



SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'istituto del soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa. Tale istituto deve il suo formale ingresso nell'ordinamento italiano alla Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26/07/1971 anche se tale definizione è abbastanza recente.

Il soccorso istruttorio secondo l'art.83, comma 9 del D.lgs 50/2016

«9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a **dieci giorni**, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.»

La *ratio* del soccorso istruttorio

La *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio è, pertanto, quella di limitare l'esclusione dalla procedura di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, in omaggio al principio del *favor participationis*.

D'altra parte l'utilizzo del soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle prescrizioni previste dal Codice dei Contratti e della disciplina di gara, diversamente opinando si violerebbe la *par condicio*, svuotando di significato il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico.

Massime di precontenzioso in tema di soccorso istruttorio dell'ANAC

L'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione dell'operatore economico che abbia invocato il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza *ab origine* di requisiti di partecipazione, ancorché rigorosi, richiesti dalla stazione appaltante (Parere di Precontenzioso n. 1087 del 25/10/2017), mentre, anche in un'ottica di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, con Parere di Precontenzioso n. 879 del 01/08/2017, ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che, a fronte di tre mancate risposte da parte dei concorrenti, ha provveduto ad acquisire e verificare d'ufficio una dichiarazione già in proprio possesso, sebbene per altra gara, consentendo la massima partecipazione.

Massime di precontenzioso in tema di soccorso istruttorio dell'ANAC

Le cause tassative di esclusione

La portata applicativa dell'istituto, come anche sottolineato dall'Autorità nella Determinazione n. 1 del 08/01/2015, va inevitabilmente ad intrecciarsi con le cause tassative di esclusione, nel senso che opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione a valle del procedimento di soccorso istruttorio: ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'essenzialità – da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non può più procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma deve prima avviare il procedimento volto alla sanatoria delle irregolarità rilevate.

Alla luce di tale considerazione l'Autorità ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare la documentazione e le dichiarazioni mancanti relative ai requisiti di partecipazione anche nei casi in cui la lex specialis non lo prevedeva e comminava espressamente l'esclusione dalla gara (Parere di Precontenzioso n. 606 del 31/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 1340 del 20/12/2017).

Massime di precontenzioso in tema di soccorso istruttorio dell'ANAC

Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale

Risultano essenziali, e pur tuttavia sanabili, le irregolarità concernenti le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del Codice dei contratti). In particolare, è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti di ordine generale stabiliti dall'art. 38, comma 1, che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso, dai soggetti specificatamente indicati (nelle lett. b), c) e m-ter) del comma 1 dell'art. 38) (Pareri di Precontenzioso n. 215 e n. 218 del 01/03/2017).

Massime di precontenzioso in tema di soccorso istruttorio dell'ANAC

Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere speciale

L'Autorità, richiamando il Parere di Precontenzioso n. 617 del 08/06/2016, ha stabilito che non è legittima l'esclusione dell'operatore economico che non ha compilato il campo del DGUE relativo ai requisiti di idoneità professionale senza la previa attivazione del soccorso istruttorio (Pareri di Precontenzioso n. 685 del 28/06/2017 e n. 695 del 05/07/2017) e che è legittimo il ricorso all'istituto per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla lex specialis, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti medesimi deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara quale termine per la presentazione dell'offerta (Parere di Precontenzioso n. 54 del 01/02/2017).

I limiti del soccorso istruttorio

Tar Campania, Napoli, Sez. II, 08/ 03/ 2021, n. 1528

Elementi di fatto

- Nel caso all'esame del TAR Campania, la ricorrente, seconda classificata, lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria nell'ambito della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti e delle strutture di proprietà della Stazione appaltante, per mancato possesso dei requisiti speciali.
- L'aggiudicataria nella documentazione presentata per la partecipazione alla gara aveva espressamente dichiarato di possedere solo parzialmente i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché di capacità tecnica e professionale richiesti nel disciplinare di gara e quindi di ricorrere per la restante parte all'avvalimento.

I limiti del soccorso istruttorio

Tar Campania, Napoli, Sez. II, 08/ 03/ 2021, n. 1528

Elementi di fatto

- Tuttavia, nel contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria veniva indicato solo il "prestito" del requisito di capacità tecnica professionale sicché il mancato espresso riferimento anche all'altro requisito aveva indotto la stazione appaltante ad escludere inizialmente la controinteressata dalla gara.
- La controinteressata veniva poi riammessa in gara a seguito di istanza di autotutela nella quale quest'ultima aveva rappresentato che solo per un mero equivoco formale aveva indicato nella domanda di partecipazione di possedere "in misura parziale" il requisito di capacità economico finanziaria richiesto.
- La ricorrente tuttavia lamentava l'illegittimità della riammissione in gara sostenendo che nella domanda di partecipazione la controinteressata aveva espressamente dichiarato di non possedere integralmente i requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

I limiti del soccorso istruttorio

Tar Campania, Napoli, Sez. II, 08/ 03/ 2021, n. 1528.

Il Tar accoglie il ricorso ritenendo illegittima la riammissione in gara della controinteressata specificando che nel caso in esame non era applicabile l'istituto del soccorso istruttorio rammentando che:

- «In linea di principio, secondo condivisibile giurisprudenza «il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni "che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara" (art. 46, comma 1 ter, che richiama l'art. 38 comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle "prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento" (art. 46, comma 1-bis, cit.), in quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici» (Consiglio di Stato , sez. III , 18/07/2017 , n. 3541; T.A.R. Lazio, Roma , sez. I , 15/12/2014 , n. 12610).»



MOTIVI DI ESCLUSIONE E REQUISITI SPECIALI

Le cause di esclusione previste dal D.lgs 50/2016

Le ***cause di esclusione***, disciplinate dall'art. 80 del Codice, conseguono al mancato possesso dei requisiti soggettivi che i concorrenti devono possedere per poter contrattare con la pubblica amministrazione. Tali requisiti non devono essere confusi con i requisiti di capacità tecnica ed economica (disciplinati dai successivi artt.83 e ss.). Mentre questi ultimi attengono al grado, all'esperienza e alla professionalità del concorrente, cioè alla sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti, i requisiti soggettivi, definiti anche di “ordine generale”, consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili di precludere la partecipazione alla gara. Qualora vengano a mancare a procedura in corso, la stazione appaltante può rifiutarsi di attendere la stipulazione del contratto.

Le cause di esclusione previste dal D.lgs 50/2016

Il Codice degli Appalti Pubblici stabilisce come **primo motivo di esclusione dalle gare** la presenza di condanne con sentenza definitiva o condanne irrevocabili ai danni dell'appaltatore.

Rientrano in questo caso i seguenti reati citati al comma 1 dell'art. 80:

- Delitti, commessi o tentati, per agevolare l'appaltatore durante le gare;
- Delitti, commessi o tentati, riconducibili al coinvolgimento della criminalità organizzata;
- Reati contro la Pubblica Amministrazione, traffici di influenze illecite, minacce ai danni degli altri partecipanti per escluderli dalle gare;
- Corruzione o istigazione alla corruzione tra privati;
- Frode e false comunicazioni sociali sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'operatore economico;
- Reati commessi con finalità di terrorismo, nazionale e internazionale;
- Riciclaggio di denaro, impiego di denaro di provenienza illecita o utilizzo dello stesso per scopi illeciti;
- Sfruttamento di lavoro minorile o tratta di esseri umani

Le cause di esclusione previste dal D.lgs 50/2016

Al comma 2, si dispone che l'appaltatore sarà escluso dalle gare anche in caso di sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto in riferimento alle misure di prevenzione previste dall'art. 67 del D.lgs. n. 159 del 6 settembre 2011.

Al comma 3 si stabilisce che i reati citati ai commi 1 e 2, rappresenteranno motivo di esclusione dalle gare se sono imputabili a:

- Titolare o direttore tecnico, se l'appaltatore è una ditta individuale;
- Uno dei soci o direttore tecnico, se si tratta di una S.n.c. (società in nome collettivo);
- Soci accomandatari o direttore tecnico, se invece è una S.a.s. (società in accomandita semplice);
- Uno o più membri del consiglio di amministrazione, membri con poteri di rappresentanza, direttore tecnico o socio di maggioranza, se si tratta di società o consorzio.

Le cause di esclusione previste dal D.lgs 50/2016

Il Codice dei Contratti Pubblici, continua ad elencare i possibili motivi di esclusione dalle gare di appalto, al comma 4 dell'art. 80 riferendosi agli **obblighi al pagamento delle tasse e dei contributi previdenziali**.

- L'operatore economico non potrà partecipare alle gare se:
- Risultano mancati pagamenti di tasse e contributi per un importo superiore a 5.000 euro;
- Risultano oggetto di sentenze o atti amministrativi non più impugnabili;
- Le violazioni in materia contributiva e previdenziale non consentono il rilascio del DURC.

Le cause di esclusione previste dal D.lgs 50/2016

Il comma 5 dell'art. 80 del Codice degli Appalti Pubblici sancisce che le stazioni appaltanti avranno la possibilità di escludere dalle gare un operatore economico (anche se i seguenti reati sono commessi da un suo subappaltatore), in caso si possa dimostrare:

- La presenza di gravi infrazioni alle attuali norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro;
- L'inottemperanza agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale;
- Che l'operatore si trovi in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo. O nel caso in cui, una delle citate condizioni, sia in corso di procedimento;
- Che l'operatore sia colpevole di gravi illeciti che possono mettere in dubbio la sua professionalità e affidabilità;
- L'operatore economico abbia provato ad influenzare indebitamente la stazione appaltante durante il processo di assegnazione dell'appalto;
- L'operatore abbia tentato di ottenere informazioni riservate per essere avvantaggiato durante la gara, o abbia fornito dati fuorvianti per influenzare l'assegnazione;
- Che l'operatore, dopo l'assegnazione di un precedente appalto, abbia mostrato gravi carenze nell'esecuzione o sia stato condannato al risarcimento di danni o sanzioni comparabili;
- L'operatore, in passato, sia stato oggetto di riconosciuti o accertati inadempimenti nei confronti dei subappaltatori;
- Che la partecipazione dell'operatore economico alla gare comporti dei conflitti di interesse, irrisolvibili in alcun modo se non con la sua esclusione;
- Che l'operatore abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria;
- L'assenza della certificazione che attesti che l'operatore è in regola con le norme per il diritto di lavoro dei disabili;
- Due diversi operatori partecipanti risultino avere un rapporto tra società collegate o controllate.

I requisiti speciali di partecipazione ex art.83 D.lgs 50/2016

L'art. 83, d.lgs. n. 50/2016, dopo aver statuito al comma 1 che i criteri di selezione riguardano esclusivamente i requisiti di:

- idoneità professionale;
- la capacità economica e finanziaria;
- le capacità tecniche e professionali;

fissa al comma 2 (primo periodo) i limiti entro i quali la discrezionalità delle stazioni appaltanti deve essere esercitata, individuando una correlazione che deve sussistere tra i requisiti richiesti e l'oggetto del contratto e richiamando gli interessi pubblici e i principi che devono essere presi in considerazione nella predisposizione dei documenti di gara.

I requisiti speciali di partecipazione ex art.83 D.lgs 50/2016

L'ANAC ha evidenziato che i requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati ovvero illogici (determinazione dell'ANAC n. 4 del 2012). Difatti, l'Autorità ha precisato che la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di stabilire discrezionalmente requisiti speciali di partecipazione anche più restrittivi deve essere esercitata nei limiti della ragionevolezza, proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, in modo da garantire l'apertura del mercato e l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti che possono ritenersi affidabili rispetto all'oggetto dell'appalto da eseguire (delibera n. 15 del 25 febbraio 2015). Pertanto, la stazione appaltante è libera di individuare requisiti minimi di partecipazione più stringenti rispetto a quelli previsti dal Codice purché coerenti, logici ed adeguati allo specifico oggetto della gara di appalto, salvo la manifesta illogicità e irragionevolezza degli stessi (ex multis delibera n. 78 del 3 febbraio 2016, n. 1068 del 14 novembre 2018, parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 896 del 17 ottobre 2017).

Requisiti di idoneità professionale

L'art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 specifica al primo periodo che «i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali»

Requisiti di idoneità professionale secondo l'ANAC

A differenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale disciplinati alla lett. c) del comma 1, l'idoneità professionale non attiene tanto alla competenza ed esperienza concreta dell'operatore economico dimostrata nel settore di riferimento, quanto piuttosto alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall'iscrizione in appositi registri e albi professionali. Infatti, in generale, il requisito di idoneità professionale può anche prescindere dal dato empirico dell'effettiva esperienza nel settore di riferimento tant'è che le stazioni appaltanti possono prevederlo insieme ad altri requisiti di capacità tecnico-professionale connessi all'esperienza pregressa e al fatturato specifico.

Requisiti di idoneità professionale secondo l'ANAC

In linea con la giurisprudenza e con il proprio orientamento consolidato, l'Autorità ha considerato che i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del Codice, avendo carattere personale ed esprimendo uno status dell'operatore economico, non essendo attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone né all'obiettiva qualità dell'adempimento delle prestazioni, non possono essere oggetto di avvalimento; inoltre, in caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese, l'Autorità ha espresso in generale l'orientamento secondo cui i requisiti devono essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa associata (parere di precontenzioso n. 36 del 26 febbraio 2014; parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 269 del 14 marzo 2018).

Requisiti di capacità economica–finanziaria secondo l'ANAC

L'art. 83, comma 4, stabilisce che per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti attinenti alla capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti nel bando di gara possono richiedere:

- a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto;
- b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;
- c) un adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

Requisiti di capacità tecnico-professionale secondo l'ANAC

Come precisato anche dalla giurisprudenza in tempi recenti, «le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità» (Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza del 23 luglio 2018, n. 8327), e il concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, a pena di esclusione, atteso che «i requisiti individuati dalla stazione appaltante come necessari per l'ammissione alla procedura costituiscono elementi essenziali in mancanza dei quali è inibita la partecipazione alla gara» (Tar Piemonte, Torino, sentenza del 3 maggio 2018, n. 514).

Requisiti di capacità tecnico-professionale secondo l'ANAC

Anche a livello comunitario la direttiva 2014/24/UE prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che “le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità” (art. 58, paragrafo 4), così confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione, nel perseguimento del pubblico interesse, ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, con un bagaglio di conoscenze tecniche tali da poter svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.

Requisiti di capacità tecnico-professionale secondo l'ANAC

La *ratio* sottesa alla previsione di specifici criteri di selezione è stata di recente delineata dall'Autorità, la quale ha precisato la funzionalità di tale sistema nella valutazione dell'idoneità dell'offerente ad effettuare a regola d'arte e con buon esito, quella data attività che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico.

Ai fini della predetta dimostrazione, l'operatore economico può esibire l'elenco dei principali servizi, quali risultanti dai certificati di regolare esecuzione, o di atti simili idonei ad attestare inequivocabilmente il buon esito degli appalti precedentemente eseguiti, costituendo questi ultimi una sorta di "prova di resistenza" in merito all'effettiva sussistenza della capacità richiesta ai fini di gara. In altri termini, ciò che assume rilevanza non è tanto l'elemento soggettivo relativo alla numerosità dei committenti quanto, invece, il dato oggettivo della pluralità e della "consistenza" dei contratti relativi ai servizi analoghi svolti (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 260 del 26 marzo 2019).

La discrezionalità della stazione appaltante

La discrezionalità della stazione appaltante può esplicarsi in vario modo, ad esempio, nella previsione di clausole con le quali sancisce che i requisiti di capacità debbano essere posseduti, nel caso di RTI o consorzi, da tutti i concorrenti riuniti o consorziati, anziché dal solo concorrente del gruppo deputato a svolgere la parte di servizio per la quale tale certificazione abbia ragione di essere. L'intento, in casi siffatti, è quello non solo di prevedere requisiti più stringenti ma anche di coniugare l'importanza del requisito con il soggetto deputato a svolgerlo.

La discrezionalità della stazione appaltante

L'Autorità, nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 830 del 27 luglio 2017, ha stabilito che «I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge».

La certificazione di qualità

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica la stazione appaltante può chiedere, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, specifici requisiti tecnici e di qualità a garanzia del corretto svolgimento dell'attività oggetto di gara. La previsione di una determinata certificazione di qualità riflette la scelta dell'amministrazione di assicurare che l'impresa affidataria sia idonea a effettuare la prestazione oggetto del contratto, secondo un livello minimo di aspettative, accertato da un organismo qualificato secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'organizzazione ed il livello complessivo dell'attività nell'intero suo svolgimento (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 179 del 21 febbraio 2018).



ACCESSO AGLI ATTI NEGLI APPALTI PUBBLICI

Accesso agli atti negli appalti pubblici ex art.53 del D.lgs 50/2016

«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 dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n.241.

Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.»

Accesso agli atti negli appalti pubblici ex art.53 del D.lgs 50/2016

«Per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.»

Accesso agli atti negli appalti pubblici ex art.53 del D.lgs 50/2016

«5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice, per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, **sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**

- alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.»

Accesso agli atti negli appalti pubblici ex art.53 del D.lgs 50/2016

«6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.»

Accesso difensivo secondo la L.241/1990

L'art. 24, comma 7 l. 241/1990 prevede 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. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

Accesso difensivo e tutela dei segreti industriali e commerciali

Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2020 n. 4220

«La particolare *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale, è di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il *know how*), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)(Cons. di Stato, V, 64/2020 cit.).»

Accesso difensivo e tutela dei segreti industriali e commerciali

Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2020 n. 4220

«La *ratio legis* è, infatti, di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. n. 241 del 1990) – non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri (cfr. Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393). La leale dimensione competitiva di una gara, invero, ne risulta la caratteristica dominante e pertanto nel conflitto quanto attiene alla correttezza della concorrenza domina sulla circostanza che ad essa fa esito un potere pubblico.»

Accesso difensivo e tutela dei segreti industriali e commerciali

Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2020 n. 4220

«Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.»

Accesso difensivo secondo la giurisprudenza

Consiglio di Stato, sez. V, 17.04.2020 n. 2449

«Secondo costante giurisprudenza, l'accesso difensivo presuppone la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451).»

Accesso difensivo secondo la giurisprudenza

Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018 n. 6083

«Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi è costituito – ad avviso del Collegio – 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”. Pertanto, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all’esercizio del c.d. “accesso difensivo” (ai documenti della gara cui l’impresa richiedente l’accesso ha partecipato), risulta necessario l’accertamento dell’eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell’istanza di accesso e le censure formulate. Sotto diverso, ma speculare aspetto, inoltre, l’onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce.»

Accesso difensivo secondo la giurisprudenza

TAR Pescara, 12.11.2019 n. 271

«L'interesse all'accesso c.d. defensionale ai documenti va sempre valutato in astratto, senza che possa essere operato, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale (anche sotto il profilo risarcitorio) che l'interessato potrebbero azionare. Quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata “alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante” (ex multis Consiglio Stato sez. IV, 6 agosto 2014, n.4209; id. sez. V 10 gennaio 2007, n. 55; T.a.r. Umbria 30 gennaio 2013, n. 56).»

The image features a white background with decorative curved lines in the top-left and bottom-right corners. These lines are composed of multiple overlapping layers in shades of light green and light blue, creating a sense of depth and movement.

RICORSI AMMINISTRATIVI, PROVVEDIMENTI CAUTELARI, SOSPENSIONI IN AUTOTUTELA

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«1. Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«2. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi **trenta giorni** decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione [definitiva], a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«5. 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 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, **dalla pubblicazione**; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«6. Il giudizio, qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«7. I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per **motivi aggiunti**.

8. Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«8-bis. Il collegio, quando dispone le **misure cautelari** di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119.

8-ter. Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all' esecuzione contrattuali del contratto, dandone conto nella motivazione.»

Rito abbreviato ex art.120 c.p.a

«9. Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«Secondo la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925) il termine per impugnare i provvedimenti delle procedure di affidamento di appalti pubblici decorre, ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. proc. amm., dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto e ciò anche se non siano rispettate le particolari forme di comunicazione di detti provvedimenti previste dall'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, perché non è impedita la piena conoscenza degli stessi con altre forme, secondo quanto previsto dal citato art. 120 cod. proc. amm.»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«Sulla questione della individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione si osserva che un primo orientamento giurisprudenziale, maturato nella vigenza del D. Lgs. n. 163 del 2006, sulla scorta del tenore letterale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., e sull'espresso richiamo fatto all'art. 79, d.lgs. n. 163 del 2006, ha **distinto a seconda che l'amministrazione appaltante abbia inviato una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione** (contenente l'esposizione delle ragioni di preferenza per l'offerta dell'aggiudicatario alla luce delle caratteristiche della stessa per come apprezzate dalla commissione giudicatrice) **ovvero si sia limitata a rendere noti l'avvenuta aggiudicazione** della procedura ed il nominativo dell'operatore dell'aggiudicatario.

Con riferimento alla prima ipotesi è stato affermato che il ricorso deve essere sicuramente proposto nel termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163; nell'altro caso, invece, si è ritenuto che ai fini della decorrenza del termine di impugnazione di debba tener conto della necessità dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara per poter apprezzare compiutamente le ragioni di preferenza della stazione appaltante e verificare la sussistenza di eventuali vizi del suo operato.»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«La predetta distinzione introduce l'ulteriore tema che accompagna la problematica in esame riguardante l'accesso agli atti della procedura di gara e in particolare se e in che modo il tempo necessario rilevi ai fini della decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione: è evenienza notoria che l'impresa concorrente, proprio a seguito della comunicazione di aggiudicazione (non completa dei verbali di gara o delle informazioni sulle caratteristiche e sui vantaggi dell'offerta selezionata), chiede di accedere agli atti della procedura di gara.»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«E' stato mantenuto fermo il principio che se la stazione appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che impediscono l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione non decorrere e il potere di impugnare "non si consuma"; se non dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura (Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540).»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«Secondo un più rigoroso orientamento giurisprudenziale, per effetto del tenore letterale del citato art. 120, comma 5, cod. proc. amm., il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione è sempre di trenta giorni e decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione proveniente dalla stazione appaltante ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito per altra via; del resto la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il *dies a quo* avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ed altri vizi percepibili *aliunde*, per i quali il termine di impugnazione comincerebbe a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza, non avrebbe riscontro nel diritto positivo (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384; sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; V, 20 gennaio 2015, n. 143). Peraltro la tutela giurisdizionale dei vizi dell'aggiudicazione conosciuti dopo la sua comunicazione è sempre garantita dalla proponibilità dei motivi aggiunti.»

Il termine di impugnazione (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 12 aprile 2020, n. 2215)

«Sulla questione della decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che: a) con la sentenza 8 maggio 2014, sez. V (causa C - 161/13), ha evidenziato che i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici sono efficaci solo se *“...i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino solo a decorrere in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione...”* e che la possibilità di proporre motivi aggiunti *“...non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela valida effettiva”*; b) con l'ordinanza 14 febbraio 2019, sez. IV (causa C 54 – 18), in tema di compatibilità con i principi eurounitari del rito super accelerato ex art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., ha osservato che *“la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consentono di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665”*, aggiungendo che tale obiettivo può essere conseguito *“...soltanto se i termini prescritti ...iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente avvia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di disposizioni”*, ciò anche per garantire l'effettività del controllo giudiziario, non mancando di sottolineare che è rimesso al giudice nazionale la valutazione in concreto della possibilità per il ricorrente di aver conoscenza dei motivi di illegittimità del provvedimento.»

Sospensione, annullamento, revoca in autotutela (Consiglio di Stato, Sez. V del 9.3.2015)

«In materia di contratti pubblici, l'amministrazione può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l'aggiudicazione se sussiste l'interesse pubblico alla eliminazione di atti illegittimi o non più rispondenti all'interesse pubblico medesimo, salvo naturalmente il rispetto dei principi di correttezza.»

Sospensione, annullamento, revoca in autotutela secondo l'ANAC

Delibera 400 del 5 aprile 2017:

Alle pubbliche amministrazioni è sempre riconosciuto il potere di sospendere, revocare e/o annullare le procedure di gara in presenza di determinate condizioni previste dalla legge e seguendo uno specifico procedimento che ne garantisca la correttezza e la trasparenza. Pertanto, non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o annullamento di una gara allorché questa non risponda più alle esigenze dell'Ente e sussista un interesse pubblico, concreto e attuale all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dei partecipanti nei confronti dell'Amministrazione; tale potere, già previsto dalla disciplina di contabilità generale dello Stato, che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113 R.D. 23 maggio 1924 n. 827), trova il proprio fondamento nel **principio generale dell'autotutela della Pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica**. Parimenti indiscutibile è che l'amministrazione, qualora decidesse di adottare un provvedimento in autotutela, lo dovrà fare fondando il proprio giudizio non sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma dando conto, nella **motivazione**, della sussistenza di un **interesse pubblico concreto ed attuale** alla rimozione dell'atto.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE.
Per chiarimenti contattare:
segreteriavaleriani@partners.it

Prof.ssa Avv. Elisa Valeriani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Studio Legale Valeriani & Partners
avv.valeriani@valerianipartners.it