

## GIURISPRUDENZA

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

**Referenze bancarie: quando sono idonee a dimostrare la capacità economico-finanziaria dell'operatore economico?**

[Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2019, n. 2351](#)

REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA – REFERENZA BANCARIA – NO FORMULE SACRAMENTALI – DOCUMENTI EQUIVALENTI – VALUTAZIONI DELL'AMMINISTRAZIONE



Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato analizza il tema delle **referenze bancarie** e della loro **idoneità** a dimostrare la sussistenza dei **requisiti di capacità economico-finanziaria** dell'operatore economico necessari per l'aggiudicazione dei contratti pubblici.

In particolare, con specifico motivo di appello, un'impresa aggiudicataria nell'ambito di una procedura di concessione ex art. 3-bis del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, contestava che il giudice di prime cure, accogliendo il ricorso principale, avesse ritenuto la sua domanda di partecipazione carente di una delle referenze bancarie richieste nell'avviso di gara. Nel disciplinare di gara, infatti, l'Amministrazione richiedeva ai concorrenti, ai fini della partecipazione, la produzione di **idonee referenze bancarie** rilasciate da almeno due istituti di credito **attestanti la solidità economica e finanziaria** del concorrente, con la **possibilità** per i concorrenti che avessero costituito o iniziato l'attività da meno di tre anni di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante **altri documenti** da rimettere all'esame dell'Amministrazione; nel caso di specie la società aggiudicataria aveva presentato una referenza rilasciata dall'istituto di credito con cui intratteneva rapporti di conto corrente il socio, nonché legale rappresentante, unitamente ad una lettera del commercialista della società.

Il Collegio, prima di entrare nel merito della questione, richiama alcuni precedenti giurisprudenziali in materia di referenze bancarie evidenziando che esse:

- sebbene costituiscano uno dei **mezzi di prova** dei requisiti economico-finanziari degli operatori economici, possono rilevarsi inidonee in concreto a dimostrare la **solidità economica e patrimoniale** dell'impresa, dovendo la stazione appaltante aver riguardo al **dato sostanziale** come emergente da tutti i documenti in suo possesso;
- sono suscettibili di soccorso istruttorio;
- **non** devono essere necessariamente consacrate in **formule sacramentali**;
- si considerano idonee qualora riferiscano «*sulla qualità dei rapporti in atto con le società, [...] con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto*» di credito e all'«*assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso*»;

- alla **stazione appaltante** è rimessa la **valutazione dell'idoneità** dei documenti presentati dall'operatore economico impossibilitato alla produzione delle referenze bancarie.

Alla luce delle finalità probatorie delle referenze bancarie, come sopra specificato, il Consiglio di Stato reputa **manifestamente irragionevole e illogica** la decisione dell'ente concedente di ritenere idonea la documentazione attestante i rapporti del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria con l'istituto bancario presso il quale mantiene il proprio conto corrente, non avendo, l'Amministrazione, *"interesse a conoscere i rapporti con il sistema bancario del **rappresentante legale**, i cui rapporti di credito/debito sono di regola intrattenuti anche per finalità estranee all'attività di impresa"*.

Analogamente il Collegio ritiene inidonea a dimostrare la stabilità e solidità economico-finanziaria dell'impresa aggiudicataria, la documentazione costituita dalla lettera di **referenze del commercialista**, *"in quanto proveniente da un soggetto che non è in condizioni di imparzialità e indipendenza rispetto all'operatore economico"*.

\* \* \* \* \*

## Il principio di equivalenza negli appalti di fornitura

[Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212](#)

### CARATTERISTICHE TECNICHE DEI PRODOTTI – ART. 68 D.LGS. 50/2016 - PRINCIPIO DI EQUIVALENZA – FAVOR PARTECIPATIONIS – DISCREZIONALITÀ TECNICA



Il Consiglio di Stato si è occupato del tema delle **caratteristiche tecniche dei prodotti** richiesti nelle procedure di gara per l'**affidamento delle forniture pubbliche** e dell'**equivalenza funzionale** tra questi.

Il tema viene trattato dall'**art. 68** del Codice dei contratti pubblici, norma che prevede che le specifiche tecniche possano essere indicate nei documenti di gara mediante riferimento a norme tecniche nazionali o sovranazionali (in tal caso, utilizzando l'espressione *"o equivalenti"*) ovvero in termini di prestazioni e di requisiti funzionali, a condizione, però, che i parametri prescelti siano sufficientemente precisi e che sia sempre consentita la partecipazione all'offerta conforme a norme tecniche nazionali o sovranazionali che contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti.

Nel caso in esame, relativo ad una fornitura ospedaliera di strumentazioni e reagenti, la ricorrente lamentava l'erroneità del punteggio attribuito all'aggiudicataria, la quale avrebbe offerto un prodotto con caratteristiche diverse da quelle espressamente richieste dalla documentazione di gara; al contrario l'aggiudicataria sosteneva che non dovessero essere esclusi gli offerenti in grado di fornire prodotti aventi una funzionalità equivalente (se non migliore), anche se con caratteristiche diverse da quelle richieste.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che il **principio di equivalenza** deve trovare ampia applicazione, permeando l'intera **disciplina dell'evidenza pubblica** ed essendo non solo **espressione del favor participationis** ma anche del **legittimo esercizio delle discrezionalità tecnica** della P.A. e, soprattutto, essendo applicabile indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti in sede di offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 6721/2018).

Tuttavia ha rilevato che, nel caso di specie, le caratteristiche tecniche descrittive dei prodotti, come indicate nella documentazione di gara, non facevano riferimento a norme tecniche nazionali o sovranazionali e neppure consentivano di individuare prestazioni o requisiti funzionali, essendo modellate sulle caratteristiche strutturali e operative di un determinato prodotto: ciò, da un lato, rende impossibile effettuare una valutazione di equivalenza funzionale e, dall'altro lato, comporta un'indeterminatezza dei criteri di valutazione tale da incidere sia sulla capacità di previsione dei concorrenti in sede di predisposizione delle offerte sia sulla correttezza e completezza delle motivazioni del confronto concorrenziale.

In questa logica il Consiglio di Stato evidenzia l'importanza che la **formulazione della lex specialis** assume sia ai fini della legittimità della procedura di valutazione sia della **elasticità** consentita alla Commissione di gara nell'apprezzamento delle offerte tecniche e afferma che la **previsione di adeguati requisiti funzionali** sia *"indispensabile per poter valutare prodotti che hanno caratteristiche e modalità operative diverse"*. Una siffatta lacuna non può essere colmata attraverso applicazioni improprie del principio di equivalenza funzionale e, dunque, comporta l'illegittimità dell'intera gara.

\* \* \* \* \*

**L'indicazione nel contratto di avvalimento delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione è necessaria anche se l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA**  
[TRGA Trento, 1 ottobre 2019, n. 121](#)

CONTRATTO DI AVVALIMENTO – ATTESTAZIONE SOA – INDICAZIONE SPECIFICA DEI MEZZI AZIENDALI – PRESTITO MERAMENTE CARTOLARE – ESCLUSIONE



Nella sentenza in commento il TRGA di Trento riconosce in capo all'ausiliata l'**obbligo** legale di indicare espressamente, in modo determinato e specifico, le **risorse e i mezzi** oggetto di prestito in un **contratto di avvalimento**, tramite il quale l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa avvalente il **requisito dell'attestazione SOA**.

Nel caso di specie, infatti, il ricorrente lamentava che il contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicatario non contenesse l'indicazione di specifiche risorse aziendali dell'ausiliaria, ma utilizzasse invece formule del tutto generiche, che rendevano dunque l'avvalimento in esame un **prestito meramente cartolare e astratto del requisito**; di conseguenza, il ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione e la condanna al risarcimento in forma specifica.

Il Collegio ha dichiarato il ricorso fondato e meritevole di essere accolto, evidenziando come nella fattispecie in esame **non assumesse rilievo la distinzione** riconosciuta dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, n. 6693/2018; n. 1216/2018) tra **avvalimento di garanzia**, avente ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario (il fatturato in particolare), e **avvalimento tecnico od operativo**. Mentre per il primo è sufficiente l'impegno a mettere a disposizione la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, per il secondo *"sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate"*. Tuttavia, l'**attestazione SOA** richiesta non si connota (solo) quale requisito di ordine economico-finanziario. Le attestazioni rilasciate dagli appo-

siti organismi autorizzati dall'ANAC, infatti, **non provano unicamente il requisito economico-finanziario**, ma si riferiscono anche alle capacità tecniche e professionali. Conseguentemente, l'indicazione specifica dei **mezzi aziendali** posti a disposizione dell'ausiliata è necessaria **a pena di esclusione** anche se l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA (Cons. Stato, sez. V, n. 4973/2017; n. 2316/2017). Diversamente non si potrebbe confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante e l'avvalimento si risolverebbe in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione.

L'inadeguatezza del contratto di avvalimento prodotto in gara, ad avviso dei giudici, non è risultato sanabile neppure mediante il cd. soccorso istruttorio processuale, ossia quell'istituto di creazione giurisprudenziale finalizzato ad emendare in sede processuale le carenze procedurali che si sarebbero potute ovviare mediante il ricorso al soccorso istruttorio tradizionale di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016; ciò in quanto il soccorso istruttorio, per espressa previsione della *lex specialis* di gara, poteva essere disposto in relazione ai soli casi di mancata presentazione o sottoscrizione del contratto, e non di carenza degli elementi essenziali del contratto stesso.

\*\*\*\*\*

**Il principio di precauzione impone necessariamente la scelta dell'opzione cd. "rischio zero"?**

[Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655](#)

FORNITURA – VACCINI – AMBITO SANITARIO – MINOR PREZZO – EQUIVALENZA – PRINCIPIO DI PRECAUZIONE – SITUAZIONE LOCALE – OPZIONE "RISCHIO ZERO"



La sentenza in esame affronta il tema del **principio di precauzione** in materia di sanità pubblica, con riferimento a una procedura di gara per la fornitura di vaccini.

Nello specifico, l'appellante (che offriva in gara il vaccino che contrasta il numero maggiore di sierotipi) contesta la legittimità della scelta dell'Amministrazione di mettere in gara, da aggiudicare in base al criterio del **prezzo più basso**, nel medesimo lotto, **due vaccini**, quello dell'appellante e uno con **efficacia minore**; ritiene altresì insufficiente la motivazione circa la ritenuta **equivalenza** tra i due vaccini. Le argomentazioni di parte appellante evocano il principio di precauzione e, sulla base di questo, rimarcano la necessità di una scelta maggiormente cautelativa, a favore del vaccino che offre per l'appunto una copertura più estesa.

Il Consiglio di Stato, con un'ampia e articolata motivazione, respinge l'appello, fornendo importanti indicazioni circa la **portata** del suddetto principio. Il principio di precauzione, previsto all'art. 191 del TFUE, si traduce in una sorta di **prevenzione anticipata** e impone alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare **rischi potenziali** per la sanità pubblica, la sicurezza e l'ambiente, **senza dover attendere** che siano pienamente **dimostrate** l'esistenza e la gravità dei rischi e prima che subentrino altre e più avanzate tecniche di contrasto.

Tale principio è soggetto alle specifiche condizioni di applicazione dettate dalla **Commissione europea** con la **Comunicazione** del 2 febbraio 2000, la quale evidenzia che *"l'azione precauzionale è [...] giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione de-*

*gli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un "ragionamento rigorosamente logico e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla 'portata' del suddetto rischio (par. 5.1.3)".*

Nel bilanciamento delle opportune iniziative di contenimento del rischio, l'adozione della misura che comporta la **massima intensità** per il contenimento del rischio (opzione del cd. **rischio zero**) entra in tensione con il **principio di proporzionalità** che impone l'analisi degli svantaggi e vantaggi che derivano dalla misura. I tratti distintivi del principio di precauzione si fondano così sul **binomio analisi dei rischi-carattere necessario** delle misure adottate.

Inquadrata la portata del principio in questi termini, il Collegio, nel caso di specie, facendo riferimento alla **condizione epidemiologica locale**, ritiene non sussistente l'esistenza di una condizione di rischio **indeterminato** e **incontrollabile** tale da suggerire l'adozione della misura "rischio zero" e, di conseguenza, ritiene legittimo l'operato dell'amministrazione. Anche sotto il profilo dell'esercizio della **discrezionalità**, nelle scelte dell'amministrazione non si ravvisano profili di irragionevolezza.

## NORMATIVA

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

### **Rafforzamento della tutela del lavoro negli appalti pubblici: le modifiche alla l.p. 9 marzo 2016, n. 2**

Sul numero straordinario n. 1 al B.U.R. n. 44 del 31 ottobre 2019 è stata pubblicata la l. p. 30 ottobre 2019, n. 11 (*Modificazioni della legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016, per il rafforzamento della tutela del lavoro negli appalti pubblici, e partecipazione della Provincia autonoma di Trento al Comitato organizzatore dei giochi olimpici e paralimpici invernali Milano Cortina 2026 (OCOG) e all'Agazia di progettazione olimpica*). La legge, entrata in vigore lo scorso 4 novembre, contiene in particolare le modifiche apportate, in materia di **clausole sociali**, all'art. 32 della l.p. 2/2016.

**Un'ulteriore modifica** da rilevare è quella presente nell'**art. 17**, "*criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*", che fissa il peso da attribuire alla componente economica, in caso di appalti ad alta intensità di manodopera, al **15 per cento**.

Tornando all'art. 32, con riferimento alle clausole sociali:

- al **primo comma** si introduce una **modifica dell'iter procedimentale volto ad individuare il contratto collettivo nazionale di riferimento e l'eventuale contratto integrativo provinciale**. Con la modifica introdotta, il contratto di riferimento è individuato dalla Giunta provinciale, sentite le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale e le rappresentanze provinciali degli imprenditori, fra i CCNL stipulati dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e applicati in via prevalente sul territorio provinciale, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'affidamento svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente;

- al **comma 2** del medesimo articolo si provvede, essenzialmente, ad ampliare il **termine** – ora di **trenta giorni prima dell'inizio dell'esecuzione** dell'appalto – entro il quale, in caso di cambio di gestione nell'appalto di servizi (ad esclusione di quelli di natura

intellettuale e di quelli di importo stimato non superiore ad Euro 46.400) l'aggiudicatario deve ottemperare all'obbligo, imposto dalla stazione appaltante negli atti di gara, di effettuare un **esame congiunto** con le organizzazioni sindacali provinciali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, **con le rappresentanze aziendali e sindacali unitarie**, se presenti, per l'attuazione di un percorso volto alla promozione della **stabilità occupazionale e del livello retributivo** complessivo del personale impiegato nella gestione uscente;

- al **comma 3** si fissa la **regola** dell'esecuzione del contratto mediante **l'impiego di lavoratori svantaggiati** appartenenti alle categorie di cui all'art. 4 della l. n. 381/1991, con la possibilità di **derogarvi** motivatamente "*in considerazione delle tipologie di prestazioni previste nel contratto*";

- le maggiori novità riguardano i **commi dal 4-bis al 4-octies**, introdotti ad integrazione del comma 4, che sancisce la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di prevedere, in capo all'aggiudicatario, **l'obbligo di garantire la continuità dei rapporti di lavoro**, in essere al momento del subentro, del personale già impiegato nei servizi oggetto di gara. Ciò garantendo a ciascun dipendente **le condizioni economiche**, come definite dalla contrattazione nazionale collettiva di lavoro ed integrativa, per quanto riguarda la retribuzione complessiva, mentre con riferimento all'anzianità e al monte ore di lavoro, come definite dal contratto individuale di lavoro, salva l'applicazione di previsioni della contrattazione collettiva se più favorevoli (**comma 4-bis**);

- con il **comma 4-ter** si introduce la **possibilità per l'aggiudicatario**, nel caso in cui le prestazioni oggetto del nuovo appalto siano differenti da quelle del precedente e ciò comporti l'impiego di un numero di lavoratori inferiori, di effettuare **assunzioni nel limite numerico individuato** nei documenti di gara, con la previsione, **in caso di esuberi** di lavoratori, di **un esame congiunto** tra l'aggiudicatario uscente, quello entrante e le organizzazioni sindacali per la ricerca di soluzioni volte al mantenimento dei livelli occupazionali;

- al successivo **comma 4-quater**, è prevista, altresì, la possibilità di **assunzioni in misura inferiore al numero individuato** laddove la riduzione "*sia giustificata, in sede di verifica di congruità dell'offerta, con riguardo ad innovazioni tecnologiche oppure alla disponibilità di personale dipendente dell'offerente*". In tal caso, l'aggiudicatario deve effettuare entro trenta giorni dalla stipula del contratto, un **esame congiunto** con le organizzazioni/rappresentanze sindacali (come suindicate), per la verifica del trattamento garantito al personale impiegato nell'appalto precedente. L'accordo può essere assunto anche in deroga al comma 4-bis. Nel relativo verbale l'aggiudicatario **indica i motivi** di tali limitate assunzioni;

- viene, poi, fatto obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di formulare i **capitolati speciali** con contenuti e misure idonee alla **salvaguardia dei livelli occupazionali** e delle **condizioni contrattuali godute** dal personale già impiegato nel servizio, salvo che ciò sia impedito dalla necessità di perseguire un pubblico interesse. Le stesse, inoltre, devono tener conto dell'**incidenza economica dell'obbligo di assunzione** del personale nel determinare l'importo base di gara (**comma 4 quinquies**);

- al **comma 4-sexies** è sancito, invece, l'obbligo della **clausola sociale** di cui al comma 4 (da inserirsi negli atti di gara) negli appalti ad **alta intensità di manodopera**;

- un esame congiunto con le organizzazioni sindacali e le rappresentanze provinciali degli imprenditori è imposto, altresì, alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito dell'attività di programmazione degli affidamenti (**comma 4-septies**);

- in virtù del **comma 4-octies** è previsto l'inserimento nei contratti d'appalto di una clausola che impegna l'**appaltatore uscente** a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, in forma anonima, le **informazioni su eventuali cause di lavoro** in essere e relative al proprio personale;

- in ultimo, si prevede attraverso il **comma 5-bis** l'applicazione dell'articolo **anche alle concessioni** e si precisa che resta fermo quanto previsto dall'ordinamento statale con riguardo al trasferimento d'azienda.

## DIALOGO TRA CORTI

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

**La Corte di giustizia europea si esprime sui limiti al subappalto previsti dalla normativa italiana**

[CGE, sez. V, 26 settembre 2019, in C-63/18](#)

DIRETTIVA 2014/24/UE – APPALTI PUBBLICI – SUBAPPALTO – LIMITE 30% – ART. 105 D.LGS 50/2016 – NON CONFORMITÀ – PROCEDURA DI INFRAZIONE

Con la sentenza in commento, la **Corte di Giustizia UE**, in linea con la Commissione Europea (procedura di infrazione n. 2018/2273), prende posizione sui limiti relativi al subappalto previsti dall'art. **105 del d.lgs 50/2016**, recentemente modificati dalla legge n. 55 del 2019 di conversione del cd. **decreto sblocca cantieri**.

Il TAR Lombardia aveva sollevato la questione pregiudiziale, nell'ambito di una controversia nella quale un'impresa era stata esclusa dalla stazione appaltante, a causa del superamento del **limite del 30%** previsto in materia di subappalto dall'art 105, c. 2, del d.lgs 50/2016.

La Corte precipuamente ricorda come le norme europee sul subappalto siano improntate a garantire la più **ampia partecipazione** possibile alla gare pubbliche e a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese. Inoltre, la Curia evidenzia che, benché l'art. 71 della Direttiva 2014/24 permetta allo Stato membro di disciplinare in maniera più specifica il subappalto, da ciò *“non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della **facoltà di limitare** tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in **maniera astratta** in una **determinata percentuale** dello stesso”* prescindendo dalle reali capacità dei subappaltatori e dal carattere essenziale o meno delle prestazioni, come fatto dal legislatore italiano.

Le restrizioni previste dalla normativa italiana, secondo la Corte, non sarebbero giustificate neppure dall'esigenza di contrastare il fenomeno dell'**infiltrazione della criminalità organizzata**, prevalentemente di stampo mafioso, nelle commesse pubbliche. In primo luogo perché, anche se idonee a contrastare siffatto fenomeno *“tali restrizioni **eccedono** quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”*. In secondo luogo, perché, *“come sottolineato dalla Commissione, misure **meno restrittive**”* – quali, ad esempio, la possibilità per la stazione appaltante di chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni in materia di subappalto ovvero di verificare la sussistenza di motivi di esclusione in capo ai subappaltatori relativi in particolare alla partecipazione a organizzazioni criminali, alla corruzione o alla frode – *“sarebbero **idonee** a raggiungere l'obiettivo perseguito”*.

La Corte di giustizia, peraltro, non manca di sottolineare che il Governo italiano *“non ha affatto dimostrato, nell'ambito della presente causa, che le diverse disposizioni*

previste all'articolo 71 della direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono **limitare il ricorso al subappalto**, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, **non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo** perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale”.

Alla luce di quanto esposto, la Corte conclude dichiarando che “la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che **osta a una normativa nazionale**, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che **limita al 30%** la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi”.

\*\*\*\*\*

**Sulla questione pregiudiziale interpretativa della norma UE in materia di proroga delle concessioni mediante nuovo provvedimento**

[Cons. Stato, sez. IV, ord. 20 giugno 2019, n. 6102](#)

CONCESSIONI – PROROGA DELLA CONCESSIONE – ARTT. 49 e 56 TFUE, DIRETTIVA 2014/23/UE ARTT. 3 e 43 – GENERALITÀ E ASTRATTEZZA – RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

La pronuncia in esame è stata resa per l'impugnazione di una sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (sez. II, n. 9734/2018) e la cui scaturigine motivazionale sarebbe un apparente contrasto fra la normativa interna (**art. 20, c. 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148**) e, da un lato, alcune previsioni della **Costituzione** (**artt. 3** sul principio di uguaglianza e parità di trattamento, **24** in punto tutela delle situazioni giuridiche soggettive e ragionevolezza, **41** circa la libertà dell'iniziativa economica d'impresa e **117**, secondo comma, lett. e, avuto riguardo alla libertà di concorrenza) – fonte di rango superiore – nonché, dall'altro, gli artt. **49** ss. e **56** ss. **TFUE**, i principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e libertà di concorrenza, e gli artt. **3** e **43** della **Direttiva 2014/23/UE**.

Nel caso di specie, le imprese appellanti hanno contestato al giudice di prime cure di non aver disapplicato la normativa interna, vigente in tema di proroga della concessione di servizi, in quanto, a loro dire, in aperto contrasto con le norme comunitarie e con i principi superiori dell'ordinamento stabiliti dalla Carta costituzionale, oltre che **non rispondente ai requisiti di generalità e astrattezza** delle norme giuridiche. I ricorrenti, invero, contestano, oltre al provvedimento amministrativo di proroga della concessione all'attuale fornitore del servizio, originario aggiudicatario della gara, anche la formulazione testuale della norma summenzionata, la quale ha reso possibile all'Amministrazione procedere in tal senso, poiché quest'ultima sarebbe inopinatamente particolareggiata e concreta, anziché generale ed astratta, come le si confarebbe, soprattutto nella parte in cui stabilisce un ammontare di denaro puntualmente identificato che la concessionaria è obbligata a corrispondere all'amministrazione concedente in ragione della proroga.

Il Consiglio di Stato, investito della questione, sul presupposto di non poter autonomamente valutare la contrarietà della norma interna rispetto a quelle di rango europeo – e ciò in ragione del rilievo che la **corretta interpretazione e uniforme applicazione delle norme europee spetta al consesso sovranazionale** – ha statuito di



rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione europea la decisione circa la legittimità, sospendendo conseguentemente il giudizio nelle more della pronuncia.

## 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.S. BONOMI, ***Il potere di rettifica del prezzo dell'opa e la certezza del diritto***, 2019, 4, 513;
- F. CAPORALE, ***L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'Amministrazione***, 2019, 4, 499;
- V. TURCHINI, ***L'antitrust non è un giudice, nemmeno "ai limitati fini"***, 2019, 4, 467.

#### URBANISTICA E APPALTI

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

- L. DE PAULI, L. MAZZEO, ***L'Adunanza Plenaria sull'esclusione dei RTI per mancanza dei requisiti di un'impresa***, 2019, 4, 519;
- G. LA ROSA, E.E.L. BONSIGNORI, ***SCIA e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019***, 2019, 4, 480;
- G. VELTRI, ***Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione europea e la replica del legislatore***, 2019, 4, 471.

#### A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Documentazione amministrativa composta da file illeggibili: esclusione o soccorso istruttorio?

Il TAR del Lazio ha recentemente affrontato un'altra questione legata alle procedure di gara di tipo telematico, accogliendo il ricorso di un concorrente che era stato escluso poiché **la documentazione amministrativa caricata a sistema era risultata danneggiata e non visualizzabile** ([TAR Lazio, sez. III-quater, 17 settembre 2019, n. 11022](#)).

Nel caso di specie l'offerente aveva caricato sulla piattaforma la documentazione di tipo amministrativo, ricevendo dal gestore del sistema un messaggio di conferma dell'avvenuto caricamento, senza che fossero rilevate problematiche di alcun genere. Tale documentazione però, in sede di apertura delle buste, era risultata danneggiata ed illeggibile, senza possibilità di recupero nemmeno con un intervento di tipo tecnico da parte del gestore del sistema. Per questa ragione, il concorrente era stato **escluso dalla procedura di gara**.

Con il primo motivo il ricorrente contesta la **mancata attivazione del soccorso istruttorio**, in quanto, trattandosi di un problema legato unicamente alla documentazione amministrativa, avrebbe potuto essere sanato ai sensi dell'art. 83, c.9, del d.lgs. 50/2016.

Inoltre egli aggiunge che, trattandosi di una **procedura di tipo telematico**, era altresì possibile **fornire copia esatta della propria offerta**, avente data certa in quanto sottoscritta digitalmente, con la garanzia che la stessa non era stata modificata. Tale aspetto viene accolto dal Collegio il quale, richiamando la recente giurisprudenza in merito al soccorso istruttorio (si v., ad esempio, TAR Lombardia, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40), conferma che esso non può essere applicato all'offerta tecnica e all'offerta economica, ma qui doveva essere disposto, in quanto la problematica era connessa unicamente all'allegato amministrativo.

Con la seconda censura il concorrente escluso sottolinea come in fase di caricamento della propria offerta sul portale telematico la piattaforma avesse fornito un **messaggio di conferma** della correttezza delle operazioni svolte, circostanza **che non lasciava desumere problematiche**, sicché doveva ritenersi infondato il provvedimento di esclusione. Al contrario la stazione appaltante aveva attribuito le cause del danneggiamento della documentazione e la conseguente illeggibilità della stessa unicamente alle modalità con cui erano stati generati i file dalla ricorrente e quindi alla condotta tenuta dalla medesima, spostando la responsabilità della cd. illeggibilità su quest'ultima.

Nuovamente il Collegio accoglie la censura, riprendendo quanto già dichiarato dal TAR pugliese (cfr. TAR Puglia, Lecce, 10 giugno 2019, n. 977), ossia che *“le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono collocarsi in una **posizione necessariamente servente** rispetto agli stessi”*. Dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della P.A. discende il corollario dell'onere in capo alla medesima di *“**accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale**, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa [...] deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio”*.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di: Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Giulia Filippi, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Carloalberto Siciliano, 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](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 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.*

---