

# RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA, NORMATIVA, DOTTRINA E NOTIZIE DELL'AGENZIA PROVINCIALE PER GLI APPALTI E CONTRATTI (APAC) DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO

N. 3 – AGOSTO 2018

## GIURISPRUDENZA

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**Atti endoprocedimentali: l'incarico di escutere la cauzione è immediatamente lesivo?**

TRGA Trento, 2 agosto 2018, n. 175

INCARICO DI ESCUSSIONE CAUZIONE – ATTO ENDOPROCEDIMENTALE – NON IMMEDIATAMENTE LESIVO – INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO



La sentenza in esame riguarda una gara telematica bandita da APAC per conto dell'Azienda provinciale per i Servizi sanitari della Provincia di Trento (APSS). L'offerta della prima graduata, in quanto anomala, è stata sottoposta a **verifica di congruità** dal responsabile del procedimento di evidenza pubblica. All'esito del subprocedimento di anomalia, il concorrente comunicava che la richiesta da parte della stazione appaltante di ulteriori prescrizioni relative a particolari serramenti aveva reso necessari nuovi preventivi di spesa; il quadro economico aggiornato ai prezzi attuali, tuttavia, non consentiva più all'operatore economico di produrre una giustificazione "*congrua e plausibile*". L'impresa, pertanto, **recedeva** da ogni impegno contrattuale, **rinunciando** all'appalto in questione. L'APAC, nella successiva seduta di gara, disponeva la decadenza del concorrente dalla graduatoria e **incaricava** l'APSS di **procedere** con l'**escussione** della cauzione, segnalando il fatto all'ANAC per la compilazione delle cd. Annotazioni riservate. Il concorrente insorgeva con ricorso al TRGA di Trento, che l'ha dichiarato però **inammissibile**.

I giudici hanno sottolineato che, considerando che la garanzia provvisoria è stata emessa in favore dell'APSS, sarebbe spettato a quest'ultima procedere all'escussione della garanzia. Pertanto, l'incarico conferito dall'APAC all'APSS nel verbale si configurava come **mero atto endoprocedimentale**, di per sé non immediatamente lesivo. Similmente non poteva essere impugnata la segnalazione all'ANAC, che oltre a costituire un obbligo per la stazione appaltante è un atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, non essendo dotato di autonoma lesività.

\*\*\*\*\*

**Irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possono pregiudicare gli operatori economici più meritevoli?**

Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2018, n. 4833

SOCCORSO ISTRUTTORIO – NORMATIVA PROVINCIALE – PRECEDENTE DISPOSIZIONE – IRREGOLARITÀ ESTRINSECHE – LEGITTIMITÀ



La sentenza in commento riguarda una procedura di gara per la fornitura di dispositivi per l'incontinenza indetta dalla Provincia autonoma di Trento.

In punto di fatto va premesso che la ricorrente in primo grado e la controinteressata – aggiudicataria della gara – erano state in origine escluse dalla procedura per **carenze della documentazione** relative ai requisiti tecnici e al rispetto dei CAM. Dopo essere state riammesse a seguito di due sentenze del TRGA di Trento (nn. 129 e 130 del 2017) che legittimavano il soccorso istruttorio su tale documentazione, la controinteressata ha beneficiato di un nuovo soccorso istruttorio per precisare alcune informazioni contenute in quanto prodotto; la ricorrente, invece, è stata esclusa per non aver raggiunto la soglia di idoneità su un parametro di valutazione dell'offerta tecnica e ha dunque proposto ricorso.

In punto di diritto la pronuncia (che conferma la sent. n. 12/2018 del TRGA di Trento, che ha respinto il ricorso) è degna di nota per le indicazioni che offre sull'ampiezza del **soccorso istruttorio** e sui limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulle **valutazioni** della **commissione tecnica**. In particolare, per quanto riguarda il soccorso istruttorio disposto **due volte** in favore dell'aggiudicatario e **non in seduta pubblica**, il Consiglio di Stato non ha ravvisato alcuna violazione di legge: in primo luogo, perché la **precedente disposizione** della l.p. 2/2016 sul soccorso istruttorio (artt. 22, c. 6, e 23) – applicabile *ratione temporis* – consentiva un **ampio potere** di soccorso, senza alcuna limitazione circa la possibilità di reiterarlo; in secondo luogo, poiché **non esiste** alcuna disposizione normativa che impone l'esecuzione in seduta pubblica del procedimento di soccorso istruttorio; e, infine, in quanto, come rilevato dal Collegio, *“il soccorso istruttorio assolve alla funzione di evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, a discapito anche della stessa stazione appaltante che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 975/2017)”*. Nel caso di specie, l'integrazione documentale è stata ritenuta legittima prima dal TRGA di Trento e poi dal Consiglio di Stato in quanto *“meramente dimostrativa e non costitutiva dell'offerta”*.

Per quanto riguarda l'operato della **commissione tecnica**, il Collegio ha ritenuto infondate le censure di eccesso di potere ed errori di giudizio precisando, tra le altre cose, che *“le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di **discrezionalità tecnica** e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano **manifestamente** illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti – circostanza non ricorrente nel caso di specie”*.

\*\*\*\*\*

**Mancata indicazione degli oneri della sicurezza: si rafforza la tesi più restrittiva**  
*TAR Sardegna, I, 8 agosto 2018, n. 739*

**IPOTESI DI ESCLUSIONE – ONERI RELATIVI ALLA SICUREZZA – SOCCORSO ISTRUTTORIO – CARENZA SOSTANZIALE – NON SANABILE**



Il TAR Sardegna ha emesso una sentenza in merito all'ormai nota questione dell'esclusione degli operatori economici per **l'omessa indicazione degli oneri relativi alla sicurezza**.

Secondo il Collegio *“deve ritenersi che il mancato rispetto dell'obbligo espressamente previsto dall'art. 95, c. 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza cd. aziendali o interni comporta l'esclusione automatica dalla gara, senza che possa invocarsi la possibilità di far ricorso al cd. soccorso istruttorio”*.

L'**impossibilità** di ricorrere al **soccorso istruttorio** deriva dalla qualificazione di detta omissione, la quale comporta una modifica dell'offerta economica, al pari di una **carenza sostanziale**, che come noto **non può essere sanata**.

La pronuncia in esame non è la prima in questa direzione, dal momento che con l'entrata in vigore del Codice del 2016 è stata superata ogni incertezza interpretativa a riguardo. Infatti, l'art. 95, c. 10, del d.lgs. 50/2016 ha esplicitamente previsto l'onere di effettuare la dichiarazione stessa, divenendo così *“del tutto irrilevante se né la lex specialis di gara (bando di gara e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante hanno previsto la dichiarazione separata di tali oneri”*.

\* \* \* \* \*

## Differenza tra le ipotesi di esclusione dalla gara prevista dalle lett. c) e f-bis) del c. 5 dell'art. 80 del Codice

*Cons. Stato, III, 23 agosto 2018, n. 5040*

### IPOSTESI DI ESCLUSIONE – ART. 80, C. 5, LETT. C) E LETT. F-BIS) D.LGS. 50/2016 – OGGETTO DELLA DICHIARAZIONE – DISCRIMINE FRA LE DUE FATTISPECIE



In questa sentenza i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati sulla mancata esclusione di un operatore economico per il quale risultava una segnalazione per **risoluzione di un contratto** con l'Azienda sanitaria provinciale di Enna. L'intero ricorso ruota attorno alla questione dell'applicazione al caso concreto della lett. c) o della lett. f-bis) dell'art. 80 del Codice.

L'art. 80, c. 5, **lett. c)**, d.lgs. n. 50 del 2016, prevede l'esclusione dell'operatore economico che si sia reso *“colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*. La fattispecie, inoltre, indica anche le concrete ipotesi che possono dare luogo ad un grave illecito professionale, tra le quali rientra *“il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione”*. Il medesimo articolo, alla **lett. f-bis)**, commina l'esclusione dell'operatore economico che *“presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

Le due ipotesi di esclusione sono ontologicamente molto vicine, tuttavia il **discrimen** tra le due fattispecie risiede sull'**oggetto** della dichiarazione *“che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabi-*

li come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti [...] nella previsione di cui [...] al comma 5 lettera c)". Vi è, inoltre, una differenza sostanziale tra le due fattispecie. Nell'ipotesi di cui alla **lett. c)** la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione è rimessa alla **discrezionalità** della stazione appaltante, mentre nel caso della **lett. f-bis)** l'esclusione dalla gara discende dalla stessa **legge**, senza che la stazione appaltante abbia alcun margine di discrezionalità.

Sulla scorta di queste considerazioni, il Consiglio di Stato ha **respinto il ricorso**. Infatti, l'operatore economico ha fornito un'informazione falsa barrando la casella 'no' alla domanda contenuta nel DGUE: "L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), del Codice?". Tuttavia, questa falsità deve essere, a parere del Collegio, ricompresa nell'ipotesi di falsità di cui alla lett. c) e non alla lett. f-bis) del medesimo articolo. Ciò in quanto l'operatore economico, per il quale risultava una segnalazione per risoluzione di un contratto, risultava sostanzialmente estraneo agli addebiti, dal momento che, prima che la stazione appaltante avviasse il procedimento che ha portato alla risoluzione, esso aveva già posto in essere le premesse dello scioglimento del vincolo di mandato dell'ATI con cui aveva stipulato il contratto. Pertanto, essendo la situazione compresa nell'alveo della lett. c), la stazione appaltante ha avuto la possibilità di valutare la vicenda, esercitando un proprio, riservato, potere discrezionale.

## NORMATIVA

*Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

### Gare aggregate per nuove categorie di beni e servizi

Ai sensi dell'art. 36-ter 1, c. 4, l.p. 23/1990, la Giunta provinciale ha adottato la **delibera n. 1384 dell'1 agosto 2018**, con cui, alle già esistenti categorie merceologiche oggetto di acquisto aggregato, ha aggiunto le seguenti categorie di beni e servizi:

- **servizio sostitutivo di mensa**, che in passato è già stato oggetto di gara aggregata;
- **vestiario, veicoli e dotazioni tecniche dei corpi e servizi di polizia locale**, il cui acquisto centralizzato è previsto dall'art. 9-bis, c. 3, l.p. 28/2005;
- la **fornitura di apparati radioterminali operanti in tecnica multiaccesso numerica con standard etsi-tetra (TETRA) e relativi servizi connessi**;
- **carburanti per autotrazione**.

Per le suddette categorie merceologiche la Provincia provvederà ad avviare l'iter di definizione delle procedure di gara aggregate che conducono alla stipulazione delle convenzioni quadro cui le amministrazioni del sistema pubblico provinciale devono aderire. Nel contempo, la delibera rinvia ad un successivo provvedimento l'individuazione delle soglie al di sotto delle quali le amministrazioni aggiudicatrici potranno decidere di non aderire alle convenzioni quadro compiendo acquisti autonomi ai sensi del c. 5 dell'art. 36-ter 1 sopra citato.

\*\*\*\*\*

### Assestamento di bilancio approvato dal Consiglio provinciale

L'ultima manovra finanziaria, approvata con **l.p. 3 agosto 2018, n. 15**, ha introdotto con l'art. 27 alcune modifiche alla l.p. 2/2016.

La legge in esame introduce anzitutto un nuovo articolo nella l.p. 2/2016 (**art. 20-bis) relativo alla definizione dei compiti della commissione tecnica e del Presidente di gara** nelle procedure ad evidenza pubblica. Spetta al **regolamento di attuazione** definire funzioni, requisiti dei componenti di entrambi gli organi ed eventualmente organizzazione, composizione e funzionamento degli stessi. Inoltre, a seguito della modifica apportata all'**art. 31 della l.p. 2/2016**, la stazione appaltante è ora tenuta a **non** richiedere alcuna garanzia per la partecipazione alla procedura di gara (cd. **garanzia provvisoria**) di affidamento di lavori pubblici di **importo inferiore a 2 milioni di Euro**.

Con la **modifica dell'art. 4 della l.p. 2/2016** si amplia lo spettro all'interno del quale la Provincia di Trento può approvare linee guida. Queste ultime possono ora essere adottate per l'interpretazione e l'applicazione non solo della l.p. 2/2016, bensì di tutto l'ordinamento provinciale in materia di contratti pubblici.

La legge in oggetto ha inoltre sostituito il previgente **c. 2 dell'art. 32 della l.p. 2/2016** avente ad oggetto la **clausola sociale in caso di cambio di gestione nell'appalto di servizi**. La clausola trova applicazione generale ad esclusione degli appalti di servizi aventi natura intellettuale e quelli il cui importo non superi il valore fissato dall'art. 21, c. 4, l.p. 23/1990 (46.400 Euro). La nuova disposizione impone che quindici giorni prima dell'inizio dell'esecuzione contrattuale abbia luogo un confronto congiunto tra l'aggiudicatario e le organizzazioni sindacali, deputato a definire il passaggio del personale impiegato nella gestione uscente. Laddove il confronto abbia esito positivo, le parti sottoscrivono verbale di accordo. Nell'ipotesi di esito negativo, l'aggiudicatario è tenuto a dare conto delle ragioni organizzative ed economiche che hanno condotto alla mancata assunzione del personale precedentemente impiegato. A differenza di quanto avveniva in precedenza, i lavoratori assunti dal nuovo gestore conservano, ai soli fini economici, l'anzianità maturata.

Da ultimo, va osservato che la modifica apportata dalla manovra all'art. 26 della l.p. 2/2016 in materia di subappalto è stata oggetto di un emendamento successivo, in sede di discussione del bilancio di previsione per il triennio 2019-2021, che ha riportato la disposizione alla sua originaria formulazione.

## DIALOGO TRA CORTI

*Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**Sulla questione pregiudiziale interpretativa della norma UE in materia di affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale**

[Cons. Stato, sez. V, ord. 16 luglio 2018, n. 4303](#)

TRASPORTI – TRASPORTO PUBBLICO LOCALE – AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO – ART. 5, C. 4, REGOLAMENTO UE 1370/2007 – RIMESIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Con l'ordinanza in commento il Consiglio di Stato ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. **267 TFUE** con riguardo alla corretta interpretazione della norma europea (l'art. 5, c. 4, del **Regolamento 1370/2007**) nella parte in cui esclude la facoltà di **affidamento diretto** dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (cd. *de minimis*) ivi previste, qualora ciò *“sia vietato dalla legislazione nazionale”*.

La domanda posta dal Consiglio di Stato riguarda il **limite di operatività** del suddetto divieto: “è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore interno della **regola generale** della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio di TPL (come previsto dall'art. 18, c. 2, d.lgs. 422/1997) o, invece, è necessario **un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie** per le quali nella legislazione europea è consentito l'affidamento diretto?”

Nel caso di specie, la società appellante, cui è stato disposto l'affidamento diretto del servizio di TPL in forza della norma europea, contesta la sussistenza, all'interno dell'ordinamento nazionale, del **divieto assoluto di affidamento diretto** del servizio TPL e, conseguentemente, l'errata interpretazione del giudice di primo grado.

La risposta al dubbio interpretativa è **decisiva** ai fini della risoluzione della controversia portata dinanzi al Consiglio di Stato: se la Corte di giustizia dovesse ritenere necessario “un **divieto specifico**, riferito pure ai casi per i quali nella normativa eurounitaria è consentito l'affidamento diretto, in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione **non potrebbe essere censurata**”.

\*\*\*\*\*

**Sulla costituzionalità dell'art. 120, c. 2-bis, c.p.a., in materia di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione**

[TAR Puglia, sez. III, ord. 20 luglio 2018, n. 1097](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – APPALTI – IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DEL PROVVEDIMENTO DI AMMISSIONE ALLA GARA – PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ ART. 120, C. 2-BIS, C.P.A.

Il Collegio solleva nuovamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2-bis, primo e secondo periodo, c.p.a., limitatamente all'onere di **immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione**, per contrasto con gli artt. 3, c. 1, 24, c. 1 e 2, 103, c. 1, 111, c. 1 e 2, 113, c. 1 e 2 e 117, c. 1, della **Costituzione** e 6 e 13 della **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, recepita in Italia con legge n. 848/1955, nella parte in cui pone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni alle gare pubbliche, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo del c. 2-bis. Diversamente, però, dall'ordinanza di rimessione n. 908 del 2018, la questione di costituzionalità si pone nel caso di specie con riferimento all'ipotesi di chi, pur nella vigenza del rito ex c. 2-bis, **impugna direttamente l'aggiudicazione definitiva avendo omissis l'impugnazione della ammissione** dell'aggiudicatario.

Il giudice *a quo* analizza il contrasto della disposizione in esame con i richiamati principi costituzionali anche alla luce del *dictum* di cui a **Corte cost. n. 241/2017**. In detta sentenza il Giudice delle leggi aveva risolto il controllo di costituzionalità del disposto di cui all'ultimo capoverso dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (in forza del quale nelle conclusioni dell'atto introduttivo la parte ricorrente, a pena di inammissibilità di ricorso, formula apposita dichiarazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, quantificandone l'importo), ritenendo sussistente la **manifesta irragionevolezza** della norma a causa dell'eccessiva gravosità della sanzione di inammissibilità rispetto al fine perseguito.

Traslando detto ragionamento al caso in esame, il Collegio rimettente ritiene che “le conseguenze sfavorevoli (eccessive), derivanti dalla declaratoria di inammissibilità [...] di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria, non sono adeguatamente bilanciate con l'interesse pubblico ad evitare l'abuso del processo”. In altri termini “il **bilanciamento degli interessi** costituzionalmente rilevanti è operato dal legislatore [...] in modo tale da determinare il sacrificio e la compressione di uno di essi” e, nello specifico, “la garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e della sua effettività [...] **in misura eccessiva** e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale”.

## DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

### L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

#### GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/gda](http://www.edicolaprofessionale.com/gda) con le credenziali note)

- E. D'ALTERIO, **Pubbliche amministrazioni in crisi ai tempi della trasparenza**, 2018, 4, 511;
- E. GIARDINO, **L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma**, 2018, 4, 439;
- F. IELO, **Il rapporto tra indennizzo e risarcimento del danno**, 2018, 4, 502.

#### URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/urbapp](http://www.edicolaprofessionale.com/urbapp) con le credenziali note)

- M. BALDI, **Il d.m. 7 marzo 2018, n. 49. La direzione lavori e la contabilità**, 2018, 4, 444;
- S. CALVETTI, **Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto**, 2018, 4, 562;
- L. TARANTINO (a cura di), **Il risarcimento del danno da perdita di chance**, 2018, 4, 575.

- M. FRONTONI, L. SAVELLI, **Subappalto ed avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici**, Torino, 2018;
- G. GALLONE, **La prevenzione amministrativa del rischio-corrruzione**, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 2, 349;
- G. GHERARDO, **Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa**, Torino, 2017;
- P. PANTALONE, **Autorità indipendenti e matrici di legalità**, Napoli, 2018;
- F. PATRONI GRIFFI, **Una breve riflessione sull'interesse legittimo**, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

\*\*\*\*\*

## I criteri di valutazione dell'offerta tecnica al vaglio dell'A.N.AC.

Nella sua attività di rilascio dei pareri di **precontenzioso**, A.N.AC. ha adottato un importante provvedimento su istanza dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili: la deliberazione 24 luglio 2018, n. 712. Con il proprio atto, l'ANCE contestava l'introduzione nel bando di gara per l'affidamento dei lavori di completamento del recupero del Castello Carlo V di Lecce di un **requisito soggettivo di qualificazione** come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: nella fattispecie, detto criterio era l'esposizione di analoghe esperienze pregresse.

L'A.N.AC. ha ritenuto non idonei *“i criteri di valutazione di carattere soggettivo dell'offerta tecnica, così come definiti negli atti di gara”*, in quanto non incidenti sulle modalità esecutive dello specifico appalto, e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta. **La posizione dell'Autorità** segue il consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale – in base all'art. 95, c. 6, del d.lgs. 50 del 2016 e al principio di concorrenza – nelle gare pubbliche è indebito includere tra i criteri di valutazione delle offerte elementi attinenti alla capacità tecnica delle imprese, anziché alla qualità dell'offerta. Secondo l'A.N.AC., inoltre, è possibile prevedere nel bando di gara elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo solo nelle ipotesi in cui gli elementi attinenti alla capacità tecnica dell'operatore economico possano **qualificare l'offerta stessa**, ciò che può verificarsi solo rispetto alle procedure di affidamento di servizi e non, come nel caso di specie, negli appalti di lavori.

\*\*\*\*\*

## Consultazioni preliminari di mercato: nuova proposta di Linee guida

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha formulato una nuova **proposta di Linee guida** in tema di **consultazioni preliminari di mercato**. Tale documento, corredato da una **nota illustrativa** che esplicita le ragioni delle scelte effettuate, è disponibile in consultazione fino al 20 settembre.

Si tratta di un istituto che deriva dal recepimento, nel Codice dei contratti pubblici, degli articoli 40 e 41 della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 58 della direttiva 2014/25/UE. Esso prevede che le stazioni appaltanti possano svolgere consultazioni di mercato di tipo tecnico, finalizzate alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura e all'informazione degli operatori economici in relazione agli appalti programmati, con l'**obiettivo di ridurre le asimmetrie informative esistenti tra le parti**. Il ricorso a questo strumento è auspicabile nel caso di appalti complessi o sperimentali, caratterizzati da una notevole componente specialistica; lo è anche in tutte le situazioni in cui le competenze tecniche dell'Amministrazione non risultino pienamente adeguate. L'istituto consente di instaurare un dialogo con i soggetti qualificati appartenenti ad un determinato settore, al fine di **individuare le soluzioni tecniche più adeguate a calibrare obiettivi e fabbisogni**.

La consultazione preliminare non può in nessun caso costituire parte di una procedura di affidamento; al contrario, le stazioni appaltanti devono **adottare misure atte a garantire che la concorrenza non sia falsata** dalla partecipazione di un determinato operatore alla fase di consultazione. Le Linee guida predisposte da A.N.AC. forniscono indicazioni alle stazioni appaltanti in relazione alle modalità con cui svolgere tali procedure, ai soggetti ammessi a partecipare, alla tipologia dei contributi che essi possono apportare ed



al processo selettivo a valle, specificando i casi in cui è prevista l'esclusione dal procedimento stesso.

\*\*\*\*\*

### La riduzione del prezzo dei farmaci nel corso del contratto

Il Tribunale di Torino con sentenza del 5 giugno 2018, n. 2794/2018, pone le basi per il **riconoscimento dell'interesse pubblico nella riduzione del prezzo di fornitura di un medicinale nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto**, prima dell'avvio di una nuova gara, adeguandolo al costo dei nuovi farmaci equivalenti messi in commercio (generici e biosimilari).

La pronuncia è stata resa in seguito ad una procedura ad evidenza pubblica all'esito della quale la Regione Piemonte aveva aggiudicato la fornitura di farmaci contenenti il principio attivo *Etanercept*, utilizzato in dermatologia e reumatologia. Successivamente, la Regione aveva comunicato all'appaltatore l'adeguamento del costo unitario della fornitura al **più basso prezzo del nuovo farmaco biosimilare** nel frattempo immesso in commercio, con ciò facendo risparmiare alla sanità regionale quasi un milione di Euro.

Ad avviso del Collegio, condizione essenziale di legittimità di tale *modus operandi* è che l'adeguamento del prezzo di fornitura conseguente all'immissione in commercio di farmaci equivalenti a minor prezzo venga prevista nei documenti di gara e quindi accettata dall'aggiudicatario al momento della stipula del contratto.

Nel caso di specie *"lo scopo finale della complessiva previsione del capitolato è quello di regolamentare la (nuova) fornitura dei farmaci con la finalità di ridurre il prezzo della fornitura a fronte di più operatori che [...] sono in grado di produrre ed immettere sul mercato medicinali con identico principio attivo"*. La conclusione cui perviene il Collegio, in sostanza, è che **l'Amministrazione è obbligata ad agire in conformità all'interesse pubblico anche quando agisce iure privatorum**.

\*\*\*\*\*

### Andamento del mercato dei contratti pubblici e attività regolatoria di A.N.AC. in una relazione presentata in Senato

Una recente **audizione** del Presidente dell'A.N.AC. all'VIII Commissione permanente del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni) al fine di acquisire, da parte dell'organo collegiale, un quadro conoscitivo sull'andamento del **mercato dei contratti pubblici** e sull'**attività di regolazione dell'Autorità** ha fornito lo spunto per elaborare un documento – [pubblicato nel sito dell'amministrazione indipendente](#) – che offre una visione d'insieme del fenomeno.

Ad esempio, nel solo 2017, è stato di **139 miliardi di Euro** il valore complessivo degli appalti di importo superiore ai 40.000 Euro, con un aumento del 36% rispetto all'anno precedente. Il settore che ha registrato i numeri più alti è quello dei **servizi** (59,3 miliardi di Euro), a cui seguono **forniture** (56,4 miliardi) e **lavori** (23,1 miliardi, che però – pur in aumento rispetto al 2016 – registra una flessione del 16,1% rispetto all'apice del 2014).

Quanto all'attività di regolazione, al mese scorso, A.N.AC. aveva redatto sette delle dieci **Linee guida** obbligatorie previste dal Codice, adottato due delle tre **proposte di decreto** del Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti e approvato tre **schemi di disciplina-**

**re** di gara al fine di “*promuovere la standardizzazione, l'efficienza e la qualità delle procedure di affidamento e ridurre i contenziosi*”.

\*\*\*\*\*

## C'è tempo fino al 10 settembre per partecipare alla consultazione del MIT sul Codice

Quando, lo scorso giugno, il Presidente del Consiglio dei Ministri si è presentato ad entrambe le Camere per chiedere la fiducia al suo Governo, in un passaggio del discorso si è soffermato sull'esigenza di **rilanciare il settore degli appalti pubblici** e, nelle passate settimane, è circolata la notizia di un imminente intervento di riforma del Codice.

Su questa scia, il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti – al fine di “*garantire la massima partecipazione degli stakeholders e dar vita ad una scelta il più possibile condivisa nell'ambito delle sue policies*” – ha avviato una consultazione pubblica telematica su alcuni temi. Gli obiettivi di fondo della modifica del Codice mirano a **rendere efficiente** il sistema dei contratti pubblici e a **semplificare** il quadro normativo, assicurandone la chiarezza ed eliminandone le criticità.

Il termine per partecipare alla consultazione, cui si accede dal sito del Ministero <http://consultazioni.mit.gov.it>, è il 10 settembre 2018. All'esito i risultati saranno analizzati e ne seguirà un **report** che sarà oggetto di pubblicazione.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano Defilippis, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla  
Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8  
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - [apac@provincia.tn.it](mailto:apac@provincia.tn.it) - [www.appalti.provincia.tn.it](http://www.appalti.provincia.tn.it)

\*\*\*\*\*

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



*La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenzia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Alcune informazioni, inoltre, sono collegate a siti esterni, rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non si assume alcuna responsabilità.*

---