



Novità in materia di appalti pubblici 12/2024

SOMMARIO: 1. Adunanza Plenaria n. 7/2024 in merito ai requisiti di ordine generale - 2. La non soccorribilità degli elementi integranti il contenuto dell'offerta - 3. L'inammissibilità dei contratti di avvalimento sottoposti a condizione - 4. L'ambito di applicazione del principio di equivalenza

1. Adunanza Plenaria n. 7/2024 in merito ai requisiti di ordine generale

L'Adunanza plenaria si pronuncia su alcune importanti questioni aventi ad oggetto i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare.

[Cons. Stato, Ad. Plen., 24 aprile 2024, n. 7](#)

«I certificati rilasciati dalle autorità competenti, in ordine alla regolarità fiscale o contributiva del concorrente, hanno natura di dichiarazioni di scienza e si collocano fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso, per cui si impongono alla stazione appaltante, esonerandola da ulteriori accertamenti. [...]

Il concorrente che partecipa a una procedura a evidenza pubblica deve possedere, continuativamente, i necessari requisiti di ammissione e ha l'onere di dichiarare, sin dalla presentazione dell'offerta, l'eventuale carenza di uno qualunque dei requisiti e di informare, tempestivamente, la stazione appaltante di qualsivoglia sopravvenienza tale da privarlo degli stessi. [...]

Indipendentemente dalle verifiche compiute dalla stazione appaltante, il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, ab origine, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara. Per quanto riguarda la certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, ovvero dagli enti previdenziali e assistenziali (DURC), per la consolidata giurisprudenza compete al giudice amministrativo accertare, in via incidentale (ossia senza efficacia di giudicato nel rapporto tributario o previdenziale/assistenziale), nell'ambito del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, la idoneità e la completezza della certificazione presa in considerazione, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal concorrente (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2016, n. 10; Sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1339; 26 aprile 2021, n. 3366; 14 giugno 2019, n. 4023).»

2. La non soccorribilità degli elementi integranti il contenuto dell'offerta

Il TAR Molise ribadisce la non soccorribilità degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta tecnica e di quella economica.

[TAR Molise, Sez. I, 9 maggio 2024, n. 144](#)

«[...] la giurisprudenza ha dunque affermato l'ammissibilità del soccorso istruttorio con riguardo ai requisiti di partecipazione dell'offerta nella sola misura in cui gli stessi, ove costituenti elementi essenziali della domanda, non risultassero carenti ab origine.

L'elemento essenziale che può essere integrato con il soccorso istruttorio deve, infatti, "necessariamente preesistere alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ammettendosi altrimenti una inammissibile partecipazione tardiva, in violazione di una regola basilare del procedimento di gara: ciò perché, laddove una



domanda di partecipazione non sia oggettivamente rilevabile, nemmeno de relato ad altre componenti della documentazione di gara aventi altra finalità, deve escludersi in radice che possa ritenersi perfezionata una fattispecie partecipativa (allo stesso modo, esemplificativamente, in cui il processo amministrativo non può ritenersi instaurato se fa difetto il relativo ricorso)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2022, n. 9147, che richiama id., sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103).

Dopo aver qualificato la tipologia astratta del soccorso istruttorio in discorso come “sanante”, il Supremo Consesso ha affermato che, per quel che qui più rileva, “deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell’offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti”.

In altri termini, “si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all’operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell’offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l’esecuzione delle prestazioni messe a gara)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7870/2023). E ciò in coerenza con i principi di par condicio e di autoresponsabilità (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, una forma di immeritevole abuso).»

3. L’inammissibilità dei contratti di avalimento sottoposti a condizione

Il TAR Toscana precisa le caratteristiche del contratto di avalimento c.d. “operativo” e conferma l’inammissibilità dei contratti di avalimento sottoposti a condizione.

[TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 16 aprile 2024 n. 448](#)

«La giurisprudenza ha chiarito che l’avalimento c.d. “operativo” consiste, pertanto, nella concreta messa a disposizione a favore del concorrente, da parte dell’ausiliaria, dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l’esecuzione dell’appalto. Queste, a pena di nullità, vanno puntualmente individuate nel contratto, che tuttavia non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d’opera, all’esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero all’indicazione numerica dello stesso personale, purché – in applicazione dei canoni civilistici di interpretazione complessiva e secondo buona fede del contratto (artt. 1363 e 1366 c.c.) – consenta quantomeno l’individuazione delle esatte funzioni che l’impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all’impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.

L’oggetto del contratto di avalimento, in altri termini, va determinato evitando schematismi preconcepi e tenendo presente che esso include l’insieme delle prestazioni ivi dedotte, e non solo l’oggetto materiale di queste prestazioni; con la conseguenza che la messa a disposizione delle risorse dev’essere effettiva e sostanziale, nel senso di permettere concretamente all’impresa avvalente di utilizzare le risorse dell’ausiliaria, come indicate nel contratto di avalimento (fra le moltissime, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4116, e i numerosi precedenti ivi citati; id., 21 febbraio 2020, n. 1330).

Coerentemente con tali principi, che pur maturati in costanza della previgente disciplina dei contratti pubblici conservano la loro attualità, la giurisprudenza ha ripetutamente escluso l’ammissibilità di contratti di avalimento sottoposti a condizione e, nello specifico, all’adempimento di prestazioni preliminari a carico dell’impresa ausiliata, giacché l’apposizione di condizioni ha l’effetto di rendere incerta la disponibilità dei requisiti “prestati” dall’ausiliaria ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2021, n. 3773).»





4. L'ambito di applicazione del principio di equivalenza

Il Consiglio di Stato statuisce in merito all'estensione, in via giurisprudenziale, dell'ambito di applicazione del principio di equivalenza.

[Cons. Stato, Sez. III, 9 maggio 2024 n. 4155](#)

«La giurisprudenza della Sezione ha ritenuto il principio di equivalenza estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara, ma ciò ha fatto – come riconosciuto dal primo giudice e non contestato dalle parti – sulla scorta di un approccio "funzionale", ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa lex specialis (al di là di alcuni casi in cui era già quest'ultima a richiamare l'applicabilità del principio de quo anche ai requisiti tecnici minimi) emergeva che determinate caratteristiche tecniche erano richieste al fine di assicurare all'Amministrazione il perseguimento di determinate finalità, e dunque poteva ammettersi la prova che queste ultime fossero soddisfatte anche attraverso prodotti o prestazioni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelle richieste (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 settembre 2023, n. 8189).

In tali ultimi casi, l'estensione in via giurisprudenziale dell'ambito di applicazione del principio di equivalenza, ancorché in sé e per sé non confliggente con il diritto europeo, trova fondamento – a ben vedere – non già nelle esigenze pro-concorrenziali perseguite dal citato articolo 42, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, ma nel più generale principio del favor participationis (e, difatti, come già rilevato, trova il limite del rispetto della par condicio tra i concorrenti, che si verificherebbe laddove fosse consentito a un concorrente di offrire aliud pro alio).

Le considerazioni che precedono devono essere valutate con l'avvertenza che, nella giurisprudenza da ultimo citata, la distinzione [...] tra requisiti tecnici minimi "strutturali" (a cui il principio de quo non sarebbe mai applicabile) e "funzionali" [...] è molto sfumata e opinabile, essendo stato adottato l'approccio "funzionale" finanche per ammettere la possibilità di offrire prodotti di materiale diverso da quello richiesto a pena di esclusione dalla lex specialis (come nelle fattispecie esaminate in Consiglio di Stato, sez. III, 6 dicembre 2023, n. 10536, e 25 novembre 2020, n. 7404).

Pertanto, deve concludersi che la qualificazione in termini "strutturali" o "funzionali" di un requisito minimo prescritto dalla legge di gara non dipende dalla natura del requisito in sé considerata (per esempio previsione della composizione del prodotto in uno specifico materiale), bensì dall'esistenza o meno nella lex specialis dell'esplicitazione delle finalità e dei bisogni dell'Amministrazione che la previsione di una determinata caratteristica tecnica è destinata a soddisfare (e queste vi erano nelle fattispecie esaminate dalle richiamate sentenze n. 10536/2023 e n. 7404/2020). »



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

Disclaimer

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