio".

Evidentemente in caso di disposizione del bando ambigua si ritiene di dare ampia applicazione al principio; tuttavia ove la disposizione sia chiara e sia conforme alla legge l'esclusione scatta specie laddove sia espressamente prevista dalla *lex specialis*.

Sul punto per altro l'art. 74, comma 5, del codice prescrive che: *Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali di cui al comma 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.*

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. (comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011)

Il bando (*atto amministrativo generale*) cristallizza la procedura con le sue regole ed è insensibile allo *ius superveniens*.

Sul punto la giurisprudenza è assolutamente costante. Anche il legislatore nell'art. 253 del codice degli appalti si chiarisce infatti il principio e gli attribuisce una copertura normativa.

Le nuove regole si applicano ai nuovi bandi: *Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis, 1-ter, 1-quater e 1-quinquies, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore.*

Tar Salerno 11810/2010 ribadisce il concetto: contiene una interessante massima sulla cristallizzazione delle regole del bando rispetto *lo ius superveniens*

Ratio = Gli operatori economici hanno bisogno di certezza anche perché attorno alle regole del bando hanno modulato la loro offerta.

Il bando obbliga i concorrenti ma obbliga anche l'organo straordinario di aggiudicazione (commissione). Dovrà applicare le regole del bando anche laddove presentino profilo di illegittimità.

Se il bando indica un requisito di ammissione che si ritiene illegittimo e che impedisce la partecipazione ad un operatore economico, questi deve impugnare il bando nella parte in cui prevede questa clausola, ovvero la causa di esclusione ma anche il bando quale atto presupposto in quanto altrimenti il ricorso sarebbe inammissibile.

Devo impugnare l'atto applicativo (l'esclusione) ma anche l'atto presupposto (il bando). Devo impugnare la regola e non tanto l'atto applicativo delle regole poiché così il giudice non entra nemmeno nel merito.

Se un operatore non impugna l'esclusione (fa acquiscenza) non ha più interesse ad impugnare l'aggiudicazione. Tutti gli atti immediatamente ed effettivamente lesivi vanno impugnati nei termini decadenziali pur essendo atti di un procedimento più complesso.

Oggi la giurisprudenza è stabilizzata su questo concetto: vanno impuginate immediatamente le clausole preclusive. (es. fatturato che non ho; requisito che non ho ecc...). Le regole della gara invece che attengono alle modalità procedurali e decisionali vanno impuginate solo con l'aggiudicazione (anche se la clausola era *icto oculi* illegittima *ab origine*). Infatti la lesione si verifica solo quando l'operatore non vince la gara.

L'interesse legittimo postula una lesione effettiva, concreta ed attuale non potenziale, in quanto se pur in presenza della clausola illegittima l'operatore economico vincessesse, non avrebbe certamente motivo di fare ricorso.

La circolare non ha dignità di atto presupposto. Per cui si può impugnare l'atto amministrativo a prescindere dalla circolare. Ha un effetto vincolante solo per gli uffici dell'amministrazione di appartenenza. La circolare è un modo di interpretare. Non va annullata.

Il giudice amministrativo può disapplicare il regolamento per cui il privato può impugnare l'atto applicativo ed il regolamento che introduce la regola, però se non lo fa il giudice potrebbe disapplicarlo. Questo in quanto la legge prevede la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare i regolamenti ma solo i regolamenti.

Se si impugna l'esclusione si deve poi impugnare ogni altro ulteriore atto della procedura, pena l'acquiescenza. Come se impugno l'aggiudicazione provvisoria e non anche quella definitiva.

Contro l'esclusione non ci sono controinteressati (gli altri operatori hanno interessi di fatto – lo stesso vale per i concorsi). Il controinteressato viene in essere quando c'è almeno l'aggiudicazione provvisoria e quindi devo notificare il ricorso anche al controinteressato.

Il ricorso mi individua il *tema decidendum*.

L'aggiudicatario potrebbe fare ricorso incidentale e quindi ampliare il tema decidendum. Si passa all'incidentale quando si accoglie il principale. Se però con l'incidentale si contesta la mancata esclusione del ricorrente, allora si esamina prima questo in quanto se avesse dovuto essere escluso, il giudice dovrebbe pronunciare una sentenza di inammissibilità per carenza di interesse a ricorrere.

Gli atti sfavorevoli sono atti reccettizi (art. 21 bis, articolo 79 ed articolo 66 comma 15 secondo cui i termini decorrono solo se sono state utilizzate le forme di pubblicità previste per legge).

Integrazioni di certificazioni incomplete (art. 71 comma 3 dpr 445/2000 che prevede in generale un dovere di chiedere l'integrazione – art. 46 del codice dei contratti descrive l'amministrazione di soccorso ove invece si prevede una sorta di discrezionalità "ne necessario" che postula un giudizio discrezionale in funzione del pubblico interesse)

Si tratta del bilanciamento tra per condicio dei partecipanti e principio della massima partecipazione per aver più offerta quale attuazione della concorrenza.

Se impugno l'aggiudicazione provvisoria devo impugnare anche quella definitiva a pena di improcedibilità del ricorso (l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è facoltativa ed infatti non è prevista come atto da comunicare ex art. 79 del codice dei appalti pubblici).

L'art. 48 del codice contratti è un caso eccezionale in quanto la prova del possesso è a carico del

Casi di esclusione del bando di gara:

Le cause di esclusione sono tassative:

- 1. mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,*
- 2. casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta,*
- 3. per difetto di sottoscrizione*
- 4. difetto di altri elementi essenziali*
- 5. non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;*

i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

1. Quindi tutte le prescrizioni indicate dal codice e dal regolamento laddove violate comportano l'esclusione diritto senza possibilità di una valutazione discrezionale sull'importanza della violazione.

2. casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta,

E' evidente che la causa di esclusione operi solo ove sia palese che la busta non possa essere ricondotta a una certa procedura di affidamento ovvero ad un operatore economico.

E' altresì evidente che la norma disciplina solo la fase introduttiva della procedura e non si riferisca alla buste interne a quella principale che verranno aperte durante la seduta di gara.

3. per difetto di sottoscrizione

Indubbiamente i documenti presentati dall'operatore economico vanno sottoscritti con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'art. 77 del Codice.

7. Salvo il comma 4, alla trasmissione delle domande di partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici si applicano le regole seguenti:

- a) le domande di partecipazione possono essere presentate, a scelta dell'operatore economico, per telefono, ovvero per iscritto mediante lettera, telegramma, telex, fax;
- b) le domande di partecipazione presentate per telefono devono essere confermate, prima della scadenza del termine previsto per la loro ricezione, per iscritto mediante lettera, telegramma, telex, fax;
- c) le domande di partecipazione possono essere presentate per via elettronica, con le modalità stabilite dal presente articolo, solo se consentito dalle stazioni appaltanti;
- d) le stazioni appaltanti possono esigere che le domande di partecipazione presentate mediante telex o mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica. In tal caso, esse indicano nel bando di gara tale esigenza e il termine entro il quale deve essere soddisfatta.

La sottoscrizione è il simbolo grafico per mezzo del quale la manifestazione di volontà espressa nel documento viene ricondotta al suo autore e quindi associata all'operatore economico.

La sottoscrizione rappresenta quindi un elemento essenziale dell'offerta assicurando la paternità dell'atto e della serietà dell'offerta.

In caso di costituenda ATI la sottoscrizione deve essere apposta da ogni operatore economico.

Questione di non poco conto è quella secondo cui la norma non specifica cosa deve essere sottoscritto e per converso quale mancata sottoscrizione comporta l'esclusione.

Es. Sottoscrizione di ogni facciata del capitolato. Poi sulla terza facciata manca una sottoscrizione. E' causa di esclusione? Apparentemente sembra di sì, anche se in realtà sarebbe assurdo poiché è evidente che quella sottoscrizione non manifesta una volontà specifica ma fa parte di un onere comportamentale richiesto alla parte circa le modalità di compilazione dell'offerta.

4. difetto di altri elementi essenziali

Anche questa indicazione si presta a molteplici interpretazioni. Si pensi alla qualificazione di elemento essenziale in tema di documentazione incompleta.

Manca la fotocopia del documento di identità del sottoscrittore. In questo caso la giurisprudenza è abbastanza incline a giustificare l'esclusione sul presupposto che trattasi di un elemento essenziale per associare la paternità della sottoscrizione al soggetto legittimato alla firma. (Consiglio di Stato 2579/2011; Consiglio di Stato 3690/2009).

Ora può essere oggetto di integrazione oppure va operata l'esclusione automatica?

Personalmente in virtù della funzione tipica del documento di identità opterei per una esclusione motivata sul presupposto della *non integrabilità di un elemento che serve a comprovare non solo la generalità del sottoscrittore, ma anche il nesso di imputabilità della dichiarazione ad un determinata persona fisica che a sua volta rappresenta l'operatore economico offerente.*

5. Non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte

Questa fattispecie non presenta particolari problemi ermetici poiché si riferisce solo ad ipotesi di manomissione dei plichi di natura materiale da valutarsi di volta in volta.

CAUSE DI ESCLUSIONE PREVISTE DAL CODICE FUORI DALL'ART. 46

Art. 37. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti

9: E' vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

10: L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto.

Art. 49. Avvalimento

8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

Art. 73. Forma e contenuto delle domande di partecipazione

4. La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione.

Art. 74. Forma e contenuto delle offerte

3. Salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari il mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione.

Art. 75. Garanzie a corredo dell'offerta

8. L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

9. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti

Art. 86. Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse

1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Art. 87. Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse

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, 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.

In ogni caso a prescindere dalla espressa causa di esclusione prevista dal codice, ogni altra violazione al codice, come già evidenziato all'inizio, comporta l'esclusione:

alcuni esempi macroscopici non previsti a pena di esclusione ma che certamente comportano l'esclusione:

- Violazione dei termini di presentazione dell'offerta
- Mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 75 *la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante*

Problematica del sopralluogo.

Alcuni bandi prevedono la necessità del sopralluogo a pena di non ammissibilità dell'offerta e quindi a pena di esclusione.

Nei lavori pubblici la tematica del sopralluogo trova fonte nell'art 106, comma 2, ove si legge che: ***L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate***

Quindi nei lavori pubblici è già la norma che prevede che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione di sopralluogo senza necessità che il bando lo preveda.

Inoltre l'operatore economico deve provvedere ***direttamente*** per mezzo dei suoi rappresentanti iscritti nel registro delle imprese, o con ***delega ma solo ed esclusivamente a personale dipendente***. Ne consegue che è un atto giuridico che non può essere delegato a terze persone che non siano dipendenti.

Per quanto attiene ai servizi ed alle forniture nessuna norma di legge prescrive il sopralluogo, per cui in applicazione dell'art. 74, comma 5 potranno prevederlo nei limiti in cui sia effettivamente importante prendere visione dei luoghi ove la prestazione dovrà essere espletata.

La norma parla infatti del rispetto del principio di proporzionalità in base al quale l'azione amministrativa deve essere idonea al perseguimento dei fini e quindi deve imporre dei comportamenti strettamente necessari al raggiungimento dei predetti fini.

Sul punto concorda anche l'Autorità nel suo parere 105/2011).

Mancato versamento del contributo all'Autorità: Nulla da dichiarare

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

FUNZIONI DEL RUP NEL QUADRO DEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 1: *Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.*

Il RUP nella fase pubblicistica (progettazione ed affidamento) svolge funzioni tipiche dell'istruttoria in ossequio a quanto disposto dalla legge 241/1990. Egli infatti non pone in essere personalmente atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

La legge 241/1990 prevede infatti la delega di firma secondo cui la paternità dell'atto è sempre in capo al dirigente /Posizione organizzativa e non del RUP che eventualmente firma sui delega espressa. La delega di funzioni è disciplinata dal D.lg 165/2001 con indicazioni precise e puntuali.

Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Unica eccezione alle funzioni meramente istruttorie svolte dal RUP è quella espressamente prevista in tema di affidamenti in economia, nei quali stranamente ed eccezionalmente all'art. 125 del codice si legge che

Comma 8. Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. ***Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.***

Comma 11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a **quarantamila euro** e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. ***Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.***

In sostanza viene previsto ex lege che l'affidamento venga posto in essere direttamente dal RUP attribuendo allo stesso una funzione di impegnare l'amministrazione verso l'esterno con un atto giuridico.

COME SI FORMALIZZA IL VINCOLO NEGOZIALE DEGLI AFFIDAMENTI DIRETTI DISCIPLINATI DAI COMMI 8 E 11 DELL'ART. 125 D.LGS. 163/2006?

Per i lavori:

Va da sé che ogni atto negoziale della pubblica amministrazione deve essere stipulato per iscritto a pena di nullità del rapporto giuridico. La questione giuridica è quella di comprendere qual è, tra le forme scritte presenti nell'ordinamento, quella che è possibile utilizzare per costituire un legittimo vincolo giuridico.

In merito l'art. 137 inserito nel titolo TITOLO V - dedicato ai SISTEMI DI REALIZZAZIONE DEI LAVORI E SELEZIONE DELLE OFFERTE si occupa di elencare i documenti facenti parte del contratto senza entrare nel merito della forma, ma postulando l'esistenza necessaria di un contratto scritto la cui forma dovrà evidentemente essere scelta tra quelle previste dall'art. 11, ultimo comma del D. Lgs. 163/2006 e precisamente

Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

L'art. 121, comma 1 del D.lgs 163/2006 prevede espressamente che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ove è presente la disciplina degli affidamenti in economia, si applicano oltre alle disposizioni della [parte I](#), del codice in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.

Nell'art. 125 del Codice e nel regolamento non vi sono norme derogatorie rispetto quanto previsto e disciplinato all'art. 11 del D.lgs 163/2006 ergo per cui la forma del contratto dovrà essere una di quelle elencate nel codice.

Servizi e forniture:

A differenza dei lavori pubblici, il DPR 207/2010 all'art. 334, comma 2 prevede che: *Il contratto affidato mediante cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.*

Per cui negli affidamenti di forniture e servizi in generale e non limitatamente agli affidamenti diretti, il legislatore ha previsto la possibilità di utilizzare una forma negoziale particolare snella qual è quella dello scambio commerciale.

La norma riferisce testualmente circa la facoltà di formare il contratto attraverso *apposito scambio di lettere* il che fa presumibilmente desumere che il riferimento sia allo scambio di lettera commerciale.

Personalmente è opportuno chiarire che lo scambio di lettera commerciale postula un negozio giuridico di tipo commerciale e quindi in sostanza una compravendita di bene mobile di consumo. Per cui, mentre questa forma negoziale si adatta molto bene agli appalti di forniture, che in sostanza sono contratti di acquisto di bene mobili, alcune difficoltà si possono incontrare in tema di appalti di servizi, che danno vita invero non ad una fattispecie inquadrabile nei contratti del commercio *tout court*, ma una obbligazione di *facere* tipica del contratto di appalto.

Tuttavia il legislatore sembra muoversi in questa direzione.

In sintesi:

Il RUP procede all'affidamento di appalti in economia quando la norma prevede l'affidamento diretto.

Il vincolo giuridico si forma

- Per gli appalti di lavori tramite scrittura privata, atto pubblico, in forma elettronica

- Per gli appalti di servizi i forma di scrittura privata tout court ovvero mediante scambio di lettere

NOMINA DEL RUP

Lavori Pubblici:

Il RUP deve essere nominato tra personale di ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 10 D.Lgs. 163/2006).

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 5: *Il responsabile del procedimento **deve** possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura **deve** essere un tecnico.*

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 5: *Per le **amministrazioni aggiudicatrici** **deve** essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio.*

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 6: *Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento; per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento.*

Art. 9 DPR 207/2010, comma 4: *Il responsabile del procedimento è un tecnico, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario tecnico, anche di qualifica non dirigenziale, con anzianità di servizio non inferiore a cinque anni.*

Per cui il RUP:

- può essere iscritto all'albo
- ovvero deve avere almeno cinque anni di anzianità di servizio e non deve essere necessariamente un dirigente a prescindere dalla amministrazione ove abbia maturato l'anzianità. Nulla è detto circa la maturazione dell'anzianità come personale di ruolo o non di ruolo per cui è ovvio che valgono entrambe anche in ragione dell'espressione utilizzata dal legislatore che parla di "anzianità di servizio" in senso lato.

SCISSIONE TRA COMPETENZE ISTRUTTORIE E REDAZIONE MATERIALE DEI DOCUMENTI DI GARA

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 5: *Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria **per lo svolgimento dei compiti** propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, **i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati**, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di*

carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

Si evince chiaramente che il RUP deve essere interno alla PA e possono essere appaltati solo i compiti che esso deve svolgere; la norma specifica infatti che “i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati”

RUP: FUNZIONI ISTRUTTORIE E FUNZIONI TECNICHE

Art. 9 DPR 207/2010, comma 4: *Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di interventi di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere l\) e m\)](#), ovvero di interventi di importo superiore a 500.000 euro.*

- Il responsabile del procedimento inoltre può associare alle funzioni istruttorie anche funzioni tecniche giacchè può, nei limiti delle proprie competenze professionali e nei limiti di valore di 500.000,00 euro, svolgere le funzioni di progettista o di direttore dei lavori.
- Tali funzioni non possono per altro coincidere nel caso di interventi di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere l\) e m\)](#), ossia lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, ai sensi dell'[articolo 90, comma 6, del codice](#); lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico, ai sensi dell'[articolo 91, comma 5, del codice](#); lavori di speciale complessità, ai sensi dell'[articolo 122, comma 1, del codice](#); particolare complessità dell'opera, ai sensi dell'[articolo 141, comma 1, del codice](#); opere di particolare complessità, ai sensi dell'[articolo 141, comma 7, lettera b\), del codice](#):

Art. 9 DPR 207/2010, comma 4: *Il responsabile del procedimento può altresì svolgere le funzioni di progettista per la predisposizione del progetto preliminare relativo a lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'[articolo 28, comma 1, lettera c\), del codice](#).*

In sintesi il RUP:

- Deve essere unico (non è data la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di avere due RUP; questa facoltà è data dalla legge alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ex art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 9);
- Deve essere nominato tra personale di ruolo ovvero, previa motivazione, tra personale in servizio anche non di ruolo; possono essere appaltate all'esterno solo i compiti
- deve essere nominato all'interno della PA e possono essere appaltati all'esterno solo i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento
- Deve essere iscritto all'albo, ovvero aver maturato cinque anni di servizio;
- Può provvedere alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di opere sino ad euro 500.000,00;
- Può provvedere alla progettazione preliminare, di opere di valore inferiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria;
- Non può, a prescindere dal valore delle opere, provvedere alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, ne parte di queste di opere che si caratterizzano per particolare complessità sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico.
- Il responsabile per lavori di importo superiore a 500.000,00 euro è soggetto diverso dal direttore dei lavori.

- Non può essere direttore di lavori, a prescindere dal valore, in caso di opere che si caratterizzano per particolare complessità sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico.

RAPPORTO TRA RUP E RESPONSABILE DELL'UFFICIO TECNICO O DELLA STRUTTURA CORRISPONDENTE

Art. 9 DPR 207/2010, comma 5: *In caso di particolare necessità per appalti di importo inferiore a 500.000 euro, diversi da quelli definiti ai sensi dell'[articolo 3, comma 1, lettera l\)](#), le competenze del responsabile del procedimento sono attribuite al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.*

Dal tenore della seguente norma sembrerebbe che la figura del responsabile del procedimento sia fisicamente diversa da quella del responsabile dell'ufficio tecnico il che per altro apre una finestra interpretativa sulle definizioni utilizzate dal legislatore del regolamento.

Ossia il responsabile dell'ufficio tecnico è il dirigente? In altre parole il legislatore si è riferito al dirigente ovvero al soggetto che, pur non essendo dirigente è a capo di una struttura organizzativa?

Nel contesto della 241 del 1990 il dirigente assomma in sé anche la funzione di responsabile del procedimento sino a che non la attribuisce ad altri.

PUBBLICITA' DEL NOMINATIVO DEL RUP

Art. 10 D.Lgs. 163/2006, comma 8. *Il nominativo del responsabile del procedimento è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.*

D.Lgs 163/2006

Art. 10. Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

(artt. 4, 5, 6, legge n. 241/1990; art. 6, co. 12, legge n. 537/1993; art. 7, legge n. 109/1994; art. 7, d.P.R. n. 554/1999)

1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

2. Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

3. In particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

4. Il regolamento individua gli eventuali altri compiti del responsabile del procedimento, coordinando con essi i compiti del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori, nonché dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza durante la progettazione e durante l'esecuzione, previsti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (*ora [decreto legislativo n. 81 del 2008](#)*) e dalle altre norme vigenti.

5. Il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico. Per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio.

(comma così modificato dall'articolo 2 del d.lgs. n. 6 del 2007)

6. Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento; per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento, in conformità all'[articolo 119](#).

7. Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

8. Il nominativo del responsabile del procedimento è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.

9. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, in conformità ai principi della [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente codice alla cui osservanza sono tenuti.

ITOLO I - ORGANI DEL PROCEDIMENTO E PROGRAMMAZIONE

CAPO I – Organi del procedimento

Art. 9. Responsabile del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici *(art. 7, d.P.R. n. 554/1999)*

1. Le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dei propri dipendenti di ruolo, fatto salvo quanto previsto dall'[articolo 10, comma 5, del codice](#), prima della fase di predisposizione dello studio di fattibilità o del progetto preliminare da inserire nell'elenco annuale di cui all'[articolo 128, comma 1, del codice](#); per lavori, non assoggettati a programmazione ai sensi dell'[articolo 128 del codice](#), il responsabile del procedimento è nominato contestualmente alla decisione di realizzare i lavori.

2. Il responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori ed in conformità di qualsiasi altra disposizione di legge in materia.

3. Nello svolgimento delle attività di propria competenza il responsabile del procedimento formula proposte al dirigente cui è affidato il programma triennale e fornisce allo stesso dati e informazioni:

- a) nelle fasi di aggiornamento annuale del programma triennale;
- b) nelle fasi di affidamento, di elaborazione ed approvazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo;
- c) nelle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di appalti e concessioni;
- d) sul controllo periodico del rispetto dei tempi programmati e del livello di prestazione, qualità e prezzo;
- e) nelle fasi di esecuzione e collaudo dei lavori.

4. Il responsabile del procedimento è un tecnico, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario tecnico, anche di qualifica non dirigenziale, con anzianità di servizio non inferiore a cinque anni. Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di interventi di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere l\) e m\)](#), ovvero di interventi di importo superiore a 500.000 euro. Il responsabile del procedimento può altresì svolgere le funzioni di progettista per la predisposizione del progetto preliminare relativo a lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'[articolo 28, comma 1, lettera c\), del codice](#).

5. In caso di particolare necessità per appalti di importo inferiore a 500.000 euro, diversi da quelli definiti ai sensi dell'[articolo 3, comma 1, lettera l\)](#), le competenze del responsabile del

procedimento sono attribuite al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

Art. 10. Funzioni e compiti del responsabile del procedimento

(art. 8, d.P.R. n. 554/1999)

1. Il responsabile del procedimento fra l'altro:

- a) promuove e sovrintende agli accertamenti ed alle indagini preliminari idonei a consentire la verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa degli interventi;
- b) verifica in via generale la conformità ambientale, paesistica, territoriale ed urbanistica degli interventi e promuove l'avvio delle procedure di variante urbanistica;
- c) redige, secondo quanto previsto dall'[articolo 93, commi 1 e 2, del codice](#), il documento preliminare alla progettazione e cura che sia richiesto il codice unico di progetto (CUP) di cui all'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, e che lo stesso sia riportato su tutti i documenti amministrativi e contabili concernenti il progetto;
- d) accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la ricorrenza delle condizioni di cui all'[articolo 90, comma 6, del codice](#), motiva la scelta del metodo di affidamento degli incarichi di natura tecnica, compresa la valutazione di cui all'[articolo 91, comma 5, del codice](#), coordina e verifica la predisposizione dei bandi di gara, nonché il successivo svolgimento delle relative procedure; verifica l'effettiva possibilità di svolgere all'interno dell'amministrazione le diverse fasi della progettazione senza l'ausilio di consulenze esterne; in relazione alle caratteristiche e alla dimensione dell'intervento, promuove e definisce, sulla base delle indicazioni del dirigente, le modalità di verifica dei vari livelli progettuali, le procedure di eventuale affidamento a soggetti esterni e la stima dei corrispettivi, da inserire nel quadro economico;
- e) coordina le attività necessarie al fine della redazione del progetto preliminare, verificando che, nel rispetto del contenuto del documento preliminare alla progettazione, siano indicati gli indirizzi che devono essere seguiti nei successivi livelli di progettazione ed i diversi gradi di approfondimento delle verifiche, delle rilevazioni e degli elaborati richiesti;
- f) coordina le attività necessarie alla redazione del progetto definitivo ed esecutivo, verificando che siano rispettate le indicazioni contenute nel documento preliminare alla progettazione e nel progetto preliminare;
- g) convoca e presiede nelle procedure ristrette e di appalto di progettazione ed esecuzione sulla base del progetto preliminare, ove ne ravvisi la necessità, un incontro preliminare per l'illustrazione del progetto e per consentire osservazioni allo stesso;
- h) propone alla amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento dei lavori; nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di bando promuove la gara informale e garantisce la pubblicità dei relativi atti;
- i) richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione giudicatrice nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- l) promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori ed accerta sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la sussistenza delle condizioni che ai sensi dell'[articolo 90, comma 6, del codice](#) giustificano l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni alla amministrazione aggiudicatrice;
- m) accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, le situazioni di carenza di organico in presenza delle quali le funzioni di collaudatore sono affidate ai sensi dell'[articolo 141, comma 4, del codice](#), ai soggetti esterni alla stazione appaltante;
- n) adotta gli atti di competenza a seguito delle iniziative e delle segnalazioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori sentito il direttore dei lavori;

- o) effettua, prima dell'approvazione del progetto in ciascuno dei suoi livelli, le necessarie verifiche circa la rispondenza dei contenuti del documento alla normativa vigente, alle indicazioni del documento preliminare e alle disponibilità finanziarie, nonché all'esistenza dei presupposti di ordine tecnico ed amministrativo necessari per conseguire la piena disponibilità degli immobili;
- p) nel caso di lavori eseguibili per lotti, accerta e attesta:
- 1) l'avvenuta redazione, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, della progettazione preliminare dell'intero lavoro e la sua articolazione per lotti;
 - 2) la quantificazione, nell'ambito del programma e dei relativi aggiornamenti, dei mezzi finanziari necessari per appaltare l'intero lavoro;
 - 3) l'idoneità dei singoli lotti a costituire parte funzionale, fattibile e fruibile dell'intero intervento;
- q) svolge le attività necessarie all'espletamento della conferenza dei servizi, curando gli adempimenti di pubblicità delle relative deliberazioni ed assicurando l'allegazione del verbale della conferenza tenutasi sul progetto preliminare posto a base delle procedure di appalto di progettazione ed esecuzione sulla base del progetto preliminare e di affidamento della concessione di lavori pubblici;
- r) svolge la funzione di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali;
- s) raccoglie, verifica e trasmette all'Osservatorio gli elementi relativi agli interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'[articolo 7, comma 8, del codice](#);
- t) accerta la data di effettivo inizio dei lavori e ogni altro termine di svolgimento dei lavori;
- u) trasmette agli organi competenti della amministrazione aggiudicatrice sentito il direttore dei lavori, la proposta del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di sospensione, allontanamento dell'esecutore o dei subappaltatori o dei lavoratori autonomi dal cantiere o di risoluzione del contratto;
- v) assicura che ricorrano le condizioni di legge previste per le varianti in corso d'opera;
- z) irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori;
- aa) accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, negli interventi l'eventuale presenza delle caratteristiche di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere l\) e m\)](#);
- bb) propone la risoluzione del contratto ogni qual volta se ne realizzino i presupposti;
- cc) propone la transazione e la definizione bonaria delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori;
- dd) svolge, ai sensi dell'[articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#), su delega del soggetto di cui all'[articolo 26, comma 3, del predetto decreto legislativo](#), i compiti previsti nel citato articolo 26, comma 3, qualora non sia prevista la predisposizione del piano di sicurezza e di coordinamento ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.
2. Il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro.
3. Il responsabile del procedimento, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli [articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#):
- a) richiede la nomina del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività;
 - b) provvede, sentito il direttore dei lavori e il coordinatore per l'esecuzione, a verificare che l'esecutore corrisponda gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.
4. Il responsabile del procedimento svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice.
5. Nel caso di inadeguatezza dell'organico, il responsabile del procedimento propone all'amministrazione aggiudicatrice l'affidamento delle attività di supporto secondo le procedure e

con le modalità previste dall'[articolo 261, commi 4 e 5](#). Gli affidatari devono essere muniti di assicurazione di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza.

6. Gli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente articolo non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'[articolo 90, comma 8, del codice](#).

7. Al responsabile del procedimento delle amministrazioni aggiudicatrici si applicano, relativamente ai contratti nei settori ordinari di cui alla parte II, titolo I, del codice ed ad ogni altro contratto di appalto o di concessione che alla normativa propria di tali contratti faccia riferimento, le disposizioni del titolo II, capo V, sezione I, del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e quelle di cui al titolo II, capo I e capo II del regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, nonché l'[articolo 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20](#), in quanto compatibili. Entro sessanta giorni dalla deliberazione di cui all'[articolo 234, comma 2](#), da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in merito al certificato di collaudo il responsabile del procedimento trasmette all'amministrazione aggiudicatrice la documentazione relativa alle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto ed in particolare:

- a) il contratto, la relazione al conto finale, gli ordinativi di pagamento con gli allegati documenti di svolgimento della spesa a essi relativa;
- b) la relazione dell'organo di collaudo ed il certificato di collaudo;
- c) la documentazione relativa agli esiti stragiudiziali, arbitrali o giurisdizionali del contenzioso sulle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto di cui alla parte IV del codice.

Art. 79. Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni
(art. 41, dir. 2004/18; art. 49.1 e 49.2, dir. 2004/17; art. 20, legge n. 55/1990; art. 21, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 358/1992; art. 27, commi 1 e 2, d.lgs. n. 157/1995; art. 27, commi 3 e 4, d.lgs. n. 158/1995; art. 76, commi 3 e 4, d.P.R. n. 554/1999; art. 24, co. 10, legge n. 62/2005; art. 44, co. 3, lettere b) ed e), legge n. 88/2009; artt. 2-bis, 2-quater, 2-septies, paragrafo 1, lettera a), secondo trattino, direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis, 2-quater, 2-septies, paragrafo 1, lettera a), secondo trattino, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano:

- a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura;
- b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'[articolo 68, commi 4 e 7](#), i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;
- c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro.

3. Le informazioni di cui al comma 1 e di cui al comma 2 sono fornite:

- a) su richiesta scritta della parte interessata;
- b) per iscritto;
- c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta.

4. Tuttavia le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; *(lettera così sostituita dall'articolo 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 53 del 2010)*

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione;

b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo *(lettera aggiunta dall'articolo 1, comma 1, lettera t), d.lgs. n. 152 del 2008)*

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

(lettera aggiunta dall'articolo 2, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 53 del 2010)

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

(comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)

5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

(comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)

5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'[articolo 13](#), l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'[articolo 13](#). Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari,

garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

(comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)

5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

(comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)

Art. 272. Il responsabile del procedimento nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture

1. Ai sensi di quanto previsto agli [articoli 5, comma 5, lettera c\)](#), e [10 del codice](#), le fasi in cui si articola ogni singola acquisizione sono eseguite sotto la cura e la vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dei propri dipendenti di ruolo, fatto salvo quanto previsto dall'[articolo 10, comma 5, del codice](#), contestualmente alla decisione di procedere all'acquisizione ovvero eventualmente individuato nella fase di predisposizione dell'atto di programmazione di cui all'articolo 271, ove presente.

2. Il responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché l'acquisizione possa essere condotta in modo unitario in relazione a tempi e costi preventivati nonché alla sicurezza e salute dei lavoratori oltre che agli ulteriori profili rilevanti eventualmente individuati in sede di verifica della fattibilità del singolo intervento.

3. Nello svolgimento delle attività di propria competenza in ordine alla singola acquisizione, il responsabile del procedimento formula proposte agli organi competenti secondo l'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice e fornisce agli stessi dati e informazioni:

a) nella fase di predisposizione ed eventuale aggiornamento della programmazione di cui all'[articolo 271](#);

b) nella fase di procedura di scelta del contraente per l'affidamento dell'appalto;

c) nella fase di monitoraggio dei tempi di svolgimento della procedura di affidamento;

d) nelle fasi di esecuzione e verifica della conformità delle prestazioni eseguite alle prescrizioni contrattuali.

4. Il responsabile del procedimento è un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice.

5. Il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante.

6. Le stazioni appaltanti di cui all'[articolo 10, comma 9, del codice](#) garantiscono lo svolgimento dei compiti di loro competenza previsti per il responsabile del procedimento, di cui al codice ed al presente regolamento, nominando uno o più soggetti anche in relazione alle varie fasi procedurali.

Art. 273. Funzioni e compiti del responsabile del procedimento

1. Il responsabile del procedimento, nel rispetto di quanto previsto dall'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice, in base all'[articolo 10, comma 2, del codice](#):

- a) predisporre ovvero coordina la progettazione di cui all'[articolo 279, comma 1](#), curando la promozione, ove necessario, di accertamenti ed indagini preliminari idonei a consentire la progettazione;
- b) formula proposta all'amministrazione aggiudicatrice del sistema di affidamento dell'intervento;
- c) coordina ovvero cura l'andamento delle attività istruttorie dirette alla predisposizione del bando di gara relativo all'intervento;
- d) coordina le attività necessarie per la nomina della commissione giudicatrice, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 84 del codice, da parte dell'organo competente e le relative procedure sotto il profilo della tempistica e delle modalità da seguire;
- e) compie le azioni dirette a garantire un adeguato flusso informativo e di comunicazione tra la commissione giudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini dell'efficiente svolgimento delle attività di rispettiva competenza;
- f) effettua le attività dirette a monitorare i tempi di svolgimento delle varie fasi procedurali dell'intervento, al fine di realizzare le condizioni per il corretto e razionale svolgimento della procedura, segnalando agli organi competenti dell'amministrazione aggiudicatrice eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi;
- g) svolge, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le attività di controllo e vigilanza nella fase di esecuzione, fornendo all'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, secondo quanto stabilito dal codice, nonché ai fini dello svolgimento delle attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali;
- h) compie, su delega del datore di lavoro committente, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le azioni dirette a verificare, anche attraverso la richiesta di documentazione, attestazioni e dichiarazioni, il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro;
- i) provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'Osservatorio degli elementi relativi agli interventi di sua competenza;
- l) svolge, su delega del soggetto di cui all'[articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#), i compiti ivi previsti.

2. Il responsabile del procedimento svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice. Nei casi ed alle condizioni di cui all'[articolo 10, comma 7, del codice](#), il responsabile del procedimento propone all'amministrazione aggiudicatrice l'affidamento delle attività di supporto secondo le procedure e con le modalità previste dal codice per l'affidamento dei servizi. Gli affidatari dei servizi di supporto non possono partecipare alla procedura di affidamento degli appalti nonché a subappalti con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'[articolo 2359 del codice civile](#).

Art. 300. Direttore dell'esecuzione del contratto

1. Salvo quanto previsto dall'[articolo 272, comma 5](#), e dal comma 2 del presente articolo, il direttore dell'esecuzione del contratto è il responsabile del procedimento.

2. Il direttore dell'esecuzione del contratto è comunque un soggetto diverso dal responsabile del procedimento nel caso:

- a) di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
- b) di prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità.

3. Nelle ipotesi di prestazioni di particolare importanza, come definiti al comma 2, lettera b), la stazione appaltante può nominare uno o più assistenti del direttore dell'esecuzione cui affida per iscritto, una o più delle attività di competenza del direttore dell'esecuzione.
4. Nelle ipotesi di cui al comma 2, in caso di carenza in organico di personale adeguato alla prestazione da eseguire, accertata e certificata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la stazione appaltante può affidare l'incarico di direttore dell'esecuzione a soggetto scelto secondo le procedure e con le modalità previste dal codice per l'affidamento dei servizi.

SEMPLIFICAZIONI IN TEMA DI DURC

Art. 4, comma 14-bis, DL 70/2001 come convertito in legge 106/2001:

Per i contratti di forniture e servizi fino a ventimila euro stipulati con la pubblica amministrazione e le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'articolo 46, comma 1, lettera p), del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell'articolo 71 del medesimo testo unico di cui al d.P.R. n. 445 del 2000.

- Si applica ai contratti di appalto di servizi e forniture fino a 20.000,00 euro
- “**I soggetti contraenti**” possono produrre una dichiarazione sostitutiva in luogo del DURC

Due stranezze:

- non si applica ai contratti di appalto di lavori anche se nella realtà vi possono essere dei piccoli lavori edili di poche migliaia di euro;
- la norma sottolinea che la dichiarazione possa essere fatta solo dai **soggetti contraenti** e quindi dopo la stipula. Quindi in fase di esecuzione del contratto e non in sede di verifica dei requisiti per la stipula

Art. 46 comma 1: Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti:

p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto;

ANOMALIA DELL'OFFERTA

Art. 253 D.Lgs 163/2006

Art. 4, omissis... 20-bis. Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui agli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28."

Per i lavori sino a 4.849.999,00 e per i servizi e forniture fino a 192.999,00 si può continuare ad applicare l'esclusione automatica.

L'esclusione automatica presuppone:

1. che venga utilizzato il prezzo più basso (se c'è offerta economicamente più vantaggiosa non è possibile l'esclusione automatica)
2. deve essere espressamente previsto nel bando di gara
3. devono essere presenti almeno 10 offerte
4. nei limiti della soglia comunitaria

LIMITI ALLE RISERVE

Art. 240-bis. Definizione delle riserve

(art. 32, co. 4, d.m. n. 145/2000)

(articolo introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera uu), d.lgs. n. 152 del 2008)

1. Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse. **L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale.**

(comma così modificato dall'art. 4, comma 2, lettera hh), legge n. 106 del 2011)

NUOVA DICHIARAZIONE NELL'AVVALIMENTO

Art. 49. Avvalimento

(artt. 47 e 48, dir. 2004/18; Art. 54, dir. 2004/17).

1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;

b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, **nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento**;

VARIANTI IN CORSO D'OPERA (lavori pubblici)

Art. 132. Varianti in corso d'opera

(artt. 19, comma 1-ter, e 25, legge n. 109/1994)

1. Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, *esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:*

a) *per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;*

b) *per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, se*

nza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

c) *per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;*

d) *nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile;*

e) *per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.*

2. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera e). Nel caso di appalti avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

3. Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera **al netto del 50 per cento dei ribassi d'asta conseguiti.** (comma così modificato dall'art. 4, comma 2, lettera n), legge n. 106 del 2011)

RESPONSABILITA' PER LITE TEMERARIA

Art. 246-bis. Responsabilità per lite temeraria.

(articolo introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera ii), legge n. 106 del 2011)

1. Nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il giudice, fermo quanto previsto dall'articolo 26 del codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo approvato con il citato decreto legislativo n. 104 del 2010.

Particolarità:

- **Si tratta di sanzioni amministrative pecuniarie fuori dalla 689 del 1981 in quanto sono irrogate direttamente dal giudice di ufficio.**
- **Gli orientamenti giurisprudenziali consolidati divengono fonte del diritto la cui violazione comporta applicazione di sanzione pecuniaria**
- **Vale sia per la parte privata sia per la parte pubblica**

Art. 26 D.Lgs 104/2010

*Comma 2. Il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento **in favore dell'altra parte** di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati.*

Sono due norme diverse in quanto la prima prevede una sanzione amministrativa pecuniaria che va pagata al MEF, mentre la secondo prevede una forma risarcitoria per altro non lega alla prova del danno ma basata sulla circostanza che si è agito o resistito solo pretestuosamente.

Da rilevare inoltre che il legislatore nell'art. 123 del CPA chiarisce che le sanzioni alternative alla privazione di effetti del contratto sono applicabili solo nell'ipotesi in cui il contratto è comunque ritenuto dal giudice efficace.

L'applicazione delle sanzioni non pregiudica la richiesta risarcitoria del danno a cui si cumula.

Infatti le sanzioni sono irrogate a prescindere dal risarcimento del danno per equivalente direttamente dal giudice.

Il comma tre dell'art. 124 specifica inoltre che le sanzioni per violazione dei termini dilatori di cui ai commi 10 e 10 ter dell'art. 11 del D.Lgs 163/2006 comportano l'applicazione della sanzione a prescindere dalla fondatezza del ricorso, il quale quindi funge solo da occasione per il giudice per accertare questa violazione

D.Lgs 104/2010

Art. 123 Sanzioni alternative

1. Nei casi di cui all' [articolo 121](#), comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:

a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del

bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. A tal fine si applica l' [articolo 73](#), comma 3. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

3. Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

CONSIP
D.Lgs 163/2006

Art. 7. Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture
(art. 6, commi 5 - 8, legge n. 537/1993; Art. 4, legge n. 109/1994; art. 13, d.P.R. n. 573/1994)

4. La sezione centrale dell'Osservatorio si avvale delle sezioni regionali competenti per territorio, per l'acquisizione delle informazioni necessarie allo svolgimento dei seguenti compiti, oltre a quelli previsti da altre norme:

(*alinea così modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 113 del 2007*)

- a) provvede alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale e, in particolare, di quelli concernenti i bandi e gli avvisi di gara, le aggiudicazioni e gli affidamenti, le imprese partecipanti, l'impiego della mano d'opera e le relative norme di sicurezza, i costi e gli scostamenti rispetto a quelli preventivati, i tempi di esecuzione e le modalità di attuazione degli interventi, i ritardi e le disfunzioni;
- b) determina annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;
- c) determina annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488;

Art. 252. Norme di coordinamento e di copertura finanziaria

1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 33 resta ferma la normativa vigente relativa alla CONSIP.

Art. 33. Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza
(art. 11, dir. 2004/18; art. 29, dir. 2004/17; art. 19 co. 3, legge n. 109/1994)

1. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi.

2. Le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del presente codice.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza.

Facoltatività dello strumento Consip per le amministrazioni non statali

Proprio una sentenza del Consiglio di Stato del luglio 2004, avente, tra l'altro, ad oggetto la definizione dell'ambito di applicazione del citato articolo 26 della Legge 488/99, è ulteriormente intervenuta sull'aspetto dell'obbligatorietà del ricorso alla Consip da parte delle amministrazioni non statali. Infatti, con la sentenza numero 5019, del 6 luglio 2004, la quarta Sezione del Consiglio di Stato ha, innanzitutto, precisato che rispetto alle convenzioni Consip per le amministrazioni non statali vi è una semplice 'facoltà' (e quindi non un obbligo) così come desumibile dall'articolo 26, comma 3, della Legge 488/99. La medesima sentenza prosegue, poi, stabilendo che, in riferimento alla scelta da parte di un'amministrazione non statale di aderire o meno alle convenzioni Consip, non sussiste per l'amministrazione un preciso obbligo di motivazione sul perché della scelta di avvalersi o non avvalersi della citata convenzione.

Costituzionalità del sistema Consip

Con la sentenza n. 417 del 14 novembre 2005 la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge n. 168/2004, in tema di procedure d'acquisto di beni e di servizi. La questione era stata sollevata dalla Regione Valle d'Aosta in riferimento agli articoli 117, terzo e quarto comma, e 119 della Costituzione, nonché alle disposizioni dello statuto regionale.

L'articolo 1, comma 4 sostituisce con i commi 3 e 3-*bis* il comma 3 dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria 2000). Il nuovo comma 3 prevede che le amministrazioni pubbliche – ivi compresi le Regioni e gli enti locali – per l'acquisto di beni e servizi possano aderire alle convenzioni stipulate dal Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica (convenzioni CONSIP) o, in alternativa, utilizzino i parametri di prezzo-qualità adottati dalle convenzioni come limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi comparabili. Il comma 3-*bis* fissa l'obbligo di trasmissione alle strutture e agli uffici interni preposti al controllo di gestione dei provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi.

La Corte Costituzionale ha osservato che, contrariamente all'assunto della ricorrente, le suddette disposizioni costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Viene richiamata la precedente sentenza n. 36 del 2004 nella quale, con riferimento a una fattispecie analoga, era stato affermato che la norma che consente agli enti autonomi di aderire alle convenzioni statali è legittima in quanto reca una "previsione meramente facoltizzante". Parimenti legittimo è l'obbligo imposto di adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente poiché, pur realizzando un'ingerenza non poco penetrante nell'autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l'ambito della discrezionalità del legislatore statale.

La Corte ha ritenuto che anche la norma che fissa l'obbligo di trasmissione agli organi interni di revisione contabile delle delibere di acquisto in via autonoma (comma 3-*bis*) è riconducibile ai principi fondamentali di coordinamento, in ragione del suo carattere strumentale rispetto al suddetto obbligo di adottare i parametri previsti dalle convenzioni.

DISAPPLICAZIONE E PRIMAZIA DEL DIRITTO COMUNITARIO

I Regolamenti sono atti normativi a contenuto generale ed astratto adottati dal Consiglio per dettare una **disciplina uniforme** in una determinata materia e per tutti gli stati aderenti

Corollari:

- producono effetti diretti negli Stati membri a prescindere da un atto di recepimento interno
- obbligano tutti i soggetti giuridici e possono essere fatti valere nei confronti dell'autorità giudiziaria immediata

Le Direttive hanno sempre portata generale ma sono indirizzate agli Stati membri dovendo essere recepite entro un termine. Le Direttive fissano dei risultati a cui gli stati membri devono adeguarsi **in funzione della armonizzazione della disciplina di un determinato settore**

Devono quindi essere recepite realizzando il risultato indicato nella Direttiva ferma restando la discrezionalità in merito alla scelta della forma e dei mezzi per recepire la Direttiva.

La Corte di Giustizia ha osservato che ciascuno Stato membro deve adeguarsi alla Direttiva *osservando il dovere di leale cooperazione ed il principio generale dell'utilizzo di mezzi consoni e adeguati in relazione allo scopo da perseguire.*

Efficacia verticale ed orizzontale delle Direttive:

Laddove sia decorso il termine di recepimento della Direttiva senza che questa sia stata recepita la Corte di Giustizia ha sentenziato che se la stessa prevede obblighi chiari e precisi e non lasci margini di discrezionalità allo Stato membro in quanto è incondizionata, allora produce effetti giuridici diretti verticali .

Ciò significa che le norme della Direttiva non attuata ma *self executing* possono essere fatte valere dai privati solo nei confronti dello stato e non anche tra privati

Infatti non sarebbe corretto che lo Stato inadempiente possa avvalersi della propria inadempienza per negare diritti ai privati.

Il concetto di stato viene inteso in senso ampio giacché per la Corte vi rientra non solo lo Stato apparato, ma anche ogni altra organizzazione pubblicistica se pur dotata di autonomia. Questo modo interpretare è stato oggetto di critica in dottrina poiché pone sullo stesso piano più soggetti laddove invece l'inadempimento dovrebbe essere grave solo sul soggetto "Stato legislatore" che non ha recepito la Direttiva.

L'effetto diretto verticale assume infatti una valenza sanzionatoria nei riguardi dello Stato inadempiente.

La giurisprudenza esclude invece l'efficacia orizzontale con nettezza e quindi la possibilità per il singolo di far valere la Direttiva nei rapporti tra privati.

Tuttavia per mitigare l'approccio ermeneutico che equiparare lo stato agli altri enti pubblici distinti e dotati di propria autonomia la Corte ha cercato di introdurre e valorizzare l'obbligo per il giudice interno di porre in essere una interpretazione com'unitariamente orientata.

Inoltre ha osservato che laddove si tratti di principi generali dell'ordinamento comunitario che sono insiti nella Direttiva, questa produce, dopo il termine della sua scadenza e senza essere stata recepita, effetti orizzontali.

In sostanza la Corte afferma che nel caso in cui una Direttiva si ponga quale norma di attuazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario non si può attendere nemmeno il termine di recepimento in quanto nel frattempo il principio rischierebbe di essere pregiudicato.

Principio di leale collaborazione che impone agli Stati di assicurare l'esecuzione degli obblighi di derivazione comunitaria e di astenersi dal tenere condotte che possano ostacolare il raggiungimento della finalità comunitarie

Principio dell'effetto utile secondo cui le norme comunitarie devono essere interpretate ed applicate nel senso che consente l'immediato raggiungimento dell'obiettivo.

Rapporto tra fonti comunitarie e nazionali

La Corte ha osservato che il diritto comunitario ha senso nella misura in cui venga applicato uniformemente su tutto il territorio della comunità prevalendo sugli ordinamenti interni.

Quando uno Stato aderisce alla Comunità contestualmente rinunci abdica preventivamente attraverso un atto di autolimitazione a regolare determinate materie.

Esiste una concezione monastica dell'ordinamento comunitario.

Fino alla sentenza 170 del 1984 la Corte Costituzionale riteneva applicabile l'art. della Costituzione con la conseguenza che spettava ad essa la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna con quella della Comunità.

E' solo con la 170 che si riconosce il primato diritto del diritto comunitario. Con questa pronuncia tuttavia la Corte Costituzionale ha sottolineato come la disapplicazione (termine atecnico) è in realtà una *non applicazione della norma interna che però fuori dall'ambito in cui vige la disciplina comunitaria serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia* .

Con la sentenza *Simmenthal* si chiarisce che *posto che, ai sensi dell'art. 189 del trattato CEE e della costante giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, le disposizioni comunitarie direttamente applicabili devono esplicare, a dispetto di qualsivoglia norma o prassi interna degli stati membri, piena, integrale ed uniforme efficacia negli ordinamenti di questi ultimi, anche al fine della garanzia delle situazioni giuridiche soggettive create in capo ai privati , se ne consegua che la portata di dette norme va intesa nel senso che eventuali disposizioni nazionali successive con esse contrastanti vanno immediatamente disapplicate senza che si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale (abrogazione) o di altri organi costituzionali (dichiarazione di incostituzionalità), specie ove si consideri, rispetto a questa seconda ipotesi, che fino a detta dichiarazione, permanendo la piena efficacia della legge nazionale, risulta impedita l' applicazione delle norme comunitarie, e quindi non garantita la piena, integrale ed uniforme applicazione delle medesime e non protette le situazioni giuridiche create in capo ai privati*

La primazia del diritto comunitario ha trovato codificazione anche nella previsione I-6 nel testo del 2004 relativo all'approvazione del trattato costituzionale europeo. Laddove si legge che *“La Costituzione ed il diritto europeo adottato dalle istituzioni nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri...”*

La giurisprudenza comunitaria ha utilizzato lo strumento della disapplicazione (termine a tecnico poiché si tratta in realtà di non applicazione) per rendere concretamente operante la *primauté* del diritto comunitario negli stati membri così come scolpito sin nella sentenza *Simmenthal* del 1978.

Norme comunitarie che si applicano direttamente negli Stati membri:

- Regolamenti comunitari
- Direttive scadute e *self-executing* (ossia puntuale ed incondizionata)
- Sentenze interpretative della Corte di Giustizia
- Norme del Trattato ad efficacia diretta

In virtù del principio di supremazia del diritto comunitario su quello interno, l'operatore del diritto è inteso non solo come giudice ma anche come funzionario della pubblica amministrazione

Corte di Giustizia C 103/88 del 1989 Fratelli Costanzo e Corte Costituzionale 389/1989

*Da ciò deriva, come ha precisato la già ricordata sentenza n. 170 del 1984, che, nel campo riservato alla loro competenza, **le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo**, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un contrasto di quest'ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell'ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi.*

*Ribaditi questi principi, si deve concludere, con riferimento al caso di specie, **che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea**. Ciò significa, in pratica, che quei soggetti devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante la norma comunitaria che, nell'accesso alla proprietà o alla locazione dell'abitazione e al relativo credito, impone la parità di trattamento tra i lavoratori autonomi cittadini di altri Stati membri e quelli nazionali, mentre sono tenuti a disapplicare le norme di legge, statali o regionali, che riservano quei diritti e quei vantaggi ai soli cittadini italiani.*

Per cui esiste il principio secondo cui anche il funzionario è tenuto a disapplicare la norma interna che contrasta con quella comunitaria direttamente applicabile.

Le Direttive invero non producono effetti diretti nell'ordinamento, ma devono essere recepite dal legislatore per cui in questa evenienza si pone la questione della eventuale disapplicazione di norme interne che sono state attuate in contrasto con la Direttiva comunitaria.

Sulla tematica, introdotta dalla nota sentenza *Francovich*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è pronunciata nel caso in cui sia decorso il termine di recepimento della Direttiva e questa non sia stata ancora attuata. In questo caso laddove la Direttiva sia *self executing* e incondizionata dovrà essere applicata. Laddove invece non sia *self executing* si pone la questione dell'illecito dello Stato. Con la pronuncia della sentenza *Francovich* del 1991 si sostiene per la prima volta il principio della responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario. Il caso di specie era riferito al mancato recepimento di una Direttiva.

Danno da mancato recepimento della Direttiva

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III CIVILE - SENTENZA 17 maggio 2011, n.10813:

p 3 :*“In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi, più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema, della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica, dovendosi, ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come anti-giuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione”.*

p.3.4. Ribadito, dunque, che la responsabilità dello Stato per l'inadempimento di una direttiva comunitaria che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto, ma non sia self - executing, da luogo ad una fattispecie di responsabilità “contrattuale”, v'è da rilevare che le Sezioni Unite, con la qualificazione “contrattuale”, hanno chiaramente inteso riferirsi al concetto di “responsabilità contrattuale” non già nel senso di una responsabilità da contratto, il che sarebbe nella specie fuor di luogo, ma nel senso in cui di una responsabilità “contrattuale” si è sempre parlato tradizionalmente per significare che l'obbligazione risarcitoria non nasce da un fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 e ss. c.c., ma è dall'ordinamento ricollegata direttamente alla violazione di un obbligo precedente, che ne costituisce direttamente la fonte. Si vuol dire, cioè che il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c..

COMUNE DI ...
DETERMINAZIONE N. ... DEL ...

**OGGETTO: DETERMINAZIONE A CONTRARRE PER L’AFFIDAMENTO DI
OPERA PUBBLICA DI VALORE INFERIORE AD 1.000.000,00 DI EURO**

IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO...

PREMESSO CHE

- la Giunta comunale con deliberazione n. di data ha approvato il P.E.G. per l'anno sulla base del bilancio di previsione approvato dal Consiglio comunale con delibera n. ... di data (delibera esecutiva ed efficace dal giorno) ;
- attraverso il P.E.G. è stata attribuita al responsabile del servizio ... la dotazione finanziaria pari ad euro ... stanziata sul capitolo/intervento ... finalizzata alla realizzazione della seguente opera pubblica, come da allegato programma annuale dei lavori pubblici approvato congiuntamente al bilancio di previsione ...;

CONSIDERANDO CHE l’art. 192 del D.Lgs 267/2000 rubricato “determinazione a contrarre” stabilisce che *la stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:*

a) il fine che con il contratto si intende perseguire;

b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;

c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base e che applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano;

CONSIDERANDO CHE l’art. 11 comma 2 del D.Lgs 163/2006 stabilisce che prima dell’avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte;

CONSIDERANDO CHE l’art. 122, comma 7, del D.Lgs 163/2006 stabilisce attualmente che:

- *I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall’articolo 57, comma 6;*
- *l’invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti;*
- *i lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell’importo della medesima categoria;*
- *per le categorie specialistiche di cui all’articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all’allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l’indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell’aggiudicazione definitiva;*
- *non si applica l’articolo 65, comma 1 del D.Lgs 163/2006 ossia in sostanza che per questa tipologia di affidamento Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un*

contratto pubblico o concluso un accordo quadro non sono tenute ad inviare un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'articolo 66, conforme all'allegato IX A, punto 5, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro

CONSIDERANDO CHE ai fini della procedura da utilizzare l'art. 57, comma 6, richiamato dall'art. 122, comma 7, del D.Lgs 163/2006 stabilisce che:

- *ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. (evidentemente il numero tre deve essere non tenuto in considerazione poiché debba prevalere il numero dieci previsto dall'art. 122, comma 7 in quanto il rinvio è esclusivamente all'iter procedurale da applicare e non al numero degli operatori economici da invitare).*
- *Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.*
- *La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.*

PRESO ATTO dell'art. 3 della legge 241/1990 secondo cui *ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma e che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.*

CONSIDERANDO CHE sia opportuno quindi, nel rispetto dell'art. 3 della legge 241/1990, quale principio di ordine generale dall'azione amministrativa, dare conto della motivazione del seguente atto, e quindi esplicitare che questa amministrazione intende avvalersi di queste disposizioni normative previste dal D.Lgs 163/2006 per procedere all'affidamento dell'opera pubblica oggetto del presente atto in quanto:

- *per parte di motivazione in diritto, il valore dell'opera da realizzare al netto di IVA e comprensivo dei costi per gli oneri di sicurezza ha un valore che è inferiore a quello che ne permette l'utilizzo riconosciuto espressamente dalla legge (la legge infatti prescrive l'utilizzabilità in via ordinaria della procedura di cui all'art. 122, comma 7, con il limite del rispetto del valore dell'opera e ovviamente del rispetto del non artificioso frazionamento dell'opera)*
- *per parte di motivazione in fatto, così operando, questa pubblica amministrazione intende avvalersi di questo strumento di affidamento previsto per legge per garantire un affidamento più celere ed in forma semplificata per ottenere conseguentemente una riduzione dei tempi procedurali e quindi anche della realizzazione dell'opera pubblica oggetto di affidamento, posto che anche il "tempo" nella dinamica dei valori giuridici ha acquisito un valore intrinseco anche in termini risarcitori (basti pensare che con la legge 69/2009 il legislatore facendo assurgere il tempo è posta autonoma del danno, ha introdotto nella*

legge 241/1990 l'art. 2 bis avente ad oggetto la disciplina del danno da ritardo, ora filtrata nell'art. 30 del c.p.a. a prescindere dalla spettanza del bene della vita).

- Non ultimo sempre in fatto si vuole altresì prendere atto dell'attuale momento di crisi generale che caratterizza il mercato rispondendo con un'azione amministrativa rapida ed efficiente cercando quindi di contribuire ad uno migliore sviluppo di crescita economica

CONSIDERANDO ALTRESI' CHE per quanto attiene alla compatibilità dei limiti economici indicati dal legislatore interno con la disciplina comunitaria si osserva quale *obiter dictum* del seguente atto che è quasi impossibile sapere se questo limite possa essere considerato come ragionevole dalla Comunità ed in special modo dalla Corte di Giustizia, posto che allo stato si possono solamente esplicitare delle riflessioni ovvero delle tesi. Si sottolinea però che la soglia di euro 1.000.000,00 è attualmente la *soglia minima di interesse transfrontaliero* indicata dal legislatore interno per adeguare il *decisum* della sentenza della Corte di Giustizia C-147/2006, sull'anomalia dell'offerta in tema di esclusione automatica, per cui sembra una scelta che sia in linea con questo modo di interpretare e come tale in attesa di eventuali indicazioni che provengano dalla Corte di Giustizia si ritiene doveroso attenersi a quanto indicato dal legislatore interno se non altro, come sopra esplicitato, per contribuire con una azione amministrativa celere e snella e ad affidamenti che possano ingenerare una rapida ripresa dell'economia complessiva del nostro sistema paese.

OCCORRE CONSIDERARE INFINE che la possibilità di disapplicare il diritto nazionale laddove questo contrasti con il diritto comunitario, così come riconosciuto per i Regolamenti dalla Corte Costituzionale 170/1984 e per le Direttive dalla Corte Costituzionale 389/1989 presuppone che la disciplina comunitaria sia immediatamente applicabile; i regolamenti lo sono da subito, mentre le Direttive lo sono solo laddove sia trascorso inutilmente il termine di recepimento e si presentino con i caratteri dell'incondizionatezza e della precettività.

Infatti la Corte con la pronuncia 389/1989 ha avuto modo di chiarire che: *Da ciò deriva, come ha precisato la già ricordata sentenza n. 170 del 1984, che, nel campo riservato alla loro competenza, **le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo**, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un contrasto di quest'ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell'ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi.*

*Ribaditi questi principi, si deve concludere, con riferimento al caso di specie, **che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.** Ciò significa, in pratica, che quei soggetti devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante la norma comunitaria che, nell'accesso alla proprietà o alla locazione dell'abitazione e al relativo credito, impone la parità di trattamento tra i lavoratori autonomi cittadini di altri Stati membri e quelli nazionali, mentre sono tenuti a disapplicare le norme di legge, statali o regionali, che riservano quei diritti e quei vantaggi ai soli cittadini italiani.*

Tutto ciò premesso e considerato ed in attuazione degli articoli 192 del D.Lgs 267/2000; 122, comma 7 e 57, comma 6, del D.Lgs 163/2006

SI DETERMINA

di procedere all'affidamento della seguente opera pubblica

L'affidamento sarà esperito ai sensi dell'art. 122, comma 7, del D.Lgs 163/2006 e precisamente:

- saranno inviati a presentare offerta almeno dieci operatori economici scelti mediante adeguata indagine di mercato che tenga conto della funzionalità operativa dell'offerta secondo criteri di proporzionalità, adeguatezza, non discriminazione ma anche del principio di economicità sia dell'azione amministrativa sia dei costi pubblici da sostenere per l'esecuzione dei lavori; gli operatori economici saranno invitati sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa desunte dal mercato;
- i lavori relativi alla categoria prevalente, saranno affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria;
- per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste.
- Verrà dato avviso di postinformazione sui risultati della procedura di affidamento sul profilo committente entro cinque giorni dall'aggiudicazione definitiva;
- non si applica l'articolo 65, comma 1 del D.Lgs 163/2006 al presente affidamento
- Gli operatori economici saranno invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.
- la stazione appaltante sceglierà l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo
- la forma del contratto di appalto sarà quella pubblico amministrativa con intervento dell'ufficiale rogante dell'ente locale con spese di rogito, tasse nessuna esclusa a carico della parte contraente privata
- le clausole essenziali del contratto sono indicate nella bozza di contratto che si allega al presente atto per fare parte integrante e sostanziale
- il criterio di scelta del contraente sarà quello... (prezzo più basso)

Commissione Europea - Comunicazione Interpretativa 23.6.2006

Sul diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici non soggetti in tutto o in parte alle disposizioni delle direttive comunitarie sugli appalti Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici

INTRODUZIONE

La Comunità europea ha adottato di recente nuove direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [1]. Esse prevedono regole dettagliate volte ad assicurare procedure di gara concorrenziali a livello della UE.

Tuttavia le direttive "appalti pubblici" non si applicano a tutti gli appalti pubblici. Esiste tuttora una vasta gamma di appalti che non sono coperti o sono coperti solo in parte da tali direttive, ad esempio - gli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive "appalti pubblici" [2];

- gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE, il cui importo supera le soglie per l'applicazione di tali direttive.

I predetti appalti rappresentano un'importante opportunità per le imprese del mercato interno, in particolare per le PMI e per le imprese "start-up". Inoltre, metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali aiutano le amministrazioni pubbliche ad attirare, per tali appalti, una gamma più ampia di potenziali offerenti e a beneficiare di offerte più vantaggiose. Assicurare un uso il più efficiente possibile del denaro pubblico è di particolare importanza dati i problemi di bilancio esistenti in molti Stati membri. Non si dovrebbe inoltre dimenticare che è dimostrato che procedure trasparenti di aggiudicazione degli appalti prevengono la corruzione e i favoritismi.

E tuttavia tali appalti sono tuttora aggiudicati, in molti casi, direttamente a fornitori locali senza alcuna concorrenza. La Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) ha confermato nella sua giurisprudenza che le disposizioni del trattato CE relative al mercato interno si applicano altresì agli appalti che esulano dall'ambito di applicazione delle direttive "appalti pubblici". In varie occasioni, Stati membri e parti interessate hanno chiesto alla Commissione indicazioni sull'applicazione dei principi di base derivanti da tale giurisprudenza.

La presente comunicazione interpretativa ha per oggetto le due suddette categorie di appalti che non sono coperte o sono coperte solo in parte dalle direttive "appalti pubblici" [3]. La Commissione fornisce chiarimenti sulla sua interpretazione della giurisprudenza della CGCE e suggerisce alcune buone pratiche per aiutare gli Stati membri a sfruttare appieno i vantaggi del mercato interno. La presente comunicazione non crea alcuna nuova disposizione legislativa. È opportuno rilevare che spetta comunque in ultima istanza alla CGCE interpretare il diritto comunitario.

1. QUADRO GIURIDICO

1.1. Disposizioni e principi del trattato CE

Al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, le amministrazioni aggiudicatrici [4] degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

1.2. Norme fondamentali che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti

La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE [5], "consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" [6].

Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie [7] e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive [8]. La Corte ha esplicitamente dichiarato che "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato" [9].

1.3. Rilevanza per il mercato interno

Le norme derivate dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno. Sotto questo profilo, la CGCE ha considerato che in singoli casi "a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato", un'impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse all'aggiudicazione dell'appalto. In questo caso, "gli effetti sulle libertà fondamentali ... dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti" per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità [10].

Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto.

Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario.

Quando la Commissione viene a conoscenza di potenziali violazioni delle norme fondamentali per l'aggiudicazione di appalti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive "appalti pubblici", valuterà la rilevanza dell'appalto in questione per il mercato interno alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso. Avvierà una procedura d'infrazione a norma dell'articolo 226 del trattato CE solo nei casi in cui lo riterrà opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno.

2 NORME FONDAMENTALI PER L'AGGIUDICAZIONE DI APPALTI RILEVANTI PER IL MERCATO INTERNO

2.1 Pubblicità

2.1.1 Obbligo di garantire una pubblicità adeguata

Secondo la CGCE [11], i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza.

L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto [12].

La Commissione è del parere che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato. Lo stesso dicasi di qualunque forma di pubblicità "passiva", ovvero quando un'amministrazione aggiudicatrice non garantisce una pubblicità attiva, ma risponde alle richieste di informazioni provenienti da candidati che hanno scoperto con i loro mezzi la prevista aggiudicazione di un appalto. Inoltre, un semplice riferimento ad articoli o servizi nei mezzi di comunicazione, a dibattiti parlamentari o politici o ad eventi come congressi quali fonti di informazione non può costituire una pubblicità adeguata.

Pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto.

2.1.2 Forme di pubblicità

Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato.

Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura. In particolare, un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive implica di solito la pubblicazione in un mezzo di comunicazione largamente diffuso.

Quali forme di pubblicità adeguate e frequentemente utilizzate, è opportuno citare:

- Internet

L'ampia disponibilità e la facilità di utilizzazione di Internet rendono gli avvisi pubblicitari di appalti pubblicati sui siti molto più accessibili, in particolare per le imprese di altri Stati membri e le PMI interessate ad appalti di importo limitato. Internet offre un'ampia gamma di possibilità per la pubblicità degli appalti pubblici:

Gli avvisi pubblicitari sul sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice sono flessibili ed efficaci sotto il profilo dei costi. Essi devono essere presentati in modo che i potenziali offerenti possano venire a conoscenza delle informazioni agevolmente. Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di pubblicare tramite Internet informazioni su future aggiudicazioni di appalti non disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" nel quadro del loro profilo di committente [13].

I portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari di appalti hanno una visibilità più elevata e possono offrire maggiori opzioni di ricerca. Sotto questo profilo, la creazione di una piattaforma specifica per gli appalti di valore limitato con una directory per i bandi di gara con sottoscrizione via e-mail rientra tra le migliori pratiche, in quanto sfrutta appieno le possibilità offerte da Internet per accrescere la trasparenza e l'efficienza [14].

- Le Gazzette ufficiali nazionali, i bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, i quotidiani a diffusione nazionale o regionale o le pubblicazioni specializzate.

- Mezzi di pubblicazione locali

Le amministrazioni aggiudicatrici possono continuare a ricorrere a mezzi di pubblicazione locali, quali i quotidiani locali, i bollettini d'informazione comunali o anche gli albi pretori. Questi mezzi garantiscono tuttavia solo una diffusione strettamente locale e in quanto tali possono risultare adeguati in casi particolari, ad esempio quando si tratta di appalti di importo minimo che presentano un interesse unicamente per il mercato locale.

- Gazzetta ufficiale dell'Unione europea//TED (Tenders Electronic Daily)

La pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non è obbligatoria ma può costituire un'opzione interessante, in particolare quando si tratta di appalti d'importo elevato.

2.1.3 Contenuto della pubblicità

La CGCE ha dichiarato esplicitamente che l'obbligo di trasparenza non comporta necessariamente l'obbligo di presentare un invito formale a presentare offerte [15]. L'avviso pubblicitario può quindi limitarsi ad una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione, accompagnata da un invito a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice. Ulteriori informazioni possono eventualmente essere pubblicate su Internet o comunicate su richiesta dall'autorità aggiudicatrice.

Gli avvisi pubblicitari e qualsiasi eventuale documentazione supplementare devono contenere tutte le informazioni di cui un'impresa di un altro Stato membro avrà ragionevolmente bisogno per decidere se manifestare o no il suo interesse per l'appalto.

Come indicato al paragrafo 2.2.2 infra, l'amministrazione aggiudicatrice può adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto.

2.1.4 Procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario

Le direttive "appalti pubblici" prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario [16]. I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico.

La Commissione ritiene che le deroghe pertinenti possano essere applicate agli appalti non disciplinati dalle direttive. Le amministrazioni aggiudicatrici possono pertanto aggiudicare tali appalti senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate nelle direttive per una di tali deroghe [17].

2.2 Aggiudicazione dell'appalto

2.2.1 Principi

Nella sentenza Telaustria, la CGCE ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente.

Deriva da quanto precede che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto [18]. In pratica, tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite:

- Una descrizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto

La descrizione delle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio non deve fare riferimento a una fabbricazione o a una provenienza determinata, né a procedimenti particolari, né deve riferirsi a un marchio commerciale, a un brevetto, a un'origine o a una produzione determinati, a meno che una preferenza di tale natura sia giustificata dall'oggetto dell'appalto e sia accompagnata dalla menzione "o equivalente" [19]. In ogni caso è preferibile utilizzare descrizioni più generali per quanto riguarda l'esecuzione o le funzioni.

- L'uguaglianza di accesso per gli operatori economici di tutti gli Stati membri

Le amministrazioni aggiudicatrici non devono prevedere alcuna condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, come l'obbligo, per un'impresa interessata all'appalto, di essere stabilita sul territorio dello stesso Stato membro o della stessa regione dell'amministrazione aggiudicatrice [20].

- Il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali

Se i candidati o gli offerenti sono tenuti a presentare certificati, diplomi o altri tipi di attestati scritti, i documenti provenienti da altri Stati membri che offrono un livello equivalente di garanzia devono essere accettati conformemente al principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali.

- Termini adeguati

I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta.

- Un approccio trasparente e oggettivo

Tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori.

2.2.2 Limitazione del numero di candidati invitati a presentare un'offerta

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a un livello adeguato, a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio. Possono ad esempio applicare criteri oggettivi, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di applicare sistemi di qualificazione, vale a dire la redazione di un elenco di operatori qualificati mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità. Successivamente, quando si tratterà di aggiudicare i singoli appalti che rientrano nel campo di applicazione del sistema, l'amministrazione aggiudicatrice potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta (ad esempio estraendo a rotazione dall'elenco).

2.2.3 Decisione di aggiudicazione dell'appalto

È importante che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e che i principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento siano pienamente rispettati. Questo aspetto è particolarmente importante nel caso delle procedure che prevedono una negoziazione con gli offerenti inseriti in un elenco ristretto. Le negoziazioni devono essere organizzate in modo tale che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni e in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente.

2.3 Tutela giurisdizionale

2.3.1 Principi

Nella sentenza Telaustria, la CGCE ha sottolineato l'importanza che riveste la possibilità di un controllo dell'imparzialità della procedura. Senza un meccanismo di controllo adeguato, il rispetto

delle norme fondamentali di un'aggiudicazione equa e trasparente degli appalti non può essere effettivamente garantito.

2.3.2 Direttive sulle procedure di ricorso

Le direttive sulle procedure di ricorso [21] coprono unicamente gli appalti che rientrano nel campo di applicazione delle direttive "appalti pubblici" [22]. Ciò significa che nell'attuale contesto esse sono applicabili unicamente agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo supera le soglie di applicazione di tali direttive. Per questi appalti le procedure di ricorso devono essere conformi alle direttive sulle procedure di ricorso e alla giurisprudenza rilevante. Tali principi restano invariati nella proposta di nuova direttiva sulle procedure di ricorso di recente adozione [23].

2.3.3 Norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità

Nel caso degli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive "appalti pubblici", è opportuno tenere conto del fatto che, in virtù della giurisprudenza della CGCE [24], le persone hanno diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di cui sono titolari in base all'ordinamento giuridico comunitario. Il diritto a questa tutela costituisce uno dei principi generali del diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In mancanza di disposizioni pertinenti del diritto comunitario, spetta agli Stati membri creare le norme e le procedure necessarie a garantire una tutela giurisdizionale effettiva.

Affinché sia rispettata l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, occorre che almeno le decisioni che possono avere un effetto negativo sulla situazione di una persona che ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto, come la decisione di eliminare un candidato o un offerente, siano oggetto di un controllo destinato a stabilire eventuali violazioni delle norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità. Per rendere possibile l'effettivo esercizio di questo diritto a un controllo, le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di far conoscere i motivi delle decisioni suscettibili di appello, o nell'ambito della stessa decisione, o su richiesta, dopo la comunicazione della decisione [25].

Conformemente alla giurisprudenza relativa alla tutela giurisdizionale, i mezzi di ricorso disponibili non devono essere meno efficaci di quelli applicabili in azioni analoghe basate sul diritto interno (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento della tutela giurisdizionale (principio di effettività) [26].

Note:

[1] Direttiva 2004/18/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114 e direttiva 2004/17/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1 (in appresso "le direttive appalti pubblici").

[2] I valori delle soglie sono indicati all'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 16 della direttiva 2004/17/CE.

[3] Le concessioni costituiscono una terza categoria di contratti non disciplinati o parzialmente disciplinati dalle direttive. Vedasi l'articolo 17 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di servizi, gli articoli da 56 a 65 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di lavori. Questi contratti non sono tuttavia trattati nella presente comunicazione poiché saranno trattati nel follow-up del Libro verde sui partenariati pubblico-privati.

[4] Nella presente comunicazione, l'espressione "amministrazioni aggiudicatrici" comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, sia gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/17/CE.

[5] Cfr. in particolare la causa C-324/98 Telaustria [2000] Racc. I-10745, paragrafo 62, la causa C-231/03 Coname, sentenza del 21.7.2005, paragrafi da 16 a 19 e la causa C-458/03 Parking Brixen, sentenza del 13.10.2005, paragrafo 49.

[6] Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49.

- [7] Causa C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] Racc. I-9505, paragrafo 20 e causa C-264/03 Commissione contro Francia, sentenza del 20.10.2005, paragrafi 32 e 33.
- [8] Causa C-234/03 Contse, sentenza del 27.10.2005, paragrafi da 47 a 49. Le direttive "appalti pubblici" contengono solo un insieme molto limitato di disposizioni relative a tali appalti, cfr. l'articolo 21 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 32 della direttiva 2004/17/CE,
- [9] Causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafo 20.
- [10] Causa Coname, paragrafo 20.
- [11] Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49.
- [12] Causa Coname, paragrafo 21.
- [13] Vedi l'allegato VIII della direttiva 2004/18/CE e l'allegato XX della direttiva 2004/17/CE.
- [14] Cfr. ad esempio il portale delle opportunità per gli appalti di valore limitato creato di recente nel Regno Unito, www.supply2.gov.uk
- [15] Causa Coname, paragrafo 21.
- [16] Articolo 31 della direttiva 2004/18/CE e articolo 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.
- [17] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-525/03 Commissione contro Italia, paragrafi da 46 a 48.
- [18] Cfr. causa C-470/99 Universale-Bau AG [2002] Racc. I-11617, paragrafo 93.
- [19] Cfr. la causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafi da 21 a 24, e la comunicazione interpretativa della Commissione – Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro, GU C 265 del 4.11.2003, pag. 2. Gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE devono essere conformi alle disposizioni relative alle specifiche tecniche, così come enunciate all'articolo 23 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 34 della direttiva 2004/17/CE, se il loro importo supera la soglia di applicazione di tali direttive. Le specifiche tecniche di questi appalti devono essere definite prima della selezione di un contraente e devono essere portate a conoscenza o messe a disposizione dei potenziali offerenti mediante strumenti che garantiscano la trasparenza e pongano tutti i potenziali offerenti su un piede di parità; cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, paragrafi da 76 a 78.
- [20] L'aggiudicatario potrà tuttavia essere invitato a porre in essere talune infrastrutture commerciali sul luogo di esecuzione, se le circostanze particolari dell'appalto lo giustificano.
- [21] Direttiva 89/665/CEE, GU L 395 del 30.12.1989, pag. 33 e direttiva 92/13/CEE, GU L 76, del 23.3.1992, pag. 14.
- [22] Cfr. articolo 72 della direttiva 2004/17/CE e articolo 81 della direttiva 2004/18/CE.
- [23] Proposta della Commissione per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso riguardanti l'aggiudicazione di appalti pubblici, COM (2006) 195 def.
- [24] Cfr. causa C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores [2002] Racc. I-6677, paragrafo 39 e causa 222/86 Heylens [1987] Racc. 4097, paragrafo 14.
- [25] Cfr. causa Heylens, paragrafo 15.
- [26] Cfr. in proposito le cause C-46/93 e C-48/93 Brasserie du Pêcheur [1996] Racc. I-1029, paragrafo 83 e la causa C-327/00 Santex [2003] Racc. I-1877, paragrafo 55.