

**“Etica Pubblica nel Sud: migliorare la performance,
accrescere la trasparenza attraverso le nuove tecnologie”**

*L'analisi dei rischi sui bandi di
gara e gli appalti pubblici
Napoli, 5 Dicembre 2011*

“Etica Pubblica nel Sud: migliorare la performance, accrescere la trasparenza attraverso le nuove tecnologie”

L’analisi dei rischi sui bandi di gara e gli appalti pubblici

- Premesse
- Il Bando di gara: evoluzione normativa
- Il Bando di gara: natura giuridica
- Il Bando di gara: funzione e contenuto
- La limitazione del potere “personalizzante” della P.A.: il D. L. n. 70/2011 e la tassatività delle prescrizioni/cause di esclusione (orientamenti della giurisprudenza e dell’AVCP).
- I requisiti di carattere generale: il D. L. n. 70/2011 e le novità più rilevanti sulle previsioni della lex specialis esclusione (orientamenti della giurisprudenza).
- Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti.

Premesse

“La deliberazione a contrarre costituisce la prima fase del procedimento dei contratti ad evidenza pubblica, in quanto la instaurazione di qualsiasi negozio da parte di una P.A. deve essere proceduta da un provvedimento amministrativo con il quale viene manifestata l'autonoma volontà di agire in tal senso per il perseguimento di fini pubblici ben precisi”.

M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970.

Premesse

Codice dei Contratti - Art. 11 Fasi delle procedure di affidamento

2. 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.

Premesse

Ma è solo con l'emanazione del bando che si esteriorizza e viene portata a conoscenza, ad una serie indeterminata di soggetti potenzialmente interessati, l'intendimento negoziale già manifestato con la determinazione a contrarre.

Premesse

Il bando ha pertanto una duplice funzione:

- notiziale di legale conoscenza;
- di regolazione della gara, funzione che non ha tuttavia carattere normativo poiché non si connota con gli elementi di generalità e astrattezza tipici delle statuizioni normative.

Concetto di LEX SPECIALIS

Le regole fissate restano limitate alla sola procedura presa in considerazione con vincoli cogenti per la stazione appaltante, che è tenuta ad osservarle per assicurare la par condicio dei concorrenti che, a loro volta, hanno l'interesse tutelato di pretenderne il rispetto.

Il Bando di gara: evoluzione normativa

Il termine “bando” ha trovato solo di recente un riscontro normativo ufficiale.

- L'art. 63 del D. 827/24 definiva l'avviso d'asta come il primo atto dell'asta pubblica, essendo la licitazione privata in origine caratterizzata da ampia discrezionalità d'invito senza alcun obbligo preventivo di pubblicità.
- La legge 14/73 per i lavori pubblici, all'art. 7, ha introdotto l'obbligo di pubblicare un avviso preventivo anche per la licitazione privata.
- L'espressione “bando di gara” è stata introdotta, per qualunque forma di gara, dalla normativa interna che ha recepito le prime direttive comunitarie: la L. 587/97 per i lavori e la L. 113/81 per le forniture.
- In attuazione delle direttive a fondamento del Codice dei Contratti (2004/18/CE e 2004/17/CE per i settori esclusi) è stata inoltre prevista la possibilità di una procedura negoziata previa pubblicazione di un bando e l'avviso indicativo periodico che, per i settori esclusi, può fungere da bando ai fini dell'indizione della gara.

Il Bando di gara: evoluzione normativa (2)

Anche rispetto alle indicazioni minime ed essenziali, l'evoluzione normativa ha portato alle prescrizioni di matrice comunitarie che hanno reso più preciso e dettagliato il contenuto dei bandi fino ad arrivare a sancire l'obbligo a seguire modelli standard predefiniti anche nella consistenza al duplice fine di dare omogeneità ai comportamenti delle stazioni appaltanti e certezza e sufficienza di informazioni, onde garantire una maggiore trasparenza.

Partendo dagli schemi regolati dal D.P.C.M. 55/91, passando dai modelli inseriti come allegati agli atti normativi, passando per le prime Linee Guida dell'Autorità di Vigilanza in G.U. n. 143/2000, fino ad arrivare alla recente introduzione del comma 4-bis all'art. 64 del Codice che ha dato mandato all'AVCP di formulare i bandi-tipo "derogabili solo con espressa previsione nella delibera a contrarre"

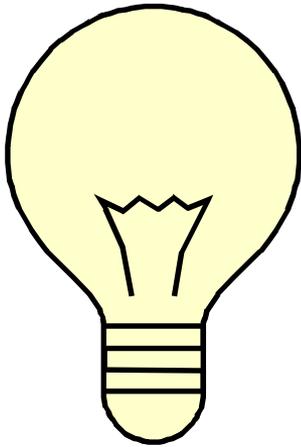
Il Bando di gara: evoluzione normativa (3)

Si arriva ad innovativo stravolgimento del ruolo puramente strumentale dell'atto iniziale del procedimento, attribuendo, al contempo carattere normativo al bando.

Il Bando di gara: natura giuridica

Il bando dunque non riveste carattere normativo, con l'unica eccezione rappresentata dal “bando-tipo”, predisposto da un'amministrazione centrale o regionale – sulla base di una norma attributiva del relativo potere – per conformare i bandi che verranno emanati da parte di altre amministrazioni periferiche o locali.

Il Bando di gara: natura giuridica (2)



Per la sua natura di atto amministrativo generale, che produce un effetto istantaneo nei confronti di una pluralità di soggetti, esso presenta delle peculiarità rispetto alla disciplina ordinaria del procedimento amministrativo (legge n. 241/1990):

- non è richiesta la motivazione (art. 3, co. 2);
- non si applicano le norme in tema di partecipazione al procedimento amministrativo (art. 13, co. 1);
- non è consentito l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione (art. 24, comma 6).

Il Bando di gara: natura giuridica (3)

Il bando non costituisce una proposta contrattuale, essendo sprovvisto degli elementi essenziali del futuro contratto.

Esso svolge, al contrario, per la dottrina dominante, la funzione di invito a presentare le offerte (ossia le proposte) che la stazione appaltante provvederà a valutare, fino a stipulare il contratto con il soggetto che abbia presentato l'offerta reputata più congrua.

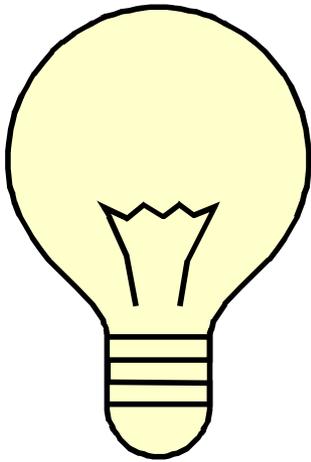
A differenza della proposta in senso civilistico (revocabile ad nutum, fino a che non pervenga l'accettazione), il bando è revocabile in via di autotutela, soltanto entro i limiti che condizionano l'esercizio di tale potere.

Il Bando di gara: natura giuridica (4)

Differenza con i CAPITOLATI:

- Il bando costituisce la *lex specialis* della gara, che disciplina il procedimento di contrattazione e presuppone che si sia già concluso il ciclo degli adempimenti volti alla determinazione del contenuto del futuro rapporto contrattuale.
- I capitolati, che l'amministrazione adotta e richiama nel bando o nell'invito a partecipare alla gara (art. 5, comma 7) contengono invece la disciplina di dettaglio e tecnica della generalità dei contratti o di specifici contratti che l'amministrazione intende stipulare.

Il Bando di gara: natura giuridica (5)



E i capitolati generali?

L'art. 137 del Regolamento, rubricato «Documenti facenti parte integrante del contratto», riproduce con i necessari adeguamenti al Codice l'art. 110 del D.P.R. 554/1999 ed elenca al comma 1 i documenti che formano parte integrante e sostanziale del contratto di appalto e che devono essere ivi espressamente richiamati.

La disposizione in commento prevede che il capitolato generale sia da considerarsi parte integrante del contratto solo nell'ipotesi in cui tale documento risulti «menzionato nel bando o nell'invito», e ciò in considerazione del fatto che il Codice, innovando rispetto al passato, ha inteso attribuire valenza negoziale e non regolamentare al capitolato generale di appalto il tutto in una logica di semplificazione che passa anche attraverso la riduzione del numero delle fonti normative eteronome.

Il Bando di gara: funzione e contenuto

Il bando di gara (art. 64 del Codice, relativo agli appalti di rilevanza comunitaria) ha la funzione di informare circa uno specifico appalto o accordo quadro che la p.a. intende aggiudicare, mediante procedura aperta, ristretta, negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, o dialogo competitivo. Le stazioni appaltanti che intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione sono altresì tenute alla pubblicazione del bando di gara semplificato.

Il Bando di gara: funzione e contenuto (2)

Il suo contenuto minimo deve essere pertanto costituito da:

- indicazione del contratto e del suo contenuto;
- modalità di gara, qualificazioni richieste ai partecipanti, esibizioni documentali e ogni altro obbligo preliminare imposto agli aspiranti concorrenti.
- formula di aggiudicazione.

In particolare, l'art. 64, comma 4 del Codice prescrive che il bando con cui si indice un appalto di rilevanza comunitaria contenga tutte le informazioni ritenute utili alla stazione appaltante, oltre a quelle previste dall'allegato IX A, punto 3 ed imposte con regolamento della Commissione n. 1564/2005 del 7 settembre 2005, che stabilisce i modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi relativi a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici conformemente alle direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Analoga previsione non esiste invece per gli appalti sotto soglia.

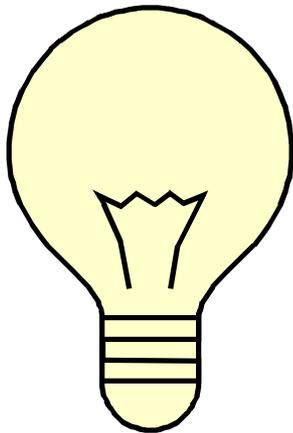
Il Bando di gara: funzione e contenuto (3)

Circa il contenuto del bando di carattere “procedurale”, l’art. 11 (che disciplina le procedure di affidamento comuni agli appalti sopra e sotto soglia) specifica inoltre che il bando deve menzionare:

- 1) il periodo entro il quale l’offerta presentata alla stazione appaltante è vincolante per il concorrente; in mancanza di indicazioni, essa è vincolante per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione (art. 11, comma 6);
- 2) il termine entro il quale deve aver luogo la stipulazione del contratto, una volta che sia divenuta efficace l’aggiudicazione all’esito positivo dei controlli effettuati dalla stazione appaltante. In assenza di queste indicazioni, il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell’art. 79 (art. 11, commi 9 e 10).

Per gli appalti sopra soglia, il bando deve inoltre indicare le singole prestazioni subappaltabili e affidabili a cottimo (art. 118, comma 2), nonché specificare se l’affidatario provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l’importo dovuto per le prestazioni eseguite (art. 118, comma 3).

Il Bando di gara: funzione e contenuto (4)



Altri elementi utili e indispensabili:

- il prezzo a base di gara, artt. 82, 83 e 85 del Codice, determinato secondo i criteri di congruità stabiliti dall'art. 89;
- l'indicazione del RUP, art. 10 co. 8;
- gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara, art. 55 co. 3 del DPR 207/2010;
- data delle sedute di gara pubbliche;
- richiesta di espressa autorizzazione all'invio mediante fax delle comunicazioni di cui all'art. 79 del codice.

La limitazione del potere “personalizzante” della P.A.: il D. L. n. 70/2011 e la tassatività delle prescrizioni/cause di esclusione

Le regole di partecipazione contenute nel bando di gara rinvengono la loro fonte, anzitutto, nelle previsioni di legge comunitaria e nazionale.

La possibilità per la stazione appaltante d'introdurre, in esso, requisiti ultra legem più rigorosi, non discriminanti e proporzionati, è stata, nel tempo, oggetto di ampia elaborazione giurisprudenziale nel senso della sua ammissibilità.

Sul punto è intervenuto il D. L. n. 70/2011 introducendo l'innovativa previsione (di modifica all'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006) della tipizzazione e tassatività delle cause di esclusione, con connessa statuizione di nullità delle clausole addizionali/prescrizioni ulteriori che fossero, eventualmente, inserite nella *lex specialis*.

La tassatività delle cause di esclusione

Il potere discrezionale della P.A. volto alla regolamentazione della singola gara è stato esercitato con una notevole profusione di contenuti, riferiti a svariati aspetti della procedura di gara:

- la predisposizione dei documenti di gara;
- le modalità di confezionamento e sigillatura del plico;
- le modalità di recapito delle offerte alla stazione appaltante.

Ciascuno dei punti elencati è stato, in concreto, oggetto di elaborazione dettagliata tramite l'inserimento, nel bando, di prescrizioni ultra legem.

Queste, vagliate dalla giurisprudenza, si sono rivelate a volte legittime, altre illegittime.

La tassatività delle cause di esclusione (2)

Una ricostruzione delle più frequenti casistiche giurisprudenziali riferite alla fase della predisposizione formale delle offerte, la sottoscrizione dei documenti di gara e l'allegazione di altri elementi essenziali, evidenzia un solo punto fermo:

La distinzione tra inesistenza/mancata produzione (insanabile) ed irregolarità documentale (sanabile con integrazione postuma), nel rispetto del fondamentale principio della par condicio ed in applicazione, ove possibile, del c.d. potere di soccorso della p.a..

La tassatività delle cause di esclusione (3)

La regola della tassatività - introdotta in netto superamento della precedente e consolidata prassi amministrativa - sanzionata a pena di nullità, è contenuta nel modificato art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006.

Di tale articolo è stata sostituita la rubrica: “Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle cause di esclusione”. Di poi, vi è stato inserito il comma 1-bis, a tenore del quale la stazione appaltante esclude i concorrenti in tre casi esclusivi:

- mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice dei contratti pubblici, dal relativo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti;
- difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali che importino incertezza assoluta quanto a contenuto o provenienza dell’offerta;
- non integrità del plico o altre irregolarità di chiusura dei plichi che facciano ritenere, secondo le circostanze concrete, l’intervenuta violazione del principio di segretezza delle offerte.

La tassatività delle cause di esclusione (4)

La nuova norma si conclude introducendo un'espressa ipotesi di nullità testuale per quelle prescrizioni ulteriori (rispetto a quelle tassative ex art. 46, co. 1-bis, D. Lgs. n. 163/2006) che venissero eventualmente previste, dalle stazioni appaltanti, nei bandi o nelle lettere d'invito.

Quanto al precipuo profilo della nullità, si evidenzia la portata di simile statuizione: il legislatore ha inteso stigmatizzare la violazione della nuova norma - disciplinante le cause di esclusione e le prescrizioni che il bando può contenere - attraverso una sanzione che determina l'improduttività originaria degli effetti dell'atto.

La tassatività delle cause di esclusione (5)

Ciò ha fatto, probabilmente, nel perseguimento di un duplice fine:



- responsabilizzare le pubbliche amministrazioni appaltanti a fronte degli adempimenti previsti, quali, nella specie, la semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici;
- ampliare la sfera di tutela dei privati, attraverso l'introduzione del regime precipuo della nullità - quale forma più grave di invalidità dell'atto amministrativo difforme dalla norma - con le note ricadute in tema di giustiziabilità del provvedimento - quanto a modo e termini d'impugnazione delle eventuali clausole difformi, secondo le previsioni di cui all'art. 31, co. 4, del Codice del processo amministrativo (termine di decadenza 180 gg., può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice). V. All. 1

I requisiti di carattere generale: il D. L. n. 70/2011 e le novità più rilevanti sulle previsioni della lex specialis

Tenendo conto di quanto esposto in merito alla tassatività delle cause di esclusione, dovrebbe, allora, dedursi che i requisiti ex lege di cui agli artt. 38-42 del D. Lgs. n. 163/2006, siano da intendere, non più alla stregua di requisiti minimi di partecipazione - come sostenuto in precedenza dalla giurisprudenza non solo interna, ma anche comunitaria - ma come gli unici e sufficienti per la partecipazione, senza che possa più configurarsi alcuna loro legittima - proporzionata, non discriminatoria e ragionevole - integrazione ad opera della p.a.



I requisiti di carattere generale: il D. L. n. 70/2011 e le novità più rilevanti sulle previsioni della lex specialis (2)

Il TAR Milano, per giustificare la propria decisione di accoglimento della richiesta di sospensiva in rif. ad un requisito “eccessivo”, ha sorprendentemente affermato che: *“in ogni caso il sopravvenuto D.L. 13.11.2011, n. 70 ha interdetto alle stazioni appaltanti d'introdurre nei propri bandi prescrizioni a pena di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle stabilite dal Codice dei contratti pubblici”* (Decreto presidenziale n. 1.171 del 15 luglio 2011).

In sede cautelare di appello, il Consiglio di Stato (sez. VI, ordinanza n. 3932 del 14 settembre 2011), ha correttamente statuito che la novella disposizione si riferisce alle “prescrizioni” del bando, e non ai “requisiti”. Infatti, il CdS afferma che: *“l'articolo 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/06 (che riguarda le irregolarità formali dell'offerta) non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti requisiti specifici e rigorosi a comprova della capacità tecnica, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara”*.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 del Codice

La portata innovativa del cd. decreto sviluppo ha portato intense modificazioni all'articolo 38 del codice, in materia di **REQUISITI DI ORDINE GENERALE**, che ha sempre suscitato una vivace e diffusa giurisprudenza.

Al riguardo, occorre segnalare che la Relazione di accompagnamento al decreto legge pone in evidenza l'espressa volontà del Legislatore *“di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento”*.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 del Codice (2)

Art. 38, comma 1, lett. c):

Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, i soggetti 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.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. c) del Codice (3)

Per quanto riguarda l'operatività della causa di esclusione (oltre ad amministratori e direttori tecnici), il decreto sviluppo ha introdotto le seguenti modificazioni:

- 1) Per le società in nome collettivo, tutti i soci dovranno presentare le adeguate dichiarazioni.
- 2) Viene introdotto l'obbligo di dichiarazione per il socio unico (solo se persona fisica > legge di conversione), ovvero per il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.
- 3) L'obbligo di dichiarare le condanne definitive per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, vige solo per i soggetti cessati dalla carica **nell'anno antecedente** la pubblicazione del bando e non più nel triennio.
- 4) In caso di soggetti cessati dalla carica, l'impresa dovrà dimostrare non più solo la completa dissociazione, ma **la completa ed effettiva dissociazione** dalla condotta penalmente sanzionata. In sostanza si richiede che l'impresa sia in grado di documentare la reale dissociazione dalla condotta penalmente rilevante dell'amministratore, come affermato dalla giurisprudenza.

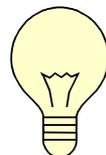
I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. c) del Codice (4)

5) L'espressa previsione che l'esclusione non può essere disposta per i reati che siano stati depenalizzati, dichiarati estinti oppure nei casi in cui sia intervenuta riabilitazione del condannato o revoca della condanna.

Tale novità deve essere collegata al comma 2°, dell'articolo 38, ove si dispone che il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne quando il reato è stato depenalizzato ovvero per le quali è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima. Quindi, siffatte situazioni (condanne subite per reati depenalizzati, intervenuta riabilitazione, reati estinti, revoca della condanna) non debbono essere oggetto di dichiarazioni e le stazioni appaltanti non possono introdurre ulteriori prescrizioni di esclusione, in conseguenza anche di quanto disposto dal novello comma 1°-bis, dell'articolo 46.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. c) del Codice (5)

Il decreto sviluppo, in merito alla lettera “c”, non sembra aver affrontato la vecchia ed attuale polemica in merito all'esaustività della dichiarazione dell'operatore economico: l'imprenditore deve dichiarare tutte le condanne subite o solo quelle che lui ritiene non rilevanti ai fini della moralità professionale?



In primo luogo, il II comma dell'articolo 38 del Codice, dopo aver previsto che il rappresentante dell'impresa attesta il possesso dei requisiti, mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi del Dpr n. 445/2000, prevede anche, sempre a carico del rappresentante, un preciso obbligo: “indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”.

In secondo luogo la sostituzione dell'impresa alla stazione appaltante costituirebbe un pericoloso vulnus alla struttura della gara, ivi compresi i problemi pratici in caso di mancato controllo dell'impresa “reticente”. V. All. 2

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. g) ed i) del Codice

Per quanto attiene all'obbligo di essere in regola con il pagamento delle imposte e tasse di cui alla lettera g), comma 1 dell'art. 38, è stato previsto che debba trattarsi di "gravi" violazioni. Pertanto violazioni di scarsa entità sfuggono dalle cause di esclusione di cui all'art. 38.

Il riformulato comma 2 ha puntualizzato anche quando debbano ritenersi gravi le violazioni concernenti:

- a) gli obblighi di pagamento delle tasse e delle imposte di cui alla lettera g), comma 1, dell'art. 38. Si fa rinvio all'art. 48-bis, comma 1 e 2-bis del d.P.R. 602/1973 (il quale fa riferimento a debiti per importi superiori ai 10.000 euro);
- b) la regolarità contributiva di cui alla lettera i), comma 1, dell'art. 38. Viene richiamata la legge 266/2002 (si tratta delle gravi violazioni che impediscono il rilascio del Durc).

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. g) del Codice

In riferimento alla regolarità fiscale, il contrasto giurisprudenziale è stato risolto nel segno dell'attribuzione alla stazione appaltante di un potere valutativo, attraverso l'aggiunta "gravi", eliminando ogni ipotesi di esclusione automatica.

“Nella formulazione vigente *ratione temporis* (antecedente alla novella apportata al codice degli appalti dall'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 che ha introdotto il requisito della “gravità” delle violazioni definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse), deve applicarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non rileva l'eventuale modestia del debito erariale, ritenendosi preclusa alla stazione appaltante ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità della violazione” (Tar Campania, sez. Napoli VIII, 22 agosto 2011, n. 4.238).

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. g) del Codice (2)

L'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 41/E del 3 agosto 2010, ha fornito le seguenti precisazioni:

- a) Conferma della possibilità delle imprese di autodichiarare il possesso del requisito, ai sensi del Dpr n. 445/2000.
- b) Le stazioni appaltanti, in qualità di destinatari delle autodichiarazioni, possono richiedere all'Agenzia delle Entrate conferma scritta del possesso del requisito.
- c) Qualunque violazione, relativa agli obblighi di pagamento di imposte e tasse amministrative dall'Agenzia delle Entrate, concreta l'ipotesi di irregolarità fiscale, rilevante ai fini del possesso del titolo.
- d) L'irregolarità fiscale deve considerarsi venuta meno e, dunque, non rappresentare causa ostativa alla partecipazione alle gare, nel caso in cui, alla data di richiesta della certificazione, il contribuente abbia integralmente soddisfatto la pretesa dell'amministrazione finanziaria, anche mediante definizione agevolata.
- e) La definitività dell'accertamento consegue all'inutile decorso del termine per l'impugnazione, ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, al passaggio in giudicato della sentenza (CdS, sez. V[^], n. 2213/2010).

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. i) del Codice

La lettera “i”, in materia di irregolarità contributive, è rimasta immutata. Tuttavia, la disposizione normativa deve essere letta in correlazione al novellato comma 2°, dell'articolo 38, che stabilisce quanto segue: “si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva; 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.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. i) del Codice (2)

Il decreto sviluppo ha:

- 1) Lasciato inalterata l'originaria previsione della causa di esclusione;
- 2) Ha introdotto una figura tipica di gravità: le violazioni ostantive al rilascio del DURC. L'articolo 9 del Decreto Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 24.10.2007 stabilisce che la violazione, da parte del datore di lavoro o del dirigente responsabile, delle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro indicate nell'allegato A del medesimo Decreto, accertata con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi, è causa ostantiva al rilascio del DURC per i periodi indicati, con riferimento a ciascuna violazione prevista dallo stesso allegato.
- 3) Introdotto, per gli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia, l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di regolarità contributiva.

I requisiti di carattere generale: l'art. 38 lett. i) del Codice (3)

Per quanto concerne il ribadito requisito della “gravità” della violazione, occorre ricordare che il decreto del Ministro del lavoro 24 ottobre 2007, disciplinante il D.U.R.C., fissa una soglia di “gravità”, rilevante anche ai fini dell’esclusione. Precisamente, non va qualificato come “grave” e, quindi, non impedisce il rilascio del D.U.R.C. uno scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad € 100,00, fermo restando l’obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C. (art. 8).

La stazione appaltante deve procedere ad una valutazione in merito alla “gravità” della violazione? V. All. 2



Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti

T.A.R. PUGLIA - BARI - SEZIONE I - Sentenza 3 novembre 2011 n. 1672

In tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, l'offerta economica costituisce espressione della volontà contrattuale, sicché deve necessariamente essere sottoscritta, a pena di esclusione, da tutti i componenti del raggruppamento (sia costituito che costituendo), trattandosi di un adempimento sostanziale volto ad assicurare la riferibilità e l'imputabilità dell'offerta economica al raggruppamento offerente.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (2)

T.A.R. PIEMONTE - TORINO - SEZIONE I - Sentenza 17 novembre 2011 n. 1201

Il termine di trenta giorni per proporre l'impugnazione dell'aggiudicazione decorrente dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, non è applicabile nei caso in cui l'Amministrazione si sia limitata a pubblicare l'avviso sul proprio sito internet.

Non è ammesso l'affidamento diretto di un servizio a causa di una situazione di incertezza determinata dal processo di riorganizzazione delle strutture sanitarie a livello regionale, in quanto trattasi di fattore ampiamente prevedibile.

L'affidamento diretto di un servizio non è consentito per permettere la proroga di un contratto scaduto.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (3)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 18 novembre 2011 n. 6079

Contratti della P.A. – Gara – Certificazione di qualità – Avvalimento – Ammissibilità – Condizioni – Fattispecie

L'articolo 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, da un lato, ammette esplicitamente l'avvalimento anche per l'attestazione della certificazione SOA, dall'altro, subordina tale facoltà all'espreso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Pertanto, l'omissione di tale dichiarazione (nel caso di specie prevista anche dal bando di concorso) comporta l'esclusione dalla gara, non solo in quanto la stessa amministrazione appaltante non può disapplicare le disposizioni contenute nella lex specialis da essa stessa poste, ma anche perché l'avvalimento nei requisiti soggettivi di qualità deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (4)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 27 ottobre 2011 n. 5740

- 1. Contratti della p.a. – Gara – Aggiudicazione – Concorrente – Impugnazione – Interesse strumentale a riedizione – Configurabilità – Presupposto – Partecipazione alla gara**
- 2. Contratti della p.a. – Procedure ristrette – Bando – Inderogabilità – Sussiste – Conseguenze – Modifiche con lettera invito – Inammissibilità – Contrarius actus – Necessità**
 1. L'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura di gara di cui sia titolare un'impresa che abbia legittimamente partecipato alla gara, così differenziando la propria posizione rispetto a quella di un qualsiasi operatore del settore che aspiri, di fatto, a partecipare ad una futura selezione, è idoneo a radicare la legittimazione ad agire, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione è realizzabile unicamente mediante il rinnovo della procedura.
 2. Nelle procedure ristrette vale la regola dell'inderogabilità del bando da parte della lettera d'invito, correlata sia alla funzione meramente integrativa della lettera d'invito rispetto al bando, sia alla necessità che le prescrizioni rese note alla generalità degli aspiranti a partecipare alla gara non possano essere modificate con un atto rivolto alle sole imprese che abbiano chiesto di partecipare. L'applicazione di detta regola comporta che ove la stazione appaltante riscontri una illegittimità ovvero intenda modificare le prescrizioni del bando di gara, non può procedere ad una sua rettifica mediante la lettera d'invito, ma è tenuta ad utilizzare per la modifica lo strumento del contrarius actus. Parimenti, quando illegittimità vengano riscontrate nella lettera d'invito, né l'amministrazione né la Commissione hanno il potere di emendarla dopo l'apertura delle offerte, avendo la possibilità di annullare l'intera gara.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (5)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 12 ottobre 2011 n. 5527

- 1. Contratti della p.a. – Gara – Impresa illegittimamente pretermessa – Risarcimento – Prova aggiudicazione gara – Irrilevanza – Ragioni – Perdita chance – Sufficienza**
- 2. Responsabilità e risarcimento – Danno – Quantificazione – Prestazione ulteriore all'appalto – Mancate economie di scala – Irrilevanza – Ragioni**
 1. Il risarcimento del danno, consistente nella possibilità di conseguire un vantaggio futuro, va riconosciuto in favore dell'impresa pretermessa in una gara d'appalto illegittimamente aggiudicata, anche laddove essa non dia dimostrazione che in assenza dell'illegittimità accertata si sarebbe aggiudicata la gara, sussistendo un danno risarcibile consistente nella perdita della possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, di aggiudicarsi la gara (c.d. perdita di chance).
 2. Ai fini della quantificazione del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione ad altra impresa concorrente, non può prendersi in considerazione né l'utilità derivante dallo svolgimento di prestazioni ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle previste in gara, evidentemente non attinenti all'appalto, da considerarsi solo eventuali al momento dello svolgimento della selezione, né le mancate economie di scala per effetto dell'innalzamento del fatturato, in quanto non ricollegabili alla mancata esecuzione dell'appalto.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (6)

**CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 5 ottobre 2011 n. 5454
Contratti della P.A. – Gara – Procedura negoziata – Cottimo fiduciario -
Principio di pubblicità – Seduta riservata – Illegittimità - Ragioni**

Il comma 11 dell'art. 125 del D. Lgs. 163/2006, prevede che i procedimenti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata preceduta da gara informale (cottimo fiduciario) per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, debbano svolgersi nel rispetto del principio di trasparenza. Pertanto non è ammissibile e legittimo che tali procedure si svolgano interamente in seduta riservata, ritenendosi applicabile il principio di pubblicità dei procedimenti di gara, al quale deve soggiacere la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, mentre è possibile svolgere in seduta riservata solo la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (8)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 5 ottobre 2011 n. 5458

Bando di gara – Pubblicazione – Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Effetti giuridici – Decorrenza - Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee - Irrilevanza

Gli effetti giuridici che l'ordinamento italiano connette alla pubblicità decorrono solo e soltanto dalla pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, e non dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Relativamente, invece, alla pretesa mancanza di dichiarazione ex art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 di un amministratore (dott. Valerio Nicoletti) di una delle imprese del raggruppamento, la stessa è infondata in fatto, poiché il dott. Nicoletti si è dimesso dalla carica il 17 gennaio 2007, mentre il bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 27 gennaio 2010, quindi oltre il triennio per il quale è richiesta la dichiarazione.

Non ha pregio la considerazione dell'appellata circa il fatto che il bando è stato pubblicato in data 12 gennaio 2010 sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, in quanto gli effetti giuridici decorrono solo e soltanto dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Analisi delle casistiche giurisprudenziali più recenti in materia di criticità sui bandi e appalti (9)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 9 settembre 2011 n. 5076
**Contratti della P.A. – Gara – Bando – Clausole immediatamente lesive-
Impugnazione – Necessità – Ragioni**

Sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di concorso o della lex specialis di una gara che impediscano la stessa partecipazione alla gara, rinvenendosi la loro immediata lesività proprio nell'immediato effetto preclusivo, cui consegua per l'interessato un provvedimento negativo avente carattere meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta. Pertanto, nel caso di specie la clausola escludente va impugnata immediatamente e non in uno con il provvedimento di rigetto della domanda di ammissione, atto meramente applicativo e ricognitivo della relativa prescrizione.