

## GIURISPRUDENZA

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

**È possibile impugnare il bando che non contiene l'indicazione delle categorie SOA?**  
TAR Molise, sez. I, 20 settembre 2018, n. 536

QUALIFICAZIONE SOA – OMESSA INDICAZIONE CATEGORIE – INAMMISSIBILITÀ –  
DIFETTO DI INTERESSE



La sentenza in esame si è occupata delle conseguenze dell'omessa indicazione nei documenti di gara delle categorie prevalente e scorporabili per la quota lavori.

La vicenda prende le mosse dal ricorso di una società la quale, impugnando i documenti di indizione della gara, contestava, tra le altre, l'impossibilità di formulare l'offerta a causa della mancata individuazione delle categorie scorporabili e prevalenti con l'importo delle relative lavorazioni. A dire del ricorrente tale mancanza avrebbe impedito una corretta partecipazione alla procedura di gara, in particolare pregiudicando la valutazione relativa alla convenienza economica della commessa, nonché la possibilità di suddividere in modo congruo le singole quote nel caso di partecipazione in raggruppamento.

Il Collegio, indagando le ragioni del ricorso, dichiara l'**inammissibilità** della censura "**per difetto originario di interesse ad impugnare**". Ai fini della decisione, il Tribunale rileva che l'immediata impugnazione è circoscritta dalla giurisprudenza alle ipotesi in cui risulti trattarsi di **clausola escludente**. **L'omessa indicazione delle categorie**, di contro, **non è annoverabile in tale fattispecie**, in quanto idonea ad ingenerare una lesione immediata della posizione dell'aspirante concorrente e un ostacolo alla sua partecipazione.

La supposta lacuna dei documenti di gara viene del resto colmata attraverso il meccanismo della **eterointegrazione** secondo cui, a fronte dell'omessa indicazione di elementi prescritti come obbligatori, i documenti di gara vengono automaticamente integrati dalle clausole previste dalla normativa in materia. Tale meccanismo opera in via analogica a quanto previsto in ambito contrattual-civilistico dagli artt. 1339, 1374 c.c.

In conclusione, la ricorrente, adempiendo all'onere di buona fede nelle trattative sancito dall'articolo 1337 c.c., avrebbe dovuto indirizzare all'amministrazione aggiudicatrice una richiesta di chiarimenti al fine di consentire alla stessa un eventuale intervento sulla *lex specialis* di gara.

\* \* \* \* \*

**Un servizio può essere svolto da esecutori privi del requisito, purché questo sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento**

TAR Puglia, 1 ottobre 2018, n. 1250

## RTI – REQUISITI PARTECIPAZIONE – POSSESSO CUMULATIVO – ESCLUSIONE MANDANTE PRIVA DEL REQUISITO – ILLEGITTIMITÀ



Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, con la sentenza in esame, ha accolto il ricorso presentato da un raggruppamento temporaneo di imprese contro la propria esclusione da una gara per aver partecipato alla procedura senza che la **mandante** dichiarasse il possesso del **requisito** di capacità **tecnica** e **professionale**, rimandando *“a quanto dichiarato dalla capogruppo mandataria”*. La ricorrente evidenziava altresì che la *lex specialis* di gara, nel richiedere il possesso del requisito di capacità tecnica di esperienza triennale nel settore, non aveva previsto **alcuna soglia minima** per ciascun componente del raggruppamento il quale, dunque, ben poteva partecipare alla gara pur essendo sprovvisto. Già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 27/2014) aveva **negato l'esistenza** di un principio di **corrispondenza** tra la **qualificazione** di ciascuna impresa e la **quota della prestazione** di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara. La ricorrente sottolineava, inoltre, che non vi è **alcuna previsione normativa** che imponga – quantomeno per gli appalti di servizi – la **corrispondenza** tra requisiti di **qualificazione** e quote di **esecuzione** delle prestazioni, essendo onere della stazione appaltante, ove lo ritenga necessario, specificare quali requisiti di natura tecnica o economica debbano essere posseduti dalle singole imprese del raggruppamento e in quale misura. In assenza di espressa previsione di requisiti minimi in capo ai mandanti, pertanto, ben può **il solo mandatarario** indicare il possesso del **100%** dei requisiti prescritti. Il TAR, condividendo quanto prospettato dalla ricorrente, ha dunque concluso per la fondatezza del ricorso, affermando – in base all'art. 48, c. 4, e all'art. 83, c. 8, del Codice – il principio secondo il quale *“il possesso dei requisiti speciali di partecipazione ‘possa’, ma non ‘debba’, attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante”*; inoltre, *“in caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento”*.

\* \* \* \* \*

**È valida, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la comunicazione con cui la stazione appaltante si limita a dare notizia dell'aggiudicazione e a indicare il nominativo dell'offerente che si è aggiudicato l'appalto?**

Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859

## TERMINE DI IMPUGNAZIONE – DECORRENZA – COMUNICAZIONE DI AGGIUDICAZIONE – MOTIVAZIONE – OBBLIGO – SUSSISTE



La sentenza in esame riguarda l'interpretazione dell'art. 120, c. 5, c.p.a. sul contenuto della **comunicazione** di aggiudicazione valida ai fini della decorrenza del **termine di impugnazione** in materia di appalti pubblici.

Il citato art. 120, c. 5, c.p.a., che non è stato modificato all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), subordina l'impugnazione dell'aggiudicazione al ricevimento della **comunicazione** di cui all'**art. 79** del Codice previgente (d.lgs. 163/2006). Tale articolo prevede un obbligo informativo **più consistente** rispetto a quello previsto all'art. 76 del Codice vigente, richiedendo che la comunicazione di aggiudicazione sia accompagnata dal provvedimento di aggiudicazione e dalla relativa motivazione contenente le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto. L'**art. 76**, c. 5, d.lgs. 50/2016, si limita a prevedere che *"le stazioni appaltanti [...] comunicano l'aggiudicazione"* e, su richiesta, forniscono gli ulteriori elementi previsti dal c. 2, lett. b), dell'art. 76.

Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva dapprima inviato una comunicazione dando notizia dell'aggiudicazione e del nominativo del soggetto risultato aggiudicatario e, solamente in un secondo momento, aveva inviato la comunicazione contenente la **delibera di aggiudicazione**. I giudici di primo grado avevano ritenuto il ricorso **irricevibile** per tardività, ritenendo valida, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la prima comunicazione inviata dalla stazione appaltante, sul presupposto che il rinvio dell'art. 120 c.p.a. all'art. 79 d.lgs. 163/2006 dovesse intendersi sostituito con il rinvio all'art. 76 del Codice vigente, che prevede la semplice comunicazione dell'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, dà un'interpretazione dell'art. 120, c. 5, c.p.a. **conforme** ai principi del **diritto comunitario** e **in continuità** con la previgente normativa. Il Collegio sottolinea che, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione in materia di appalti, non può prescindersi *"dalla **essenzialità** della comunicazione del **provvedimento** e della relativa **motivazione**"* e, sebbene la conoscenza dell'atto possa essere acquisita mediante altre forme, *"una **piena percezione** dei contenuti essenziali dell'atto (riferiti in particolare al contenuto del dispositivo ed all'effetto lesivo che ne promana) non può prescindere – proprio alla luce dei richiamati principi eurocomunitari – dalla comunicazione di un motivato provvedimento di aggiudicazione"*.

\* \* \* \* \*

### **L'offerta condizionata è inammissibile anche se astrattamente più vantaggiosa per la Stazione appaltante**

TAR Lazio, sez. III-bis, 12 ottobre 2018, n. 9932

### **OFFERTA CONDIZIONATA SCHEMA MODIFICATIVO DIFFERENTE DA QUELLO PROPOSTO DALLA STAZIONE APPALTANTE – INAMMISSIBILITÀ**



Un istituto di credito proponeva ricorso contro la propria esclusione nell'ambito di una procedura di gara, indetta da un Ente nazionale di assistenza, per l'affidamento dei servizi di tesoreria e cassa e dei servizi di pagamento di contante allo sportello localizzato sul territorio nazionale. La ricorrente, in particolare, era stata **esclusa** in quanto la sua offerta è stata ritenuta **inammissibile**, avendo introdotto un **elemento aggiuntivo/modificativo** rispetto agli atti di gara. Il fatto che tale elemento ulteriore fosse stato inserito era confermato anche nel ricorso stesso, che evidenziava che l'offerta fosse stata formulata al fine di *"tutelare la stazione appaltante"*. Il collegio ha tutta-

via chiarito che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, la nozione di "offerta condizionata" ricorre sempre nel caso in cui l'offerente abbia "subordinato il proprio impegno contrattuale a uno **schema modificativo** rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante". Le offerte, invece, devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, in modo da prefigurare alla stazione appaltante "un **quadro certo** dei rispettivi **doveri** ed **obblighi contrattuali** in corrispondenza agli atti di gara, e che qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili diversi, anche se in ipotesi vantaggiosi per l'Amministrazione, vale a conferire all'offerta la natura di offerta **indeterminata** o **condizionata** che ne deve comportare l'**esclusione** dalla gara". Ciò a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa previsione di esclusione, per via della superiorità del principio che vieta le offerte condizionate e le rende inammissibili.

## NORMATIVA

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

In Gazzetta Ufficiale le Linee guida n. 11 relative alle concessioni antecedenti all'entrata in vigore del Codice

Nella **G.U. 2 agosto 2018, n. 178**, sono state pubblicate le **Linee guida A.N.AC. n. 11** aventi ad oggetto l'individuazione delle modalità di verifica del rispetto di quanto statuito nell'art. 177 del Codice dei contratti.

L'articolo 177, c. 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce infatti che, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture **già in essere alla data di entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici**, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono tenuti ad affidare mediante **procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'ottanta per cento dei «contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro»**. La rimanente parte, pari al venti per cento, può essere realizzata per il tramite di società *in house* o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate, oppure tramite operatori individuati mediante procedure di evidenza pubblica. Il comma 2 dell'articolo in oggetto prescrive inoltre che le concessioni già in essere si adeguino ai contenuti del comma 1 entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice.

Con le Linee guida in esame, l'Autorità si propone di stabilire l'**ambito soggettivo e oggettivo di applicazione**, in particolare con riferimento ai contratti assoggettati alle previsioni dell'articolo 177. Al contempo, si individuano gli **obblighi di pubblicazione** cui sono sottoposti i soggetti concedenti, nonché le **modalità con cui espletare i controlli e le verifiche** relativi al rispetto delle percentuali fissate dalla disposizione.

\*\*\*\*\*

**Subappalti illeciti: pene più severe**

L'articolo 25 del **d.l. 4 ottobre 2018, n. 113** (cd. Decreto sicurezza) prevede un **inasprimento delle sanzioni** nell'ipotesi in cui gli appaltatori pongano in essere **subappalti non autorizzati**.

Il decreto-legge in oggetto ha provveduto a modificare l'articolo 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646. Quest'ultimo, nella versione previgente, puniva la mancata autorizzazione della stazione appaltante con "*l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammen-*

da non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto". Alla stessa stregua venivano puniti l'affidatario in cottimo o il subappaltatore. Ora invece l'appaltatore e il subappaltatore vengono puniti con la "reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto".

L'intervenuto decreto-legge trasforma le ipotesi in questione **da contravvenzioni a delitti**. Poiché, ai sensi dell'articolo 42, c. 2, c.p., i delitti possono essere puniti a titolo colposo solamente laddove ciò sia espressamente statuito, la trasformazione della fattispecie nella ipotesi delittuosa senza ulteriori specificazioni determina ora la **punibilità del subappalto illecito unicamente se commesso a titolo doloso**.

## 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 dei pazienti in ambulanza**

[TAR Veneto, sez. III, 18 giugno 2018, n. 643](#)

CONTRATTI – SERVIZIO DI TRASPORTO IN AMBULANZA – AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO – ART. 10, LETT. H), DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE – RIMESIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Con l'ordinanza in commento il TAR Veneto rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea alcune questioni interpretative sulla nozione di servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, indicato dal **considerando n. 28** e **dall'art. 10, lett. h)**, della **direttiva 2014/24/UE** e ripreso dall'art. **17, c. 1, lett. h)**, del **d.lgs. 50/2016**.

Nel caso di specie, l'ASL 5 Polesana stabiliva di affidare il servizio di trasporto sanitario in urgenza ed emergenza ed il trasporto sanitario secondario, mediante convenzionamento diretto, ad un'associazione di volontariato. In seguito, tale provvedimento veniva impugnato da una controinteressata che evidenziava, in particolare, come i **servizi di trasporto sanitario secondario** rientrerebbero tra quelli che la normativa europea (considerando 28 ed art. 10, lett. h) della direttiva 2014/24/UE) e statale (art. 17, c. 1, lett h) del d.lgs. 50/2016) **escludono dai "servizi esclusi"** assoggettandoli alla disciplina degli appalti della direttiva 2014/24/UE. La delibera veniva, pertanto, annullata in autotutela dall'Amministrazione resistente a seguito del sopravvenuto orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139 e TAR Veneto, sez. III, 9 marzo 2018, n. 275). L'originaria affidataria dei servizi impugnava, infine, il provvedimento di annullamento e i due giudizi venivano riuniti dal tribunale remittente.

Si erano già espressi sul punto i giudici di Palazzo Spada, nella sopracitata sentenza, prendendo però in considerazione, quanto al *thema decidendum* della controversia, esclusivamente il **servizio di mero trasporto di pazienti** ed il **servizio di soccorso in emergenza**: soltanto quest'ultimo viene "eccezionalmente sottratto alla regola della gara qualora fornito da organizzazioni senza scopo di lucro" mentre il mero servizio di "trasporto in ambulanza (consistente nel trasporto ordinario di pazienti privo della connotazione

dell'urgenza)" è invece "soggetto alle procedure ad evidenza pubblica (regime alleggerito)".

Oggetto della presente remissione sono, al contrario, tutti quei **servizi intermedi** difficilmente inquadrabili tra i servizi di soccorso in emergenza o tra quelli di mero trasporto, che sono, invece, qualificati dalla **I.r. 26/2012 della Regione Veneto** nella prima categoria, e specificamente "i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA) effettuati con mezzi di soccorso; i servizi di trasporto nei quali le condizioni cliniche del paziente richiedono esclusivamente l'utilizzo di un mezzo di soccorso e, durante il percorso, la necessità di assistenza di personale sanitario o di altro personale adeguatamente formato, nonché l'esigenza di garantire la continuità delle cure".

Da qui è sorta l'esigenza di rimettere alla Corte di Giustizia le seguenti **questioni pregiudiziali**: **1)** se la direttiva 2014/24/UE debba interpretarsi nel senso che i servizi di ambulanza – per i quali sia stabilita la necessaria presenza a bordo di un autista soccorritore e di almeno un soccorritore – e i servizi di trasporto su mezzi di soccorso rientrino nell'**esclusione** di cui all'art. 10, lett. h), o invece ricadano tra i servizi di cui agli artt. 74 ss. della richiamata direttiva; **2)** se osti a tale norma una normativa nazionale che preveda che i servizi di ambulanza e i servizi di trasporto effettuati su mezzi di soccorso siano assegnati in via prioritaria ad associazioni di volontariato mediante **convenzioni** dirette.

\*\*\*\*\*

È conforme alla direttiva 2014/24/UE la normativa nazionale che consente alle stazioni appaltanti di stabilire una soglia di sbarramento per l'offerta tecnica?

[CGUE, sez IV, 20 settembre 2018, n. C-546/16](#)

APPALTI PUBBLICI – PROCEDURA APERTA – CRITERI DI AGGIUDICAZIONE – VALUTAZIONE OFFERTA TECNICA – SOGLIA DI SBARRAMENTO – ESCLUSIONE – NUMERO DI OFFERTE RIMASTE – CONFORMITÀ ALLA DIRETTIVA 2014/24/UE

Nel procedimento che ha dato origine alla sentenza "Musikene" della Corte di giustizia, una stazione appaltante spagnola ha confezionato la documentazione di gara disponendo una "**soglia di sbarramento**": i soli offerenti che avessero raggiunto un determinato punteggio minimo nell'offerta tecnica avrebbero avuto accesso alla fase dell'apertura dell'offerta economica.

Il giudice del rinvio ha sollevato dubbi di compatibilità con la **direttiva 2014/24/UE** che, all'**art. 66**, sembra consentire la possibilità di ridurre il numero di offerte, nelle gare articolate in più fasi, **esclusivamente** nella procedura competitiva con negoziazione e nel dialogo competitivo e **non nella procedura aperta**, come quella di cui si tratta. Inoltre, ritiene che l'applicazione dello strumento dello sbarramento ostacoli **la concorrenza effettiva**, riducendo il numero dei partecipanti alla fase finale e che "possa impedire che vengano analizzate e valutate le offerte più competitive in riferimento al prezzo".

La questione è stata rimessa alla Corte di giustizia dall'organo amministrativo competente della Comunità autonoma dei Paesi Baschi. La Corte evidenzia, in primo luogo, come il **considerando 90** della suddetta direttiva "rammenta che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare [...] le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto, mentre il considerando 92 della medesima direttiva precisa che quest'ultima è

volta a incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a scegliere criteri di aggiudicazione [...] che rispondano al meglio alle loro necessità". Inoltre, sulla base di quanto rilevato dall'Avvocato Generale, la Corte sostiene che, sebbene la direttiva riservi solo alle procedure in cui è possibile negoziare le offerte iniziali la possibilità di articolare la valutazione in più fasi, essa **non esclude che ciò sia ammissibile anche in una procedura aperta**.

Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, "della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto in questione, nonché della **libertà di stabilire una soglia minima** che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico".

La stazione appaltante non sarebbe quindi tenuta a valutare l'offerta qualitativamente non apprezzabile anche se conveniente sul piano economico. La previsione di una soglia qualitativa di sbarramento, consentirebbe, in definitiva, di escludere quelle offerte che, essendo al di sotto di alcuni standard predeterminati, non corrispondono alle esigenze dell'Amministrazione e ciò a **prescindere dal numero di offerenti restanti**.

L'Amministrazione, infatti, se ritiene che la "procedura di aggiudicazione dell'appalto sia caratterizzata, tenuto conto delle peculiarità e dell'oggetto dell'appalto interessato, da un'assenza di **concorrenza effettiva**, può **porre fine a tale procedura** e, se necessario, indire una nuova procedura con diversi criteri di aggiudicazione".

## 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)*

- M. GNES, ***L'opponibilità delle direttive agli enti privati con compiti di interesse pubblico***, 2018, 5, 590;
- G. PIPERATA, ***I servizi pubblici locali: scritti recenti***, 2018, 5, 671;
- R. POPPI, ***Obbligo di concludere il procedimento e stipula del contratto***, 2018, 5, 641.

#### 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, F. RUMMA, ***Il d.m. 7 marzo 2018, n. 49. La Direzione dell'esecuzione***, 2018, 5, 609;
- F. MANGANARO, R. PARISI, ***I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC***, 2018, 5, 589;
- S. USAI, ***La nomina della commissione di gara nel periodo transitorio fino all'istituzione dell'Albo dei commissari***, 2018, 5, 599.

- F.P. BELLO, *I servizi legali tra vocazione fiduciaria e istanze di proceduralizzazione*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it);
- G. BIASUTTI, *Le cosiddette clausole sociali tra tutela dei lavoratori e libertà di iniziativa economica*, in *Riv. trim. appalti*, 2018, 2, 513;
- P. CARBONE, *Il responsabile unico del procedimento nella fase di esecuzione*, in *Riv. trim. appalti*, 2018, 2, 371;
- M. COZZIO, *Obiettivi di modernizzazione e buon funzionamento dei sistemi di contrattazione pubblica nelle Regioni e Province ad autonomia speciale*, in *Riv. trim. appalti*, 2018, 2, 601;
- C.C. GIALDINO, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito: nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);
- G. GUZZO, *La concessione di opere pubbliche. Il quadro legislativo e giurisprudenziale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- V. QUINTALIANI, *La sorte della procedura di gara a seguito della composizione illegittima della commissione per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi, forniture*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it);
- C. VOLPE, *Mediazione e giudizio amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

\*\*\*\*\*

## Obbligo di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica nelle procedure di gara: in vigore dal 18 ottobre 2018

Dal **18 ottobre 2018** è entrato in vigore per le stazioni appaltanti l'**obbligo di utilizzare mezzi elettronici nella gestione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici**. Tale vincolo deriva dal recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva europea 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, la quale all'art. 22, par. 1, letto in combinato disposto con l'art. 90, par. 2, stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni inerenti alle procedure di gara siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronica a partire dal termine temporale sopra indicato.

Gli obiettivi perseguiti dalla norma sono molteplici: da un lato vi è la volontà di **rendere più semplici, celeri ed efficaci le procedure di gara**; dall'altro quella di **garantire maggiore correttezza e trasparenza per i concorrenti, aumentando al contempo le possibilità di partecipazione** degli operatori nel mercato interno.

Gli aspetti inerenti all'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronica nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione sono stati recepiti anche dal Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/2016). All'articolo 52, c.1, vengono definite le caratteristiche che le comunicazioni devono avere. Nello specifico si precisa come sia necessario l'impiego di **strumenti e dispositivi elettronici che abbiano carattere non discriminatorio e che siano comunemente disponibili e compatibili con le tecnologie generalmente in uso**, in modo tale da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione. In deroga a tale obbligo, vi sono tuttavia dei casi in cui le stazioni appaltanti non sono vincolate a richiedere l'impiego di mezzi di comunicazione elettronica in forza di specifiche ragioni, da motivare adeguatamente.



Il comma 5 dell'art. 52 del d.lgs 50/2016 pone l'attenzione su un aspetto di notevole importanza, precisando che *“in tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, **le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute.** Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione”*. Ciò significa che, per ottemperare all'obbligo imposto, non è sufficiente il solo impiego di mezzi di comunicazione elettronici, ma è indispensabile l'utilizzo di dispositivi e strumenti in grado di garantire l'integrità e la riservatezza dei dati fino al termine ultimo previsto per la presentazione.

#### E in Provincia di Trento?

Come noto, la l.p. 2/2016, all'art. 9, ha recepito le direttive europee del 2014 in materia di contratti pubblici. Al c. 1 del citato articolo si stabilisce infatti che *“**tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito della procedura di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, compresa la trasmissione delle richieste di partecipazione e la trasmissione delle offerte, sono eseguite utilizzando mezzi di comunicazione elettronici**”*, salvo le deroghe espressamente previste.

Al fine di consentire l'esperimento in via telematica di tutte le tipologie di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, la Provincia autonoma di Trento ha provveduto all'**aggiornamento tecnico-funzionale della piattaforma di e-procurement Mercurio sul sistema Sap Srm**, passando dalla release 5.0 alla release 7.0.

Ad oggi Mercurio consente l'acquisto di beni e servizi e l'affidamento di lavori in tre differenti modalità di tipo telematico: 1) gare telematiche di lavori, servizi e forniture; 2) MEPAT; 3) negozio elettronico per le convenzioni stipulate da APAC. Agli Enti che intendano accedere al sistema Sap Srm è richiesta la registrazione secondo le indicazioni reperibili al link [www.mercurio.provincia.tn.it/areaEnti/default.asp](http://www.mercurio.provincia.tn.it/areaEnti/default.asp). Maggiori informazioni in relazione a modalità di registrazione, manualistica ed attività formative sono reperibili nell'**“Avviso per le amministrazioni aggiudicatrici”** pubblicato sul sito di APAC.

\*\*\*\*\*

**Le informazioni non veritiere relative all'offerta economica sono comprese nell'alveo dell'art. 80, c. 5, lett. c), del Codice?**

L'A.N.AC., nella sua attività di rilascio dei pareri di precontenzioso, ha adottato la delibera [11 settembre 2018, n. 780](#) riguardante l'esclusione dei concorrenti dalle gare per aver commesso gravi illeciti professionali, ai sensi dell'**art. 80, c. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016**.

L'Autorità è stata, infatti, invocata dal Comune di Alviano (TR) con istanza risalente a marzo 2018. In essa l'Amministrazione ha rappresentato che, a seguito dei controlli sull'aggiudicatario previsti dal Codice, l'operatore economico primo graduato ha fornito **informazioni non veritiere circa elementi dell'offerta economica**; a fronte di ciò il Comune ha chiesto se tale condotta integri o meno un grave illecito professionale ex art. 80, c. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

L'A.N.AC., riprendendo la consolidata giurisprudenza sul punto, ha affermato che *“**integra la fattispecie escludente prevista dall'art. 80, c. 5, lett. c), l'aver fornito con dolo o colpa grave informazioni false riguardo elementi dell'offerta tecnica risultate decisive ai fini***

dell'attribuzione del punteggio, quando tale comportamento sia tale da rendere **dubbia l'integrità e/o l'affidabilità del concorrente**". Tuttavia, come precisa di seguito l'Autorità, è la stazione appaltante a dover valutare se la dichiarazione non veritiera abbia o meno inciso sull'attribuzione del punteggio: valutazione che, essendo esercizio del **potere discrezionale** della stazione appaltante, non può essere esperita da A.N.AC.

\*\*\*\*\*

### Il principio di equivalenza nella fornitura di prodotti farmaceutici

L'A.N.AC., in risposta ad un'istanza di parere di precontenzioso, ha adottato la [delibera n. 754 del 5 settembre 2018](#), nella quale affronta due questioni: il **principio di equivalenza** con riferimento ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche per la fornitura di prodotti farmaceutici e la funzione dei chiarimenti della stazione appaltante.

Riguardo al primo profilo, l'Autorità riprende il principio sostenuto dalla giurisprudenza secondo cui *"non è consentito alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i prodotti offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondono in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche"* (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364). In questa prospettiva non rileva se la dicitura *"o equivalente"* sia espressamente indicata o meno nella *lex specialis*, ma risulta necessario verificare se gli elementi che connotano l'offerta presentano una **conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche**. L'Autorità riafferma inoltre il principio per cui l'ammissione di prodotti equivalenti rientra nell'ambito della **discrezionalità tecnica** della stazione appaltante, il cui giudizio, se *"privo di profili di macroscopica irragionevolezza o illogicità"*, non può ritenersi sindacabile dal giudice.

In relazione alla funzione dei chiarimenti auto-interpretativi, invece, A.N.AC. chiarisce che essi non possono modificare o integrare i contenuti dei documenti di gara, ma la loro unica funzione è quella di *"illustrare le regole già formate nei documenti di gara, che costituiscono le uniche fonti della procedura"*.

\*\*\*\*\*

### Orientamenti in materia di appalti pubblici per i professionisti: la Commissione europea pubblica il documento aggiornato

La **Commissione europea** ha pubblicato nel mese di febbraio la versione aggiornata del documento ["Orientamenti in materia di appalti pubblici per i professionisti"](#), che si pone l'obiettivo di fornire un pratico sostegno ai **funzionari responsabili di appalti pubblici** che operano ai vari livelli delle Amministrazioni degli Stati membri e di contribuire alla corretta applicazione delle norme relative ai contratti pubblici, pur non trattandosi di un manuale di istruzioni per ottemperare alle prescrizioni della direttiva 2014/24/UE.

Il documento, sulla scorta delle modifiche introdotte dalla direttiva 2014/24/UE, presenta degli **orientamenti** strutturati seguendo le **fasi principali** di una procedura ad evidenza pubblica, intese quali: **preparazione e pianificazione, pubblicazione, presentazione delle offerte e selezione degli offerenti, valutazione delle offerte e aggiudicazione** ed **esecuzione** del contratto di appalto, schematizzando e mettendo in evidenza per

ciascuna fase "le questioni a cui prestare attenzione e i potenziali errori da evitare, nonché metodi o strumenti specifici da utilizzare".

In chiusura di trattazione gli autori dedicano un capitolo, denominato "Strumentario", all'individuazione degli **errori più comuni** negli appalti pubblici rilevati negli anni precedenti la pubblicazione da parte della Commissione dell'UE, in particolare durante gli **audit** dei fondi SIE (Fondi strutturali e di investimento europei), indicando per ciascuna fattispecie gli orientamenti e la consulenza corrispondente.

Al fine di ridurre le possibilità che eventuali errori emergano in fase di controlli interni ed esterni o durante procedure di ricorso contro le decisioni delle Amministrazioni, gli autori propongono, infine, l'utilizzo di **liste di controllo**, quali strumenti per effettuare un'**autovalutazione** delle attività in fase di stesura del **capitolato d'oneri** e di **preparazione e attuazione delle procedure di appalto** ed individuare, attraverso una serie di domande specifiche per ciascun aspetto della procedura, le **criticità** che necessitano di eventuali approfondimenti o correzioni in corso d'opera.

\*\*\*\*\*

### **Bacini troppo ampi e durata troppo eccessiva per l'AGCM ledono la concorrenza**

L'Agazia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici ed i rifiuti ha pubblicato dei bandi di gara aventi ad oggetto l'affidamento della gestione integrata dei servizi di igiene urbana. Questi bandi sono stati ritenuti dall'Adunanza Plenaria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel [parere del 20 giugno 2018](#), in **contrasto con la normativa a tutela della concorrenza**. Infatti, secondo l'AGCM la previsione di un termine di durata degli affidamenti e l'ampiezza del bacino erano tali da limitare la partecipazione alle gare da parte di piccole e medie imprese.

Lo svantaggio per le piccole e medie imprese derivava dalla previsione di una **durata eccessivamente lunga**, specificamente di 15 anni, e da un **bacino molto ampio** come quello di Ravenna e Cesena (circa 600.000 abitanti). Queste due previsioni nei bandi appaiono agli occhi dell'autorità amministrativa indipendente come idonee a limitare significativamente la partecipazione alle gare da parte dei piccole e medie imprese, sia pure in ATI, a vantaggio degli storici operatori di mercato. Per queste ragioni l'Autorità ha suggerito alla Regione Emilia-Romagna e alla stazione appaltante la riduzione della durata degli affidamenti e la diminuzione dell'ampiezza dei bacini di affidamento.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti a cura di Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano Defilippis, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agazia 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'Agazia 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.*