

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Direttore: Prof. Bernardino Quattrociochi

Facoltà di Economia

Dipartimento di Management



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Data: 20 giugno 2019 ore:15 - 19

- 1. *La proposta di aggiudicazione: natura ed effetti.***
- 2. *Le comunicazioni obbligatorie: destinatari, contenuto e forma.***
- 3. *La verifica dei requisiti ai fini dell'aggiudicazione.***
- 4. *L'accesso agli atti di gara e la giurisprudenza, tra tutela della riservatezza e tutela giudiziale.***

PREMESSE

1. *La Stazione appaltante, deve **individuare** quale sia il privato, operatore economico, con cui concluderà il contratto, nel rispetto di **precise regole** di diritto pubblico, al fine di individuare, tra tutti i partecipanti alla gara pubblica, **l'operatore economico più valido.***

PREMESSE

*2. La gara a evidenza pubblica è utile a garantire anche un maggiore rispetto di tutte le regole in materia di **concorrenza**, per concedere a tutti gli operatori economici maggiori e concrete possibilità non solo di **partecipare** a tali gare pubbliche, ma anche di **vincerle**.*

PREMESSE

*3. La gara a evidenza pubblica, dunque, è un vero e proprio **procedimento amministrativo**, che si conclude con l'emanazione **dell'aggiudicazione**, provvedimento finale, attraverso il quale la stazione appaltante **individua** l'operatore economico con cui stipula, in un secondo momento, il contratto d'appalto.*

PREMESSE

*4. Alla luce di ciò, **l'aggiudicazione** è un provvedimento che **chiude una fase** regolamentata da regole di diritto pubblico, aprendo le porte a un secondo momento, la stipula del contratto, che, invece, è disciplinato dalle norme di diritto privato.*



**La proposta di aggiudicazione
natura ed effetti**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

*Già con il vecchio D. Lgs. 163/2006 l'aggiudicazione era valutata come **provvedimento conclusivo del procedimento** della gara a evidenza pubblica, senza assumere **valore di accettazione** dell'offerta dell'operatore economico, come invece avveniva in passato, ai sensi dell'art 16, comma 4, della legge sulla contabilità di Stato, RD 2440/1923, che attribuiva all'aggiudicazione il **valore di atto negoziale**.*

Come è regolata l'aggiudicazione nel D.Lgs. 50/2016?

Art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento)

- *5. La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione.*
- *7. L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.*

Come è regolata l'aggiudicazione nel D.Lgs. 50/2016?

Art. 33. (Controlli sugli atti delle procedure di affidamento)

- 1. La proposta di aggiudicazione è soggetta ad **approvazione** dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei **termini dallo stesso previsti**, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente.
- In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il **termine** è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.
- Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende **approvata**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Come è regolata l'aggiudicazione nel D.Lgs. 50/2016?

*Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lg.s. n. 50/2016) non contempla più l'atto di **aggiudicazione provvisoria** ed il **provvedimento di aggiudicazione definitiva** come nel Codice del 2006, ma ai sensi degli [art. 32, comma 5](#) ed [art. 33, comma 1](#), distingue tra:*

- **proposta di aggiudicazione**
- **provvedimento conclusivo di aggiudicazione**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- La **“proposta di aggiudicazione”** è quella adottata dal seggio di gara/commissione, ai sensi dell’art. 32, comma 5, e che ai sensi dell’art. 120, comma 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile;
- La **“aggiudicazione”** tout court è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione e che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all’[art. 33, comma 1](#) del cit. d.lgs. n. 50 della predetta proposta da parte della Stazione Appaltante.

*La “proposta di aggiudicazione” ha natura giuridica
di atto **endo-procedimentale***

E' impegnativa nei confronti della sola impresa cui è indirizzata e non anche della **stazione appaltante** che ha bandito la gara cui spetta, comunque, la manifestazione di una **volontà espressa** per la determinazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, d.lgs. cit.; ragion per cui quest'ultima **non si può perfezionare per *silentium***.

La “proposta di aggiudicazione” è un atto ad

effetti instabili

A fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario, al quale è riconosciuta solo una **mera aspettativa** alla definizione positiva del procedimento stesso.

Non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata: per cui, ai fini della suo ritiro **non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento** (C.d.S., III, 5 ottobre 2016, n. 4107).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Per il *provvedimento conclusivo di aggiudicazione* occorre una manifestazione di volontà espressa da parte della **stazione appaltante** che esercita:

- un potere di **controllo** su eventuali anomalie dell'offerta;
- una **valutazione discrezionale** della proposta suddetta, circa la **regolarità** nello svolgimento della procedura e la **convenienza** della stipulazione del contratto, dovendo quindi essa svolgere **nuove ed autonome considerazioni** rispetto alla proposta di aggiudicazione.

(T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 1153)

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- ❑ L'articolo 33, comma 1, prevede che la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione **entro 30 giorni**, decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata.
- ❑ Si forma tacitamente l'approvazione della proposta di aggiudicazione provvisoria **non** anche l'aggiudicazione definitiva.
- ❑ L'art. 33, co. 1, infatti, si riferisce **solo all'approvazione della proposta di aggiudicazione**, non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva, che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, co. 5.

Conseguenze giurisdizionali:

L'impugnazione deve riguardare il

provvedimento conclusivo di aggiudicazione

- da un lato fa sorgere in capo **all'aggiudicatario** un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto, ex lege subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti;
- dall'altro produce nei confronti **degli altri partecipanti** alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del “bene della vita” rappresentato dall'aggiudicazione della gara

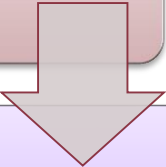
Termini di impugnazione:

- Per **l'Aggiudicatario**: il termine per impugnare l'aggiudicazione ex art. 32, co. 5 del d. lgs. n.50 ed ex art. 120, co. 2-bis c.p.a. decorre dalla comunicazione della stessa;
- Per i **concorrenti non aggiudicatari**: il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n.50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la Stazione Appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario.

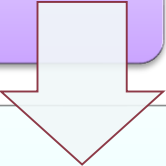
Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

In pratica...

La Commissione conclude le proprie operazioni con l'ultimo verbale contenente la proposta di aggiudicazione



Il RUP verifica la correttezza del procedimento e - tenuto conto dell'esame sulla eventuale anomalia dell'offerta - rimette gli atti alla S.A.



La S.A. ha 30 giorni di tempo - in mancanza di altra indicazione e salvo interruzioni - per la sua approvazione, trascorso il termine è approvata *per silentium* - *Emette il provvedimento conclusivo di aggiudicazione*

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Il comma 6 dell'articolo 32 del d.lgs 50/2016 chiarisce che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta

- Dall'approvazione definitiva, quindi, non deriva alcun vincolo obbligatorio tra amministrazione appaltante ed operatore economico aggiudicatario.
- Anche perché l'aggiudicazione **non è immediatamente efficace**: lo diviene solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario.
- Per questo l'aggiudicazione **non autorizza alla stipulazione del contratto**, né all'emanazione dell'ordine di esecuzione in via d'urgenza.
- Il termine dilatorio che impedisce di stipulare il contratto per 35 giorni, decorre non dalla data di adozione dell'aggiudicazione, ma dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.



**Le comunicazioni obbligatorie
destinatari, contenuto e forma**

PREMESSE

Possiamo suddividere le comunicazioni nelle gare pubbliche in due grandi categorie:

- 1) le **comunicazioni individuali**, cosiddette perché sono indirizzate individualmente a ciascuna impresa concorrente;
- 2) le **comunicazioni collettive**, che sono, invece, rivolte alla comunità degli operatori economici e, più in generale, ai cittadini.

PREMESSE

Le comunicazioni collettive

- Le **comunicazioni collettive** nel settore degli appalti sono prevalentemente funzionali a garantire la trasparenza amministrativa.
- **La trasparenza amministrativa è un concetto multidimensionale**, che ha diverse accezioni e sottende molteplici implicazioni.
- Nel suo tradizionale significato, essa è intesa come un **principio funzionale al controllo sugli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione in una chiave principalmente difensiva degli interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Nella sua nuova accezione la trasparenza è intesa come **“accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”** (vd. art. 1 D.lgs. 33/2016).
- In questo senso l'**accesso agli atti amministrativi** e il **sistema di pubblicità** degli atti delineato dal legislatore ne costituiscono, al contempo, corollario e strumento.

PREMESSE

Le comunicazioni individuali

- L'art. 76 del nuovo Codice disciplina le **comunicazioni individuali** rivolte a ciascun candidato e offerente in aggiunta alla pubblicità sul profilo di committente e sugli altri siti.
- La disposizione ricalca sostanzialmente l'articolo 79 del vecchio codice, prevedendo anch'essa l'obbligo per le stazioni appaltanti di informare tempestivamente, **secondo le modalità di pubblicazione previste nel Codice**, ciascun candidato o ciascun offerente delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appaltoivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto...

PREMESSE

Le comunicazioni individuali

- Si tratta di un sistema di informazione per certi versi assimilabile all'avviso di post-informazione di cui all'art. 98 del Codice, dal quale si differenzia per la **tempestività con la quale deve essere fornita la comunicazione** (*ciò al fine della immediata conoscibilità degli atti, anche in funzione acceleratoria dell'eventuale contenzioso*) e per il fatto che **la stessa non è rivolta a tutti gli operatori economici o, più in generale, ai cittadini, ma è ristretta ai soli “candidati” e “offerenti”, cioè ai soggetti che sono collegati in una relazione diretta con la procedura di gara.**

PREMESSE

Le comunicazioni individuali

- Ne consegue una maggiore **libertà nella scelta delle forme** di pubblicità (si fa riferimento a **tutte le “modalità di pubblicazione stabilite dal Codice”**),
- **anche la mera pubblicazione sul profilo del committente potrebbe essere sufficiente all'assolvimento dell'obbligo di cui al comma 1 dell'art. 76.**
- Infatti non è necessario conferire valore legale e crisma di ufficialità a una forma di pubblicità rivolta a soggetti già dotati di un retroterra conoscitivo.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

La norma disciplina in particolare le comunicazioni individuali, distinguendo:



“a richiesta”

“d’ufficio”

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Comunicazioni a Richiesta scritta del candidato od offerente

Entro **15 giorni** dalla ricezione della richiesta la S.A. comunica:

- ❑ per quanto riguarda gli offerenti esclusi, **i motivi del rigetto della loro offerta**, inclusi, nel caso di forniture munite di clausola di equivalenza (articolo 68, commi 7 e 8), **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;
- ❑ per quanto riguarda gli offerenti che abbiano presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, **le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro**;
- ❑ sempre con riferimento agli offerenti che abbiano presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, **lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Novità: comma 2-bis (comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), della legge n. 55 del 2019)

Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, del **provvedimento** che determina le **esclusioni** dalla procedura di affidamento e le **ammissioni** ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei **requisiti** economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale

1. La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le **tecnologie dell'informazione e della comunicazione**.

Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Forma:

L'elemento di novità è che le suddette comunicazioni devono essere effettuate **mediante posta elettronica certificata**, prima era consentito l'uso della posta raccomandata e fax.



Consiglio:

al fine di utilizzare le corrispondenti aree dedicate alle comunicazioni delle **piattaforme telematiche** è opportuno **specificarlo** nel disciplinare di gara o lettera d'invito, ovvero prevedere espressamente che attraverso il sistema telematico verranno gestite **tutte le fasi** della procedura, tra cui le comunicazioni e gli scambi di informazioni, comprese le **comunicazioni** di esclusione e quelle di cui all'art. 76 del d.lgs. 50/2016, da rendersi, appunto, attraverso l'apposita area dello **strumento telematico.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Si impone, però, alle amministrazioni aggiudicatrici di **non divulgare talune informazioni** relative all'aggiudicazione se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

La norma in parola trova un suo corrispondente **nell'art. 98 del Codice**: secondo cui la stazione appaltante è tenuta a dare pubblicità dell'esito della procedura di gara con cui viene aggiudicato un appalto pubblico ovvero viene concluso un accordo quadro, **ad eccezione di talune informazioni** qualora la loro divulgazione **ostacoli l'applicazione della legge**, sia **contraria all'interesse pubblico**, pregiudichi i legittimi interessi **commerciali** di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare **pregiudizio alla concorrenza** leale tra operatori economici.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Comunicazioni d'ufficio da parte della S.A. entro 5 giorni:

- ❑ **l'aggiudicazione definitiva**, 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 impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;
- ❑ **l'esclusione**, ai candidati e agli offerenti esclusi;
- ❑ **la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro**, a tutti i candidati;
- ❑ **la data di avvenuta stipulazione del contratto** con l'aggiudicatario, ai soggetti indicati dalla stessa disposizione.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Funzione:

Le comunicazioni sono pensate come un mezzo

per la conoscenza degli atti posti in essere dalla stazione appaltante

in funzione della esperibilità dei rimedi di tutela giurisdizionale

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Occorre, tuttavia, fare una distinzione:

La **comunicazione a richiesta** dell'offerente è sicuramente uno strumento volto a garantire la conoscibilità degli atti di gara in funzione di una tutela giurisdizionale contro gli stessi.

Essa assolve anche ad una funzione acceleratoria del contenzioso in considerazione del brevissimo tempo entro cui deve essere assolta.

***Ma non fa decorrere il termine per
l'impugnazione degli atti di gara***

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“Il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione definitiva decorre dal ricevimento della comunicazione obbligatoria di cui all’art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 e non dal ricevimento della comunicazione di cui all’art. 79, comma 2, che è eventuale in quanto fornita a seguito di richiesta scritta dell’interessato”*.
(cfr. TAR Parma, Sezione I - Sentenza 15/04/2011 n. 98).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Solo le comunicazioni individuali d'ufficio o obbligatorie sono, dunque, preordinate a “realizzare l'effetto della conoscenza legale dell'atto di aggiudicazione in capo al non aggiudicatario.....al fine della celere decorrenza dei termini per il ricorso giurisdizionale e al fine di porre l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto al riparo da ricorsi proposti a notevole distanza di tempo. La comunicazione d'ufficio si traduce, pertanto, in un meccanismo acceleratorio del contenzioso”

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Eccezione a questa regola l'impugnativa:

- ❑ dei **bandi e degli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi**, per i quali il termine decorre dalla loro pubblicazione (in tal caso **rileva solo la pubblicità avente valore legale - GURI**);

- ❑ dei **provvedimenti di esclusione o ammissione alla procedura di affidamento**, per i quali il termine decorre dalla pubblicazione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (art. 120, comma 2bis, D.lgs. 104/2010).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Ma l'attuale art. 76 comma 5 si limita a statuire che ***“le stazioni appaltanti comunicano .. l'aggiudicazione”***.
- Quindi la comunicazione potrebbe essere effettuata in modo da **non** risultare **idonea** a consentire all'impresa partecipante di avere puntuale cognizione circa la legittimità (o meno) della statuizione aggiudicativa.
- In presenza di tale eventualità solo **l'ostensione** dei documenti riguardanti lo svolgimento della procedura selettiva permetterebbe **un'adeguata conoscenza** della regolarità della scelta operata dalla stazione appaltante, così da porre l'impresa non assegnataria in condizione di **valutare** in maniera approfondita **l'opportunità** o meno di avversare il provvedimento in questione.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Consiglio di Stato, sez. III, 11.10.2018 n. 5859:

....solo la comunicazione del provvedimento è in grado di consegnare alla parte quegli **elementi di conoscenza** sul suo contenuto (non necessariamente desumibili dagli atti endoprocedimentali assunti nel corso della gara) che appaiono **essenziali** per la predisposizione di una **reazione impugnatoria** processualmente rituale.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Le sentenze della Corte di giustizia UE (sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13; Id., sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08), ritengono che «**ricorsi efficaci** contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici **possono essere garantiti** soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a **conoscenza** o avrebbe dovuto essere a conoscenza **della pretesa violazione** di dette disposizioni».
- Dunque, non si può prescindere dalla essenzialità della **comunicazione** del provvedimento e della relativa **motivazione**.
- Di conseguenza, in termini “conformi” va letto il combinato **disposto degli artt. 120 comma 5 c.p.a e 76 d.lgs. n. 50/2016**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

In **manca**za, nella comunicazione di aggiudicazione trasmessa dalla stazione appaltante, di elementi sufficienti per formulare censure di legittimità?

La parte interessata ha **l'onere** di attivarsi **tempestivamente** per acquisire una compiuta conoscenza degli atti di gara, attraverso gli strumenti normativamente contemplati (in particolare, l'accesso semplificato previsto dall'art. 76, comma 2, lett. b)), al fine di evitare **l'inutile decorso del termine** a pena di decadenza per proporre l'impugnazione in sede giurisdizionale (CdS, V, 23 gennaio 2018, n. 421).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

La procedura semplificata della comunicazione su richiesta dell'offerente (di cui all'art. 76, comma 2, d.lgs. 50/2016) diventa dunque lo **strumento "accelerato"** per l'acquisizione della piena conoscenza degli atti di gara e delle caratteristiche essenziali della offerta selezionata.

di conseguenza...

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

...il **termine di impugnazione** può, dunque e al più, essere incrementato di un **numero di giorni pari** a quello che si è reso necessario per acquisire conoscenza delle risultanze procedurali, entro il limite massimo di **quindici giorni** previsto dalla citata norma.

Purché l'impresa interessata dimostri di avere **diligentemente** assolto **all'onere di tempestiva utilizzazione** degli strumenti normativamente contemplati per acquisire **plena cognitio** degli atti di gara.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione decorre il **termine dilatorio di 35 giorni**, durante il quale “il contratto non può comunque essere stipulato”.
- È fondamentale, pertanto, tracciare l'invio delle comunicazioni e a questo scopo fa fede il **protocollo**.
- Altrettanto utile è prendere atto che il termine dilatorio di 35 giorni decorre **dall'invio** e non dalla ricezione della comunicazione.
- Ai sensi dell'articolo 32, comma 8, la stipula deve comunque intervenire entro il termine di **60 giorni dal conseguimento di efficacia dell'aggiudicazione**, o entro il diverso termine previsto nel bando.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- **Il termine dilatorio di 35 giorni** è previsto per permettere alle imprese appaltatrici di presentare il ricorso avverso l'aggiudicazione evitando che la situazione giuridica si consolidi a loro danno, ma anche a danno dell'ente appaltante, attraverso la stipulazione del contratto.
- Con la riduzione del termine per presentare il ricorso da 60 a 30 giorni, operata dagli articoli 119, comma 1, e 120, comma 5, del d.lgs. 104/2010, il termine dilatorio entro il quale è fatto divieto di stipulare il contratto consente di **sapere con certezza se uno dei potenziali interessati presenterà o meno ricorso.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Ulteriore ed eventuale termine dilatorio

Nel caso in cui sia proposto un ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale **domanda cautelare** (*la richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato*), il contratto non può essere stipulato:

- a) dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi **20 giorni**, se, però, 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;
- b) oppure anche per **oltre 20 giorni** laddove la pronuncia di detti provvedimenti intervenga successivamente.

Ulteriore ed eventuale termine dilatorio

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare:

- a) il giudice si dichiara incompetente;
- b) il giudice 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.

L'istanza cautelare ha lo **scopo fondamentale** di sospendere proprio gli effetti del provvedimento impugnato, i quali, essenzialmente, consistono proprio nell'abilitare la stazione appaltante a stipulare il contratto.

Autotutela

Tra l'efficacia dell'aggiudicazione la successiva stipulazione del contratto resta salvo l'esercizio dei **poteri di autotutela** nei casi consentiti dalle norme vigenti.

L'ente, infatti, fino alla stipulazione del contratto conserva il potere amministrativo di agire in esercizio dello **jus poenitendi** a conferma che l'aggiudicazione non produce alcun effetto obbligatorio di diritto civile.

Autotutela

Dunque, fino alla stipulazione del contratto, l'amministrazione appaltante può **revocare** o **annullare** la procedura di gara, nei casi ammessi dalla legge 241/1990 (articoli 21-quinquies e 21-nonies).

Questo dimostra che si resta in una fase integralmente sorretta dalle **regole pubblicistiche**.



**La verifica dei requisiti ai fini
dell'aggiudicazione**

“fase integrativa dell’efficacia”

Condizione di efficacia dell’aggiudicazione – ma non di validità – è la **verifica dei requisiti di partecipazione** in quanto attiene sotto il profilo procedimentale alla “fase integrativa dell’efficacia” di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Per poter eseguire un appalto l'operatore economico deve possedere sia i requisiti di ordine **generale** stabiliti dalla legge che quelli di ordine **speciale** fissati dal singolo bando di gara.



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- ❑ *I **requisiti generali** impongono che il concorrente dimostri di essere “**degno**” di contrarre con la P.A., non essendo incorso in sanzioni di tipo penale o amministrativo, pertanto devono essere posseduti dal concorrente a **prescindere** dalla **tipologia** e dal **valore** della gara.*
- ❑ *I **requisiti speciali** mirano a dimostrare che il concorrente è sufficientemente **organizzato** per eseguire la commessa pubblica, oltre ad avere una certa **stabilità economico-finanziaria** idonea a garantire la buona esecuzione dell'appalto, per tale ragione essi sono individuati dalle stazioni appaltanti in relazione all'oggetto di gara.*

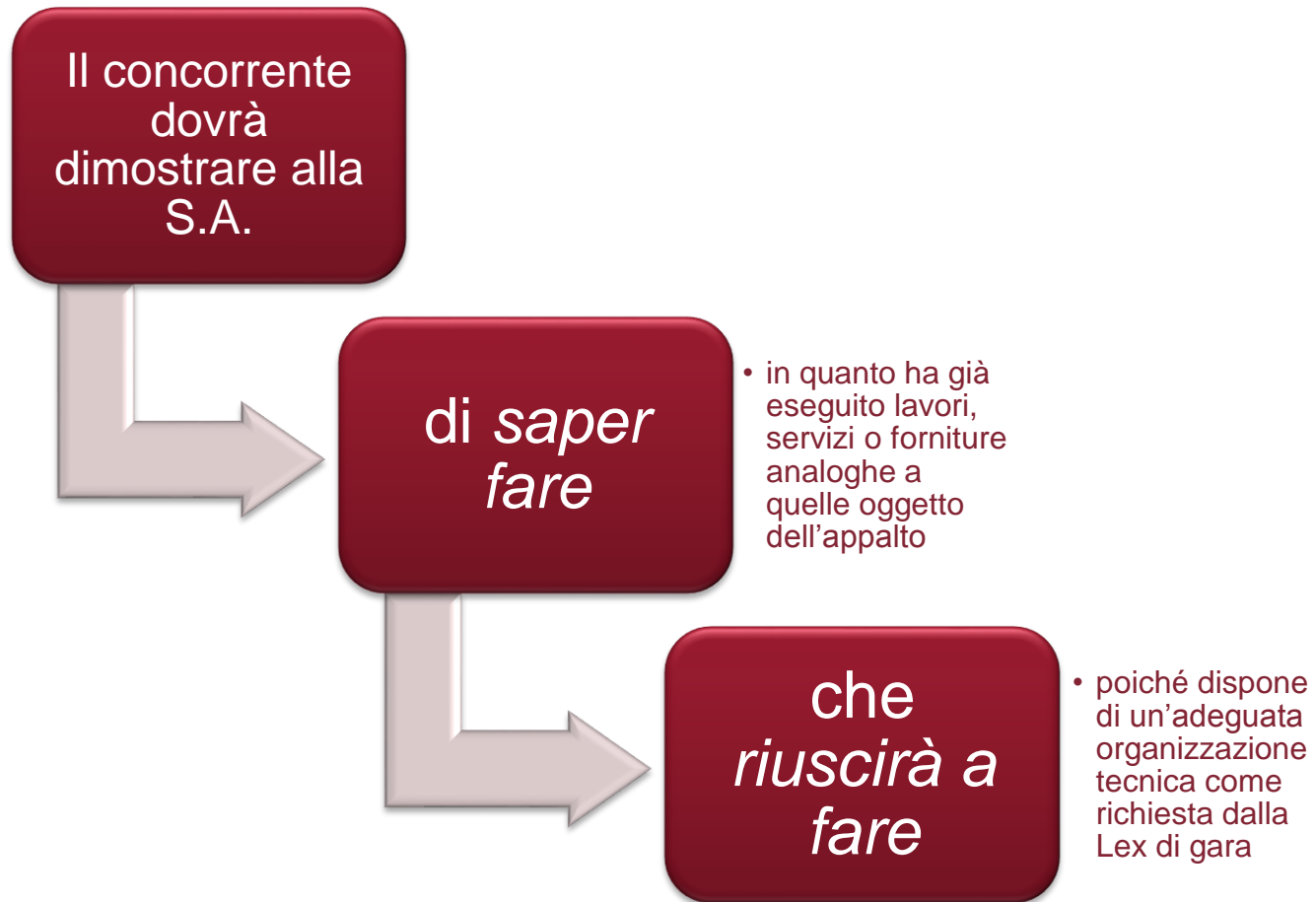
Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Gli obiettivi di carattere sostanziale perseguiti sono sostanzialmente due:

1. garantire che chi eseguirà l'appalto sia un soggetto **professionalmente capace** e non improvvisato, **solido economicamente** e non sull'orlo del fallimento, **onesto** invece che delinquente, **senza pendenze** verso lo Stato o gli Enti previdenziali;

2. assicurare la **buona esecuzione dell'appalto** nel rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Quando?

L'art. 56 comma 2 – relativo alle **procedure aperte** – prevede che “le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64.

Se si avvalgono di tale possibilità, **le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice...**”.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Quando?

L'art. 59 comma 4 – applicabile a **tutti i tipi di procedura** – prevede che “Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 3, o dell'articolo 33, paragrafo 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 60 e, se del caso, all'articolo 62.

L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti ai sensi degli articoli 60 e 62”.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Quando?

*L'art. 84 delle Premesse alla Direttiva 24/2014 stabilisce che «**L'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove.**»*

*Dal fatto che la norma usi l'espressione "offerente al quale è stato deciso di aggiudicare", si desume che la stazione appaltante, **prima ancora di formalizzare l'aggiudicazione**, deve richiedere all' "offerente" (che, quindi, non è ancora stato designato quale aggiudicatario), di produrre idonea documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e per la comprova dei requisiti tecnico-economici.*

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Gli obiettivi di carattere formale perseguiti sono :

1. **Certezza degli effetti dell'aggiudicazione:**

- ✓ *Se, dopo l'aggiudicazione, viene accertato che l'aggiudicatario non aveva i requisiti dell'art. 80, l'aggiudicazione dovrebbe essere considerata come **annullabile** per violazione di legge, ai sensi dell'art. 21 octies comma 1 della Legge 241/90.*
- ✓ *La **stazione appaltante** la quale abbia aggiudicato l'appalto prima ancora di aver verificato tale possesso nei confronti dell'aggiudicatario, **ha sicuramente violato una norma di legge**, ovvero appunto l'art. 80.*
- ✓ *Se, invece, la verifica dei requisiti viene completata, con esito positivo, prima dell'aggiudicazione, **non vi è il rischio** che poi quest'ultima venga annullata a causa del sopravvenuto accertamento della mancanza dei requisiti.*

Gli obiettivi di carattere formale perseguiti sono :

2.Tutela del principio di economicità del procedimento:

- ✓ *Se, dopo l'aggiudicazione, viene accertato che l'aggiudicatario non aveva i requisiti dell'art. 80, e, per effetto di ciò, l'aggiudicazione stessa viene annullata (o in autotutela oppure dal Giudice), la stazione appaltante potrebbe essere costretta ad attivare **una procedura nuova**.*
- ✓ *Infatti, non è così automatico che, **a distanza di un considerevole lasso di tempo dall'aggiudicazione**, i concorrenti che seguono nella graduatoria siano ancora disponibili a subentrare nel contratto, garantendo la continuità dell'erogazione del servizio/fornitura.*
- ✓ *Se, invece, la verifica dei requisiti viene completata, con esito negativo, prima dell'aggiudicazione, si procede allo **scorrimento in graduatoria**.*

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Se le verifiche tardano ad arrivare?

- ✓ *L'art. 108 comma 1 lett. c) del Dlgs. 50/2016 stabilisce che la stazione appaltante **risolve** il contratto se “l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'[articolo 80, comma 1](#)” .*
- ✓ *Il che vuol dire che la stazione appaltante può tranquillamente aggiudicare l'appalto prima ancora di aver acquisito certezza in ordine al possesso dei requisiti; se poi, una volta **stipulato il contratto**, si scopre che l'aggiudicatario – contraente non aveva tali requisiti, il contratto viene **risolto**.*

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Le diverse ipotesi di esclusione ex art. 80:

1. Illeciti penali e misure antimafia
2. Mancato pagamento imposte e tasse
3. I gravi illeciti professionali
4. Altre situazioni e illeciti rilevanti

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

➤ I **motivi di esclusione** dell'operatore economico dalle gare per appalti pubblici sono disciplinati dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 (in recepimento dell'art. 57 Dir. 24/2014).

•La struttura dell'art. 80

- ✓ **comma 1:** elenco **fattispecie di reato** che costituiscono motivo di esclusione di un operatore da una procedura (anche se riferita a un suo subappaltatore ex art.105, comma 6);
- ✓ **comma 2:** rinvio a cause di decadenza, sospensione, o divieto in materia di **antimafia** che costituiscono cause di esclusione dalle procedure;
- ✓ **comma 3:** individua i **soggetti rilevanti** ai fini della ricorrenza di cause di esclusione all'interno delle diverse tipologie di società;
- ✓ **comma 4:** individua le violazioni degli obblighi in materia di **imposte, tasse e contributi previdenziali** che costituiscono causa di esclusione;
- ✓ **comma 5:** enuclea **ulteriori cause di esclusione** oltre alla commissione reati;
- ✓ **commi 7, 8 e 9:** disciplinano nuovo istituto del “**self cleaning**”;
- ✓ **comma 10:** individua la **durata massima** delle cause di esclusione;
- ✓ **comma 12:** individua le eventuali sanzioni per **false dichiarazioni** rese in gara;
- ✓ **comma 14:** estende ai **subappaltatori** le cause di esclusione.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

NOVITÀ E MODIFICHE all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 apportate dal Correttivo

- previsto al comma 1, quale causa di esclusione, anche il **reato di false comunicazioni sociali** di cui agli articoli 2621 e 2622 del Codice Civile [art. 80, comma 1, lett. b-bis), come inserito dall'art. 49, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 56/2017];
- dettagliato il **novero dei soggetti nei confronti dei quali valgono le cause di esclusione**, introducendo tra i soggetti da verificare anche **institori e procuratori generali** (art. 80, comma 3, come modificato dall'art. 49, comma 1, lett. c) D.Lgs. n. 56/2017);
- precisato che le cause interdittive antimafia (decadenza, sospensione, divieto o tentativo di infiltrazione mafiosa) devono essere riferite ai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80;
- sono state inserite tra le cause di esclusione del comma 5 anche le **false dichiarazioni in gara e l'essere iscritto nel casellario informatico** tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle gare (art. 80, comma 5, lett. f-bis e ter).
- l'esclusione dalle gare per incapacità a contrarre con la Pa dura **tre anni** dalla data di **accertamento definitivo** del fatto se non è intervenuta sentenza definitiva di condanna (art. 80, comma 10, per ipotesi diverse da Sentenze di condanna).

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Il catalogo dei reati di cui all'art. 80, comma 1

➤ Il nuovo art. 80 contiene un **catalogo dei reati** che determinano l'esclusione dalla gara dell'O.E., in caso di sentenza di condanna definitiva, decreto penale di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (anche se riferita ad un subappaltatore nei casi 105, comma 6). Tra i reati rilevanti:

- ✓ **Delitti** consumati o tentati di **associazione per delinquere o di tipo mafioso** ed in materia traffico di stupefacenti o di rifiuti e di contrabbando, in quanto riconducibili ad un'organizzazione criminale ex Dec. Quadro 2008/841/GAI [art. 80, comma 1, lett. a)];
- ✓ **Delitti**, consumati o tentati, **contro la P.A.** (concussione, corruzione, peculato), rilevante anche corruzione tra privati, 2365 C.C. [art. 80, comma 1, lett. b)];
- ✓ **Frode** ex art. 1 Conv. interessi finanziari Comunità europee [(art. 80, comma 1, lett. c)]
- ✓ **Delitti** consumati o tentati commessi con finalità di **terrorismo**, anche internazionale [art. 80, comma 1, lett.d)];
- ✓ Reati **contro il patrimonio** (riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio) [art. 80, comma 1, lett. d) ed e)];
- ✓ Sfruttamento del **lavoro minorile** e altre forme di **tratta di esseri umani** [lett. f)].

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

L'ambito di operatività dell'art. 80, comma 1

- ❑ E' stato eliminato il riferimento a «*reati gravi in danno dello stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale*», in favore di un **elenco puntuale dei reati** causa di esclusione;
- ❑ Non è stata recepita quindi richiesta del C.d.S.: “*È opportuno integrare l'elenco con una **clausola di chiusura** (quale quella [...] art. 38, comma 1, lett. c) [...]), che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente*” (Parere n. 855/2016);
- ❑ È stata recepita invece la richiesta subordinata di dare rilevanza ad “**ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione**” [art. 80, comma 1, lett. g)]
- ❑ Per le ipotesi di reato descritte alle lettere a), b), c) e d), sono considerate **rilevanti** anche le condanne irrogate per il **delitto tentato**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

I soggetti rilevanti ai fini delle dichiarazioni ex art. 80 (Art. 80, comma 3)

- **Estensione novero** soggetti ai quali la dichiarazione ex art. 80 deve riferirsi (per le società di capitali) oltre che a membri C.d.A. e soggetti con poteri di rappresentanza a:
 - ✓ institori e procuratori generali;
 - ✓ membri del Collegio Sindacale e del Comitato per il controllo sulla gestione;
 - ✓ membri Consiglio di Gestione e Consiglio di Sorveglianza;
 - ✓ membri dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001 (membri organi con poteri di “vigilanza”);
 - ✓ revisori contabili (soggetti muniti di poteri di “controllo”, se si tratta di società, secondo ANAC verifica non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione)

- ❑ **N.B:** in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei 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 non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto [...] ovvero in caso di revoca della condanna.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Le violazioni in materia di imposte, tasse e contributi previdenziali

Art. 80, comma 4

*“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso **violazioni gravi, definitivamente accertate**, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle **imposte e tasse**, o dei contributi previdenziali secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*

Sono “**violazioni gravi**”:

✓ In materia di **pagamento di tasse e imposte**, quelle superiori a **€ 5.000,00** (ex art. 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis*, d.P.R. n. 602 del 1973)

✓ In **materia contributiva e previdenziale**, quelle ostative al rilascio del DURC di cui all'art. 8, DM 30.1.2015 → attenzione: **Consiglio di Stato sez. V 2/7/2018 n. 4039**: *“Non vi è invece alcun dato letterale né sistematico che legittimi l'interpretazione della norma sostenuta dall'appellante, nel senso che essa consenta anche l'adempimento tardivo o l'impegno all'adempimento tardivo, qualora l'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) intervenga nel corso della procedura”* (orientamento rigoroso).

Sono “**definitivamente accertate**”:

✓ le violazioni contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

□ **N.B.:** L'esclusione non si applica quando “l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare [...] purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande” (comma 4, ultima parte) → Rateizzazione, orientamento consolidato espresso da **CdS, Sez. V, Sentenza 19-02-2018, n. 1028**: “[...] consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente soltanto qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, **l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo e non anche nelle ipotesi – quale quella che qui ricorre – in cui l'iniziale irregolarità abbia dato luogo alla richiesta di dilazione, solo successivamente accolta**”.

Tuttavia, per il **TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, Sentenza 11/7/2018 n. 246**, la semplice presentazione di **istanza di definizione agevolata (la cd “rottamazione delle cartelle”)** di cui al D.L. n. 193 del 22.10.2016 conv. in L. 1.12.2016 n. 225, è sufficiente a far conseguire la “regolarità fiscale” richiesta dall'art. 80, c. 4, D. Lgs. n. 50 del 2016.

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

I gravi illeciti professionali - Art. 80, comma 5, lett.c)

“Le stazioni appaltanti escludono (...) un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’art. 105, c. 6, qualora:

*c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di **gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità**”*
→ formulazione ampia, nell’ambito della quale sono ricomprese una serie di situazioni che, sulla base di una valutazione – discrezionale – della S.A. possono integrare “grave illecito professionale” come le condotte **anticoncorrenziali o di rilevanza penale**, anche se non ricomprese nell’art. 80 e non definitivamente accertate.

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa;

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Le **Linee Guida n.6** aggiornate (v. **Determinazione n. 1008/2017 ANAC**) *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”*, hanno apportato importanti spunti:

- **gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell’esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito.**
- **attribuita rilevanza ostativa alle condanne non definitive per alcuni reati incidenti sulla moralità professionale, [abusivo esercizio professione, reati fallimentari, reati tributari, reati urbanistici di cui all’art. 44, comma 1, lett. b) e c) del D.P.R. 380/2001, per i lavori e servizi ingegneria, reati rilevanti 231], e per le condanne non definitive per i reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 355 e 356 c.p.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- (specificata la rilevanza ostativa dei **provvedimenti di risoluzione anticipata non contestati in giudizio ovvero confermati con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio**).
- inserita la specificazione che subordina la rilevanza ostativa di **accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza** alla circostanza che gli stessi siano oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura di gara e debitamente motivati.
- attribuita rilevanza ostativa sui **provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** e ai provvedimenti sanzionatori **esecutivi** comminati dall'ANAC.
- **circoscritta la rilevanza dei provvedimenti di applicazione delle penali**, ritenendo ostativi (da comunicare all'Osservatorio) quelli che, singolarmente o cumulativamente, raggiungono un importo pari all'1% dell'importo del contratto.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- le dichiarazioni rese mediante **DGUE** devono avere ad oggetto tutti i **provvedimenti astrattamente idonei a configurare la causa di esclusione in esame**, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. La valutazione sulla rilevanza in concreto della condotta illecita è infatti rimessa in via esclusiva alla stazione appaltante; OE non può operare alcun filtro in ordine alle notizie da dichiarare.
- specificato che la SA che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel **casellario informatico** ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità dei fatti.
- specificata la **durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento** conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del codice in conformità a quanto stabilito al comma 10 del predetto articolo.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- le misure di *self-cleaning* devono intervenire prima della sottoscrizione del contratto con la SOA e devono essere dichiarate nel DGUE, ai fini della partecipazione alla singola gara, e nel contratto di attestazione ai fini della qualificazione.
- specificato che le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle **misure di *self-cleaning* sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico** e che la decisione assunta deve essere adeguatamente motivata.
- è stata fornita alle stazioni appaltanti l'indicazione di valutare con massimo rigore le misure di *self-cleaning* adottate **nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.**

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

ATTENZIONE: Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle Linee guida ANAC, non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza sulla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto → invece, al ricorrere ipotesi art. 80, comma 1 non vi è alcun tipo di apprezzamento discrezionale.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- *Le ulteriori ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 5 (cenni):*
- ✓ gravi infrazioni **debitamente accertate** [**attenzione:** non “*definitivamente*”] alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 (obblighi in materia ambientale / sociale) del Codice [**art. 80, comma 5, lett. a)**];
- ✓ Stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, fatto salvo il concordato con continuità aziendale, o se è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni [**art. 80, comma 5, lett. b)**];

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- ✓ **situazione di conflitto di interesse** ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile → quando il personale della S.A. o dell'O.E. può influenzare la procedura [**art. 80, comma 5, lett.d)**];
- ✓ **Distorsione della concorrenza** per coinvolgimento O.E. nella predisposizione procedura [**art. 80, comma 5, lett. e)**]
- ✓ Sussistenza di sanzione interdittiva [ex art. 9, comma 2, lett. c) L. 231/2001] o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione [**art. 80, comma 5, lett. f)**];
- ✓ False dichiarazioni nella medesima gara e risultanti da Casellario informatico e per ottenere qualificazione [**art. 80, comma 5, lett. f bis, ter e lett. g)**];

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

- ✓ Violazione divieto di intestazione fiduciaria [**art. 80, comma 5, lett. h)**];
- ✓ l'OE non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo **1999, n. 68**, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito [**art. 80, comma 5, lett. i)**];
- ✓ Omessa denuncia all'Autorità giudiziaria da parte dell'OE se vittima dei reati di concussione ed estorsione aggravata [**art. 80, comma 5, lett. l)**];
- ✓ Situazione di controllo ex art. 2359 c.c. (oppure qualsiasi relazione, anche di fatto) se la situazione (o la relazione) comporti che offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale [**art. 80, c. 5, lett. m)**].

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Art. 80, comma 7 - Il “self cleaning”

*“Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al **comma 1**, limitatamente alle ipotesi in cui **la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione** come definita per le singole fattispecie di reato, o al **comma 5**, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a **prevenire ulteriori reati o illeciti**”.*

Previsione innovativa rispetto a precedente Codice, trattasi di un meccanismo premiale che consente all'O.E. di dimostrare propria affidabilità nonostante la sussistenza di una causa di esclusione, volto allo stesso tempo ad incentivare condotte riparatorie da parte degli operatori incorsi nelle violazioni di precetti penali (art. 80, comma 1) o in illeciti di diversa natura (all'art. 80, comma 5).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Art. 80, comma 7 - Il “self cleaning”

Nell’ambito dell’istituto del “**self cleaning**” la valutazione della stazione appaltante dovrebbe concentrarsi sull’attività riparatoria posta in essere dal concorrente a seguito della commissione del reato (attività complessa da apprezzare), oppure sull’adozione, da parte del concorrente, di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi → ad es. modello di organizzazione e gestione ex L. 231/2001, **specifiche attività formative, rinnovo degli organi sociali, ecc..**

Si ravvisa rischio ampia discrezionalità da parte S.A.

In definitiva:

✓ Se la S.A. ritiene le misure sufficienti: O.E. non è escluso della procedura.
Altrimenti, lo esclude motivando

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Quali conseguenze?

➤ In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, la S.A. provvede a:

- ✓ **Escludere** il partecipante;
- ✓ **Escutere** la cauzione provvisoria;
- ✓ Fare **segnalazione** all'ANAC.

➤ L'ANAC, 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 fino a due anni**, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia (art. 80, comma 12).

❑ **N.B.** In caso di dichiarazione non veritiera in gara, **non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio**, attivabile solo in caso di **mancanza o incompletezza della dichiarazione** (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10/08/2016, n. 3581).

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Novità Sblocca Cantieri, Legge n. 55 del 14.06.19

Il **comma 16** introduce il **nuovo comma 2-bis all'articolo 86** del Codice dei contratti pubblici al fine di dettare una **nuova disciplina per i mezzi di prova dell'assenza di motivi di esclusione in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, ai soggetti di cui questo si avvalga ai sensi dell'articolo 89** del Codice e ai suoi subappaltatori.

- ✓ La norma prevede che, fatta eccezione per il DURC, la stazione appaltante, per i certificati e documenti già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni e qualora pendente il procedimento di acquisto, può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata.
- ✓ Gli enti certificatori provvedono a fornire riscontro entro trenta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il contenuto dei certificati e degli altri documenti si intende confermato.
- ✓ La norma precisa, inoltre, che i certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Generali – Art. 80 D.Lgs. 50/2016

Novità Sblocca Cantieri, Legge n. 55 del 14.06.19

Il **comma 20, lettera o)** novella **taluni commi dell'articolo 80** del Codice, in materia di motivi di esclusione.

- ✓ **In particolare** in sede di conversione è stata **inserita la nuova lettera c-quater al comma 5**, annoverando tra le **situazioni di esclusione** la circostanza che **l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.**
- ✓ E' stato inoltre **soppresso il numero 4) della lettera n) del testo** originario del DL, che novellava il comma 4 dell'articolo 80 del Codice, prevedendo - **in tema di regolarità contributiva previdenziale - che un operatore economico potesse essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto quando la stazione appaltante potesse dimostrarne la violazione degli obblighi attinenti al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche non definitivamente accertati.**

Il **comma 18** dispone che fino al **31 dicembre 2020** è sospesa l'applicazione dell'art. 80 per quanto concerne **le verifiche di gara previste per il subappaltatore.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Comprova dei Requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016

1. Verifica del casellario giudiziale e dei carichi pendenti
2. Verifica antimafia
3. Controllo all'Agenzia delle Entrate
4. Verifica della regolarità contributiva (DURC)
5. Verifica dell'assenza di procedure concorsuali
6. Controllo delle annotazioni al casellario ANAC
7. Verifica delle sanzioni amministrative da reato
8. Verifica del rispetto delle norme sul lavoro dei disabili

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Requisiti Speciali - Art. 83 del D.lgs n. 50/2016



Requisiti Speciali - Art. 83 del D.lgs n. 50/2016

La cd. **capacità economico-finanziaria** misura la solidità patrimoniale e soprattutto economico-finanziaria dell'offerente ed è comprovabile attraverso la valutazione:

- a) di idonee dichiarazioni bancarie o coperture assicurative;
- b) di bilanci o conti economici presentati;
- c) di un dato fatturato minimo dichiarato e maturato al massimo negli ultimi tre esercizi disponibili.

Requisiti Speciali - Art. 83 del D.lgs n. 50/2016

La cd. **capacità tecnico-professionale**, invece, è funzionale a valutare l'idoneità dell'offerente ad effettuare, a regola d'arte e con buon esito, quella data attività, fornitura od opera che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico attraverso l'acquisizione di una variabile tipologia di dichiarazioni da parte dell'operatore economico, tra cui l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi tre anni precedenti la gara, con indicazione degli importi, date e destinatari.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Dopo aver acquisito la prova dei requisiti l'aggiudicazione diventa efficace.

Il responsabile del procedimento riporta le risultanze delle verifiche effettuate nella **relazione istruttoria** in calce alla determina di aggiudicazione, indicando gli estremi della relazione istruttoria e l'esito che:

1. se positivo, attesta l'intervenuta efficacia del provvedimento;
2. se negativo, indica l'irrimediabile inefficacia del provvedimento.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Solo dopo l'acquisizione di efficacia dell'aggiudicazione è possibile ordinare la **consegna dei lavori in via d'urgenza** e anche **l'esecuzione anticipata in via d'urgenza**.
- Infatti, ai sensi **dell'articolo 32, comma 8**, del Codice l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata.
- **Ordinariamente** la consegna dei lavori o l'ordinazione delle prestazioni deve seguire la stipulazione del contratto e, dunque, anche l'efficacia dell'aggiudicazione.



*L'accesso agli atti di gara e la
giurisprudenza
tra tutela della riservatezza e tutela giudiziale*

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi

Costituisce Principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza

Attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti ai sensi dell'art. 117 della Costituzione

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Art. 53, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

- ❑ Disciplina il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, e fa espresso rinvio agli artt. **22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241.**
- ❑ Si applica, pertanto, anche **agli appalti pubblici**, il comma 1 del predetto art. 22, laddove viene stabilito che **l'accesso ai documenti amministrativi**, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce **principio generale** dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Art. 53, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

□ Nei successivi commi del predetto art. 53, si rinvengono, tuttavia, alcuni importanti **limiti** all'esercizio dell'anzidetto diritto di accesso:

1. In primo luogo, il comma 2, lett. c) e d) prescrive, con il duplice scopo di **evitare turbative d'asta** prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e di **assicurare la serenità di giudizio della commissione giudicatrice** durante la procedura di gara, che **il diritto di accesso sia differito** fino all'aggiudicazione in relazione alle **offerte** ed in relazione al procedimento di verifica **dell'anomalia** delle offerte stesse.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Art. 53, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

2. l'art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 (riproducendo, tra l'altro, la stessa norma già contenuta nell'art. 13, comma 5, lett. a) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) conferma il principio secondo cui **sono esclusi il diritto di accesso** e ogni forma di divulgazione delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, i **segreti tecnici o commerciali**.

Si tratta di una norma redatta in perfetta sintonia con la previsione di principio contenuta nella legge n. 241/1990 che, all'art. 24, comma 6, lett. d), consente di **sottrarre all'accesso i documenti riguardanti la vita privata o la riservatezza** di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Art. 53, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

3. il successivo comma 6 dell'art. 53 in argomento (così come peraltro già stabilito a suo tempo dal comma 6 del succitato art. 13 del d.lgs. n. 163/2006) precisa, con un'opportuna norma di chiusura, che **è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi** in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Anche in quest'ultimo caso, la norma è mutuata dalla legge generale sul procedimento amministrativo, la quale al comma 7 del sopra cennato art. 24, prescrive, nell'ottica della tutela dell'inviolabile diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione, che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria **per curare o per difendere i propri interessi giuridici**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

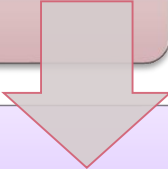
Il differimento dell'accesso "in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione" concerne esclusivamente il contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla **documentazione amministrativa**, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni.

(TAR Veneto, sentenza n. 512/2017; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971/2017).

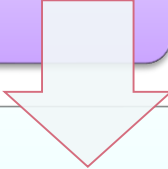
Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

In sintesi

Per il principio di trasparenza le stazioni appaltanti devono accogliere, ad aggiudicazione avvenuta, le **istanze di accesso riguardanti gli atti di gara**



Quale eccezione a detta regola generale, le p.a. sarebbero tenute, invece, a **rigettare le istanze stesse laddove le offerte tecniche presentino profili di segretezza** dal punto di vista tecnico e commerciale



Quale **eccezione all'eccezione**, l'accesso dovrà essere assentito qualora le informazioni contenute nelle offerte tecniche siano comunque necessarie **per adire in giudizio**.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Appare evidente come il quadro normativo di riferimento imponga
in linea generale

la ricerca di un punto di equilibrio



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

*“Lo strumento attraverso il quale **contemperare in concreto la contrapposizione di interessi** innanzi detta è **costituito** – ad avviso del Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018 n. 6083 – dal **parametro della “stretta indispensabilità”** di cui all’art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato **come idoneo a giustificare la prevalenza dell’interesse di una parte** – mossa dall’esigenza di **“curare o difendere propri interessi giuridici”** – rispetto **all’interesse di un’altra parte**, altrettanto mossa dall’esigenza di **“curare o difendere propri interessi giuridici”** legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di **accesso”***

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

«Ancorché il Consiglio di Stato, negli anni, sia pervenuto all'enucleazione di una nozione progressivamente **ampia** del concetto della “**strumentalità**” del diritto di accesso, non può prescindersi dalla finalizzazione della istanza di ostensione al perseguimento di un **interesse diretto, concreto, attuale** e non certo meramente emulativo o potenziale, connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del quale si richiede l'accesso» (Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2269).

L'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce .

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

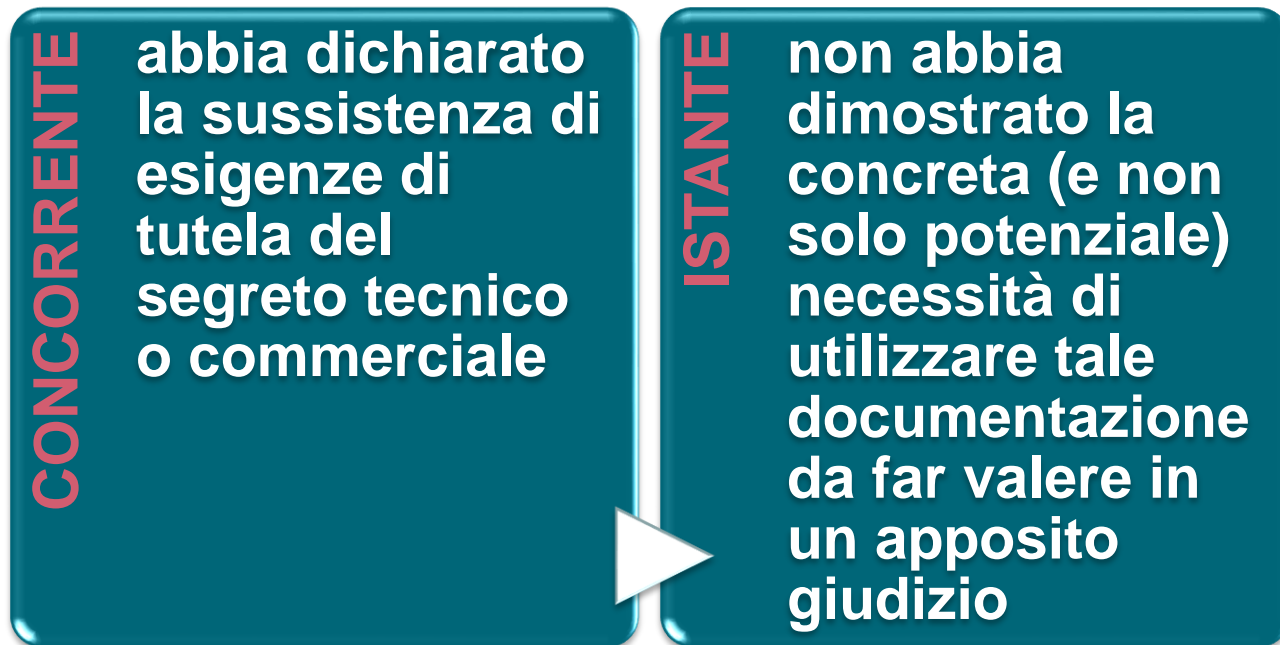
Tutela della Riservatezza:

...nei casi in cui l'istanza di accesso riguardi anche **“informazioni fornite nell'ambito dell'offerta od a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”**, la prevalenza del diritto a conoscere tali atti ed informazioni emerge limitatamente ai casi in cui **l'istante ricorra avverso gli atti della procedura di gara** o per conseguire il risarcimento dei danni, anche in via autonoma”.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Tutela della Riservatezza:

Di conseguenza...NON può essere consentito l'esercizio del diritto di accesso nei casi in cui, AL CONTEMPO:



Tutela Giudiziale

In sostanza, in ragione di un contrapposto diritto alla riservatezza avente ad oggetto segreti tecnici o commerciali, il **diritto di accesso** **ottiene riconoscimento** limitatamente a **quegli atti o documenti di gara** la cui **ostensione** risulti **necessaria** per **curare** o per **difendere** gli interessi giuridici dell'istante.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Giurisprudenza

Conforme alla giurisprudenza maggioritaria: **TAR del Lazio, sentenza 13 giugno 2018 n. 6614.**

- ✓ ha respinto il ricorso di una società richiedente l'accesso che non risultava aver proposto **alcuna impugnativa** avverso la determinazione regionale di **aggiudicazione** dei lotti di gara che è, *ictu oculi*, atto immediatamente lesivo della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, nonostante fosse stato quest'ultima conosciuto.
- ✓ Tale **contegno inerte**, secondo i giudici romani, dimostra non solo la **mancanza di interesse a coltivare l'istanza di accesso** ma anche, e soprattutto, il difetto della **necessaria allegazione** atta a superare la richiesta di impedire l'accesso stesso proveniente dalla controinteressata.
- ✓ Da qui l'affermazione del principio secondo il quale non può essere assentito l'esercizio del diritto di accesso nei casi in cui il partecipante alla gara abbia dichiarato la sussistenza di esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed il **richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Giurisprudenza

Contraria **Tar Puglia – Bari, Sez. III, 14 gennaio 2019, Ord. n. 49**

- Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto **anche quando vi è l'opposizione** di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza.
- È la stessa partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta **l'accettazione implicita** da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione.
- Anche se rimane fermo l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di **utilizzare i documenti** acquisiti esclusivamente **per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici**, vi è nella decisione di un'impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche **una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale**, ove quest'ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all'interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest'ultima.

Termini di Impugnazione

Premesso che, come si è visto, l'art. 120, comma 5, c.p.a. prevede che:

*«per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di **trenta giorni**, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del d.lgs. 163/2006»*

Termini di Impugnazione

*E' dal momento della **conoscenza** o **conoscibilità** di tale situazione lesiva dell'interesse alla conservazione di un bene della vita che decorre il termine per l'esperimento del ricorso in sede giurisdizionale: ed è in quel momento che sorge un **interesse attuale** e **concreto** alla rimozione dell'atto amministrativo che tale lesione cagiona.*

Termini di Impugnazione

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (V Sezione, 8 maggio 2014, C-161/13): *In applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di **irregolarità** asseritamente commesse **prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto**, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale.*

Termini di Impugnazione

In aderenza al Giudice Comunitario, la giurisprudenza nazionale tra gli altri TAR Milano, 10.09.2018 n. 2056:

*«In presenza di presunti vizi dell'actio amministrativa prodromici alla emanazione del provvedimento lesivo costituito dall'aggiudicazione **il termine per l'impugnativa** di cui all'articolo 120, comma 5, c. p.a. decorre dalla ricezione da parte del concorrente della **comunicazione** di cui all'articolo 79 del previgente codice, che corrisponde nella sua parte essenziale all'articolo 76 del d.lgs. 50/16»*

Termini di Impugnazione

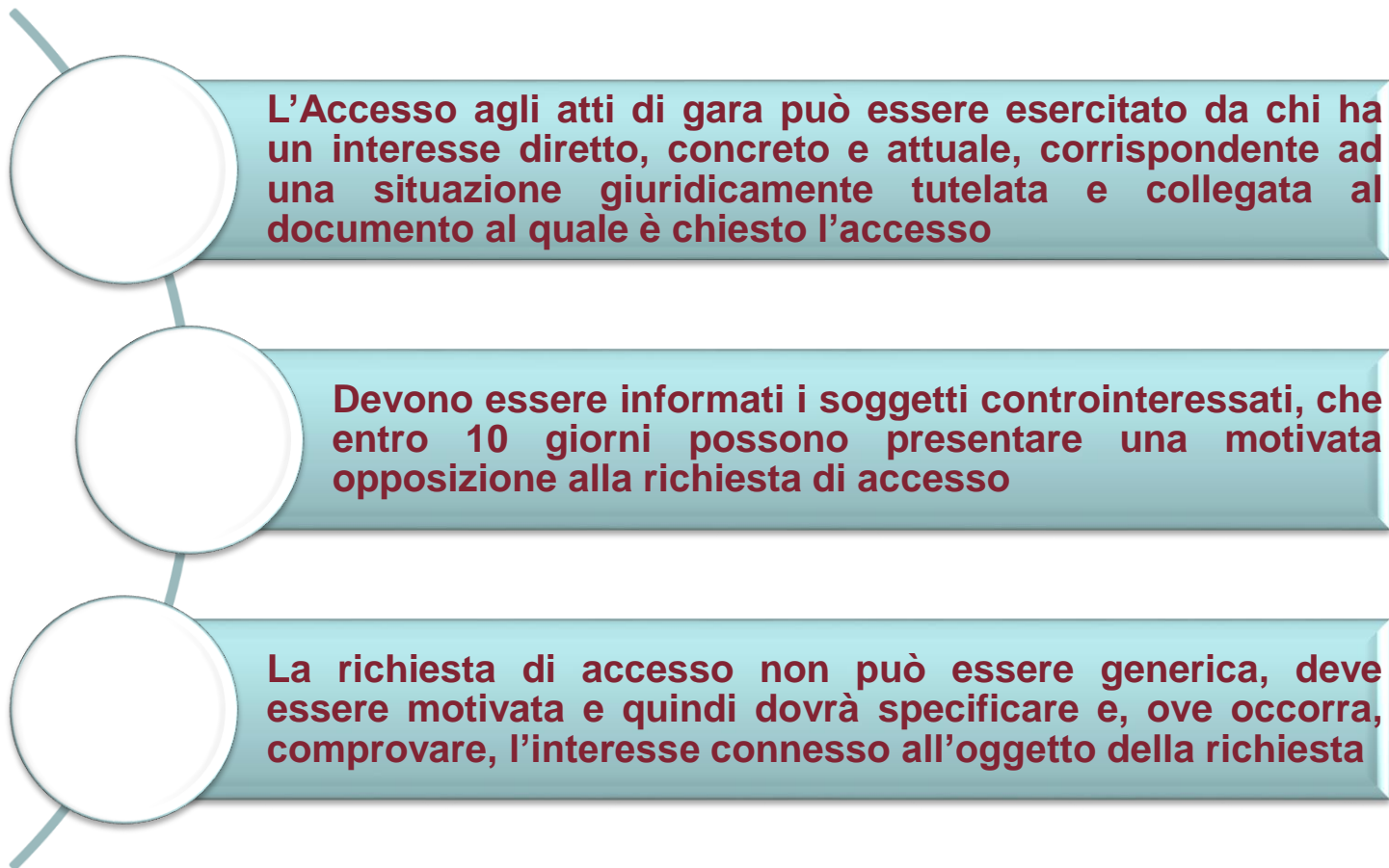
«la **mancanza**, nella comunicazione di aggiudicazione trasmessa dalla stazione appaltante, di **elementi sufficienti** per formulare censure di legittimità **onera la parte interessata di diligentemente e tempestivamente** attivarsi per acquisire una **compiuta conoscenza** degli atti di gara, attraverso gli strumenti normativamente contemplati (in particolare, **l'accesso semplificato** previsto dall'art. 76, comma 2, lett. b)), al fine di evitare l'inutile decorso del termine a pena di decadenza per proporre l'impugnazione in sede giurisdizionale (CdS, V, 23 gennaio 2018, n. 421)»

Termini di Impugnazione

E pertanto:

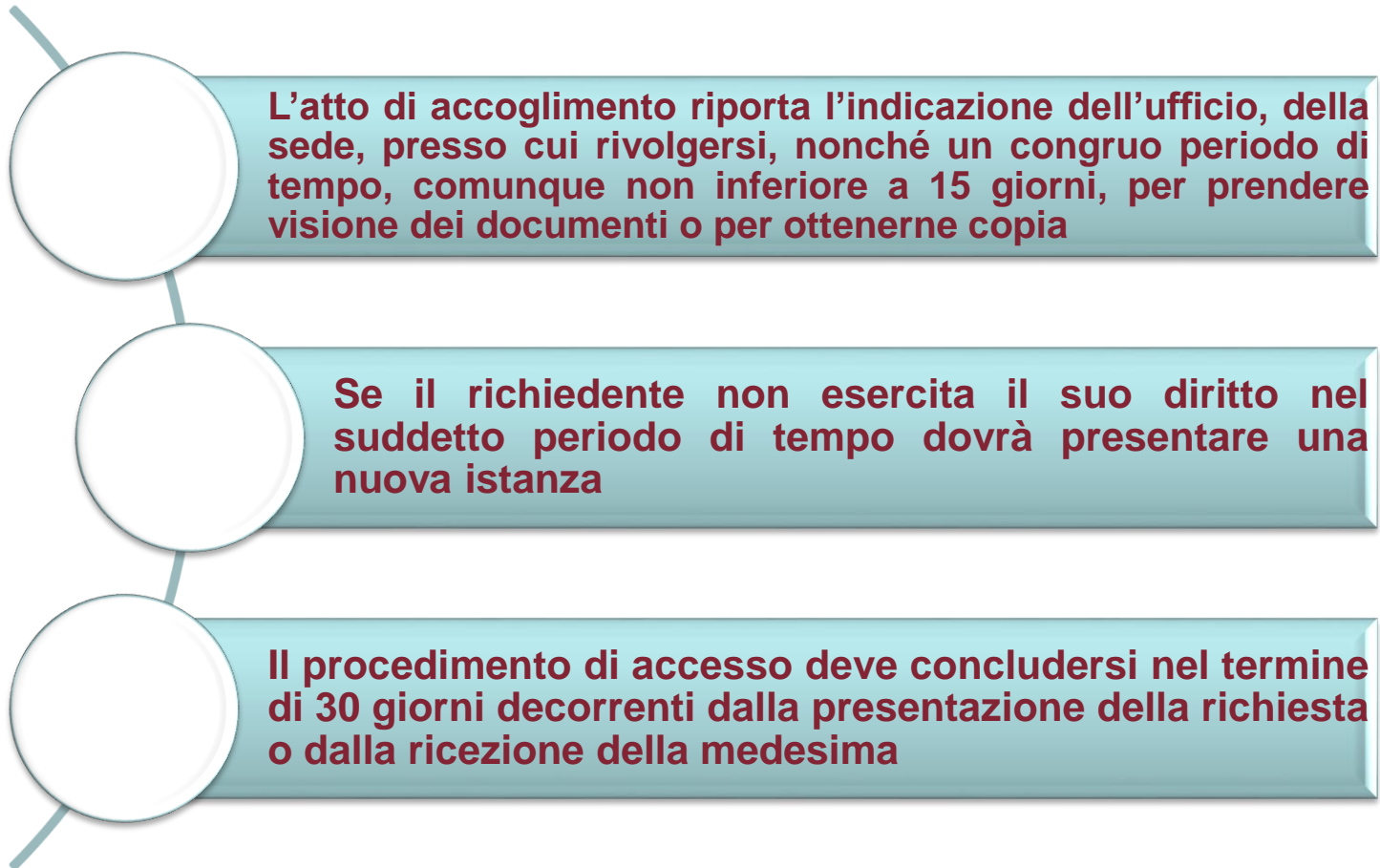
«il termine di impugnazione può, dunque e al più, essere incrementato di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire conoscenza delle risultanze procedurali, entro il limite massimo di quindici giorni previsto dalla citata norma.»

Aspetti Operativi – (v. ANAC Reg. 24 ottobre 2018)



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Aspetti Operativi – (v. ANAC Reg. 24 ottobre 2018)



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici



Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 ha introdotto l'istituto dell'**accesso civico generalizzato**, quale "importante strumento chiaramente indirizzato a realizzare:

1.la **trasparenza amministrativa** e cioè la **comprensibilità e la conoscibilità, dall'esterno, dell'attività amministrativa**, in particolare da parte dei cittadini;

2.comprensibilità e conoscibilità finalizzate, in particolare, a realizzare **imparzialità e buon andamento** dell'azione amministrativa e a far comprendere le scelte rivolte alla cura dell'interesse pubblico

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

- Lo strumento dell'accesso civico generalizzato consente, per la prima volta, nel nostro ordinamento, **l'accesso alla documentazione in possesso delle amministrazioni, senza la necessità di un manifesto interesse da parte dell'accedente.**
- L'ampio diritto all'informazione e alla trasparenza dell'attività delle amministrazioni e degli altri soggetti indicati resta temperato solo dalla **necessità di garantire le esigenze di riservatezza, di segretezza e di tutela di determinati interessi pubblici e privati.**

**L'ISTITUTO TROVA
APPLICAZIONE ANCHE
AGLI ATTI DI
AFFIDAMENTO E DI
ESECUZIONE DEI
CONTRATTI PUBBLICI?**



**ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI
CONTRASTANTI**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

1. ORIENTAMENTO FAVOREVOLE: TAR Milano, 11.01.2019 n. 45

- L'art. 5 bis comma 2 lettera c) del D.Lgs. 33/2013 **esclude l'accesso civico** generalizzato per evitare un “pregiudizio concreto” agli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica ed a tale norma si è richiamata l'amministrazione nel caso di specie.
- La disciplina di cui al citato D.Lgs. 33/2013 costituisce quindi la regola generale e le **eccezioni alla medesima devono essere interpretate restrittivamente**, per evitare la sostanziale vanificazione dell'intendimento del legislatore di garantire l'accesso civico.

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

1. ORIENTAMENTO FAVOREVOLE: TAR Milano, 11.01.2019 n. 45

- La disciplina **dell'accesso agli atti in materia di appalti** si rinviene nell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, il quale però al primo comma richiama espressamente la legge n. 241/1990;
- Quindi, salvo introdurre il differimento dell'accesso in corso di gara, **non può sostenersi che si configuri una speciale disciplina**, realmente derogatoria di quella di ordine generale della legge 241/1990 e tale da escludere definitivamente l'accesso civico;
- L'accesso civico potrà essere **temporalmente vietato**, negli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e dunque fino a che questa non sarà terminata, **ma non escluso definitivamente.**

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

2. ORIENTAMENTO SFAVOREVOLE: TAR Roma, 14.01.2019 n. 42

- [l'articolo 5-bis, comma 3](#), del decreto legislativo n. 33 del 2013 stabilisce espressamente che l'accesso civico generalizzato è **escluso**, tra l'altro, nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'[articolo 24, comma 1](#), della legge n. 241 del 1990;
- La suddetta previsione si lega con quella contenuta all'articolo **53 del decreto legislativo n. 50 del 2016**, che rimanda espressamente agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241;
- In altri termini, l'accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una **disciplina ad hoc**;

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

2. ORIENTAMENTO SFAVOREVOLE: TAR Roma, 14.01.2019 n. 42

- D'altro canto, l'esclusione dell'applicazione dell'accesso generalizzato manifesta una propria e ben precisa **ratio**, tenuto conto della circostanza che la disciplina dei contratti pubblici costituisce un “**complesso normativo chiuso**, in quanto espressione di precise **direttive europee** volte alla massima tutela del **principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici**, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate”;

Corso di Alta Formazione: Codice degli appalti e contratti pubblici

2. ORIENTAMENTO SFAVOREVOLE: TAR Roma, 14.01.2019 n. 42

- La scelta del legislatore è, perciò, giustificata dalla considerazione che “si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un **forte e penetrante controllo pubblicistico** da parte di **soggetti istituzionalmente** preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall’altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé **sensibili** (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell’art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013),
- specie quando tali interessi, dopo l’aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato – assumendo la connotazione di veri e propri **diritti soggettivi** – rispetto a quelli della stazione committente”.



Grazie per l'attenzione