

Fondamentali in materia di contratti della Pubblica amministrazione

Autore: Laura Facondini

In: Diritto amministrativo

Come noto la Pubblica amministrazione anche quando ricorre allo strumento negoziale deve necessariamente far emergere le ragioni poste alla base della decisione e le finalità pubbliche perseguite.

Pertanto, si distinguono due fasi. In primo luogo, la fase di cui si occupa il diritto amministrativo (la procedura di evidenza pubblica), in secondo luogo, la fase successiva alla conclusione del contratto, la quale è disciplinata dal diritto civile.

La disciplina degli appalti è oggi ampiamente regolata dal diritto europeo, poichè tale materia ha una forte incidenza sul funzionamento del mercato comune.

La disciplina degli appalti nel diritto europeo

La finalità della disciplina europea è principalmente quella di garantire che **l'attribuzione di vantaggi economici avvenga sulla base del rispetto dei principi di libertà di iniziativa economica.**

Le direttive si occupano di una categoria specifica di contratti, ovvero quelli aventi un importo sopra le soglie europee. Tuttavia, anche nel caso di contratti sotto soglia non si può affermare che l'ordinamento europeo non se ne occupi, ma solo che ad essi viene riconosciuta tutela meno intensa.

E allora quali contratti devono essere conclusi tramite gara? Tutti quelli che attribuiscono vantaggi economici.

Se il contratto attribuisce un vantaggio, allora occorre osservare un nucleo minimo di garanzie. Anche se non si applicano le direttive, tuttavia, occorre rispettare alcuni principi desumibili dal diritto europeo e nazionale a tutela della concorrenza.

Per tali motivi occorre applicare almeno i principi fondamentali. Tali principi vanno rispettati in tutti i casi in cui vi è un'occasione di vantaggio.

In linea con tale ratio, di tutela del mercato e della concorrenza, la disciplina europea si è spinta oltre, ha disciplinato oltre alle concessioni di servizi quelle demaniali. Infatti, anche la concessione del bene

demaniale attribuisce un vantaggio, pertanto anche il provvedimento di concessione demaniale interferisce sul principio di tutela della concorrenza ed allora non è possibile prorogare la concessione per sempre. Tale bene continuerebbe a perpetuare un vantaggio ad un solo soggetto.

Pertanto, occorre procedere attraverso gara ogni volta che si metta in qualche modo "in pericolo" il mercato.

La giurisdizione esclusiva in materia di appalti

L'articolo 133, comma 1, lett.e, n.1 del D.lgs. 104/2010 prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento, restando devolute al giudice ordinario quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto.

Il dibattito sulla giurisdizione del giudice amministrativo o ordinario circa la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è stata risolta, come noto e come previsto dall'articolo 133, comma 1, lett.e, n.1 del D.lgs. 104/2010, nel senso di annoverare la stessa nella **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**.

Includere le controversie sulla sorte del contratto nella giurisdizione esclusiva ha un'importante funzione, poichè se non vi fosse materia di giurisdizione esclusiva tali controversie spetterebbero al giudice ordinario.

Leggi anche:"L'ANAC e gli obblighi di trasparenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019"

Impugnabilità del bando

Altra questione importante in materia di appalti è quella dell'**impugnabilità delle clausole del bando**.

La regola generale è quella secondo la quale l'impugnazione del bando può avvenire solo **congiuntamente al primo atto lesivo**.

È possibile impugnare solo quando vi sia una lesione concreta degli interessi del partecipante alla procedura di gara. È possibile impugnare solo ciò che lede in modo concreto gli interessi del partecipante, non invece ciò che lede solo eventualmente.

Solo con il primo atto pregiudizievole per il partecipante, come per esempio l'aggiudicazione, vi è interesse concreto ad impugnare.

Tale regola trova tuttavia **l'eccezione nel caso delle clausole escludenti o troppo generiche, indeterminate**. Se la clausola è escludente può impugnare anche chi non ha presentato le domande.

Requisiti del bando di gara

La possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.

I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali".

La disciplina dei requisiti assume peculiare rilevanza poichè vengono in gioco interessi contrapposti, da un lato la concorrenza, il principio di massima partecipazione alle gare, dall'altro il rispetto dei principi della tutela dell'affidamento e di certezza del diritto.

L'avvalimento

L'avvalimento è l'istituto che consente agli operatori economici privi di alcuni requisiti previsti dal bando di gara di essere ammessi alla gara avvalendosi dei requisiti di altro soggetto.

Tale istituto, di derivazione europea, consente di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico finanziario tecnico e organizzativo.

La disciplina è contenuta nell'**articolo 89 del Codice appalti**.

L'ambito di applicazione è piuttosto ampio poichè l'avvalimento è utilizzabile per sopperire alla mancanza

di requisiti prescritti per partecipare alle procedure di affidamento economici finanziari tecnici organizzativi o attestazioni di certificazioni SOA.

Si tratta di un contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'ausiliata a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Tale istituto, di derivazione europea, consente la più ampia partecipazione degli operatori economici. Tale istituto, è stato visto inizialmente "con diffidenza" dal legislatore italiano.

Generalmente il contratto di avvalimento è **singolo**. Intercede pertanto tra due soggetti: l'impresa ausiliata (che necessita dei requisiti per partecipare alla gara) e l'impresa ausiliaria (che possiede i requisiti e li mette a disposizione dell'impresa ausiliata per la durata dell'appalto)

Talvolta, l'avvalimento può essere **plurimo**. Pertanto l'impresa ausiliata può avvalersi di più imprese ausiliarie.

Non è invece ammesso l'avvalimento **c.d. a cascata**. Pertanto l'impresa ausiliaria non può avvalersi a sua volta di altra impresa ausiliaria.

L'avvalimento **frazionato**, invece, è ammesso. Si tratta dell'ipotesi in cui l'impresa ausiliata per soddisfare i requisiti previsti dal bando si avvale di più imprese ausiliate, le quali non possiedono i requisiti singolarmente ma soltanto nel loro insieme.

Il **Consiglio di Stato nella sentenza n. 2183 del 10 aprile 2018** ha affermato che **in caso di avvalimento frazionato** quello che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di **poter disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto**.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/fondamentali-in-materia-di-contratti-della-pubblica-amministrazione/>