

LA FASE DI PRECONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI

Catania, 04/04/2013

Avv. Alberto Del Campo

Avv. Grazia Tomarchio

Legge n. 88 del 2009

Disposizioni per l'adempimento di
obblighi derivanti dall'appartenenza
dell'Italia alle Comunita` europee

Legge comunitaria 2008

Art. 44.

Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici

DECRETO LEGISLATIVO

20 marzo 2010 , n. 53

**Attuazione della direttiva 2007/66/CE che
modifica le direttive**

**89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto
riguarda il miglioramento**

dell'efficacia delle procedure di ricorso

The image shows the cover of a spiral-bound notebook. The cover has a light beige, textured fabric-like appearance. On the left side, there is a silver metal spiral binding. The text is centered on the cover in a bold, red, serif font.

**L'AGGIUDICAZIONE
DEFINITIVA E LA
STIPULAZIONE DEL
CONTRATTO**

COMUNICAZIONE AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA: QUANDO

- In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:
- l'aggiudicazione definitiva,
- tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni

(79, c. 5 lett. a)

(segue)

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

(79, c. 5 bis ultimo periodo)

A CHI

- **all'aggiudicatario,**
- **al concorrente che segue nella graduatoria,**
- **a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara,**
- **a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni,**
- **nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;**

Per gli altri la conoscenza legale decorre dalla pubblicazione ufficiale.

(79, c. 5, lett. a)

COME

- Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto,
 - con lettera raccomandata con avviso di ricevimento
 - mediante notificazione
 - mediante posta elettronica certificata

ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente,

DOVE

- al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta.

(79, c. 5 bis)

POSTA E FAX

- Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta.

(79, c. 5 bis)

(segue)

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

(79, c. 5 quinquies)

DOCUMENTAZIONE

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

(79, c.5 bis)

art. 79, c. 2 lett. c)

- le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro.

Art. 79, c. 4

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

INVIO VERBALI

- l'onere può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara

(79, c. 5 bis)

INDICAZIONE ACCESSO VIETATO

- Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

(79, c. 5 quater)

IL DIRITTO DI ACCESSO

Le fonti - Il rinvio alla L. 241/90

Riservatezza e trasparenza - valori guida

L'art. 13, comma 1 del Codice dispone che: *“Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”*.

L'istituto va inquadrato nella più generale disciplina dell'accesso agli atti prevista dalla **241/90** e dal relativo regolamento (DPR n. 184/2006), rispetto alla quale le previsioni del Codice in materia assumono il rango di **fonte speciale**.

I **valori** da contemperare:

riservatezza sui dati personali, o – in senso lato – sensibili, contenuti nella documentazione di gara;

trasparenza nell'attività amministrativa nel settore degli appalti pubblici.

ACCESSO AGLI ATTI

L'oggetto – atti accessibili



- Oggetto del diritto di accesso, ex art. 13 del Codice, sono *“gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte”*.
- Sono accessibili **tutti gli atti prodotti e redatti in sede di gara o che si ricollegano, talora anche in modo indiretto, a procedure di scelta del contraente**: atti di autocertificazione; documenti relativi all’offerta tecnica; le offerte economiche; verbali di commissioni di gara; elaborati progettuali, etc.
- Gli atti di cui si chiede l’accesso devono in ogni caso incidere in modo diretto sugli interessi del richiedente che – viceversa – **non può attivare forme di supervisione sugli atti** di una procedura di affidamento che sospetta essere illegittima.
- Oggetto del diritto di accesso possono essere anche **le offerte tecniche**, comprensive di tutti i documenti ad esse afferenti, fra cui anche eventuali relazioni ed allegati di natura tecnica, presentate dalle altre imprese partecipanti.

ACCESSO AGLI ATTI

L'oggetto

- La **documentazione prodotta** ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla P.A. **esce dalla sfera esclusiva delle imprese** per formare oggetto di valutazione comparativa essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di **concorsualità e trasparenza** (T.A.R. Napoli, sez. V, 10 ottobre 2008, n. 14691; T.A.R. Bari, sez. II, 9 luglio 2008, n. 2087; Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418).
- Il **diritto di accesso** da parte di un'azienda partecipante alla gara si esercita **solo nei confronti dell'offerta** presentata dalla ditta **aggiudicataria** e non anche di quelle successive in graduatoria, dal momento che la conoscenza, anche di queste ultime, si potrebbe tradurre in una lesione del diritto di riservatezza di progetti e sistemi altrui, non giustificata da esigenze attuali di tutela giurisdizionale (Parere deliberato dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, in data 20 aprile 2004)
- l'art. 24, co. 3 della 241/90 prevede l'inammissibilità **delle istanze di accesso finalizzate ad un controllo generalizzato dell'operato della P.A.**

ACCESSO AGLI ATTI

soggetti passivi

Ai sensi dell'art. **23 della 241/90**, i soggetti obbligati a consentire l'esercizio del diritto di accesso sono le **amministrazioni dello Stato**, comprese le **aziende autonome**, gli **enti pubblici** e i **gestori di pubblici servizi**.

Con riferimento agli atti delle procedure di gara ad evidenza pubblica l'istituto dell'accesso si applica anche ai soggetti sussumibili nella nozione comunitaria di **organismi di diritto pubblico** (che non siano qualificabili, tuttavia, come enti pubblici alla stregua dell'ordinamento nazionale).

Il diritto di accesso può esercitarsi anche nei confronti di **soggetti privati** purché questi svolgano **compiti di interesse pubblico**, ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. e) e dell'art. 23 della 241/90.

ACCESSO AGLI ATTI

soggetti attivi

- Il diritto di accesso è garantito a tutti coloro che abbiano un interesse diretto e concreto a venire a conoscenza del contenuto di determinati atti, purché tale interesse sia collegato effettivamente al contenuto del documento richiesto e corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata (art. 22).
- Ai fini dell'accesso occorre un **rapporto** tra il documento e il richiedente l'esibizione, tale da differenziare la posizione di questi rispetto a qualunque altro soggetto : l'accesso non può essere richiesto per ragioni meramente informative o ispettive.
- **L'impresa che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara pubblica indetta per l'aggiudicazione di un contratto con la P.A. non è legittimata a chiedere di prendere visione e di estrarre copia della relativa documentazione (T.A.R. Puglia, sent. 28 ottobre 2004, n. 4813).**

Indicazione degli atti riservati in sede di offerta

E' necessario richiedere già nei bandi che i concorrenti indichino le parti dell'offerta non visionabili che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali

Differimento dell'accesso

- Il **comma 2 dell'art. 13** del Codice individua alcune specifiche ipotesi di differimento, in deroga alla disciplina generale del diritto di accesso contenuta nella 241/90:
- Per le **procedure** di gara, siano esse **aperte** che **ristrette**, i partecipanti possono conoscere **l'elenco** di tutti i partecipanti solamente dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.
- Tale regola subisce ***un'eccezione***, nel caso di procedure ristrette e negoziate o di gara informale, per i soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta (normalmente per il mancato possesso dei requisiti richiesti). Solo a questi è consentito conoscere l'elenco degli invitati prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma non prima che l'elenco degli invitati sia reso ufficialmente noto. Colui al quale è inibita l'ammissione a concorrere ha quindi l'immediato diritto, una volta definito il relativo sub-procedimento, e solo allora, di conoscere l'operato della commissione con esclusivo riferimento ai nominativi prescelti.

Differimento dell'accesso

L'AVCP (parere 193/2010) ha escluso la possibilità di applicare il principio del differimento, quando la richiesta di accesso abbia ad oggetto i **documenti attestanti i requisiti di ammissione, i verbali di gara e i provvedimenti della stazione appaltante nella parte in cui sanciscono l'esclusione dalla procedura delle imprese concorrenti, ovvero la loro riammissione** (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 18 novembre 2008, n. 2612; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 31 gennaio 2009, n. 178);

Differimento dell'accesso

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

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

“La lettera c del comma 2 dell'art. 13 del Codice dei Contratti fa riferimento all'<aggiudicazione>; mentre, la successiva c bis cita esplicitamente l'<aggiudicazione definitiva>; segno che il legislatore, quando ha ritenuto rilevante attendere che si fosse realizzata la conclusione della procedura selettiva (attraverso, appunto, l'aggiudicazione definitiva), lo ha detto espressamente. Diversamente, nell'ipotesi descritta nella precedente lettera c, l'espressione generica “aggiudicazione” deve essere riferita all'aggiudicazione “provvisoria”, e ciò in applicazione del criterio interpretativo ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, non dixit.”

Tar Catania, Sez. I, sentenza del 7 aprile 2011, n. 812

Art.12 - Controlli sugli atti delle procedure di affidamento.

1. L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria 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 i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata

ATTI RELATIVAMENTE ACCESSIBILI (in linea di principio no!)



- a) informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento

PERCHE' ?

Scopo: evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Cons. Stato Sez. V, 21-11-2011, n. 6136

ECCEZIONE:

Per l'art. 13 al c. 6 del D. Lgs. 163/2006 "è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

“Gli interessi commerciali, professionali, industriali delle ditte partecipanti ad una gara recedono innanzi all'eventuale interesse alla tutela di altra ditta partecipante alla gara”

T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 26-09-2006, n. 1519

Sussiste, in capo al concorrente escluso da una gara d'appalto, il diritto di accedere agli atti di gara relativi all'offerta tecnica prodotta dall'impresa aggiudicataria (es. TAR Puglia Bari Sez. I, 27-05-2010, n. 2066).

ECCEZIONE:

Tuttavia per l'art. 13 al c. 6 del *D.Lgs. 163/2006* "è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

Infatti:

“Gli interessi commerciali, professionali, industriali delle ditte partecipanti ad una gara recedono innanzi all'eventuale interesse alla tutela di altra ditta partecipante alla gara”

T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 26-09-2006, n. 1519

DIVIETO ASSOLUTO DI ACCESSO



- c) pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- d) relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.(Decreto Legislativo n. 163/2006.rt.13,comma5,lett. c e d).
- Relazione del responsabile del procedimento sul conto finale (art.202 reg. att.)

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

Il divieto di accesso alle relazioni riservate del Direttore dei Lavori e del collaudatore non può essere esteso anche alla relazione del RUP. Non sussiste la medesima ottica finalistica di garantire la riservatezza di informazioni potenzialmente rilevanti ai fini della definizione della controversia potenziale o in atto tra l'amministrazione e l'appaltatore in merito all'esecuzione del contratto. Per di più, essa non costituisce un parere rilasciato da un soggetto terzo bensì da un ufficio della stessa amministrazione e, anche quando contiene parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'appaltatore per le quali non sia intervenuto l'accordo bonario, si colloca pienamente nel contesto del procedimento amministrativo. Piuttosto, deve ritenersi non accessibile il contenuto della relazione del RUP, nella parte in cui la stessa faccia esplicito richiamo alle relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore, onde non frustrare il precetto dell'art. 13 citato. Tale esigenza può essere soddisfatta agevolmente mediante l'accorgimento tecnico di occultare tali richiami con l'apposizione di "omissis". (TAR Milano 24-10-2011, n. 2530).

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

I pareri legali si considerano soggetti all'accesso ove siano riferiti all'iter procedimentale e vengano pertanto ad innestarsi nel provvedimento finale, mentre sono coperti dal segreto professionale (art.622 c.p. e 200 c.p.p.) quando attengano alle tesi difensive in un procedimento giurisdizionale, in quest'ultimo caso anche in fase precontenziosa o in relazione ad una lite potenziale (Cons. Stato 13 ottobre 2003 n. 6200, TAR Catania, 06/06/2008 n.757).

Le relazioni riservate, al pari dei pareri legali, non sono ostensibili perché si riferiscono ad un contenzioso potenziale o attuale con l'appaltatore. (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, , decisione n. 11 del 2007)

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

E' ammissibile una istanza che non riguardi gli atti immediatamente connessi con i motivi di ricorso, ma generalizzata a tutti gli atti di gara.?

A volte la giurisprudenza amministrativa di I grado si è orientata in maniera restrittiva: *“Il diritto di accesso agli atti amministrativi non può estendersi ad un sindacato generalizzato dell'intera attività nell'ambito di una procedura concorsuale”* (T.A.R. Lazio Roma, sez. III ter 10/05/2011 n.4081)

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

La citata sentenza del T.A.R. Lazio è stata riformata in appello con sentenza del Consiglio di Stato, VI Sez. del 11/01/2012 n.110:

“non può non riconoscersi che con la tutela del diritto di accesso il legislatore ha voluto assicurare all'amministrato la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, indipendentemente dall'effettiva lesione di una determinata situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo”

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

Ancora il Consiglio di Stato osserva che *“Il diritto di accesso non assume carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo...di conseguenza, il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche in assenza di una rituale impugnazione degli esiti di una gara, in relazione alla quale il diritto di accesso è stato richiesto.”* (Cons. Stato Sez. VI, 07-06-2006, n. 3418).

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

L'accesso ai documenti amministrativi si configura come un diritto soggettivo perfetto, che può essere esercitato indipendentemente dal giudizio sull'ammissibilità o sulla fondatezza della domanda giudiziale eventualmente proponibile sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso, con la conseguenza che la circostanza che gli atti oggetto dell'istanza di ostensione siano divenuti inoppugnabili non preclude l'esercizio del suddetto diritto, in quanto l'interesse presupposto dall'art. 22 della legge n. 241/1990 è nozione diversa e più ampia dell'interesse all'impugnazione (TAR Toscana n.442/2013).

QUALI ATTI ACCESSIBILI ?

Atti successivi all'aggiudicazione

La richiesta di accesso, da parte di una società, volta alla verifica della corretta esecuzione da parte dell'impresa aggiudicataria, del contratto di servizio per la distribuzione del gas metano in un Comune, all'esito di procedura selettiva alla quale ha partecipato la stessa richiedente, e finalizzata a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, essendo accertamento utile nel giudizio pendente contro gli atti di aggiudicazione del servizio, si deve considerare del tutto legittima, risultando, la posizione del richiedente, nettamente differenziata da quella del comune cittadino che aspira ad un "controllo generalizzato" dell'azione amministrativa.

Consiglio di Stato, 25-02-2009, n. 1115

ACCESSO E TERMINI DI IMPUGNAZIONE

Nel caso in cui ad un'Impresa aggiudicataria di un appalto venga data soltanto notizia della esistenza di una determinazione di revoca dell'aggiudicazione, senza trasmettere in via di notifica o di comunicazione l'atto medesimo, avendone poi la stessa società avuta piena conoscenza solo mediante il successivo esercizio del diritto di accesso, poiché in tale evenienza si versa nell'ipotesi di applicazione dell'art.21 L.n.1034/1971, in base al quale il termine per proporre l'impugnazione decorre, per gli atti soggetti a notificazione dal detto adempimento o dalla piena conoscenza del provvedimento che non sia stato notificato, è di tutta evidenza come **il termine decadenziale di impugnazione decorra dal momento in cui di tale atto si è avuta piena conoscenza con l'esercizio del diritto di accesso** (Consiglio di Stato 22-12-2005, n. 7348)

ACCESSO E TERMINI DI IMPUGNAZIONE

In materia di impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto, la formalizzazione di un'istanza di accesso ad atti diversi da quello oggetto del gravame **non determina la sospensione o l'interruzione del termine per il ricorso**, che resta soggetto, nel computo delle date, iniziale e finale, alla disciplina che si fonda sul dato positivo ed essenziale del momento della piena conoscenza dell'atto lesivo, ma autorizza il ricorrente a proporre motivi aggiunti, ove dall'ostensione degli atti richiesti emergano ulteriori violazioni (Consiglio di Stato, 10-04-2008, n. 1541)

ACCESSO E CUSTODIA DEGLI ATTI

La stazione appaltante ha la piena disponibilità e l'integrale responsabilità della conservazione degli atti di gara, cui nel corso del procedimento l'interessato non può subito accedere, giusta quanto stabilito dall'art.13 comma secondo del D.Lgs.163 del 2006 (Codice degli Appalti), sicché, a fronte di una seria e non emulativa allegazione presuntiva dell'interessato circa un effetto di non genuinità degli atti stessi e **fermo il diritto d'accesso, ha l'onere di dare idonea contezza dell'efficacia dei metodi di custodia in concreto adoperati** (Cons. Stato Sez. III, 14-01-2013, n. 145)

ACCESSO AGLI ATTI - Modalità

• Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito **entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia.**

• Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13.

DATA DEL TERMINE DI DILATORIO

- Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (60 gg).

(79, c. 5 ter)

TERMINE DILATORIO (Stand still sostanziale)

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di **trentacinque giorni** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

(11, c. 10)

STAND STILL PROCESSUALE

Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante **fino alla emissione del provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.** Il riferimento legislativo contenuto nell'art.11, comma 10-ter al termine dei venti giorni è da ritenersi valido solo nel caso in cui l'ordinanza cautelare collegiale o il dispositivo della sentenza vengano pubblicati prima dei 20 giorni: in tal caso si deve comunque attendere il decorso dei 20 giorni per potere procedere alla stipula del contratto.

(11, c. 10 ter)

STAND STILL PROCESSUALE

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare

CASI DI INAPPLICABILITA' DEL TERMINE DILATORIO

- Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:
 - a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
 - b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.

(11, c. 10 bis)

SANZIONI

Ove la violazione dell'obbligo di stand still non abbia di per sé precluso alla ricorrente di ottenere l'affidamento, mentre, ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a., manca il presupposto per la declaratoria d'inefficacia del contratto, può procedersi all'applicazione delle sanzioni previste dal combinato disposto degli artt. 121, comma 4 e 123 c.p.a. - D.Lgs.02/07/2010 n.104 (secondo i quali il giudice dispone - in via alternativa o cumulativa - la riduzione della durata del contratto e il pagamento di una sanzione pecuniaria da versare al bilancio dello Stato, quando nonostante le violazioni il contratto sia considerato efficace (T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 10-03-2011, n. 409)

SANZIONI

La c.d. clausola di "stand still" di cui all'*art.11, comma 10 del D.Lgs.163/2006*, prevede che il contratto non può essere stipulato prima che siano decorsi trentacinque giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione. La violazione della clausola di "stand still", senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento di quest'ultima, nè l'inefficacia del contratto, in quanto, ai sensi dell'*art. 121, lett. "c" del c.p.a.*, il giudice che annulla l'aggiudicazione, dichiara inefficace il contratto, solo laddove il mancato rispetto dell'*art. 11 c. 10 cit.* abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto" e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita. (T.A.R. Calabria Catanzaro, 20-10-2010, n. 942).

INEFFICACIA GRAVE

1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

(art.121, c. 1, CPA)

(segue)

- c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

(segue)

- d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, **qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.**

PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE

- L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

(11,c. 8)

TERMINI PROCESSUALI X RICORSO

I termini processuali sono stabiliti in:

a) trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8.

(Art.120, comma 5, C.P.A.)

IL RICORSO

L'informativa di proporre ricorso al T.A.R.

- i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.
- *Natura paragiurisdizionale dell'informativa*

(243 bis, c. 1)

La forma

- 2. L'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.
- L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore.
- La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale.

(243 bis, c. 2)

La forma (2)

- La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

(243 bis, c. 2)

Il destinatario

- L'informazione è diretta al responsabile del procedimento.

*Competente a decidere è, dunque, la
Stazione appaltante*

(243 bis, c. 2)

Prosecuzione dei termini

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

(243 bis, c. 3)

La risposta della P.A.

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

(243 bis, c. 4)

Omissione ed inerzia

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

(243 bis, c. 5)

1227 cc

- **Concorso del fatto colposo del creditore**
- Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.
- Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

La giurisprudenza

- *L'art. 243 bis comma 5, d.lg. n. 163 del 2006 individua l'omesso invio dell'informativa tra i comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 c.c., senza prevedere analoga sanzione per quanto concerne l'impresa che decide di agire in giudizio, anche se la risposta non è ancora pervenuta, non potendosi, del resto, ammettere che uno strumento di deflazione del contenzioso, destinato a risolvere in anticipo le dispute evitando i tempi e i costi di una controversia innanzi al giudice, possa produrre l'opposta automatica conseguenza di aggravare gli oneri a carico dell'impresa. Ne deriva che, nel caso di specie, l'omessa comunicazione non può essere ritenuta avere alcuna incidenza preclusiva, ai fini della proposizione del ricorso (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 06/06/2012, n. 537)*

La giurisprudenza (2)

- *Il mancato invio dell'informativa che la ditta, prima di proporre ricorso, trasmette alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 243 bis d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 1227 c.c. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22/02/2012, n. 1819)*

Non riapertura del termine e motivi aggiunti

- Il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni.

(243 bis, c. 6)

NOTIFICAZIONE RICORSO

- Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

(art. 245, c. 2 ter)

La prassi

- L'informativa, ove proposta subito dopo l'aggiudicazione provvisoria, presenta profili di convenienza

Proposizione del ricorso

- *Per le forme si applicano gli artt. 40 e ss. Del Codice dei contratti*
- *Per i termini si applica l'art. 120 c.p.a. (trenta giorni per la notifica del ricorso e dei motivi aggiunti + i termini dimidiati)*

Dies a quo

- Art. 79 del Codice dei contratti pubblici
- La differenziazione tra il secondo aggiudicatario e i successivi classificati

Casi di impugnazione immediata

L'onere d'immediata impugnazione del bando non sussiste se non in presenza di prescrizioni della legge di gara direttamente lesive dell'interesse partecipativo del legale ricorrente in primo grado (Consiglio di Stato, sez. V, 10/09/2012, n. 4786)

Sussiste l'onere dell'interessato all'immediata impugnazione delle clausole del bando che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, ovvero di qualificazione, la cui carenza determina l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 28/08/2012, n. 331)

Un onere d'immediata impugnazione della lex specialis di gara pubblica di appalto si pone solo in presenza di clausole immediatamente escludenti o comunque tali da impedire la presentazione di una offerta, mentre negli altri casi le clausole del bando e degli altri documenti di gara vanno impugnate unitamente agli atti della procedura concretamente ed immediatamente lesivi (Consiglio di Stato, sez. V, 06/06/2012, n. 3344)

Segue...

L'omessa indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso e l'indeterminatezza del complessivo valore contrattuale dell'appalto incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sì che non solo la loro lesività può essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ma nemmeno può porsi a carico di colui che intenda contestarle un onere di partecipazione alla procedura di gara, dal momento che mette in discussione specifiche disposizioni della lex specialis di gara, che egli correttamente (se e nella misura in cui risultino effettivamente viziate) ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e dunque sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, sez. III, 03/10/2011, n. 5421)

Sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di gara in relazione alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione nonché nei casi in cui gli adempimenti, imposti all'interessato ai fini della partecipazione, risultino manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale; ciò che, quindi, risulta decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 04/06/2010, n. 2117)

Impugnazione dell'esclusione

- *Siccome il potere di annullamento degli atti amministrativi può essere sempre esercitato parzialmente, nel senso che possono caducarsi solo alcuni atti del procedimento, mantenendosi validi ed efficaci gli atti anteriori, ove, rispetto a questi, non sussistano ragioni demolitorie, nel caso di invalidità di una gara per l'aggiudicazione di un contratto della p.a. per illegittima esclusione di alcune ditte offerenti non occorre disporre la rinnovazione integrale della gara stessa (con la riapertura cioè, della stessa fase di presentazione delle offerte) ma può legittimamente mantenersi fermo il subprocedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute. Ma ciò nelle sole procedure di aggiudicazione "automatiche" nelle quali l'accertamento dei vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare la procedura sin dal momento della presentazione delle offerte, perché il criterio oggettivo e vincolato dell'aggiudicazione priva di qualsiasi rilevanza l'intervenuta conoscenza, da parte del seggio di gara, dei contenuti delle altre offerte già ammesse. Quando esistano apprezzamenti di discrezionalità tecnica o amministrativa con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico (licitazione privata col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appalto concorso), l'illegittima esclusione di un concorrente, se accertata dopo il riesame delle offerte, rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di gara a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato, sez. V, 03/02/2000, n. 661)*

Segue...

L'impresa esclusa da una gara pubblica ha un interesse processualmente rilevante all' annullamento dell'esclusione, posto che da esso ritrae quantomeno il vantaggio, sufficiente a sostenere la procedibilità del ricorso, di poter chiedere, in presenza di tutti gli altri presupposti, il risarcimento del pregiudizio patrimoniale sofferto in conseguenza della determinazione giudicata illegittima (Consiglio di Stato, sez. III, 21/09/2012, n. 5050)

Nel caso di esclusione dalla gara, se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione, appunto, della propria offerta, è proprio in occasione di tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, mentre la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto in quella seduta non comporta "ex se" la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale, ossia non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia riferibile alla società concorrente (Consiglio di Stato, sez. III, 22/08/2012, n. 4593; T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 03/08/2012, n. 2004)

Segue...

L'interesse a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione da una gara pubblica è configurabile ex se e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe stato sicuramente o probabilmente favorevole al ricorrente nelle ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione previsto sia di tipo non automatico, in quanto la parte ricorrente ha interesse a veder valutata la propria offerta in sede di gara e dunque è portatrice di un interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura atteso che dal rinnovo deriva una nuova chance di partecipazione e di vittoria; invece, nel caso in cui l'aggiudicazione è stata disposta con il criterio del massimo ribasso sull'importo a base d'asta e di procedure di aggiudicazione di tipo meccanico, in cui non si fa luogo a valutazioni tecnico-discrezionali da parte del seggio di gara, una volta aperte le buste contenenti le offerte dei concorrenti l'idoneità della singola offerta a conseguire l'aggiudicazione è oggettivamente determinabile con meri calcoli aritmetici e, quindi, il concorrente escluso è in grado di determinare in anticipo se la propria offerta sarebbe stata sufficiente ad assicurargli la vittoria (Consiglio di Stato, sez. V, 17/05/2012, n. 2826)

La prassi Impugnazione dell'aggiudicazione definitiva

Il problema del ricalcolo della media (che fine fa il diritto di interpello?)

Il problema dell'interesse al ricorso nella prassi (potenziale proposizione dell'informativa o del ricorso da parte di diversi interessati)

Contributo Unificato

- Tabelle

€ 2.000,00 se il valore della controversia è uguale o inferiore ad € 200.000,00

€ 4.000,00 se il valore della controversia è fino a oppure pari ad € 1.000.000,00

€ 6.000,00 se il valore della controversia è superiore ad € 1.000.000,00

- Rimborso in sede di condanna alle spese

Parere per la soluzione delle controversie

art. 6 comma 7 lett. n) del Codice dei contratti: “...l’Autorità : (...) su iniziativa della Stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando un’ipotesi di soluzione (...)”

Segue...

- La natura non vincolante del parere

Il parere reso dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, ai sensi dell'art. 6 comma 7 lett. n), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, non ha carattere provvedimentale e non è vincolante per la stazione appaltante della gara di appalto a cui si riferisce (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 29/04/2009, n. 785)

Le determinazioni, che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici assume in risposta ai quesiti rivolti dagli operatori del settore circa l'interpretazione della normativa vigente nella materia, non possono risolversi nella funzione di interpretazione autentica o di integrazione della normativa, difettando l'Autorità del relativo potere, e, pertanto, non rappresentano un vincolo per le amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 07/04/2006, n. 504)

Nel caso in cui, in un appalto per l'affidamento di lavori pubblici, il disciplinare di gara abbia recepito un criterio indicato in una delibera dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, non occorre impugnare anche detta delibera, in quanto essa, non essendo vincolante nei confronti della Stazione appaltante, è stata applicata in forza di una determinazione giuridicamente autonoma della p.a. (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 17/03/2005, n. 405)

Segue...

- Necessaria compilazione del modulo predisposto dall'Autorità
- Profili di convenienza: assenza di contributo unificato e di costi del giudizio; normalmente il parere viene condiviso dall'Amministrazione (prassi)
- La proposizione della richiesta non sospende né i termini per la proposizione del ricorso né per la stipula del contratto (discrezionalità della P.A.)

FINE

