

GIURISPRUDENZA

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

La differenza tra il subappalto e il contratto continuativo di cooperazione: qualche indicazione dal Consiglio di Stato

[Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256](#)

SUBAPPALTO – CONTRATTO CONTINUATIVO DI COOPERAZIONE – DISTINZIONE – PRESTAZIONI AGGIUNTIVE RIVOLTE ALL'OPERATORE ECONOMICO O ALLA P.A.



Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato fornisce qualche indicazione per distinguere il contratto di **subappalto** dal **contratto continuativo di cooperazione**, introdotto dal d.lgs. 56/2017 (cd. correttivo al Codice).

In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione scolastica, un operatore economico era stato escluso a seguito di ricorso del concorrente piazzatosi successivamente in graduatoria in quanto, pur avendo dichiarato di non voler ricorrere all'avvalimento ovvero al subappalto, si era impegnato all'esecuzione di una serie di prestazioni per le quali non era attrezzata (quali in particolare interventi volti a migliorare il comfort acustico del refettorio e attività di campionamento microbiologico dei cibi) e, attesa la sua competenza nel solo settore della refezione scolastica, era stata costretta a ricorrere a soggetti esterni con i quali già erano in corso trattative.

Il giudice di primo grado, tuttavia, ne aveva disposto l'**esclusione** in quanto la società si era impegnata a svolgere in proprio **prestazioni successivamente rimesse a soggetti terzi**, ma **in assenza del necessario ricorso al subappalto o all'avvalimento**. Per la ditta esclusa, ciò era possibile in quanto le prestazioni aggiuntive sarebbero state rese in forza di contratti continuativi di cooperazione stipulati ai sensi dell'art. 105, c. 3, lett. c-bis d.lgs. 50/2016, come tali non riconducibili al subappalto.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha chiarito che *“le prestazioni oggetto di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura [...] sono **rivolte a favore dell'operatore economico** affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non, invece, direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto [...]. Quel che occorre verificare, allora, è la **direzione delle prestazioni aggiuntive** cui [la ricorrente] si è impegnata nella propria offerta”*. In tal senso, il Collegio ha concluso che *“salvo che per la manutenzione dei centri cottura in dotazione alla stessa impresa, tutte le altre prestazioni [come l'installazione dei materiali per insonorizzazione o l'analisi dei cibi] sono **inequivocabilmente dirette a favore dell'amministrazione committente** [...]”*. I relativi contratti non possono essere, pertanto, qualificati come contratti continuativi di cooperazione, ma propriamente come **contratti di subappalto**”. Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato – accogliendo il ricorso nei limiti di cui alla parte motiva – ha disposto che il punteggio del concorrente fosse nuovamente rideterminato dalla stazione appaltante senza tener conto delle prestazioni – indicate in offerta – per la cui esecuzione l'aggiudicataria si sarebbe servita di ditte esterne.

Associazione temporanea di imprese orizzontale e verticale: quali le differenze sostanziali?

[Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 517](#)

ATI ORIZZONTALE E ATI VERTICALE – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE – SUDDIVISIONE TRA PRESTAZIONI “PRINCIPALI” E “SECONDARIE” – NON PREVISTE DALLA *LEX SPECIALIS* – ART. 48, C. 2, D.LGS. 50/2016 – AMMISSIONE



La sentenza del Consiglio di Stato ha ricostruito la **distinzione tra ATI orizzontale e verticale**, a seguito di un ricorso in cui l'appellante – un costituendo RTI – lamentava la violazione dell'art. 48, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 per via dell'ammissione alla gara d'appalto di raggruppamenti che avrebbero partecipato in forma di ATI verticale (avendo indicato, mandante e mandataria,

l'esecuzione di servizi tra loro diversi per tipologia), nonostante la *lex specialis* non avesse identificato prestazioni “principali” e prestazioni “secondarie”.

La distinzione in questione, basandosi sulla decisione dell'Adunanza plenaria n. 22 del 13 giugno 2012, poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: **l'ATI orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni** costituenti oggetto dell'appalto. Pertanto, ciascun operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione. Ciò significa che la diversità delle prestazioni, tale da escludere il carattere orizzontale del raggruppamento, ricorre solo se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando, finalizzate all'esecuzione di un'attività non corrispondente a quella oggetto del contratto.

Ciò che caratterizza il **raggruppamento di tipo verticale** è, invece, la **disomogeneità e la differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo**, portatori di competenze distinte e differenti, che vengono riunite ai fini della qualificazione per una determinata gara. L'oggetto dell'appalto deve riguardare **prestazioni e tipologie di servizi effettivamente autonome e specifiche, differenziabili e scorporabili**, tanto da poter essere svolte da soggetti distinti, **dotati di determinati requisiti di qualificazione**, idonei allo svolgimento di quelle **particolari prestazioni** che costituiscono, secondo la stazione appaltante, **valore secondario**.

Infatti, nel caso di ATI verticale, **la stazione appaltante deve individuare le prestazioni principali e secondarie** da ripartire all'interno dell'associazione tra i suoi componenti, non potendo consentire all'autonomia delle parti private la scelta delle prestazioni da svolgere, tenuto conto del differente regime relativo alla responsabilità applicato alle ATI verticali.

Nella suddetta gara d'appalto, quindi, non essendo rinvenibile nella *lex specialis* di gara alcuna espressa suddivisione tra prestazioni “principali” e prestazioni “secondarie”, ex art. 48, c. 2, del d.lgs. 50/2016, non poteva farsi luogo che a raggruppamenti di impresa di tipo orizzontale: pertanto, i giudici di Palazzo Spada, per malgoverno dell'istituto dell'ATI verticale, accoglievano la doglianza dell'appellante affermando che l'ammissione alla gara dei sopracitati raggruppamenti non fosse legittima.

La sottoscrizione dell'offerta da parte di uno solo degli amministratori è causa di immediata esclusione del concorrente dalla procedura?

[TAR Sardegna, sez. I, 22 gennaio 2019, n. 34](#)

OFFERTA ECONOMICA – OFFERTA TECNICA – DIFETTO PARZIALE DI SOTTOSCRIZIONE – SOCCORSO ISTRUTTORIO – AMMESSO – NON È CAUSA DI IMMEDIATA ESCLUSIONE



La sentenza in esame affronta il tema della validità di un'offerta recante la **sottoscrizione** di uno solo dei due amministratori di una società partecipante ad una procedura di gara. Nello specifico, la società ricorrente, seconda classificata, sosteneva che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere la società controinteressata, aggiudicataria della procedura, per il fatto che le sue offerte, tecnica ed economica, erano state sottoscritte da **uno solo** dei due amministratori, a fronte di una previsione statutaria che consentiva agli amministratori di compiere disgiuntamente solo le operazioni di importo inferiore alla cifra posta a base di gara.

Il TAR Sardegna, nel respingere il ricorso, ritiene che il **difetto parziale** di sottoscrizione sia suscettibile di sanatoria mediante **soccorso istruttorio** e, come tale, esso **non** costituisca causa di immediata esclusione del concorrente: non si ricadrebbe infatti nelle ipotesi in cui il soccorso istruttorio è vietato dalla legge e cioè nelle ipotesi di "vizi dell'offerta" e di vizi inficianti "l'individuazione del soggetto responsabile", dal momento che l'offerta è formulata e sottoscritta da uno degli amministratori della società e tanto basta a comprovarne la **riconcucibilità** a quest'ultima.

A sostegno della decisione, il TAR Sardegna richiama i consolidati orientamenti giurisprudenziali secondo cui l'offerta recante la sottoscrizione di uno solo degli amministratori deve essere correttamente inquadrata tra le ipotesi di "non corretta spendita del potere rappresentativo", la quale "opera sul piano della **efficacia** e **non** su quello della **validità**" (così Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1338); a ciò consegue, proprio perché si è in presenza di mera **incompletezza** della sottoscrizione, che la stessa "**non** preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa [...], il che induce a ritenere il **vizio sanabile** mediante il soccorso istruttorio e **non idoneo** a cagionare l'immediata ed automatica **estromissione** dalla procedura selettiva" (così TAR Firenze, Sez. I, 31 marzo 2017, n. 496).

È valido il contratto di avvalimento che applica formule contrattuali generiche?

[Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755](#)

CONTRATTO DI AVVALIMENTO – VALIDITÀ – AVVALIMENTO DI GARANZIA – AVVALIMENTO TECNICO-OPERATIVO – DIFFERENZE – INDICAZIONE DEI MEZZI AZIENDALI



La sentenza in esame riguarda la validità del contratto di **avvalimento**. L'impresa appellante ritiene che il giudice di primo grado abbia erroneamente accolto il ricorso avverso la sua ammissione

alla gara per mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale e indeterminatezza del contratto di avvalimento. In particolare, secondo l'appellante, il TAR avrebbe erroneamente qualificato il requisito prestato dall'ausiliaria all'impresa appellante quale requisito di capacità **tecnico-professionale** e non quale requisito di capacità **economico-finanziaria**: ciò ha fatto sì che, nel caso in esame, l'avvalimento sia stato ritenuto di natura "tecnico-operativa" e non "di garanzia" e il suo contenuto indeterminato.

In respingimento dell'appello, il Collegio dapprima evidenzia la **differenza** tra avvalimento cd. **tecnico-operativo** e avvalimento cd. **di garanzia**: il primo ha ad oggetto requisiti **diversi** rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria ed "è imposto alle parti di **indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto**"; nel secondo l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di **solidità finanziaria** e "**non è conseguentemente necessario** [...] che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o a indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale [...] è **sufficiente** che dalla ridetta dichiarazione emerga l'**impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale**". Poi, il Collegio sottolinea che, al di là della tipologia di requisito prestato (capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale), è **esclusa** la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali del tutto **generiche** e l'indagine sull'efficacia del contratto, sia nel caso di avvalimento cd. di garanzia che in quello tecnico od operativo, deve essere svolta in concreto.

Nel caso in esame, **in concreto**, alla luce della natura e consistenza dei requisiti di partecipazione richiesti per la gara e analizzando, per un verso, la natura dell'avvalimento nei termini formulati nella domanda di partecipazione dell'appellante e, per altro verso, l'idoneità formale e sostanziale del relativo contratto, il Collegio ritiene che i requisiti previsti dal disciplinare riguardavano la capacità tecnica e professionale e il relativo contratto di avvalimento andava dunque considerato come tecnico-operativo, con la conseguenza che esso postulava "un grado di **determinatezza** e di **precisione** nella concreta identificazione delle effettive risorse reali e personali messe a disposizione dall'ausiliaria" che non è stato riscontrato nel caso di specie.

NORMATIVA

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

Novità in materia di appalti introdotte dalla Legge di variazione del bilancio

Sul numero straordinario n. 2 al B.U.R. n. 6 del 13 febbraio 2019 è stata pubblicata la **[l.p. 12 febbraio 2019, n. 1 \(Variazione al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2019-2021\)](#)**. La legge, che è entrata in vigore lo scorso 14 febbraio, contiene diverse disposizioni afferenti alla tematica dei contratti pubblici.

Anzitutto, si prevede che la partecipazione alle **commissioni tecniche** per la valutazione delle offerte costituisca un **obbligo di servizio** per il personale dipendente della Provincia e degli enti strumentali. Le modalità di individuazione del personale tenuto a svolgere le citate funzioni saranno stabilite con deliberazione della Giunta provinciale e i nominativi del personale saranno inseriti nell'elenco telematico disciplinato dall'art. 20 del-

la l.p. 9 marzo 2016, n. 2. Si demanda alla contrattazione collettiva la determinazione di "retribuzioni incentivanti" per lo svolgimento dei predetti incarichi.

In secondo luogo, nelle more del processo di revisione dell'esercizio associato di funzioni da parte dei Comuni trentini, il legislatore ha differito, per un termine massimo di 180 giorni, l'**obbligo** per i **Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti** e costituiti a seguito di fusione di affidare contratti pubblici ricorrendo all'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti o stipulando **convenzioni** con altri Comuni.

Ancora, con riferimento ai contratti pubblici di **lavori** di importo pari o superiore a 40.000 Euro ed **inferiore a 150.000 Euro**, le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere, sino al 31 dicembre 2019, mediante **affidamento diretto** previa consultazione di tre operatori economici.

Con la modifica del comma 5 dell'art. 23-bis della l.p. 10 settembre 1993, n. 26, il legislatore provinciale ha eliminato la cd. **polizza Merloni**. La disposizione in esame imponeva al professionista di costituire una garanzia *ad hoc* con un massimale calcolato in relazione all'importo dei lavori da progettare. Tale previsione viene sostituita con l'obbligo generale di possedere un'adeguata polizza per responsabilità civile professionale che copra gli eventuali errori o omissioni compiuti nella redazione del progetto. In tal modo la normativa provinciale viene allineata a quanto previsto a livello nazionale.

La legge in oggetto prevede inoltre l'eliminazione della disposizione relativa alla **tassatività delle cause di esclusione** dei candidati contenuta nel Regolamento di attuazione della l.p. n. 26/1993, in quanto quest'ultima si limitava a ripercorrere quanto già disposto nell'art. 35-bis della l.p. 26/1993.

Infine, con la modifica dell'art. 36-ter 1, c. 6, della l.p. 19 luglio 1990, n. 23, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a compiere i propri acquisti ricorrendo al **mercato elettronico** o agli altri strumenti elettronici di acquisto gestiti dalla Provincia o da Consip spa per **importi superiori a 5.000 Euro** anziché a 1.000 Euro.

Publicata in Gazzetta Ufficiale la legge di conversione del Decreto semplificazioni

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 36 del 12 febbraio 2019 la **legge 11 febbraio 2019, n. 12** recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione". In particolare, con riferimento alla disciplina relativa ai contratti pubblici, trova **conferma la modifica apportata all'articolo 80, c. 5, lett. c).**

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Rimessa alla Corte di giustizia la questione sull'esclusione automatica dalla gara per mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza
[Cons. Stato, Ad. plen., ord. 24 gennaio 2019, n. 3](#)

APPALTI – PROCEDURA APERTA – ART. 95, C. 10, D.LGS 50/2016 – COSTI MANODOPERA – ONERI SICUREZZA – ESCLUSIONE AUTOMATICA – RIMESSIONE CGE

Con l'ordinanza in commento l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE circa la conformità ai principi del diritto dell'Unione europea (segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) della disciplina nazionale di cui agli articoli **95, c. 10, 83, c. 9 e 97, c. 5, del d.lgs 50/2016** nella parte in cui determina l'esclusione da una pubblica gara, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, del concorrente che abbia omesso l'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza dei lavoratori.

L'Adunanza plenaria è chiamata a dirimere un contrasto giurisprudenziale tra un orientamento (**tesi formalistica**) che sostiene **l'esclusione** del concorrente nell'ipotesi di violazione della disposizione di cui all'art. 95, c. 10, senza possibilità di invocare il beneficio della regolarizzazione postuma mediante il soccorso istruttorio e un orientamento opposto (**tesi sostanziale**) secondo il quale la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale **non determinerebbe di per sé l'automatismo espulsivo**, salvo sia stata formulata un'offerta indeterminata o incongrua senza considerare gli oneri della sicurezza.

La questione viene risolta dal giudice remittente **a favore della tesi** che propugna la necessaria **esclusione del concorrente che abbia omesso**, in sede di offerta, **l'indicazione separata dei costi della manodopera** e/o degli **oneri della sicurezza dei lavoratori** sulla base di cinque argomenti: l'obbligo è contenuto in disposizioni sufficientemente chiare per gli operatori professionali; l'art. 83, c. 9, esclude espressamente il soccorso istruttorio per **carenze dichiarative** relative alle offerte economica e tecnica; secondo un orientamento consolidato del Consiglio di Stato in materia di procedure ad evidenza pubblica, sussiste **una causa di esclusione** per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto; altro orientamento dell'Adunanza plenaria ammetteva il soccorso istruttorio, ma solo per le gare indette **prima** dell'entrata in vigore del nuovo d.lgs 50/2016 (possibilità venuta meno a fronte dell'introduzione dell'attuale art. 95); infine, l'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori risponde all'esigenza di rafforzare gli strumenti di **tutela dei lavoratori**, responsabilizzare gli operatori economici e rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo.

Ciò premesso, **il Consiglio di Stato** mette in rilievo la necessità di interpellare **la Corte di giustizia**, argomentando le ragioni che farebbero propendere per la compatibilità con il diritto europeo della tesi cd. escludente: **"il principio di effettività dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario dovrebbe condurre alla conclusione che la tutela della sicurezza del lavoro e dei diritti dei lavoratori debba comportare la legittimità comunitaria dell'esclusione dell'offerente che abbia omesso di dichiarare in sede di offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per ragioni [...] di ordine sostanziale"**.

Servizi standardizzati ad alta intensità di manodopera: criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa?

[Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882](#)

CONTRATTI PUBBLICI – AFFIDAMENTO DEI SERVIZI – STANDARDIZZAZIONE – SERVIZI AD ALTA INTENSITÀ DI MANODOPERA – CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO – CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – RIMESSIONE

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato chiede all'Adunanza plenaria di verificare se nell'ambito dell'**art. 95** il rapporto tra il **c. 3, lett. a), d.lgs. 50/2016** (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il **c. 4, lett. b)**, (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui definizioni sono definite dal mercato), debba declinarsi nei termini di specie a genere o di genere a specie; in particolare se in caso di **affidamento di servizi ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate** debba applicarsi il **criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa**.

La questione trae origine dal ricorso in appello proposto al Consiglio di Stato dalla Elisicilia srl, contro GSA spa e nei confronti dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Asst della Valle Olona, per la riforma della sentenza breve del TAR Lombardia n. 1872/2018.

Segnatamente, la società appellante contesta il provvedimento del giudice di prime cure il quale, valorizzando le doglianze attoree articolate avverso l'opzione organizzativa della stazione appaltante di avvalersi del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, muove dall'assunto che per l'appalto in parola, ad alta intensità di manodopera, **si imporrebbe ai sensi dell'art. 95, c. 3, del d.lgs. 50/2016**, l'applicazione del **criterio di aggiudicazione dell'OEPV** e non quello del minor prezzo anche laddove l'appalto fosse caratterizzato, come nel caso di specie, da **prestazioni standardizzate**.

Sul punto si registrano **contrastanti giurisprudenziali**. Secondo un primo orientamento, il rapporto tra il c. 3 e il c. 4 dell'art. 95 deve essere declinato come di **specie a genere**: ove ricorrano cioè le fattispecie di cui al c. 3 (tra cui le prestazioni ad alta intensità di manodopera), si pone, dunque, un obbligo speciale e cogente di adozione del **criterio dell'OEPV** che non ammetterebbe deroghe neppure al ricorrere delle fattispecie di cui al c. 4 ed indipendentemente dallo sforzo motivazionale compiuto dall'Amministrazione.

Un secondo e opposto orientamento, invece, **ribaltando il rapporto di genere a specie**, assegna alla previsione di cui all'art. 95, c. 4, lett. b), del d.lgs. 50/2016, nella parte in cui ammette per *"i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono definite dal mercato"* l'utilizzo del **criterio del prezzo più basso**, una **valenza derogatoria** rispetto alla previsione speciale di cui al c. 3.

Tanto premesso, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, il Consiglio di Stato ritiene necessario deferire all'esame dell'Adunanza plenaria la menzionata questione di diritto onde far luce sul punto.

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:

- A. NICODEMO, **[Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila](#)**, in www.federalismi.it.

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

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

- M. BENEDETTI, **Il rappresentante unico delle Amministrazioni statali. Chiarimenti interpretativi**, 2018, 6, 800;
- E. CARLONI, **Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale**, 2018, 6, 698;
- N. GULLO, **Interdittiva antimafia e crediti risarcitori**, 2018, 6, 766.

URBANISTICA E APPALTI

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

- S. COLOMBARI, **Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici**, 2019, 1, 5;
- A. NICODEMO, **La querelle, non sopita, sui contenuti del contratto di avvalimento e l'inammissibilità del (relativo) soccorso istruttorio**, 2018, 6, 835;
- A. SCARCELLA, **La Grande Camera della CEDU sulla confisca urbanistica**, 2018, 6, 764.

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Utilizzo non corretto degli strumenti informatici: su chi ricade il rischio che ne deriva?

L'utilizzo di piattaforme elettroniche per lo svolgimento di procedure di gara vede tra gli obiettivi principali quello di rendere più celeri e sicure le operazioni, nonché quello di coinvolgere uno spettro più ampio di soggetti. Perché questo possa tradursi in una modalità operativa in grado di arrecare vantaggi sia all'attività delle pubbliche amministrazioni che alla partecipazione degli operatori economici, a questi ultimi è richiesto di **attenersi alle regole tecniche di funzionamento dei dispositivi informatici impiegati**. Tali regole integrano quanto previsto dalla *lex specialis* di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti, i quali devono rispettare, secondo i principi dell'ordinaria diligenza, quanto previsto dai manuali applicativi e dalla normativa in materia di utilizzazione delle forme digitali. Alcune sentenze hanno precisato che **un utilizzo non corretto degli strumenti informatici** impiegati per la formulazione e la presentazione delle offerte **non può tradursi in un aggravamento procedimentale** per la stazione appaltante ed **il rischio che ne deriva ricade sull'operatore economico** stesso (*ex multis*, TAR Puglia, sez. II, 17 dicembre 2018, n. 1609).

È infatti onere di chi presenta l'offerta **verificare che questa sia inoltrata nella modalità corretta**; talune piattaforme consentono, ad esempio, unicamente il caricamento di elaborati in formato cd. chiuso, ossia file pdf non modificabili, impedendo invece il caricamento di documenti cd. aperti (ad es. word), per loro stessa natura alterabili. Inoltre, è compito dell'operatore economico **accertarsi che la documentazione** da trasmettere alla stazione appaltante **non abbia subito modificazioni nella fase di upload**, tali da deteriorare il file e alterarne l'integrità e la leggibilità (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3042). Non può dunque essere attribuita all'Amministrazione la responsabilità di un'errata presentazione dell'offerta, quando questa sia dovuta ad un utilizzo non conforme dei dispositivi informatici: *“un procedimento elettronico non può essere ag-*

gravato da adempimenti e oneri, volti a decodificare un documento, che venga prodotto da un partecipante, per propria responsabilità, in modo non conforme alla proficua fruizione da parte del sistema informatico” (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2016, n. 4645).

*Infine, è responsabilità dell'utente **classificare la documentazione** a corredo della propria offerta **nella busta corretta**, sia essa amministrativa, tecnica o economica. Il caricamento deve avvenire in maniera distinta e garantire il rispetto della consolidata *regula iuris* che prevede la distinzione e la separazione dei plichi, in modo tale da mantenere sigillate le buste fino al momento della loro apertura, scongiurando il rischio di eventuali manomissioni.*

Il nuovo Regolamento in materia di precontenzioso in materia di appalti

Il Consiglio dell'ANAC, a seguito dei pareri del Consiglio di Stato n. 1632 del 26 giugno 2018 e n. 2781 del 28 novembre 2018, ha emanato, il 9 gennaio scorso, il [nuovo Regolamento](#) che disciplina il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211, c. 1, del d.lgs. 50/2016.

Il nuovo Regolamento è stato pubblicato nella G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019 ed è in vigore dal 10 febbraio 2019, **anche per le istanze pervenute prima di tale data**, per le quali non sia stato avviato il relativo procedimento.

Con il suddetto Regolamento l'attività para-giurisdizionale dell'ANAC si avvicina ancora di più a quella giurisdizionale. È stato, infatti, previsto un termine per le istanze di precontenzioso speculari a quello del ricorso al TAR, dal momento che sono qualificate come **inammissibili le istanze decorsi i termini per l'impugnazione in sede giurisdizionale**.

Ulteriore modifica che ha portato l'adozione di pareri di precontenzioso ad un avvicinamento all'attività giurisdizionale è stata l'introduzione dell'obbligo di comunicazione, da parte dell'istante, della presentazione della richiesta a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione insorta, nel rispetto del **principio del contraddittorio**.

Ulteriori novità sono l'introduzione della **procedura semplificata, con una motivazione sintetica** nei casi in cui la questione oggetto dell'istanza riguardi una procedura il cui valore sia, con riferimento a servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria o, relativamente alle gare di lavori, inferiore ad un milione di Euro.

Infine, il nuovo Regolamento ha previsto la possibilità per l'ANAC di emettere **pare-re in forma semplificata**, anche mediante un mero rinvio a precedenti pareri già adottati, ove le istanze siano di pacifica risoluzione.

La Commissione UE avvia la procedura di infrazione sul Codice degli appalti italiano

Il 24 gennaio 2019 la Commissione europea ha inviato al nostro Ministro degli Affari esteri la **lettera di messa in mora** ai sensi dell'art. 258 TFUE, relativamente alla *“mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici”*, in risposta alla quale si chiede di inviare le proprie osservazioni entro il termine di due mesi. La Commissione ha individuato disposizioni non conformi in diversi articoli del d.lgs. 50/2016, modificato dal d.lgs. 56/2017, e nell'art. 16, c. 2-bis, del d.P.R. 380/2001.

Gli articoli contestati fanno riferimento a quattro questioni principali. In primo luogo, viene segnalata la violazione delle norme europee riguardanti **il calcolo del valore stimato degli appalti**, ponendo dubbi sulla conformità al quadro giuridico europeo dell'art. 35, c. 9 e 10, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 16, c. 2-bis, del d.P.R. 380/2001. In secondo luogo, si fa riferimento alla violazione delle norme europee riguardanti i **motivi di esclusione** e, nello specifico, dell'art. 80, c. 4, e dell'art. 80, c. 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016. Per quanto concerne l'art. 80, c. 5, lett. c), del Codice, si evidenzia che il legislatore è intervenuto nel tentativo di risolvere le criticità evidenziate, apportando recenti modifiche confermate con la legge del 11 febbraio 2019, n. 12. In terzo luogo, la Commissione evidenzia la non conformità dell'art. 105, c. 2, 4, 5, 6 e 19, e dell'art. 89, c. 6, 7, e 11, del d.lgs. 50/2016 riguardanti la disciplina del **subappalto e dell'avvalimento**. Infine, nella lettera di messa in mora si fa riferimento alla violazione delle norme riguardanti le **offerte anormalmente basse** e, precisamente, si mette in discussione la conformità al quadro giuridico europeo dell'art. 97, c. 8, del Codice.

Differimento dell'Albo dei commissari e modifiche all'art. 77 del Codice degli appalti

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha formulato, ai sensi dell'art. 213, c. 3, lett. d), del Codice, un atto di segnalazione ([n. 1 del 9 gennaio 2019](#)). Tale segnalazione ha il fine di avvertire il Parlamento e il Governo circa l'opportunità di apportare delle **modifiche alla disciplina in tema di nomina delle commissioni giudicatrici** di cui all'art. 77.

L'art. 77 del Codice, com'è noto, disciplina le modalità di nomina delle commissioni giudicatrici: specificamente, il c. 3 stabilisce che *"i commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC"*. Tuttavia, l'ANAC ha rilevato come le sottosezioni nelle quali è articolato l'Albo non sono tutte implementate dalle iscrizioni dei professionisti interessati o **non sono sufficientemente popolate ai fini della corretta modalità di nomina dei commissari**, in quanto risultano spesso prive di esperti iscritti o con un numero di esperti molto ridotto, sicché, per evitare ricadute sul mercato degli appalti, l'Autorità ha ritenuto necessario **differire** il termine di avvio del sistema al **15 aprile 2019**.

Resta, d'ogni modo, necessario ed urgente, ad avviso dell'ANAC, un intervento normativo che **consenta alle stazioni appaltanti di nominare i commissari** anche in caso di mancata o insufficiente implementazione delle singole sottosezioni dell'Albo.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano De Filippis, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Anna Tavolino, 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 - www.appalti.provincia.tn.it

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



RASSEGNA
a cura di
APC

La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. 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. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.