



## Novità in materia di appalti pubblici 17/2024

SOMMARIO: 1. Se la stazione appaltante non mette a disposizione ai primi cinque concorrenti classificati le offerte da loro presentate, si applica il rito accesso ordinario ai sensi dell'art. 116 c.p.a.– 2. Sulla verifica di equivalenza dei CCNL – 3. La Corte di Giustizia UE statuisce importanti principi in materia di recesso di un componente dal R.T.I. e di incameramento automatico della cauzione provvisoria.

### **1. Se la stazione appaltante non mette a disposizione ai primi cinque concorrenti classificati le offerte da loro presentate, si applica il rito accesso ordinario ai sensi dell'art. 116 c.p.a.**

Il TAR Lombardia, sede di Milano ha chiarito che, ogni qualvolta la stazione appaltante violi l'art. 36, commi 1 e 2 del D. Lgs. 36/2023, omettendo di rendere disponibili ai primi cinque concorrenti classificati le offerte da ciascuno di essi presentate in gara, deve applicarsi l'ordinario rito giudiziale in materia di accesso agli atti (art. 116 c.p.a.) e non il rito c.d. "speciale" ai sensi dell'art. 36, commi 4 e 7 del D. Lgs. 36/2023.

[Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 settembre 2024 n. 2520](#)

*«Difatti, con specifico riferimento alla fattispecie de qua, una "estensione" del disposto di cui al comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 anche ai casi in cui la Stazione appaltante non ha reso disponibile nessun documento relativo alla gara appena conclusa avrebbe imposto al concorrente interessato all'accesso di incardinare, al buio, il ricorso ex art. 116 cod. proc. amm. entro il brevissimo termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, peraltro in carenza degli elementi per contestare l'eventuale oscuramento di dati contenuti nelle offerte non materialmente disponibili (i termini processuali in materia di appalti non devono determinare una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire in giudizio, secondo Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 2021). In tal modo le facoltà del predetto concorrente sarebbero sensibilmente limitate, poiché gli si imporrebbe di incardinare, in via diretta, un giudizio, senza la previa conoscenza delle decisioni della Stazione appaltante, diversamente da quello che avviene allorquando, ai sensi del comma 3 del citato art. 36, quest'ultima dà invece atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte in seguito alle richieste degli operatori che le hanno presentate. [...]*

*Quindi, in conclusione, si deve ritenere che nel caso in cui la Stazione appaltante, in violazione del disposto di cui all'art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023».*

### **2. Sulla verifica di equivalenza dei CCNL**

Il TAR Lombardia, sede di Brescia, chiarisce che, nel caso il concorrente decida di applicare un CCNL diverso da quello indicato dalla stazione appaltante nella *lex specialis*, la verifica di equivalenza deve fondarsi su una valutazione complessiva, giuridica ed economica e che, la parità di retribuzione non è un requisito essenziale per accertare l'equivalenza tra i CCNL.

[TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 1° ottobre 2024 n. 773](#)

*«In base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in*



danno dei lavoratori mediante [l'applicazione di un CCNL](#) che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative. La suddetta norma provoca una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, e dunque non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo. Occorre infatti evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza, che potrebbero ostacolare il raggiungimento della massima partecipazione.

Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva, giuridica ed economica, sussistano i seguenti requisiti: (i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto.

L'equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione. Una simile condizione sarebbe impossibile, data la varietà di contenuti normalmente osservabile nei diversi settori della contrattazione collettiva, e anche discriminatoria, avendo quale risultato l'imposizione dei soli CCNL presi come riferimento negli atti di gara. A sua volta, il numero chiuso dei CCNL determinerebbe effetti anticoncorrenziali, deprimendo la partecipazione».

### **3. La Corte di Giustizia UE chiarisce il tema del recesso di un componente dal R.T.I. e dell'incameramento automatico della cauzione provvisoria.**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito in merito ai quesiti, che erano stati posti dal Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza del 16 giugno 2023 n. 5950 e che riguardavano (1) la possibilità di un componente dell'RTI di recedere dallo stesso, qualora il termine di validità dell'offerta sia giunto a scadenza e (2) la possibilità della stazione appaltante di incamerare automaticamente la cauzione provvisoria costituita da un concorrente a seguito della sua esclusione da una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi.

[Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 26 settembre 2024 C-403/23 e C-404/23, Luxone Srl](#)

«L'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, , devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato».



## **Contatti**

---

**Torino** Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

**Milano** Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

**Roma** Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

[AreaAmministrativo@pavesioassociati.it](mailto:AreaAmministrativo@pavesioassociati.it)

## **Disclaimer**

---

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo e giurisprudenziale.