



Normativa Regolamenti

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DECRETO 15 OTTOBRE 2012, N. 209 - Regolamento recante: «Regole tecniche per l'adozione nel processo civile e penale delle tecnologie dell'informazione e comunicazione - modifiche al decreto ministeriale 21 febbraio 2011, n. 44». (G. U. n. 284 del 5 Dicembre 2012)

DISEGNO DI LEGGE recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2013)" - (testo approvato dalla Camera dei Deputati il 22 novembre 2012 e trasmesso al Senato il successivo 26 novembre).

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA SEMPLIFICAZIONE - DECRETO 19 novembre 2012 - Programma 2012-2015 per la riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle amministrazioni pubbliche nelle materie di competenza statale. (GU n. 280 del 30-11-2012)

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 30 agosto 2012 - Autorizzazione al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ad assumere 60 docenti di I e II fascia per le Accademie e i Conservatori di musica. (GU n. 278 del 28-11-2012)

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - DECRETO 19 novembre 2012, n. 200* - Esenzione dall'IMU per gli enti non commerciali (dopo i pareri del CdS) - Regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 91-bis, comma 3, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e integrato dall'articolo 9, comma 6, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174. (in G.U. n. 274 del 23 novembre 2012; in vigore dall'8 dicembre 2012)

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA - DECRETO 22 ottobre 2012 - Criteri e contingente assunzionale delle Università statali, per l'anno 2012. (Decreto n. 297). (GU n. 273 del 22-11-2012)

MINISTERO DELL'INTERNO - DECRETO 8 ottobre 2012, n. 197 - Regolamento recante norme per l'individuazione

dei limiti di età per l'ammissione ai concorsi pubblici di accesso ai ruoli del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Articoli 5, 22, 41, 53, 62, 88, 98, 109, 119, e 126 del decreto legislativo 13 ottobre 2005, n. 217 (GU n. 272 del 21-11-2012)

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - DECRETO 7 novembre 2012 - Ripartizione, in capitoli ed articoli, delle unità di voto parlamentare disposte dalla legge di approvazione delle disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato e dei bilanci delle Amministrazioni autonome per l'anno finanziario 2012. (12A11961) (GU n. 270 del 19-11-2012 - Suppl. Ordinario n.203)

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO - DECRETO 1 ottobre 2012 - Modificazioni ed integrazioni al decreto 2 aprile 2007, recante: «Determinazione dei diritti sui brevetti e sui modelli, in attuazione del comma 851, dell'articolo 1, della legge 27 dicembre 2006, n. 296». (GU n. 267 del 15-11-2012)

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 26 settembre 2012 - Elenco delle rilevazioni statistiche rientranti nel Programma statistico nazionale, triennio 2011-2013 - Aggiornamento 2012-2013, per le quali per l'anno 2012, la mancata fornitura dei dati configura violazione dell'obbligo di risposta, a norma dell'articolo 7 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322. (GU n. 267 del 15-11-2012)

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 26 settembre 2012 - Elenco delle rilevazioni statistiche rientranti nel Programma statistico nazionale, triennio 2011-2013 - Aggiornamento 2012-2013, per le quali sussiste l'obbligo dei soggetti privati di fornire i dati e le notizie che siano loro richiesti, a norma dell'articolo 7 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322. (GU n. 267 del 15-11-2012)

DECRETO-LEGGE 9 novembre 2012, n. 192 - Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180. (GU n. 267 del 15-11-2012)

Circolari, Comunicati e Direttive

**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA -
CIRCOLARE 3 agosto 2012, n. 8** - Limiti retributivi - art. 23-ter decreto-legge n. 201 del 2011, convertito in legge n. 214 del 2011 - decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 marzo 2012. (GU n. 275 del 24-11-2012)

**MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO - CIRCOLARE
12 novembre 2012, n. 3738** - Attività di valutazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive. (GU n. 272 del 21-11-2012)

ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA - COMUNICATO
- Indici dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, relativi al mese di ottobre 2012, che si pubblicano ai sensi dell'art. 81 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani), ed ai sensi dell'art. 54 della legge del 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica). (GU n. 271 del 20-11-2012)

**GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI -
PROVVEDIMENTO 20 settembre 2012** - Applicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali a seguito delle modifiche apportate dal decreto-legge n. 201 del 6 dicembre 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. (Provvedimento n. 262). (GU n. 268 del 16-11-2012)

**AGENZIA DEL DEMANIO - PROVVEDIMENTO 26
settembre 2012** - Regolamento per l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza dell'Agenzia del demanio, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241. (GU n. 267 del 15-11-2012)

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA - parere 8 ottobre 2012, condiviso dal Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento RGS-IGOP con nota n. 94806 del 9 novembre 2012 - Oggetto: decreto legge n. 95 del 2012 - art. 5, comma 8 - abrogazione della liquidazione delle ferie non godute.

Giurisprudenza

Consiglio di Stato, sez. IV 4/12/2012 n. 6219 - (annulla T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 7851/2012).
Concorso per l'abilitazione alla professione forense - Fase di correzione e valutazione delle prove scritte - Non sussiste l'obbligo di annotazione sugli elaborati o nel

verbale di particolari chiarimenti circa gli errori o le inesattezze giuridiche rilevati - Sufficienza della valutazione espressa in forma numerica - Giudizio di discrezionalità tecnica che non richiede motivazione - Sindacabilità da parte del G.A. nei limiti dell'eccesso di potere.

Il Collegio ha confermato il consolidato orientamento, e la ratio ad esso sottesa, della Sezione (decisioni n. 1229/09, n. 2576/09 n. 5751/09 n. 2094/2010, n. 6762/2010), secondo cui, negli esami di abilitazione alla professione di avvocato, la fase della correzione e valutazione degli elaborati non richiede l'annotazione, né sugli elaborati stessi, né nel verbale delle attività della Commissione, di particolari chiarimenti circa gli errori o le inesattezze giuridiche rilevati.

Tanto sia sulla base della stessa lettera della legge (penultimo comma dell'art. 23 del R.D. n. 37/1934) che prescrive che alla lettura dei "lavori" segue l'assegnazione del punteggio; sia sulla base del principio pacifico secondo cui versandosi in ipotesi di giudizio tecnico-discrezionale questo può, sufficientemente, tradursi in punteggio numerico, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti (v., per tutte, Cons. St., IV, 17 febbraio 2009, n. 855).

La predetta attività, peraltro, evidenzia il Collegio è regolata unicamente dai criteri fissati dalla Commissione di cui all'art. 22 del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 (Cons. St., IV, 22 dicembre 2009, n. 8621) e dalle minuziose indicazioni procedurali dettate dal legislatore per la regolamentazione della fase della valutazione e del giudizio tecnico-discrezionale di competenza della sottocommissione.

È orientamento consolidato, invero, quello secondo il quale *"in materia di esami di abilitazione per l'accesso alla professione forense, allorché si procede con l'attribuzione di un giudizio di valore, come è nella valutazione di un elaborato, non si è nel campo della discrezionalità amministrativa, ma in quello della discrezionalità tecnica, nell'ambito della quale, non sussistendo una scelta fra opposti interessi, non vi è luogo ad una motivazione, che è invece l'espressione tipica della spiegazione di una scelta amministrativa."* (Cons. Stato Sez. IV Sent., 19-10-2007, n. 5468).

Il corretto esercizio della discrezionalità tecnica può essere messo in discussione solo da censure adeguate a dimostrare l'abnormità, l'illogicità, la macroscopica irrazionalità del giudizio di insufficienza espresso, la superficialità, incompletezza, incongruenza, e manifesta disparità, emergenti dalla stessa documentazione.

Consiglio di Stato sez. V 30/11/2012 n. 6111
Procedura di gara - Polizza fideiussoria- Appendice integrativa priva di autentica notarile- Mancanza di un elemento essenziale - Inammissibilità integrazione successiva

Il Consiglio di Stato punta l'attenzione sull'appendice alla polizza fideiussoria presentata da una concorrente, "resasi necessaria per far coincidere il relativo termine di durata con le prescrizioni della legge di gara successivamente allo slittamento del termine di presentazione delle offerte", che risulta nello specifico documento "privo di autentica notarile. (...) Lo spostamento dei limiti temporali di durata incide, modificandoli, quelli originariamente previsti, cosicché, per il principio di equivalenza delle forme negoziali, un contratto, ancorché meramente accessorio o modificativo di altro, deve possedere i medesimi requisiti formali di quest'ultimo.

Tale rilievo conduce anche ad escludere che a fronte di tale situazione la stazione appaltante avrebbe dovuto soccorrere ex art. 46 d.lgs. n. 163/2006 l'offerente. Ciò infatti avrebbe determinato, in violazione della par condicio, una inammissibile integrazione ex post di un documento mancante di un elemento essenziale.

A questo specifico riguardo può essere richiamato, per analogia, l'art. 1325, n. 4, cod. civ., che fa assurgere ad elemento essenziale del contratto la forma quando questa è imposta a pena di nullità dalla legge. Il ragionamento analogico si fonda in questo caso sui noti requisiti di certezza ed affidabilità cui si devono conformare i documenti e le dichiarazioni presentate in sede di procedure di affidamento di contratti pubblici, a sua volta rispondenti ad esigenze di ordine imperativo di affidabilità dell'offerta, cui si correla, quale conseguenza necessaria, la sanzione dell'esclusione".

Consiglio di Stato sez. V 30/11/2012 n. 6117

Procedura di gara - Offerta anomala- Giustificazioni - Limiti - Immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far "quadrare i conti" - È inammissibile

Il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere, ma mira piuttosto a verificare la serietà di un'offerta consapevole già formulata ed immutabile, con conseguente inammissibilità di quelle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta che invece non è stata adeguatamente meditata, risultano tardivamente finalizzate ad un'allocazione dei costi diversi rispetto a quella originariamente indicata.

Né, per le stesse ragioni, deve ritenersi consentita l'immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far "quadrare i conti", al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo. Del resto, nel giudizio di congruità dell'offerta, esplicazione paradigmatica di valutazioni tecniche e perciò sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta in relazione

alla quale si registri una trasmigrazione dei costi da una voce all'altra (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2011 n. 5098).

**Consiglio di Stato Adunanza plenaria 29/11/2012 n. 36
Procedura di gara - criterio offerta economicamente più vantaggiosa - offerte anomale - verifica soggetto competente - è il responsabile del procedimento - competenza della commissione giudicatrice - non sussiste - ragioni**

Nelle gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione giudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento.

Nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è infatti condivisibile che si individui nella commissione giudicatrice, e non nel rup, l'organo competente in via esclusiva per qualsiasi attività valutativa (e, quindi, anche per quelle connesse alla verifica di congruità delle offerte). Nella formulazione testuale della disposizione di cui al comma 1-bis art. 88 d.lgs. 163/06 ss.mm.ii. non è dato rinvenire traccia espressa di un'ipotetica circoscrizione della previsione alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso, o comunque di una loro differenziazione di regime per quanto qui interessa rispetto alle gare da aggiudicare col prezzo economicamente più vantaggiosa. La commissione giudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto.

Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione. Mentre alla stregua dell'art. 84 del Codice la commissione è chiamata – come già evidenziato – soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili.

TAR Abruzzo Pescara sez. I 29/11/2012 n. 512

1. Procedura di cottimo fiduciario - applicazione principi

generali - ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 83 e 84 dlgs. 163/2006

2. Procedura di cottimo fiduciario - ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - commissione giudicatrice - ricorso a membri esterni - presuppone motivazione in ordine ad assenza di figure professionali interne - individuazione membro esterno - applicazione art. 84, c.8, dlgs. 163/2006 - va disposta - nomina diretta di professionista esterno privo dei requisiti di esperienza decennale e non iscritto nell'elenco predisposto dalla s.a - illegittimità

1. Il cottimo fiduciario con procedura negoziata, le cui acquisizioni avvengono mediante affidamento diretto a terzi (artt. 3, comma 40°, e 125, comma 4°, cod. con.), non esclude affatto l'applicazione dei principi generali contrattuali (legalità, trasparenza e parità di trattamento: A.P. n. 26/2012), e, quando l'Amministrazione utilizza il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 cod. con.), la stessa deve uniformarsi alle relative regole del codice degli appalti pubblici (C.S., V, n. 1082/2011 e n. 2251/2012).

2. La necessità di ricorrere a soggetti estranei all'Amministrazione come commissari richiede idonea motivazione sull'assenza di figure professionali interne; inoltre il professionista esterno deve essere selezionato in base ad un elenco presente presso l'Ordine professionale e non nominato direttamente.

Consiglio di Stato sez. IV 28/11/2012 n. 6026

Procedura di gara - Bando di gara- Lettera di invito- Contrasto- Prevalgono le previsioni del bando di gara- Ipotesi di esclusione ulteriori previste dalla lettera di invito- Sono illegittime

Va (...) richiamato il noto indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2011, nr. 4981; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, nr. 4278). Tale principio va inteso non solo nel senso dell'impossibilità che la lettera possa derogare alle previsioni del bando, che costituisce la *lex specialis* della procedura selettiva, ma anche nel senso dell'impossibilità - specie in un sistema dominato dalla tassatività ed eccezionalità delle previsioni di esclusione - che attraverso la lettera d'invito possano essere introdotte ipotesi di esclusione ulteriori o più rigorose rispetto a quelle contenute nel bando.

TAR Lazio Roma sez. I 28/11/2012 n. 9883

Giustizia amministrativa - risarcimento del danno - danno curriculare - natura e caratteri - specificazione del danno da perdita di chance - risarcibilità

In linea di massima, deve ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa

rivendicare anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2011 n. 1681; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253; sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 20; sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144; sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2680; sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491; sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3723; nonché T.A.R. Lazio, sez. III, 2 febbraio 2011 n. 974 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010 n. 3).

E infatti, come la Sezione ha già avuto modo di osservare, tale voce di danno, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici; e, più in particolare, al fatto stesso dell'esecuzione di uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l'impresa stessa si riprometta di ricavare per effetto del corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, in quanto idonea ad accrescere la capacità competitiva sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicazione di ulteriori e futuri appalti: l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va infatti oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti.

Consiglio di Stato sez. VI 27/11/2012 n. 5997

Appalti pubblici - Contratti ad esecuzione periodica o continuativa - Inserzione automatica della clausola di revisione - Ipotesi di invarianza dei prezzi contrattuali - Discrezionalità nel quomodo

L'art. 115 del Codice dei contratti pubblici dispone che:
a) "tutti" i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture "debbono" contenere una clausola di revisione periodica del prezzo;
b) la revisione "viene operata" sulla base di un'istruttoria fondata sui dati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c), e comma 5 - del d.lgs. 163 del 2006;

- viene perciò stabilita una sequenza che vede come obbligatoria non soltanto l'inserzione automatica della clausola di revisione ma anche la sua applicazione, non avendo peraltro senso disporre per legge una norma integrativa del contratto, non dispositiva ma cogente, per poi consentire che resti disapplicata poiché non viene operata la revisione durante l'esecuzione del contratto, vanificando così l'effettività dell'inserzione automatica della clausola; - la revisione deve essere perciò sempre operata con la necessaria attivazione del relativo procedimento, pur potendosi concludere per l'invarianza dei prezzi contrattuali se a ciò conduca l'istruttoria,

conseguendo da ciò che la revisione non è discrezionale nell'an pur se lo sia nel quomodo;

- l'istruttoria alla base del procedimento con cui "viene operata" la revisione è a sua volta basata, per lo stesso art. 115, direttamente e soltanto sui dati di cui all'art. 7, per cui, in conclusione: l'inserzione automatica della clausola contrattuale di revisione del prezzo comporta la sua necessaria applicazione; questa deve essere basata sulla detta istruttoria, che deve perciò essere stata eseguita; ciò richiede l'altresì necessaria attuazione del presupposto dell'istruttoria consistente nella determinazione annuale dei costi standardizzati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c), commi 5, 5-bis e 6; - né, essendo questa sequenza prescritta per legge, vi si possono opporre la pur indubbia complessità della sua attuazione amministrativa, volta presumibilmente ad assicurare, nell'intento del legislatore, la più compiuta ponderazione di una complessa rilevazione di dati, ovvero la sua sostituibilità con l'applicazione di un diverso indice, che, seppure utile in via surrogatoria nelle more dell'attuazione del procedimento di legge, non è stato dalla legge stessa evidentemente ritenuto adeguato per la regolazione della fattispecie;

- ciò in quanto "La previsione di un meccanismo di revisione del prezzo di un appalto di durata su base periodica dimostra, quindi, che la legge ha inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo che, a cadenze determinate, comporti la definizione di un "nuovo" corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto riferito alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale di riferimento, con beneficio di entrambi i contraenti, poiché l'appaltatore vede ridotta, anche se non eliminata, l'alea propria dei contratti di durata, e la stazione appaltante vede diminuito il pericolo di un peggioramento di una prestazione divenuta onerosa" (Cons. Stato, III, 19 luglio 2011, n. 4362).

TAR Sicilia Catania sez. I 23/11/2012 n. 2730

Procedura di gara - Requisiti generali - Obbligo di dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) per i soci di un'impresa concorrente nel caso in cui il capitale sociale sia diviso al 50% tra due soci- Sussistenza - Ragioni - Richiamo all'art. 2479 bis comma 3 del codice civile- Potenziale facoltà del socio al 50% di assumere tutte le decisioni connesse al funzionamento e alla gestione dell'impresa

L'art. 4 del D.L. 70/2011 (convertito in legge n.106 del 12 luglio 2011) ha introdotto l'obbligo per le società di capitali di rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti morali da parte del "... socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci..".

Il Tar afferma che "il punto centrale della questione è costituito, pertanto, dalla corretta applicazione della disposizione sopra citata nel caso in cui il capitale sociale

sia diviso al 50% tra due soci. La questione - già affrontata dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con determina del 16 maggio 2012 numero 1 nel senso che le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice dei contratti devono essere rese dai "due soli soci i quali siano in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione azionaria" - è stata recentemente esaminata dal Consiglio di Stato, nella sentenza 30 agosto 2012 numero 4654, ove è stato rilevato che il socio titolare del 50% del capitale è in grado di fare valere la propria posizione nella direzione e gestione dell'impresa e che pertanto è tenuto alle dichiarazioni previste dall'art. 38 comma 1, lettere b) e c) del D.Lgs. 163/2006.

Tale conclusione viene fondata, peraltro, sul richiamo all'art. 2479 bis comma 3 del codice civile, secondo cui l'assemblea è validamente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta dei presenti; mentre, per alcune decisioni più rilevanti (modifica atto costitutivo; modifiche oggetto sociale), delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale. Inoltre, il Consiglio di Stato rileva che dal quadro complessivo della normativa in materia di poteri gestori riconducibili al titolare del 50% del capitale sociale fatto è ragionevole ritenere che il socio al 50% sia potenzialmente in grado di assumere tutte le decisioni connesse al funzionamento e alla gestione dell'impresa, e che pertanto sia soggetto alle disposizioni concernenti il possesso dei requisiti di affidabilità morale. Questa Sezione, che non rileva motivi per discostarsi dal condivisibile precedente, ritiene, inoltre, che tale interpretazione della norma sia l'unica che in un'ottica sostanzialistica garantisca un'uniforme, imparziale e non elusiva applicazione delle norme sul possesso dei requisiti di moralità, la cui ratio risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità dell'operatore economico che stipulerà il contratto con la stazione appaltante.

TAR Lazio Roma sez. III 23/11/2012 n. 9686

Procedura di gara - Lex specialis - Ipotesi in cui non richiede l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. 163 del 2006 per i rappresentanti delle imprese cedute, incorporate o fuse nel triennio precedente alla pubblicazione del bando- Omissioni riferite a tali soggetti- Non determinano l'esclusione

Nella fattispecie "la legge di gara non richiedeva espressamente di rendere le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/08 anche da parte dei rappresentanti delle imprese cedute, incorporate o fuse nel triennio precedente alla pubblicazione del bando, limitandosi a richiederle per le concorrenti e/o le imprese designate quali esecutrici di prestazioni (...); tale conclusione è avallata da quanto stabilito recentemente dall'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato (sent. 7.6.2012, n. 21), secondo la quale, pur individuandosi il principio generale per cui l'obbligo di rendere le richieste dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 sussiste anche nei confronti di amministratori e direttori tecnici che hanno operato presso società incorporate o fusesi nell'ultimo triennio o anche cessati (per questi ultimi già Ad Plen. 4.5.2012, n. 10) dalla relativa carica in detto termine (divenuto annuale dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70/11), salva facoltà di comprova di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, nel contesto di oscillazioni e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti fino a tali Plenarie n. 10/12 e 21/12, può disporsi legittimamente l'esclusione dalla gara per omissioni riferite a tali soggetti solo ove risulti reso esplicito dal bando e dalla legge di gara tale onere di dichiarazione e conseguente causa di esclusione e, in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali risulta omessa la dichiarazione hanno effettivamente pregiudizi penali".

Consiglio di Stato sez. VI 22/11/2012 n. 5936
Procedura di gara - Diritto di accesso - Affidamento di servizi - Richiesta di accesso agli atti da parte di società non partecipante alla gara - Requisito di rigida necessità, e non mera "utilità", del documento cui si chiede di accedere - Sussiste.

Non sussiste l'interesse legittimante l'esercizio del diritto di accesso per la società che non ha partecipato alla gara ai cui atti richiede di accedere. Neppure ha rilievo il mero interesse strumentale alla rinnovazione della gara asserito soltanto in quanto operatore del settore. Mancano dunque i presupposti di attualità, concretezza e adeguata motivazione dell'interesse richiesti dalla legge risultando l'istanza, di conseguenza, diretta ad una generica attività informativa sull'operato della società. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha infatti chiarito che, per l'applicazione del comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241/1990 "Occorre...la dimostrazione di una rigida "necessità" e non mera "utilità" del documento" cui si chiede di accedere "Tanto più nei casi in cui l'accesso sia esercitato non già in relazione agli atti di un procedimento amministrativo di cui il richiedente è parte, ma in relazione agli atti di procedimenti amministrativi rispetto ai quali il richiedente è terzo", non configurandosi, di conseguenza, la posizione legittimante quando "i documenti richiesti non sono necessari per la difesa in giudizio ma solo utili per articolare la difesa in giudizio secondo una particolare modalità, ossia per articolare una particolare censura" (Sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 117), configurandosi altrimenti, si deve aggiungere, la fattispecie del mero controllo generalizzato dell'attività amministrativa precluso dall'articolo 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990. Né l'accesso può riconoscersi nel caso in esame

per il solo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara indetta, non sussistendo una regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso -con esercizio perciò dell'accesso a fini di cura o difesa di interessi giuridici collegati- basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara, salvo i casi del contrasto in radice della scelta della stazione appaltante di indire la procedura, dell'affidamento senza gara e della previsione nel bando di una specifica e lesiva clausola escludente, casi nella specie non provati (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 4 del 2011).

Consiglio di Stato sez. V 21/11/2012 n. 5900
Procedura di gara - Subappalto - Subappalto necessario ai fini della qualificazione - Obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore - Applicazione anche se non richiamato espressamente dal bando di gara

Nel caso in cui "il subappalto consente di supplire alla mancanza di un requisito di partecipazione, il nominativo del subappaltatore doveva essere indicato già al momento della presentazione della domanda di partecipazione. (...) Invero, l'orientamento giurisprudenziale prevalente afferma giustappunto che "la previsione di cui all'art. 118, secondo comma, del codice degli appalti debba essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione" (da ultimo C. di S., VI, 2 maggio 2012, n. 2508; nello stesso senso V, 20 giugno 2011, n. 3698; implicitamente, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; IV, 12 giugno 2009, n. 3696, che escludono conseguenze a carico dell'appaltatore il quale non identifichi il subappaltatore nel caso in cui egli sia autonomamente legittimato a svolgere le prestazioni richieste). Il ragionamento opposto a quello appena riassunto si fonda sul principio di tipicità delle cause di esclusione dai pubblici appalti, che escluderebbe la possibilità di impedire la partecipazione ad una gara sulla base di un presupposto non esplicitamente disciplinato dal bando. La tesi, seguita dal primo giudice, non può essere condivisa. Osserva in primo luogo il Collegio come la normativa di gara debba sempre essere integrata dalle

norme di legge direttamente applicabili anche se non espressamente richiamate (C. di S., V, 13 maggio 2011, n. 2890; C.G.A., Sezione giurisdizionale, 29 luglio 2005, n. 487). Giova soggiungere anche come le gare d'appalto siano aperte a soggetti professionali, che quindi non possono addurre quale scusante l'ignoranza di disposizioni che regolano la loro attività quotidiana".

Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trento 21/11/2012 n. 339

Contratti pubblici- Principio di rotazione- Applicazione - Non comporta l'obbligo di chiamata del precedente aggiudicatario ad ogni riedizione della procedura comparativa

Quanto al principio di rotazione, occorre precisare che la sua applicazione, se pur non esclude la facoltà dell'Amministrazione di invitare a successive gare il precedente affidatario del servizio, tuttavia esso non si converte affatto nell'obbligo di chiamata del precedente aggiudicatario ad ogni riedizione della procedura comparativa (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 28.12.2011, n. 6906).

Più precisamente, sull'applicazione del principio in esame la più recente giurisprudenza amministrativa ha affermato:

- che esso "non collide con il principio di trasparenza, costituendo all'opposto attuazione del principio di pari opportunità tra gli operatori " (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 30.4.2010, n. 1672);

- che detto principio "preclude di riconoscere in capo al precedente gestore di un servizio una pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla procedura indetta per riaffidare lo stesso servizio, ovvero a conoscere le ragioni dell'omesso invito, ed impone invece di osservare il principio opposto, ovvero di motivare in modo congruo nel caso in cui si ritenga di estendergli il nuovo invito" (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19.11.2009, n. 2240);

- che da esso, in altri termini, discende "il superamento del criterio che riconosceva una posizione qualificata in capo al precedente gestore nel caso di successivi affidamenti dello stesso servizio attraverso procedure negoziate, dato che lo strumento della rotazione è coerente con i principi di trasparenza e pari opportunità", per cui " la scelta di non estendere l'invito all'impresa già affidataria di un precedente contratto non esige una puntuale motivazione" (cfr., T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 30.7.2010, n. 7142);

- che quando vi sono imprese che hanno già svolto analoghi lavori o servizi sulla base di procedure negoziate "l'Amministrazione aggiudicatrice può legittimamente decidere di favorire l'ingresso di altri soggetti escludendo dagli inviti, per un certo periodo, gli affidatari pregressi" (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 21.1.2011, n. 137);

- che la rotazione, se "può essere applicata non solo ai precedenti affidatari ma anche ai soggetti che abbiano partecipato alle procedure negoziate senza conseguire l'appalto" (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 21.1.2011, n. 137), indubbiamente ha come suo diretto e principale destinatario il precedente aggiudicatario;

- in definitiva, che il principio di rotazione "distribuisce il confronto tra gli operatori economici su un piano intertemporale, evitando la formazione di rendite di posizione e conseguendo così un'effettiva concorrenza" (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19.7.2012, n. 1370).

Consiglio di Stato sez. III 20/11/2012 n. 5882

Contratti pubblici – Procedure di affidamento – Partecipazione da parte di soggetti senza scopo di lucro – Ammissibilità – Condizioni.

È orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che la normativa comunitaria e nazionale consenta anche a soggetti senza scopo di lucro di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici alla condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria, giacché l'assenza di fini di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti "operatori economici", potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 agosto 2010 n. 5815 e 26 agosto 2010 n. 5956).

Invero, secondo l'art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE "i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Conformemente, per gli artt. 3, co. 19 e 22, e 34, co. 1, lett. a), del codice dei contratti, l'imprenditore, fornitore o prestatore di servizi, rientranti nella definizione di "operatore economico", è "una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica (...), che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" ed è ammesso nel novero dei soggetti che possono partecipare alle anzidette procedure. D'altro canto, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'assenza dello scopo di lucro non impedisce la qualificazione di un soggetto come imprenditore e non ne giustifica l'esclusione dalla partecipazione alle gare a priori e senza ulteriori analisi, atteso che la normativa comunitaria, segnatamente la direttiva 2004/18/CE, osta all'esclusione di concorrenti dall'aggiudicazione di appalti pubblici per il solo motivo che essi non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di

persone giuridiche, non avendo inteso restringere la nozione di "operatore economico che offre servizi sul mercato" unicamente agli operatori che sia dotati di un'organizzazione d'impresa né introdurre limitazioni a monte in ragione dell'organizzazione interna dell'operatore stesso, bensì mirando all'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile sia nell'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, sia dell'interesse della stessa stazione appaltante. Pertanto, deve ritenersi consentita la partecipazione ad appalti pubblici a soggetti i quali, autorizzati dalla normativa nazionale ad offrire servizi sul mercato, "non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono di una struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato ..."; con la conseguenza che la normativa nazionale dev'essere interpretata in senso a ciò conforme e, all'occorrenza, disapplicata (cfr. Corte giustizia CE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, causa C. 305/08).

Inoltre, circa le onlus la giurisprudenza nazionale ha affermato che esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 185 e 16 giugno 2009 n. 3897, nonché V, 25 febbraio 2009 n. 1128).

Consiglio di Stato sez. V 19/11/2012 n. 5846

Procedura di gara - offerte anomale - subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta - fase intermedia - richiesta di precisazioni da parte della s.a. - finalità - individuazione - fase necessaria - non surrogabile dalla maggiore estensione della fase conclusiva del subprocedimento

L'andamento del subprocedimento di verifica della congruità deve svilupparsi -almeno tendenzialmente- secondo un iter di progressivo approfondimento.

Il passaggio intermedio reso obbligatorio ha la duplice funzione pratica di attribuire all'impresa un'ulteriore occasione di meditata interlocuzione scritta, e di permetterle di preparare in tutta consapevolezza la decisiva fase conclusiva della convocazione.

Più articolatamente:

- la richiesta di precisazioni da parte dell'Amministrazione vale a far conseguire nitidezza di contorni alle perplessità da essa nutrite sulla sostenibilità economica dell'offerta;
- la resa delle precisazioni, a sua volta, attribuisce all'impresa una possibilità in più di vedere favorevolmente definita la propria posizione, potendo essa inoltre rimediare anche alle mancanze e ai possibili difetti d'impostazione delle giustificazioni già presentate.

Questo passaggio intermedio, infine, permette anche la migliore preparazione dell'eventuale fase orale finale. L'offerente viene così posto nelle migliori condizioni per approntare e svolgere i propri argomenti difensivi, avuto riguardo agli esatti specifici profili della propria offerta rivelatisi effettivamente critici.

Consiglio di Stato sez. V 19/11/2012 n. 5851

Procedura di gara - Giustificazioni preventive - Clausola della lex specialis che richiede la presentazione di giustificazioni preventive ulteriori- È legittima- Risponde a finalità di garanzia di serietà dell'offerta

Non vi è ragione di discostarsi dal consolidato e condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui è da considerarsi legittima una clausola della lex specialis che richieda la presentazione di giustificazioni preventive, ulteriori rispetto a quelle indicate negli articoli 86 e 87 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in quanto essa non contrasta con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria, rispondendo anche a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura di gara e di garanzia di serietà dell'offerta (scongiorando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo ex post, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione dell'offerta, in quanto solo l'offerente che abbia esposto con completezza i costi delle singole voci che compongono la lavorazione, dimostra di avere una piena consapevolezza dell'impegno che assume presentando l'offerta, C.d.S., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3925; sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1348), così che non comporta un onere documentale incongruo ed eccessivo (C.d.S., 8 settembre 2010, n. 6518).

Consiglio di Stato sez. V 15/11/2012 n. 5780

Procedura di gara - dichiarazioni sui requisiti generali - impresa consorziata designata per l'esecuzione - carenza di espresso obbligo nella lex specialis - soccorso istruttorio - va disposto

Visto che l'obbligo di produrre la documentazione relativa ai requisiti generali e di qualificazione in capo alle imprese consorziate chiamate all'esecuzione delle prestazioni pattizie non è contemplato da un'esplicita disposizione di legge ma trova fondamento nella condivisibile opera interpretativa della giurisprudenza che si è consolidata in tempi recenti, in questo quadro è suscettibile di condivisione l'assunto secondo cui il temperamento fra l'esigenza di svolgere un rigoroso controllo sul possesso dei requisiti da parte dei soggetti a vario titolo chiamati all'esecuzione del contratto e quella garantista, che risponde all'idea di non comminare drastiche esclusioni dalla procedura di gara per la violazione di un precetto che l'impresa partecipante non è in condizione di rinvenire né nel bando né nella formulazione letterale della legge, può essere assicurato con l'esercizio, da

parte della stazione appaltante, del potere/dovere di richiedere al concorrente l'integrazione della documentazione di gara sotto il profilo mancante.

Corte dei Conti - Sezione giurisdizionale della Basilicata - Sentenza n.165 del 15 ottobre 2012

Rimborso delle spese legali agli amministratori assolti in procedimento penale - applicabilità del disposto dell'art.67 del DPR n.268/1987.

La sezione esclude la legittimità dell'assunzione a carico del bilancio dell'ente comunale del rimborso delle spese legali in favore di un assessore coinvolto in un procedimento penale per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del suo ufficio, con ciò uniformandosi all'orientamento della Corte di Cassazione che aveva ritenuto non applicabile, alla stessa fattispecie, la disciplina in tema di mandato (Cassazione Sezione I, 24 maggio 2010 n.12645), e richiamando l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale che ha operato una netta distinzione tra la figura dei dipendenti e quella degli amministratori (sentenza 8 -16 giugno 2000 n.197) per frane discendere la necessità della *interpositio legislatoris*. Il richiamo all'analogia risulta correttamente evocabile quando emerga un vuoto normativo nell'ordinamento,

vuoto che nella specie non è configurabile. L'art.1720 c.c. non risulta, secondo la Sezione, applicabile perché le spese di difesa non sono legate all'esecuzione del mandato da un nesso di causalità diretta, collocandosi tra i due fatti un elemento intermedio, dato dall'elevazione di un'accusa poi rivelatasi infondata

Corte dei Conti - Sezione giurisdizionale della Puglia - Sentenza n. 787 del 14 giugno 2012

Rimborso delle spese legali agli amministratori assolti in procedimento penale - applicabilità del disposto dell'art. 67 del DPR n.268/1987 (di segno opposto alla precedente).

La sezione ha affermato la rimborsabilità delle spese legali degli amministratori comunali assolti in un procedimento penale, sulla base dell'interpretazione estensiva dell'art. 67 del DPR n. 268/1987 e dell'assimilazione degli amministratori locali ai mandatari (c.d. *analogia legis*) con applicazione diretta, alla fattispecie, dell'art.1720 del codice civile nella parte in cui dispone che il mandante deve inoltre risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa dell'incarico.