



L'unico modo per fermare il virus
è bloccare i contagi
aumentando le distanze.

Per realizzare questo numero
noi siamo rimasti a casa:
facciamo tutti la nostra parte.



GIURISPRUDENZA

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

Rilevanza temporale delle condanne penali, differenza tra subappalto e subaffidamento e possibilità di escludere per fatto del subappaltatore

[Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603](#)

OBBLIGO DICHIARATIVO EX ART. 80 – SOCCORSO ISTRUTTORIO – SUBAPPALTO E SUBAFFIDAMENTO – ESCLUSIONE PER FATTO DEL SUBAPPALTATORE



La vicenda trae origine da una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di demolizione di un ex ospedale, in cui la stazione appaltante ha provveduto ad escludere progressivamente i primi due classificati per un'omessa indicazione di sentenze penali irrevocabili di condanna da parte di entrambi i concorrenti.

Tra le diverse questioni trattate, il Collegio si pronunciava sull'**estensione dell'obbligo dichiarativo ex art. 80, c. 5, lett. c, del Codice**, e sulla sua soggezione o meno al limite del triennio, ritenendo di dar continuità al più recente orientamento giurisprudenziale volto ad includere nel concetto di "grave illecito professionale" qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica e che possa mettere in dubbio l'integrità/l'affidabilità dell'operatore. I due esclusi rimarcavano l'insussistenza dell'onere dichiarativo delle sentenze penali di condanna, se non nell'ambito del limite temporale (di tre anni), fissato dall'art. 80, c. 10, d.lgs. n. 50/2016, che nel caso di specie risultava decorso.

Per il Collegio, tuttavia, **tale limite non può intendersi riferito alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali**, in quanto l'obbligo di dichiarare sentenze pe-

nali di condanna rientranti tra quelle previste dall'art. 80, c. 1, è diverso dall'obbligo di cui al successivo c. 5, lett. c): nel primo caso l'esclusione è atto vincolato in quanto discendente direttamente dalla legge; nell'ipotesi del c. 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante. La diversità di effetti (espulsivi in un caso, informativi e di preistruttoria nell'altro) giustifica la previsione, limitata al primo caso, di un'efficacia temporale della sentenza definitiva di condanna. La limitazione triennale attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la PA, ma non anche all'esercizio del potere dell'Amministrazione di escludere l'operatore ai sensi del c. 5, lett. c).

Il Collegio ha ricordato, inoltre, come il **soccorso istruttorio** non sia invocabile allorché il concorrente ometta la dichiarazione di un episodio astrattamente rilevante ai fini della valutazione dell'affidabilità professionale. Lo strumento serve per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già acquisiti, ma non per sopperire a dichiarazioni (su elementi essenziali) radicalmente mancanti, pena la violazione della *par condicio*.

Tra le questioni affrontate dal Collegio vi è, poi, la **differenza tra subappaltatore e subaffidatario**, che va individuata *“considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contrattante, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105”*. Nel caso di specie, il servizio di trasporto in discarica dei materiali di risulta era parte integrante dell'appalto (e non invece un'attività meramente accessoria), con la conseguenza che il sub-affidamento di esso configura propriamente il subappalto ex art. 105 del Codice, con il conseguente obbligo dichiarativo di cui all'art. 80, c. 5 lett. f-bis), a carico del subappaltatore.

Il Consiglio di Stato ha, in ultimo, affrontato il tema della **possibilità di escludere per fatto del subappaltatore**, partendo da una breve digressione circa le **omesse, reticenti e false dichiarazioni** ai sensi dell'art. 80, c. 5. Si dà atto che la recente giurisprudenza distingue fra omesse, reticenti e false dichiarazioni, ritenendo che l'omissione comunicativa costituisca sì violazione dell'obbligo informativo, ma che la stazione appaltante sia comunque chiamata a soppesare non il solo fatto omissivo in sé, bensì anche i singoli episodi pregressi per dedurre la possibilità di riporre fiducia nell'operatore. A tale tesi se ne oppone una più risalente che ritiene l'omissione di una condanna (o di un fatto potenzialmente integrante un grave illecito professionale) di per sé una falsa dichiarazione, comportante in automatico l'esclusione dalla gara, in quanto rilevante ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. f bis). A supporto di tale secondo indirizzo si è affermato che – in materia di partecipazione alle **gare pubbliche** – una **consapevole omissione** non può essere distinta, quanto agli effetti distorsivi nei confronti della stazione appaltante, dalla tradizionale mendacio commissiva. Essa lede il principio di buon andamento, inficiando *ex ante* la possibilità di una celere ed affidabile decisione circa l'ammissione dell'operatore. Nel caso in esame, dunque, è da ritenersi illegittima l'omessa indicazione da parte della subappaltatrice della condanna penale per attività di gestione di rifiuti non autorizzata, per non aver dato modo alla stazione appaltante di svolgere, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza.

Andando oltre tale dibattito, nella sentenza in commento il Collegio evidenzia come l'effetto dell'automatismo escludente risenta, piuttosto, della **recente pronuncia della Corte di Giustizia UE** (sent. 30 gennaio 2020, C-395/18) che afferma, con riferimento ad un caso di violazione ex art. 80, c. 5 lett. i), come la direttiva 2014/24 non osti ad una

normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia facoltà o l'obbligo di escludere l'operatore, qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati si constatati il motivo di esclusione relativo alla violazione di obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dall'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali, ma osti (per il combinato disposto ex art. 57, paragrafo 4 e 6), insieme al principio di **proporzionalità**, ad una normativa nazionale che stabilisca il **carattere automatico** di tale esclusione. Il paragrafo 4, infatti, prevede la possibilità per l'operatore di fornire prove per dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

Certamente il principio di proporzionalità, di cui è espressione il citato paragrafo, dovrà essere considerato nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi. Affinché il provvedimento di esclusione (facoltativo) sia proporzionato (idoneo all'obiettivo e necessario come restrizione imposta), secondo i giudici della CGUE, occorre riconoscere all'amministrazione aggiudicatrice la **facoltà di valutare** caso per caso, e all'operatore la possibilità di **dimostrare la propria affidabilità** malgrado la constatazione della violazione, dato che si tratta, tra l'altro, di una violazione non commessa da lui direttamente, ma da un **soggetto estraneo** alla sua impresa e rispetto al quale l'operatore può non disporre dell'autorità e dei mezzi richiesti per il controllo.

Dunque, l'effetto espulsivo del subappaltante per irregolarità del subappaltatore, costituisce soluzione **consentita** dalla normativa comunitaria, **in alternativa** a quella della mera sostituzione del subappaltatore medesimo, pur con i correttivi sopra menzionati.

* * * * *

L'erroneo inserimento nell'offerta tecnica di elementi concernenti l'“offerta tempo” inficia il principio di segretezza dell'offerta economica?

[TAR Lazio, sez. II-quater, 20 febbraio 2020, n. 2306](#)

INSERIMENTO DELL'OFFERTA TEMPO NELLA BUSTA TECNICA – NESSUN RIFERIMENTO A ELEMENTO PREZZO – AMMISSIONE – LEGITTIMITÀ



Nell'ambito di una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento di alcuni impianti sportivi, la società seconda graduata impugnava l'aggiudicazione disposta in favore della prima in quanto, a suo avviso, era stato violato il **principio di segretezza dell'offerta economica**.

L'aggiudicataria, infatti, aveva erroneamente inserito nella busta telematica contenente l'offerta tecnica le informazioni concernenti la propria **“offerta tempo”**, ossia la riduzione del tempo di esecuzione dei lavori rispetto ai giorni quantificati dall'Amministrazione, che secondo quanto disponeva il disciplinare dovevano essere indicati in calce all'offerta economica.

Nella prima seduta di gara, tuttavia, il seggio aveva disposto l'**ammissione** della concorrente, in quanto, pur avendo anticipato nella busta tecnica i contenuti dell'offerta tempo, in sostanza non aveva indicato **alcun elemento economico** che potesse in qualche modo **anticipare il prezzo offerto**. Ad avviso dei giudici di merito, infatti, l'offerta tempo **“costituisce una sezione distinta dall'offerta economica nel suo insieme considerata, il**

che è naturale in ragione del contenuto sostanziale dell'offerta tempo, che consiste in una dichiarazione di giorni in meno offerti rispetto a quelli stabiliti dal capitolato". Il disciplinare prevedeva l'esclusione nel caso in cui dall'offerta tecnica risultasse un elemento che potesse rendere palese, direttamente o indirettamente, l'offerta economica.

Secondo i giudici, tuttavia, nel caso di specie il seggio di gara – che ha disposto l'ammissione del concorrente al prosieguo della procedura – ha ben applicato il principio di **tassatività** delle cause di esclusione, nonché un corretto bilanciamento fra il rispetto del principio di **favor participationis** e quello di **segretezza** delle offerte.

* * * * *

Criteri ambientali minimi e inapplicabilità del soccorso istruttorio

[TAR Toscana, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225](#)

APPALTO DI FORNITURA – DOCUMENTAZIONE CRITERI AMBIENTALI MINIMI – ATTUAZIONE ALL'OFFERTA TECNICA – SOCCORSO ISTRUTTORIO – INAPPLICABILITÀ



La sentenza in commento affronta la questione dell'applicabilità del **soccorso istruttorio** in relazione alla documentazione attestante la conformità ai **Criteri ambientali minimi (CAM)** allorché costituisca parte integrante dell'**offerta tecnica** nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di una fornitura di arredi per ufficio.

Nel caso di specie, la concorrente terza graduata lamentava **l'irregolarità** e **l'incompletezza** della documentazione attestante la conformità ai CAM presentata dalle altre concorrenti classificatesi prima e seconda in graduatoria, in **violazione del disciplinare di gara**; quest'ultimo prescriveva che i concorrenti avrebbero dovuto includere nell'offerta tecnica le **certificazioni** e le **dichiarazioni** attestanti la conformità di ogni prodotto offerto alla normativa vigente ed esaustive rispetto al capitolato tecnico e ai relativi allegati, compreso l'allegato riportante i prescritti CAM.

Prima di analizzare nel merito le censure mosse dalla ricorrente circa la completezza e regolarità della documentazione di conformità ai CAM presentata dalle controinteressate, il Collegio rileva prioritariamente come nel caso in esame **non** possa trovare **applicazione** l'istituto del **soccorso istruttorio** in relazione alla documentazione di conformità ai CAM.

Si evidenzia infatti che il **capitolato tecnico** prescriveva espressamente ai concorrenti di presentare all'interno dell'offerta tecnica la **documentazione attestante la conformità** dei prodotti offerti in materia di criteri ambientali minimi, costituita da una serie di rapporti di prova, documentazioni e certificazioni, la cui mancanza in sede di presentazione dell'offerta avrebbe costituito **causa di esclusione** dalla gara, trattandosi di elementi strettamente inerenti al contenuto dell'offerta tecnica.

Sul punto viene richiamato un orientamento del Consiglio di Stato secondo cui le documentazioni **CAM** costituiscono in definitiva dei **"requisiti che devono essere esattamente documentati, senza che sussista la possibilità del soccorso istruttorio, stante l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, il quale lo circoscrive ad elementi non riguardanti l'offerta tecnica ed economica (Cons. Stato, IV, 9.4.2019, n. 2344)"**.

Detta conclusione interpretativa, a parere del TAR, non pregiudica il **principio di libera concorrenza** “posto che risponde ad esigenze di **qualità dell'offerta** e di **celerità della gara** che la documentazione comprovante il possesso delle specifiche tecniche sia prodotta in sede di partecipazione alla procedura selettiva”.

Segue che, anche nel caso di specie, per le motivazioni già esposte, l'omessa allegazione nell'offerta tecnica di alcune certificazioni prescritte dai CAM non avrebbe potuto essere regolarizzata da parte della concorrente controinteressata successivamente, essendo il **soccorso istruttorio** ammesso, ai sensi dell'art. 83, c. 9, unicamente per **elementi diversi** dall'offerta tecnica e dall'offerta economica.

È necessaria la pubblicazione dei bilanci ai fini della prova del requisito di capacità economica e finanziaria?

[TAR Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329](#)

CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA – MEZZI DI PROVA – BILANCI – PUBBLICAZIONE – NECESSITÀ



La sentenza in esame riguarda la **prova** della capacità **economica e finanziaria** dell'operatore economico partecipante alla gara mediante la presentazione di **bilanci** o estratti di bilanci.

Il ricorrente ritiene illegittima l'aggiudicazione a favore della controinteressata, società cooperativa aggiudicataria della procedura, per violazione del disciplinare di gara, il quale, richiamando l'art. 86 e l'Allegato XVII del Codice, richiedeva la presentazione dei bilanci ai fini della prova del requisito di capacità economica e finanziaria: la controinteressata **non** aveva **depositato** i propri bilanci di esercizio presso la C.C.I.A.A. e quindi non aveva dato prova del suddetto requisito.

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, evidenzia che il combinato disposto dell'art. 86 e dell'Allegato XVII del d.lgs., 18 aprile 2016, n. 50, nonché, nel caso di specie, anche lo stesso disciplinare di gara che richiamava tali disposizioni, prevedono la presentazione del **bilancio di esercizio** quale **mezzo di prova** dei requisiti economico-finanziari per i casi in cui l'ordinamento stabilisce l'**obbligo di pubblicazione** del bilancio di esercizio.

La *ratio legis* di tali previsioni va ricercata “nell'oggettivo rilievo che solo con l'**avvenuta pubblicazione** il bilancio di esercizio perde il valore di atto societario meramente interno per divenire **idoneo a provare (all'esterno)** la situazione economico-finanziaria della società (in quanto cristallizzata, almeno tendenzialmente, al momento della pubblicazione medesima), con il correlato (e derivato) **effetto di affidamento/conoscibilità/verificabilità** da parte dei terzi, ivi incluse le Amministrazioni aggiudicatrici (ai fini della certa e consapevole valutazione della solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura selettiva) e gli altri operatori economici concorrenti (par condicio)”.

Nel caso di specie, dunque, il Collegio ritiene che l'omesso deposito presso la C.C.I.A.A. dei bilanci di esercizio da parte della controinteressata ha reso impossibile la verifica del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto nel disciplinare di gara. Inoltre, si evidenzia anche che, nel caso di specie, non si può ammettere neppure la prova

– **alternativa** – ai bilanci, prevista all'art. 86, quarto comma, inciso finale, del Codice, in quanto a ciò ostano sia le specifiche e puntuali indicazioni del disciplinare di gara, sia il fatto che la controinteressata **non** ha dato indicazione dei “**fondati motivi**” previsti dal citato art. 86, c. 4, del Codice per ammettere la presentazione, in alternativa ai bilanci, di “*qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*” ai fini della prova del requisito.

NORMATIVA

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

Una nuova legge provinciale per fronteggiare la crisi economica dovuta al Covid-19

Il capo II della **legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2**, pubblicata sul Numero Straordinario n. 2 al B.U. n. 12 del 23 marzo 2020, reca nuove disposizioni in materia di contratti pubblici tese a velocizzare e semplificare le procedure di affidamento. Le disposizioni **non modificano direttamente l'ordinamento provinciale sui contratti pubblici** trovando applicazione per un periodo temporale limitato ai prossimi **2 anni**. La legge è entrata in vigore lo scorso **24 marzo 2020**.

Per l'affidamento di **contratti di importo pari o superiore alla soglia europea**, la legge prevede due procedure di affidamento, differenziate in base al periodo di avvio delle stesse. In un primo periodo, **per tutta la durata** delle misure di limitazione degli spostamenti introdotte a livello nazionale, viene stabilito un regime particolarmente semplificato che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare i contratti di lavori, servizi e forniture attraverso **procedure negoziate senza bando**. I criteri e le modalità di applicazione di questa previsione verranno definiti in apposito regolamento di attuazione. **Decorso il periodo di efficacia** delle misure di emergenza, la legge prevede l'utilizzo della **procedura ristretta** con invito a **cinque operatori economici**. Per favorire l'impiego di manodopera locale, i concorrenti vengono selezionati sulla base della presenza del maggior numero di dipendenti iscritti all'INPS provinciale. Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con l'utilizzo di specifici criteri tabellari che valorizzano la filiera corta e la territorialità.

Per quanto riguarda gli affidamenti di **lavori pubblici** di importo inferiore alla soglia europea, la norma **estende** il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando **sino alla soglia di rilevanza europea** con l'invito di un numero di operatori compreso tra 10 e 20. Per le procedure negoziate di importo inferiore a 2 milioni di Euro il numero di operatori economici da invitare varia tra 10 e 15. La legge specifica che per importi superiori a 2 milioni e fino alla soglia di rilevanza europea continua a trovare applicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con previsione di elementi tabellari che valorizzano la territorialità e la filiera corta.

L'art. 3, c. 4, introduce, inoltre, una misura di semplificazione nelle procedure di affidamento tramite **cottimo** di cui all'art. 52 della l.p. n. 26/1993: per importi **inferiori a 150.000 Euro** possono essere invitati **almeno 5** operatori economici, **anziché 12**.

In generale, le ulteriori norme in materia di contratti pubblici puntano a garantire una riduzione delle tempistiche di svolgimento delle procedure di gara e la semplificazione degli oneri di partecipazione in capo alle imprese concorrenti. A tal fine, viene introdotto un sistema semplificato di **controlli a campione** per verificare la sussistenza dei **requisiti di**

partecipazione in capo agli operatori economici selezionati tramite elenchi. Le imprese si limitano a dichiarare il possesso dei requisiti al momento dell'iscrizione all'elenco senza essere tenute a produrre alcuna dichiarazione ulteriore nel corso della procedura di gara (art. 5). Si prevede, altresì, l'introduzione del principio secondo cui la "**partecipazione equivale a dichiarazione**" eliminando così, anche per le procedure di importo pari o superiore alla soglia europea, l'obbligo per le imprese di presentare autodichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione e limitando i controlli al solo aggiudicatario (art. 4).

Per quanto concerne l'affidamento degli **incarichi relativi all'ingegneria ed all'architettura**, con l'articolo 6 vengono introdotte previsioni per l'affidamento semplificato tra cui rilevano, in particolare, il **ricorso al criterio del prezzo più basso** per importi inferiori alla soglia di rilevanza europea (214.000 Euro), ad eccezione della progettazione architettonica, nonché l'**eliminazione del sorteggio** per l'individuazione dell'affidatario nei casi di affidamento diretto. In caso di affidamento di incarichi tecnici mediante confronto concorrenziale, viene modificato il **numero dei soggetti da invitare** (da cinque a dieci operatori).

Con l'obiettivo di ridurre gli oneri burocratico-amministrativi, l'articolo 7 prevede **casi di deroga alla richiesta di parere del comitato tecnico amministrativo dei lavori pubblici**, con conseguente risparmio di tempo nel procedimento di approvazione del progetto e delle varianti. Viene estesa inoltre la possibilità di procedere alla consegna anticipata dei lavori, anche se non era stata prevista nel provvedimento a contrarre. Infine, viene **eliminata** la necessità della **seduta di gara pubblica** nelle procedure svolte con **sistemi telematici**, così come la nomina della Commissione tecnica nei casi di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa con criteri matematici.

Da ultimo, l'articolo 8 prevede la possibilità di adottare modificazioni ai regolamenti di attuazione delle leggi provinciali n. 23/1990, n. 26/1993, n. 2/2016, nonché di adottare un regolamento di attuazione della legge in oggetto entro 12 mesi dall'entrata in vigore della stessa. L'articolo 8 precisa, altresì, che, per quanto non disciplinato specificamente dalle disposizioni della legge provinciale n. 2/2020, continua a trovare applicazione la normativa provinciale in materia di contratti pubblici.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

All'Adunanza plenaria la questione sulla nullità della clausola con la quale è consentito il ricorso dell'avvalimento dell'attestazione SOA solamente ai soggetti già in possesso di una propria (altra) attestazione SOA

[Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1920](#)

CONTRATTI PUBBLICI – AVVALIMENTO – ESCLUSIONE – CLAUSOLE ATIPICHE DI ESCLUSIONE – ARTT. 83, 89 DEL CODICE – RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

Con la decisione in commento, la **sez. V. del Consiglio di Stato** rimette all'Adunanza plenaria la questione se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 Euro, sia consentito il ricorso

all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA.

Nel caso di specie, la ricorrente era stata esclusa da una procedura di gara nella quale la Stazione Appaltante aveva richiesto, a pena di esclusione, il possesso di una propria attestazione SOA per poter ricorrere **all'avvalimento** dell'attestazione SOA richiesta per la partecipazione alla gara.

La questione rilevante non riguarda tanto l'illegittimità della clausola sopraesposta, che non viene messa in discussione, quanto il regime applicabile: nel caso di ritenuta **nullità** ai sensi dell'art. 83, c. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, il regime processuale applicabile sarebbe quello dell'art. 31, c. 4, c.p.a.; in caso di ritenuta **annullabilità**, sarebbe applicabile l'art. 120, c. 5, c.p.a. Ciò porterebbe ad esiti alternativi della causa in discussione.

Trovandoci al cospetto di una clausola immediatamente lesiva, in quanto non consentirebbe agli operatori economici privi di SOA di prendere parte alla procedura di gara, a rigore rileverebbe l'onere di immediata impugnazione del bando ex art. 120, c. 5, c.p.a. Il ricorso sarebbe tardivo, secondo questa ricostruzione, non avendo la ricorrente tempestivamente impugnato la clausola entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando, ma esclusivamente a seguito del provvedimento di esclusione.

Tuttavia la ricorrente ha altresì proposto un'azione di nullità ai sensi dell'art. 31, c. 4, c.p.a., rimedio il cui termine decadenziale è triplo rispetto a quello ordinario, che nella specie era stato rispettato; la nullità sarebbe derivata dall'implicita introduzione di un requisito "a pena di esclusione" ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge, in violazione dell'art. 83, c. 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il TAR del primo grado ha ritenuto sussistente la rilevata **nullità** (sempre rilevabile d'ufficio dal giudice), ritenendo che l'Amministrazione abbia operato *praeter legem* e non abbia invece fatto un cattivo uso del potere (*contra legem*), ipotesi che comporterebbe invece l'annullabilità. Da ciò la tempestività del gravame.

La controparte ha pertanto proposto appello, nell'ambito del quale l'esecutività della sentenza è stata sospesa dal Collegio, sulla scorta delle considerazioni, opposte rispetto a quanto statuito dai giudici di primo grado, per le quali la contestata clausola, da un lato, è stata ritenuta essere espressione di un **potere amministrativo in astratto esistente** (quello di disciplinare le modalità dell'avvalimento in corso di gara); dall'altro, **non poteva essere qualificata** come causa di esclusione "atipica". La medesima Sezione ha successivamente, in un caso analogo (**23 agosto 2019, n. 5834**), ritenuto sussistente la nullità della clausola contestata.

Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha ribaltato nuovamente i propri convincimenti, ritenendo che la stazione appaltante eserciti *contra legem* un suo potere, sia nel caso in cui regoli le modalità dell'avvalimento in violazione della norma che lo prevede, sia nel caso in cui limiti o vieti l'avvalimento nei casi non consentiti. In tutti tali casi, il vizio delle corrispondenti clausole della legge di gara andrebbe qualificato come di annullabilità, alla stregua della tradizionale impostazione dicotomica tra cattivo esercizio del potere e carenza di potere, avuto riguardo all'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Avendo evidenziato tale **contrasto giurisprudenziale** interno alla medesima Sezione, il Collegio ha conseguentemente ritenuto di rimettere la questione alla Plenaria.

* * * * *

Al vaglio della Corte costituzionale la legittimità dell'art. 120, c. 5, c.p.a. sulla decorrenza del termine per la proposizione di motivi aggiunti

[TAR Puglia, Lecce, sez. III, ord. 2 marzo 2020, n. 297](#)

APPALTI PUBBLICI – IMPRESA NON AGGIUDICATARIA – RICORSO PRINCIPALE – RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI – DECORRENZA DEI TERMINI – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – RIMESIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Con l'**ordinanza** in rassegna, il TAR leccese rimette alla **Corte costituzionale** la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 120, c. 5, c.p.a.** laddove fa decorrere, nel *cd. rito appalti*, il termine di **trenta giorni** per la proposizione dei **motivi aggiunti** dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione di cui all'art. 76, c. 5, d.lgs. n. 50/2016, per contrasto con il **diritto di difesa** e il **principio di effettività** della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.

La questione esaminata dal Collegio e sollevata d'ufficio dinanzi alla Corte trae origine dal ricorso presentato da una società avverso la graduatoria finale di una gara indetta per l'affidamento di un appalto di servizi e nella quale la stessa risultava classificata al secondo posto.

La società in parola proponeva successivamente **ricorso per la proposizione di motivi aggiunti** formulando nuove censure avverso i provvedimenti già gravati e impugnando la determina dirigenziale recante la consegna in via d'urgenza dei servizi all'aggiudicataria controinteressata. La parte resistente eccepiva così l'irricevibilità dei motivi aggiunti per **avvenuta decorrenza del termine** di cui sopra.

Orbene, il citato **art. 120, c. 5, c.p.a.** che, così come novellato dal d.lgs 195/2011, estende il regime della decorrenza del termine di trenta giorni – contemplato per il ricorso principale – anche ai motivi aggiunti, malgrado la sua apparente chiarezza lessicale, ha dato luogo a **differenti contrasti giurisprudenziali**, originati dall'esigenza di contemperare le esigenze di celerità sottese al *cd. rito appalti* di cui all'art. 120 c.p.a. a quelle di difesa degli operatori economici, in ossequio all'**art. 24 della Costituzione**.

In particolare, secondo un **primo orientamento**, per ovviare alla rigida applicazione dell'art. 120, c. 5, c.p.a., nel caso in cui la possibilità di conoscere i **contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario** (e di prospettare i vizi della relativa valutazione) derivasse soltanto dall'accesso agli atti, la parte che ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione potrebbe proporre motivi aggiunti nell'ulteriore termine massimo di decadenza di **dieci giorni** per vizi rilevati dagli atti e documenti successivamente conosciuti attraverso l'accesso.

Secondo **altro orientamento**, invece, il termine di trenta giorni di cui al citato c. 5 dell'art. 120 c.p.a., quanto ai motivi aggiunti, dovrebbe farsi decorrere dal momento in cui la stazione appaltante provveda a rendere effettivamente **disponibili** gli atti di gara, precisando che, da tale termine, andrebbe sottratto il tempo intercorrente tra la **conoscenza dell'atto lesivo** (provvedimento di aggiudicazione definitiva) e la **proposizione dell'istanza di accesso** agli atti da parte dell'operatore interessato. Ciò al fine di evitare che il tempo impiegato dal privato per l'esercizio del diritto di accesso possa tradursi in una **immotivata proroga del termine di legge**.

Venendo al **caso di specie**, ad avviso del TAR, nonostante i **tentativi** della giurisprudenza di interpretare l'art. 120, c. 5, **conformemente alla Costituzione**, la

disposizione citata, nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione anche per la proposizione di motivi aggiunti, si pone in evidente **contrasto** con il **diritto di difesa** di cui all'art. 24 Cost. in quanto, equiparando i termini, **impedisce di fatto la tutela giurisdizionale** della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti solo **successivamente conosciuti**.

Pertanto, sulla base delle siffatte motivazioni, il Collegio, con l'ordinanza in esame, **rimette la questione** dibattuta alla **Corte costituzionale** al fine di far luce sul punto.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

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

Covid-19: ANAC sospende termini e adempimenti

In applicazione dell'art. 103 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, con [delibera 19 marzo 2020, n. 268](#), il Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione ha deliberato la sospensione dei termini per i procedimenti in corso e dilazionato i tempi per alcuni adempimenti previsti dalla legge.

In particolare:

a) sono **sospesi fino al 15 aprile 2020** i termini di conclusione di tutti i **procedimenti** di vigilanza, sanzionatori e consultivi il cui avvio sia stato comunicato dopo il 23 febbraio;

b) qualora l'Autorità abbia **richiesto dati**, documenti e informazioni, i termini per la risposta sono **incrementati di 60 giorni**;

c) salvo specifiche esigenze, **l'Autorità non avvierà nuovi procedimenti** sanzionatori, di vigilanza e consultivi **fino al 15 aprile 2020**. In relazione a procedimenti il cui avvio si rendesse necessario in pendenza della sospensione, i **termini** inizieranno a decorrere **a partire 16 aprile 2020**;

d) nei casi in cui, invece, avendo già acquisiti gli elementi istruttori, l'Autorità ritenga che sussistono motivi di urgenza per l'adozione del provvedimento finale, essa **si riserva di concludere eventuali procedimenti anche prima** della scadenza del periodo di sospensione;

d) le attività di **vigilanza collaborativa**, svolte su richiesta della stazione appaltante, **proseguono** compatibilmente con le difficoltà operative legate alla situazione sanitaria in atto;

e) i **pareri di precontenzioso** sono adottati nel rispetto del termine di 30 giorni, ma i termini sono **sospesi fino al 15 aprile**, come indicato in precedenza;

f) fino a nuova comunicazione, il termine per **perfezionare il CIG** è aumentato a **150 giorni**, i termini fissati dalla legge per la **trasmissione dei dati all'Osservatorio** dei contratti pubblici sono aumentati di **60 giorni** e **l'obbligo** per la stazione appaltante di emettere il **certificato di esecuzione dei lavori** è portato a **90 giorni**.

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – L'introduzione della cd. seduta virtuale nelle procedure di gara

L'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti, nello specifico il Servizio Appalti, ha recentemente introdotto per tutte le procedure in corso la cd. **seduta virtuale**, ossia la possibilità, per gli operatori economici, di **assistere alle sedute di gara da remoto utilizzando propri dispositivi**. Si tratta di una novità importante a cui l'Agazia lavorava da tempo, ma che oggi, in relazione all'**emergenza Covid-19** e alle relative misure di limitazione degli spostamenti sul territorio nazionale e provinciale introdotte al fine di contenere il più possibile i contagi, acquista una rilevanza ancora maggiore.

La seduta virtuale viene effettuata con l'ausilio della piattaforma Lifesize Cloud, che mette a disposizione della stazione appaltante due "stanze virtuali" tramite le quali è possibile **condividere** con chi assiste da remoto **le operazioni di apertura buste** svolte dal seggio di gara sulla piattaforma di *e-procurement*. Al momento dell'apertura della seduta, il seggio di gara dà inizio al meeting virtuale, che prevede la possibilità di condividere con i partecipanti schermo, video ed audio.

Al contempo gli operatori economici si collegano alla piattaforma attraverso il link fornito dall'amministrazione ed effettuano il login indicando il proprio nome ed un indirizzo e-mail valido. L'accesso alle stanze virtuali è consentito per il tramite di un PIN da inserire in fase di collegamento, comunicato anch'esso di volta in volta per ogni procedura, unitamente ad un file di istruzioni che descrive nel dettaglio i passaggi da effettuare per la corretta connessione. È possibile assistere alle sedute attraverso l'**impiego dei più comuni dispositivi informatici** dotati di auricolari e microfono, quali PC, smartphone, software di videoconferenza, ma anche semplicemente a mezzo telefonico, in questo caso limitatamente alle comunicazioni audio.

La portata innovativa è notevole non solo perché impiega, a servizio delle procedure di gara, una tecnologia avanzata, ma anche perché **consente alle realtà imprenditoriali** collocate in aree territorialmente **distanti** dall'Agazia **di assistere alle operazioni svolte dal seggio di gara**, realtà che, in assenza di tale possibilità, avrebbero maggiori difficoltà a partecipare direttamente alle sedute.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di:

Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore,

Clelia Gorgone, Federica Migliore, 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 - 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.