SNA, Roma 9 luglio 2014

Prof. Marcella Gola

La fase propedeutica alla procedura di aggiudicazione: la programmazione nel settore dei servizi e delle forniture e la predisposizione del bando e dei documenti di gara.

Programma della giornata:

- L'attività di programmazione nei lavori pubblici e nei servizi e forniture.
- La determinazione a contrarre.
- Il bando di gara
- Le specifiche tecniche, il capitolato speciale e lo schema di contratto.
- (Il responsabile del procedimento).

Programmazione, nella disciplina della contabilità pubblica:
l. n. 2004/2007, art. 2, commi 569 – 571 (*: v. 3 testo nelle slides successive).

n.b.: ricordare che la legge di contabilità introduce espressamente il principio di **CERTEZZA**, accanto a quello di legalità e a quelli propri dell'attività amministrativa: l'art. 12, comma 1, del r.d. n. 2442/1923 stabilisce infatti che <<I contratti debbono **avere termini e durata certa** e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità da indicarsi nel decreto di approvazione del contratto. Per le spese ordinarie la **durata non può oltrepassare i nove anni**. >>

Parere di Precontenzioso n. 13 del 28/01/2010 - rif. PREC 98/09/L

La scelta della stazione appaltante in merito alla durata del contratto si dovrebbe informare ad una ponderata analisi economica del trade off tra i vantaggi traibili a breve ed a medio/lungo termine dagli affidamenti proiettati in un orizzonte temporale ampio. Se l'obiettivo della stazione appaltante è quello di ottenere i maggiori benefici al "momento della gara" allora i contratti di lunga durata potrebbero permettere di ottenere maggiore rendita all'aggiudicatario grazie all'ottenimento di maggiori ribassi sul prezzo posto a base d'asta. L'operatore economico, infatti, da un lato può giovarsi di maggiori economie di scala e di apprendimento, con benefiche ripercussioni sull'efficienza e sull'economicità della gestione caratteristica dell'impresa e, dall'altro, può improntare una migliore pianificazione degli investimenti, con benefici effetti sulla gestione finanziaria dell'impresa stessa. *(segue)*

Peraltro, gli affidamenti a lungo termine finiscono per vincolare i soggetti pubblici per molto tempo con lo stesso affidatario, aumentando il rischio di lock-in, senza considerare il fenomeno dell'obsolescenza delle tecnologie impiegate nell'erogazione dei servizi o delle metodologie con cui vengono espletati i processi produttivi. Le stazioni appaltanti, in altri termini, rischiano di precludersi la possibilità di rimettere l'operazione sul mercato, avvantaggiandosi dei minori costi ottenibili grazie all'impiego di nuove tecnologie e/o di nuove formule organizzative/gestionali nell'erogazione dei servizi stessi. Ma a tutto ciò si devono aggiungere i possibili effetti sulla concorrenza, in quanto i contratti di maggior durata possono produrre disparità più ampie nelle condizioni di accesso al mercato a causa delle marcate asimmetrie informative tra l'incumbent ed i potenziali concorrenti, interessati ad entrare nel mercato una volta scaduto il precedente contratto.

Deliberazione n. 104 del 24/11/2011 - rif. Se una stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non per questo è autorizzata a procedere (a più riprese) alla procedura negoziata. Le proroghe in questione, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della L. n. 65/2005, (rectius 62/2005) contraddicono al generale principio dell'evidenza pubblica il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici

(*) 569. Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, inviano, entro il 28 febbraio per l'anno 2008 ed entro il 31 dicembre per gli anni successivi, al Ministero dell'economia e delle finanze un prospetto contenente i dati relativi alla previsione annuale dei propri fabbisogni di beni e servizi, per il cui acquisto si applica il codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, conformemente alle modalita' e allo schema pubblicati sul portale degli acquisti in rete del Ministero dell'economia e delle finanze e di Consip Spa. 570. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di Consip Spa, individua, sulla base delle informazioni di cui al comma 569 e dei dati degli acquisti delle amministrazioni di cui al comma 569, per gli anni 2005-2007, acquisiti tramite il sistema di contabilita' gestionale ed elaborati attraverso l'utilizzo di sistemi informativi integrati realizzati ai sensi dell'articolo 1, comma 454, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, indicatori di spesa sostenibile per il soddisfacimento dei fabbisogni collegati funzionalmente alle attivita' da svolgere, tenendo conto delle caratteristiche di consumo delle specifiche categorie merceologiche e dei parametri dimensionali della singola amministrazione, nonche' dei dati di consuntivo.

571. Gli indicatori ed i parametri di spesa sostenibile definiti ai sensi del comma 570 sono messi a disposizione delle amministrazioni di cui al comma 569, anche attraverso la pubblicazione sul portale degli acquisti in rete del Ministero dell'economia e delle finanze e di Consip Spa, quali utili strumenti di supporto e modelli di comportamento secondo canoni di efficienza, nell'attivita' di programmazione degli acquisti di beni e servizi e nell'attivita' di controllo di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286. 572. In relazione ai parametri di prezzo-qualita' di cui al comma 3 dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, il Ministero dell'economia e delle finanze, attraverso Consip Spa, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, predispone e mette a disposizione delle amministrazioni pubbliche gli strumenti di supporto per la valutazione della comparabilita' del bene e del servizio e per l'utilizzo dei detti parametri, anche con indicazione di una misura minima e massima degli stessi. 573. Per raggiungere gli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica, fermo restando quanto previsto dagli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dall'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, *(segue)*

(segue) i soggetti aggiudicatori di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, possono ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza. 574. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dall'articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base dei prospetti contenenti i dati di previsione annuale dei fabbisogni di beni e servizi di cui al comma 569, individua, entro il mese di marzo di ogni anno, con decreto, segnatamente in relazione agli acquisti d'importo superiore alla soglia comunitaria, secondo la rilevanza del valore complessivo stimato, il grado di standardizzazione dei beni e dei servizi ed il livello di aggregazione della relativa domanda, nonche' le tipologie dei beni e dei servizi non oggetto di convenzioni stipulate da Consip Spa per le quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute a ricorrere alla Consip Spa, in qualita' di stazione appaltante ai fini dell'espletamento dell'appalto e dell'accordo quadro, anche con l'utilizzo dei sistemi telematici.

WWW.ECONOMIARIMINI.UNIBO.IT

Nel c.c.p.: art. 11, (Fasi delle procedure di affidamento), co. 1:

<<1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, *se previsti* dal presente codice o dalle norme vigenti.>>. La programmazione è però obbligatoria per il settore dei lavori pubblici già ai sensi dell'art. 14 l. n. 109/94: v. oggi **art. 128 c.c.p.** (v. testo)

(n.b.: dall'inserimento di un'intervento nella programmazione non deriva alcun vincolo per la P.a. nei confronti dei terzi)

v. **relazione in DEF 8 aprile 2014, all. I sui fabbisogni annuali e risparmi conseguiti** (su sito MEF)

L. n. 196/2009, contabilità e finanza pubblica, art. 11 manovra di finanza pubblica:
(la legge di stabilità e la legge di bilancio compongono la manovra di finanza pubblica: v. ora l. n. 243/2012, attuaz. L. cost. n. 1/2012)

L n. 196/2009, contabilità e finanza pubblica, art. 30. (Leggi di spesa pluriennale e a carattere permanente)

1. Le leggi pluriennali di spesa in conto capitale quantificano la spesa complessiva, l'onere per competenza relativo al primo anno di applicazione, nonche' le quote di competenza attribuite a ciascuno degli anni considerati nel bilancio pluriennale; la legge di stabilita' puo' annualmente rimodulare le quote previste per ciascuno degli anni considerati nel bilancio pluriennale, nei limiti ell'autorizzazione complessiva ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera e).

2. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti o comunque assumere impegni nei limiti dell'intera somma indicata dalle leggi di cui al comma 1 ovvero nei limiti indicati nella legge di stabilita'. I relativi pagamenti devono, comunque, essere contenuti nei limiti delle autorizzazioni annuali di bilancio.

Parere di Precontenzioso n. 11 del 12/01/2011 - rif. PREC 291/10/L

L'azione dell'amministrazione conosce dei limiti interni, costituiti dal necessario rispetto dei principi costituzionali ed in particolare dei principi di contabilità pubblica ex art. 81 e di legalità e buon andamento ex art. 97. Pertanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, "il corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed un generale principio di contabilità dello Stato risalente all'art. 81 della Costituzione esigono che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati solo se provvisti di adeguata copertura finanziaria", e tale non può considerarsi il riferimento contenuto in un bando di gara ad un finanziamento solo ipotetico e potenziale. L'amministrazione non avrebbe potuto dar corso ad una procedura ad evidenza pubblica avente quale atto presupposto una determinazione a contrarre non esecutiva per mancanza del visto di regolarità contabile.

Deliberazione n. 10 del 10/04/2014 - rif.

L'autonoma presentazione da parte di un operatore economico di un progetto preliminare, la sua secretazione ad opera dell'amministrazione, il successivo sviluppo del progetto e la stipula del contratto è un iter procedurale che non trova riscontro in alcun modello normativo che disciplina i contratti pubblici, dove la titolarità dell'iniziativa appartiene di norma al committente pubblico, dalla individuazione delle esigenze alla fattibilità dell'intervento, alla sua definizione, alla ricerca del contraente e successiva gestione e controllo della fase realizzativa.

Parere di Precontenzioso n. 32 del 13/02/2014 - rif. PREC 266/13/F

Art. 2, comma 1-bis, del Codice – Obbligo di motivazione in ordine alla mancata suddivisione dell'appalto in lotti funzionali- L'immotivato accorpamento in un unico lotto di gara di prodotti non omogenei tra loro dà luogo alla violazione del comma 1-bis dell'art. 2 del D. Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale le amministrazioni, ove possibile ed economicamente conveniente, e comunque nel rispetto della disciplina comunitaria, devono suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese. In ogni caso, la suddivisione in lotti non deve violare il divieto di frazionamento artificioso dei contratti posto dall'art. 29, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006.

Parere di Precontenzioso n. 32 del 13/02/2014 - rif. PREC 266/13/F La norma di cui all'art. 2 comma 1-bis, significativamente collocata tra i principi che presiedono all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici, esprime tutto il favor del legislatore per il frazionamento degli appalti attraverso una previsione che stabilisce un preciso obbligo di motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti, motivazione che le stazioni appaltanti devono riportare nella determina a contrarre (cfr. Parere AVCP, parere AG 18/12).

Deliberazione n. 47 del 04/05/2011 - rif. VISF/GE/10/67664 Il discriminen tra la fattispecie giuridica dell'appalto e quella della concessione può essere individuato nel fatto che nel contratto di concessione il corrispettivo dell'erogazione del servizio consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio, avendo come vantaggio la possibilità di esigere un prezzo dall'utenza, oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo (v. artt. 3, comma 12 e 30, comma 2, D.Lgs. 163/06; si veda anche l'art. 1, n. 4 della direttiva 2004/18/CE ed, ex multis, Tar Lombardia – Milano, Sez. III, n. 2580/2007). Secondo l'orientamento giurisprudenziale nazionale l'elemento identificativo discriminante è da ravvisarsi nel fatto che nell'appalto di servizi le prestazioni sono rese in favore dell'Amministrazione, mentre nella concessione di servizi s'instaura un rapporto trilaterale, tra l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti. In particolare, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione compensare in toto l'attività svolta dal privato (cfr. TAR Liguria, Sez. II, sentenza n. 39/2009; Cons. St., Sez. V, n. 1623/2009; Cons. St., Sez. V, n. 4270/2007). Alla luce della tradizione giuridica italiana più recente - che preferisce partire dall'analisi della sussistenza di specifici contenuti nel rapporto di concessione, ossia dalla c.d. "trilateralità" del rapporto affidante-affidatario-utente e dall'eventualità di un prezzo da corrispondere nell'erogazione del servizio *(segue)*

…(indipendentemente dalla circostanza che esso sia a pieno carico dell'utenza ovvero parzialmente coperto dalla pubblica amministrazione) - nell'affidamento del servizio di refezione scolastica in esame, pertanto, non può ravvisarsi un vero e proprio appalto, bensì una concessione di servizi atteso che si instaura il rapporto trilaterale anzidetto, sicché, una volta affidata la gestione del servizio, il concessionario agisce in luogo dell'Amministrazione fornendo i pasti a terzi dietro compenso (cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 4890/2009; Cons. St., Sez. VI n.3333/2006). Si deve, comunque, osservare che rispetto all'orientamento giurisprudenziale sopra evidenziato, la Corte Europea e la giurisprudenza comunitaria (cfr. ex multis la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH) riconoscono generalmente il suddetto *discriminen* anche nel **"fattore rischio"** connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività, che nella concessione grava sul soggetto concessionario a fronte della richiesta di un prezzo all'utenza (cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944 rubricata "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori") *(segue)* .

(segue) Con riferimento all'assunzione dell'**alea** da parte dell'affidatario è stato chiarito che "[..] per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario [..]" (CGE sent. del 10.09.2009, n. C-206/2008). Sull'argomento di recente anche la Corte di Cassazione ha osservato che "la linea di demarcazione è netta [..] l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario" (cfr. Cass. S.U., ord. n. 12252/2009). *(segue)*

(segue) Conclusivamente, si osserva che il destinatario ultimo del servizio pubblico è l'utenza, la quale paga un ticket al concessionario, il quale, a sua volta, trattiene il suddetto ticket quale remunerazione del servizio gestito (quindi vi è trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione); inoltre, il valore del servizio non è "predeterminabile, se non in via presuntiva, in quanto condizionato dalla domanda effettiva", pertanto, vi è assunzione del rischio di gestione in capo all'aggiudicatario. In altri termini, il concessionario non è in grado di procedere ad un calcolo preciso del flusso totale di utenti che usufruiranno di fatto del servizio e dunque, in ultima analisi, non è possibile all'affidatario determinare con certezza gli effettivi flussi di cassa derivanti dall'erogazione del servizio.

Deliberazione n. 10 del 10/04/2014 - rif. **L'autonoma presentazione** da parte di un operatore economico di un progetto preliminare, la sua secretazione ad opera dell'amministrazione, il successivo sviluppo del progetto e la stipula del contratto è un iter procedurale che non trova riscontro in alcun modello normativo che disciplina i contratti pubblici, dove la titolarità dell'iniziativa appartiene di norma al committente pubblico, dalla individuazione delle esigenze alla fattibilità dell'intervento, alla sua definizione, alla ricerca del contraente e successiva gestione e controllo della fase realizzativa.

- Deliberazione n. 52 del 16/05/2012 - rif. Fascicolo n. 2570/2011 La predisposizione di capitolati di gara generici, privi di una compiuta declinazione delle clausole rilevanti, delle informazioni necessarie ad una corretta valutazione dei rischi e di meccanismi di sanzione nei confronti dell'aggiudicatario in caso di esecuzione del contratto in modo difforme dalla lex specialis di gara è da ritenersi in violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione, di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006

- Deliberazione n. 52 del 16/05/2012 - rif. Fascicolo n. 2570/2011 Non è conforme ai principi di efficacia e di economicità di cui al Codice dei contratti l'inserimento, senza alcuna giustificazione, nel capitolato di gara, di una clausola che riconosce un diritto indiscriminato di recesso unilaterale a favore dell'aggiudicatario.

- Deliberazione n. 104 del 24/11/2011 - rif. Il capitolato speciale d'appalto di una gara deve contenere gli elementi essenziali per la predisposizione di un'offerta consapevole ed affidabile da parte degli operatori del settore; la mancanza di tali elementi si traduce, di fatto, in una limitazione alla partecipazione alla gara in difformità dei principi comunitari di trasparenza e par condicio

- Parere di Precontenzioso n. 72 del 21/04/2011 - rif. PREC 225/10/S-L d.lgs 163/06 Articoli 63 - Codici 63.1
- Nel contrasto tra clausole del bando e quelle del capitolato va sempre accordata prevalenza alle prime, atteso che il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva.

- Deliberazione n. 69 del 30/07/2009 d.lgs 163/06 Articoli 30, 63 - Codici 30.1, 63.1
- Non rispetta il principio di adeguata pubblicità la pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di una concessione di servizi mediante procedura aperta sull'albo pretorio comunale, sul BUR e sui siti internet di alcune agenzie specializzate accessibili solo da parte di utenti abbonati, in quanto inidonea a consentire l'effettività della concorrenza. Le norme della lex specialis di gara hanno portata vincolante e non residua in capo all'organo amministrativo cui non compete l'attuazione delle stesse alcun margine di discrezionalità in ordine rispetto della disciplina del procedimento.

- TAR Friuli Venezia Giulia, Sezione I - Sentenza 29/09/2011 n. 382
  La clausola del bando con cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio, è da ritenere illegittima occorrendo, per costante giurisprudenza, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, nonché l'obbligo di motivare tale scelta.

- TAR Sardegna - Sentenza 16/08/2011 n. 894
  E' noto che le clausole del bando o della lettera di invito che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta. Al di fuori dei casi sopra citati ogni questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che, delle clausole dimostratesi lesive, fanno diretta applicazione (tali sono un eventuale provvedimento di esclusione, l'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

- TAR Lazio - Sentenza 09/08/2011 n. 7072
  Per giurisprudenza ormai costante, le disposizioni recate dalla lex specialis di gara debbono essere necessariamente impugnate recta via e nel termine di decadenza di trenta giorni dalla loro piena conoscenza solo quando rechino previsioni impeditive alla partecipazione alla selezione della ditta che intende farne valere in via giudiziale la illegittimità (Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2011 n. 2671, secondo cui "L'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla gara o delle clausole del bando immediatamente preclusive della partecipazione alla gara stessa, sorge in presenza dell'aggiudicazione definitiva"). Viceversa, nell'ipotesi in cui la disposizione recata dall'atto contenente la disciplina di gara ed asseritamente illegittima manifesta la propria portata pregiudizievole solo in un secondo tempo, essa potrà essere validamente e tempestivamente gravata in uno con l'atto applicativo pregiudizievole.

- TAR Lecce, Sezione II - Sentenza 23/02/2011 n. 342 Alle clausole del bando, fermo restando il loro carattere cogente, può essere attribuito il significato che ne consenta un'interpretazione rispondente alla caratteristica della gara e adatta ad assicurare l'ottemperanza da parte delle ditte partecipanti (cfr. Cons. Stato - sez. IV, 28 aprile 2006 n. 2399: "Può ammettersi, per contro, che solo in caso di un'equivoca formulazione del bando di gara le relative prescrizioni possano essere oggetto di una interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti; conf. T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 8 aprile 2010 n. 1060; cfr., altresì, Cons. Stato - Sez. V, 2 agosto 2010 n. 5075).

- TAR Roma, Sezione III - Sentenza 14/01/2011 n. 325
  La previsione nel bando della traduzione giurata della documentazione non è né irragionevole né illogica né, infine, eccessivamente onerosa, ove si consideri che grava sulla impresa partecipante alla gara l'onere di porre la Stazione appaltante nella migliore condizione per poter prontamente verificare il contenuto della documentazione prodotta all'attenzione della Commissione giudicatrice. Del tutto recessivo appare, quindi, il principio della massima concorrenzialità una volta che il concorrente abbia violato il dovere di diligenza nella redazione degli atti di gara. Quanto al principio di reciprocità, esso va inteso nel senso che all'impresa straniera che partecipi ad una gara va garantito il trattamento giuridico analogo a quello di cui si chiede di poter beneficiare in Italia; in nessun modo esso può essere inteso come facoltà di fornire certificazione non tradotta nella lingua dichiarata come ufficiale nel bando di gara. Ciò, peraltro, non costituisce un onere aggiuntivo, ma è condizione per assicurare la libera circolazione dei servizi in tutti i paesi europei e la massima partecipazione degli operatori economici.

- TAR Palermo, Sezione III - Sentenza 03/02/2010 n. 1384
  Il disciplinare e gli altri allegati, cui espressamente rimanda il bando stesso, costituiscono nel loro complesso la lex specialis alla quale sono vincolati non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella sua concreta attuazione (Cons. St., IV, 21 maggio 2004, n. 3297; V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarla, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (Cons. St., IV, 5 ottobre 2005, n.5367; V, 30 dicembre 2004, n. 8292; VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166). Nulla impedisce alla stazione appaltante siciliana di inserire prescrizioni contenute nel codice degli appalti, anche non vigenti nell'ordinamento regionale, così come assai frequentemente avviene. *(segue)*

- *(segue)* Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali che implicano selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della par condicio dei concorrenti (che - d'altra parte - costituiscono concreta attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento cui deve conformarsi l'attività della pubblica amministrazione) impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (Cons. St., V, 15 aprile 2004, n. 2162).

- Consiglio di Stato, Sezione VI - Sentenza 30/09/2008 n. 4699 Il bando di gara non ha valenza regolamentare ma integra l'ipotesi di atto generale, facendo da tale qualificazione discendere la conseguenza che a prescindere dal tipo di illegittimità (nazionale o comunitaria), il bando di concorso non può essere mai disapplicato, sussistendo nei suoi confronti esclusivamente l'onere di immediata impugnazione quando esso arrechi un'immediata lesione, per i contenuti concernenti i requisiti di partecipazione, tali da precludere "ex ante" la proposizione, con esito favorevole, della domanda di ammissione, quali quelli che, come nella specie, ammettono od escludono determinate categorie di soggetti (ovvero l'annullamento del bando stesso da parte della p.a. che lo ha emanato). D'altronde, il bando di gara non è un atto a valenza normativa, come invece i regolamenti (per i quali si invoca, al contrario, in quanto tali, il principio della disapplicazione), ma è un atto generale ed al g.a. non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi non aventi valenza regolamentare (Consiglio Stato , sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005).

WWW.ECONOMIARIMINI.UNIBO.IT

Deliberazione n. 93 del 07/11/2012 - rif. Fascicolo n. 283/12 d.lgs 163/06 Articoli 10 - Codici 10.1

Ai sensi dell'art. 10, comma 5 del D. Lgs. n. 163/2006 il **RUP** deve essere nominato fra i tecnici di ruolo, dotati di adeguata professionalità, della stazione appaltante. L'evenienza che il RUP appartenga all'Amministrazione è infatti strettamente interconnessa con il ruolo propositivo - pianificatore posto in capo a tale figura che dovrebbe addirittura suggerire alla propria Amministrazione l'opera e studiarne la convenienza e la fattibilità; il codice infatti e l'attuale regolamento indicano che il RUP deve essere nominato ancor "prima della fase di predisposizione dello studio di fattibilità", o comunque prima dell'avvio della progettazione.

Deliberazione n. 42 del 24/09/2008 In caso di gara bandita da un'Ambasciata, il RUP non può coincidere tout court con la figura dell'Ambasciatore dovendosi, di volta in volta, procedere alla sua individuazione secondo le previsioni normative e regolamentari vigenti. Deliberazione n. 109 del 05/04/2007 d.lgs 163/06 Articoli 10 - Codici 10.1

Per i lavori di importo superiore a 500.000 Euro la coincidenza del ruolo di progettista con quello di responsabile del procedimento non è conforme alle disposizioni dell'art. 7, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

Deliberazione n. 59 del 27/07/2006 d.lgs 163/06 Articoli 10 - Codici 10.1

Come previsto dall'Autorità nella deliberazione n. 273bis del 19 luglio 2001, "l'articolo 7, comma 5, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., laddove stabilisce una specifica disciplina in caso di particolare necessità dei Comuni con popolazione inferiore a 3000 abitanti e per appalti di importo inferiore a 300.000,00 euro, va inteso nel senso che lo stato di necessità agisce quale presupposto per l'attribuzione delle competenze di Responsabile del Procedimento al responsabile dell'Ufficio Tecnico o della struttura corrispondente, individuando una doppia casistica da non intendersi necessariamente in senso cumulativo". L'ipotesi, dunque, è eccezionale, in quanto negli altri casi, vale la regola generale per la quale il RUP deve essere un tecnico in possesso di titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalla normativa vigente, è un funzionario con idonea professionalità e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a 5 anni. *(segue)*

Mentre il riferimento "all'abilitazione all'esercizio della libera professione" sembra scaturire dal fatto che allo stesso Responsabile vengono attribuite dal regolamento tutte le funzioni dell'ingegnere capo, il riferimento alla "idonea professionalità" sembra riferirsi non solo al titolo di studio in possesso del funzionario (laurea/diploma) e/o alla figura professionale (architetto, ingegnere, geometra ecc.), bensì anche alla professionalità acquisita dal soggetto medesimo nel corso del tempo (deliberazione n. 141 del 28 luglio 2004).Nulla è previsto in relazione all'impossibilità che il dirigente dell'unità organizzativa o il responsabile dell'ufficio tecnico espleti contemporaneamente le funzioni di Responsabile del Procedimento, dal momento che ciò che legittima la titolarità della funzione di RUP è il possesso dei requisiti tecnico-professionali che la legge all'uopo prescrive. L'ordinamento non sembra, pertanto, escludere il conferimento del ruolo di RUP al dirigente dell'unità organizzativa o al responsabile dell'ufficio tecnico, qualora ciò sia giustificato dalla titolarità in capo a costoro delle capacità tecnico-professionali prescritte dalla legge. *(segue)*

A conferma di ciò si sottolinea come l'ipotesi eccezionale prevista dall'art. 7, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, volta a sanare eventuali carenze di professionalità nei piccoli comuni, annovera tra i soggetti cui può conferirsi la funzione di RUP il responsabile dell'ufficio tecnico, il responsabile dell'unità organizzativa corrispondente all'ufficio tecnico e il responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare, individuando cioè, all'interno dell'organico di un'amministrazione di piccole dimensioni, figure professionali che, seppure con minore qualificazione, potrebbero avere una competenza funzionale idonea a svolgere le funzioni di RUP. Occorre, peraltro, far osservare che l'espletamento delle funzioni proprie del RUP da parte di un soggetto che ricopra il ruolo decisionale più elevato nell'ambito di un'amministrazione appaltante, pur non essendo contemplata dalla legge quadro sui lavori pubblici alcuna ipotesi di incompatibilità specifica, è da ritenere quanto meno inopportuno, atteso che lo stesso ordinamento distingue tra responsabilità dell'intero programma e dei singoli interventi. In particolare, l'art. 7, comma 3, del Regolamento generale disciplina dettagliatamente i rapporti tra RUP e dirigente responsabile della programmazione triennale, al quale spetta anche di esercitare poteri di direttiva e di controllo in relazione alle segnalazioni (dovute dal RUP) riguardanti eventuali disfunzioni, impedimenti o ritardi nell'attuazione dell'intervento ovvero le principali fasi di svolgimento del processo attuativo.

Deliberazione n. 24 del 23/02/2011 - rif. Fascicolo 850/2010 Non è conforme al disposto dell'art. 10 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 7 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, l'individuazione del segretario comunale quale **responsabile unico del procedimento** in quanto, ancorché in possesso di ultradecennale esperienza. Per espressa previsione normativa tale ruolo può essere rivestito solo da un tecnico dipendente dell'amministrazione aggiudicatrice abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalla normativa vigente, da un funzionario con idonea professionalità e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a 5 anni. Solo subordinatamente, in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio, supportati nello svolgimento dei compiti così attribuiti da funzionari in possesso delle specifiche professionalità necessarie allo svolgimento di tali compiti ovvero da tecnici esterni. In caso di particolare necessità ai sensi dell'art. 7 co. 5 del DPR 554/99 le competenze del responsabile del procedimento sono attribuite al responsabile dell'ufficio tecnico e della struttura corrispondente e, ove non sia presente tale figura, al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

- Deliberazione n. 10 del 26/01/2011 - rif. Fascicolo n. 460/2010 Il Responsabile del procedimento e la Direzione lavori devono vigilare con attenzione sul rispetto del crono-programma progettuale e mettere in atto tutte le misure in loro potere per consentire la realizzazione dell'opera nei tempi prefissati.

Codici 10.1, 10.3, 132.1

Il Responsabile del procedimento, nell'ambito dell'attività di verifica dei presupposti onde addivenire all'approvazione di varianti a lui attribuita, è tenuto a verificare l'espletamento di tutte le procedure per il conseguimento dell'autorizzazione delle perizie di variante ed a non consentire l'avvio di una nuova perizia in mancanza dell'autorizzazione di quella precedente.

Deliberazione n. 81 del 14/12/2010 – rif. Fasc. 667/2010

Non è conforme ai disposti di cui all'art. 10, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006, la mancata dimostrazione, da parte dell'amministrazione, in merito alla carenza di personale di ruolo adeguato a svolgere l'incarico di RUP, così come chiaramente richiesto dalla norma.

Deliberazione n. 8 del 12/02/2009 La circostanza che dei tecnici dell'Ufficio speciale consortile istituito presso una S.A. siano stati nominati responsabili unici di procedimenti relativi a interventi da effettuarsi presso altri enti risulta non conforme ai principi di appartenenza del RUP all'organico dell'amministrazione aggiudicatrice e di unicità del responsabile per l'intero procedimento di attuazione dell'intervento, come si rinviene dalla chiara formulazione del primo comma dell'articolo 7 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nonché dall'art. 7, comma 1 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Appare non corretto anche il conferimento degli incarichi di progettazione, direzione dei lavori ed attività accessorie al personale del citato Ufficio speciale consortile, ovvero a liberi professionisti dallo stesso individuati, stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti che, ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge n. 109/94 e s.m. possono espletare tali attività. Infatti, l'ufficio consortile in questione non è riconducibile alla categoria di soggetti "uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi ed unioni, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica, costituiti con le modalità di cui agli articoli 2, comma 2, 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 giugno 2000, n. 267", prevista dal suddetto elenco.

- Parere di Precontenzioso n. 103 del 09/04/2008 - rif. PREC105/08/L d.lgs 163/06 Articoli 121, 2, 4, 40 - Codici 121.1, 2.1, 4.1, 40.1
- Anche in riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali si impone comunque l'applicazione dei principi di parità di trattamento e tutela della concorrenza sanciti dal Trattato CE, il pubblico funzionario e le stazioni appaltanti disapplicano le disposizioni di diritto interno in contrasto con i principi comunitari, quali per esempio quelle contenute in una legge regionale che neghino o limitino il ricorso all'avvalimento.