

BRUGNOLETTI & ASSOCIATI

AVV. MASSIMILIANO BRUGNOLETTI
AVV. PAOLA REA

00197 - ROMA
VIA ANTONIO BERTOLONI, 26B
TEL. (+39) 06.8072990

AVV. MARTINA ALÒ
AVV. SANTI DARIO TOMASELLI
AVV. PAOLO CAVALLO
AVV. FRANCESCA SCIUTO
AVV. GIOVANNI TAVERNISE
AVV. GIANLUIGI UZZO COSTA

20122 - MILANO
PIAZZETTA UMBERTO GIORDANO, 4
TEL. (+39) 02.76015741

www.brugnolettieassociati.com
PEC: studiobrugnolettieassociati@pec.it

AVV. GIORGIA MENTO
AVV. EMANUELA SANTINI
AVV. TIZIANA SCARMOZZINO
AVV. MARTINA SOLINAS

DOTT.SSA FEDERICA BRUGNOLETTI
DOTT.SSA FRANCESCA SAVINI

DOTT.SSA ROSSELLA GIUSA - ADVISOR GARE PUBBLICHE

CONVEGNO IGI 20 OTTOBRE 2021

*Le importanti novità del rientro:
continuazione, con un importante
codicillo sulla disapplicazione*

* * *

*Ancora sulla causa C-927/19: i requisiti di
capacità tecnico-economica e la loro sanabilità*

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza
del 7 settembre 2021 n. C-927/2019 pubblicata il 16 settembre 2021**

I. Prima questione (punti da 68 a 72)

1.1 Quesito

Il giudice del rinvio – la Corte Suprema della Lituania - ha domandato alla Corte di Giustizia europea se, nell’ambito dei requisiti di accesso disciplinati nell’articolo 58 della Direttiva n. 24 del 2014¹, la richiesta di fatturato medio annuo nel settore di attività oggetto dell’appalto rientri tra i “criteri di selezione” relativi alla capacità economica e finanziaria degli operatori economici (comma 1 lett. b) e comma 3 dell’art. 58), o alle loro capacità tecniche e professionali (ai sensi del comma 1 lett. c) e comma 4 dell’art. 58).

1.2 Soluzione

La posizione che la Corte di Giustizia ha assunto sulla questione in verità non stupisce interpreti ed operatori pratici: secondo la Corte di Lussemburgo la richiesta di dimostrazione di un determinato fatturato medio annuo nel settore di attività oggetto dell’appalto costituisce (direi “ovviamente”) un criterio di selezione volto ad evidenziare la capacità economica e finanziaria dell’operatore economico².

1.3 Ragioni della decisione: differente natura dei requisiti economici e dei requisiti tecnici

La sentenza della Corte, anche alla luce della “domanda” fatta dal giudice di rinvio, è comunque molto importante per riaffermare la diversa la diversa natura dei requisiti di capacità economica rispetto a quelli

¹ L’art. 58 della direttiva n. 24 del 2014 (“criteri di selezione”) è stato recepito nel nostro ordinamento nell’art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016.

² “Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l’articolo 58 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che l’obbligo, per gli operatori economici, di dimostrare di realizzare un determinato fatturato medio annuo nel settore di attività oggetto dell’appalto pubblico di cui trattasi costituisce un criterio di selezione relativo alla capacità economica e finanziaria di tali operatori, ai sensi del paragrafo 3 di tale disposizione” (punto 72 della sentenza C-927/2019).

di capacità tecnica e sottolineare la necessità che gli stessi **non si intersechino**.

I requisiti di **capacità economica e finanziaria** previsti nel comma 3 dell'art 58 della Direttiva³, tra i quali si prevede la possibilità di chiedere il livello di “fatturato minimo annuo”, non hanno solo una valenza economica (la “solidità” dell'operatore economico), ma **fotografano la reale presenza di un'impresa sul mercato**; per questo, essi non possono essere così “stringenti” da limitare la platea degli operatori economici che possano concorrere ad una gara pubblica⁴: tanto che la stessa Direttiva vieta alla Stazione appaltante di chiedere un fatturato superiore al doppio del valore del contratto da affidare ed onera la stessa a

³ “Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono inoltre esigere un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84. Ad esempio, è possibile tenere conto del rapporto tra attività e passività se l'amministrazione aggiudicatrice specifica, nei documenti di gara, i metodi e i criteri per prendere in considerazione tale rapporto. Tali metodi e criteri sono trasparenti, oggettivi e non discriminatori. Per gli appalti divisi in lotti il presente articolo si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma del presente paragrafo è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al secondo comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema” (art. 58, comma 3, della direttiva n. 24 del 2014).

⁴ Secondo il considerando 83 della direttiva n. 24 del 2014, i requisiti di tipo “economico” devono essere “attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto”, perché, se “eccessivamente severi”, “costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici”.

giustificare comunque la richiesta⁵. Identiche prescrizioni sono contenute nella norma italiana di recepimento⁶.

Ciò si riflette anche sulla prova del requisito a carico dell'operatore economico: mentre per la dimostrazione del requisito **tecnico-professionale** la Stazione appaltante chiede l'elenco dei principali servizi prestatati, anche corredato dei relativi importi (ma senza alcuna indicazione di importi minimi⁷), così da certificare il “buon esito” degli appalti precedentemente eseguiti (una sorta di “prova di resistenza” sull'effettiva sussistenza della competenza dell'impresa in termini di risorse ed organizzazione); *ii*) il requisito **economico** è (anche)

⁵ “Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84” (art. 58, comma 3 secondo periodo, della direttiva n. 24 del 2014).

⁶ “Il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara. Per gli appalti divisi in lotti, il presente comma si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al primo periodo del presente comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema” (art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016).

⁷ L'allegato XII della direttiva n. 24 del 2014, nell'indicare le “prove” che l'operatore economico deve fornire per dimostrare la propria “capacità tecnica”, prevede l'elenco dei lavori, delle forniture e dei servizi eseguiti, con l'indicazione dei relativi importi, non contemplando tuttavia la possibilità di prevedere un importo complessivo minimo di accesso: “Mezzi per provare le capacità tecniche degli operatori economici di cui all'articolo 58: a) i seguenti elenchi: i) un elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di corretta esecuzione e buon esito dei lavori più importanti; se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà presa in considerazione la prova relativa ai lavori analoghi realizzati più di cinque anni prima; ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima” (Allegato XII, parte II lett. a), della direttiva n. 24 del 2014; analoga previsione è contenuta nella norma di recepimento: allegato XVII, parte II, del d.lgs. 50 del 2016).

dimostrato dal fatturato, ossia della somma degli “importi” generati nelle varie attività di impresa, per il quale è (solo in questo caso) tuttavia possibile chiedere un importo minimo, rimesso alla discrezionalità della Stazione Appaltante alle già segnalate condizioni di motivazione e quantità previste dal comma 3 dell’art. 58 della Direttiva n. 24 del 2014⁸.

La Corte di Giustizia, affrontando la prima questione con una soluzione come detto “attesa” (quasi scontata), nella sentenza in commento ha **ribadito la differenza tra “requisiti economici” e “requisiti tecnici”**. **Confondere** i due criteri (ad esempio chiedendo l’elenco di servizi analoghi eseguiti per un importo minimo) significa **eludere i limiti più restrittivi imposti dalla Direttiva al requisito di tipo economico**: dando rilievo non alla capacità dell’operatore economico di eseguire le prestazioni, bensì alla sua presenza nel mercato si introduce sostanzialmente un requisito anticoncorrenziale, si ostacola in tal guisa l’ingresso nel mercato a chi ne è fuori o se ne trova ai margini.

1.4 Riflessi della sentenza della Corte di Giustizia sull’ordinamento interno

La decisione della Corte ha **interessanti ricadute pratiche per il diritto interno**, dove vige una prassi in cui i due piani spesso pericolosamente si incrociano: sono infatti assai frequenti le richieste di elenchi di contratti con la fissazione di un importo minimo e/o l’indicazione di un “contratto di punta” avente un determinato importo minimo; come non è infrequente assistere a richieste di “fatturato minimo” esplicitamente indicato quale “requisito tecnico”.

⁸ Nonché dall’art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

A) Ricadute sulle richieste di fatturato minimo come requisito di capacità tecnico-professionale

Come detto, è prassi nel nostro Paese che l'elenco dei contratti sia accompagnato dalla richiesta di un importo minimo: dunque una richiesta che, in linea di principio, è **affidente alla solidità economica dell'impresa**, ma che è invece considerata dalla Stazione appaltante come elemento **dimostrativo della capacità tecnica dell'operatore**.

Tale (diffusa) prassi ha invero un fondamento ragionevole: il convincimento che la capacità di produrre ricavi derivi da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza tali da assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni messe a gara.

Anche la giurisprudenza interna non ha sinora stigmatizzato in modo deciso tali richieste.

Parte della giurisprudenza assegna anzitutto portata dirimente alla “volontà” della Stazione appaltante (come cristallizzata nella legge di gara), ritenendo **ammissibile tout court** una richiesta “tecnica” che fissi dei limiti quantitativi di importo per accedere alla gara, ritenendo **sufficiente** la formale qualificazione del “fatturato specifico” come “requisito di capacità tecnica e professionale”⁹.

Un indirizzo più rigoroso, ma rientrante sempre nell'alveo della possibilità di tali richieste, ritiene necessario che la “qualificazione” quale requisito tecnico di un importo minimo, dettata dalla Stazione appaltante in sede di gara, sia (almeno) accompagnata dalla dimostrazione del possesso “di risorse umane e tecniche” e, più in generale, della

⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704.

“esperienza” necessaria ad eseguire la prestazione con le modalità di cui all’allegato XVII, parte II, del d.lgs. n. 50 del 2016¹⁰.

Ebbene, alla luce della Sentenza della Corte di Giustizia è ora legittimo chiedersi se i due indirizzi (compreso quello più restrittivo che tende a ricondurre il requisito nell’alveo della capacità tecnico-professionale, quanto meno sul piano della prova) abbiano ancora ragion d’essere, posto che la Corte è stata *tranchant* nell’affermare che **aver realizzato un determinato fatturato annuo è indice della sola “capacità economica e finanziaria”, a nulla rilevando la finalità perseguita dalla Stazione appaltante.**

La questione ha un notevole impatto pratico (basti pensare alle questioni che potranno essere sollevate dalle imprese sprovviste di requisito che, secondo la Corte, non dovrebbe essere chiesto), **potendo anche essere di impulso ad una giurisprudenza innovativa, magari maggiorente allineata alla posizione assunta dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento**¹¹.

B) Ricadute sulla qualificazione dell’avvalimento

Assumendo che la decisione della Corte di Giustizia abbia inteso restringere i margini di manovra delle Stazioni appaltanti, stabilendo che il fatturato minimo è sempre un requisito di “capacità economica”, dobbiamo inevitabilmente farci carico delle sue **ricadute pratiche** sull’**avvalimento**.

¹⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 2021, n. 2048; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436; Tar Calabria, 17 giugno 2021, n. 545.

¹¹ La sentenza della Corte di Giustizia in commento potrà infatti stimolare operatori economici a censurare richieste di fatturati minimi (magari superiori al doppio del valore del contratto), o di contratti di punta, che la Stazione appaltante colloca tra i requisiti tecnico-organizzativi e non sarà improbabile assistere ad una giurisprudenza innovativa che, fissando con maggior rigore la differenza dei due requisiti di accesso, annullerà prescrizioni di tale natura ammettendo in gara operatori economici altrimenti tenuti fuori dalla competizione.

Si rammenta infatti che, se il requisito richiesto è di tipo “tecnico”, l’avvalimento sarà di tipo “**operativo**”, con la necessaria indicazione e messa a disposizione dei “mezzi”, a pena di inammissibilità, come disposto dall’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016¹².

Viceversa, se il requisito è di tipo “economico” l’avvalimento potrà essere di “**garanzia**”, dunque il concorrente dovrà solo assicurare la Stazione appaltante sulla capacità di far fronte, (anche) mediante l’ausiliaria, alle obbligazioni derivanti dal contratto (solidità economica), senza dover fare riferimento alle specifiche risorse messe a disposizione.

È evidente che la sentenza della Corte in commento pone un vincolo ineludibile anche in relazione alla tipologia del contratto di avvalimento: se infatti la richiesta di un fatturato minimo è sempre “requisito economico”, **a prescindere dalla interpretazione della Stazione appaltante**, l’avvalimento **non potrà che essere di “garanzia”**; ed anche in questo caso si potrebbe aprire un varco ad un nuovo “contenzioso”, avviato da chi non prevederà le “risorse” tra gli elementi del contratto di avvalimento, sostenendo (legittimamente) che, prescindendo dal *nomen* utilizzato dalla Stazione appaltante, il requisito è economico e l’avvalimento “di garanzia”.

Tale evenienza potrebbe aprire indiretti scenari “preoccupanti” per la Stazione appaltante circa l’effettiva capacità dell’operatore di assicurare la corretta esecuzione del contratto, soprattutto se la Stazione appaltante stessa non preveda correttivi idonei a garantire l’effettiva messa a disposizione delle risorse tecnico organizzative, visto che sarebbe sufficiente la sola solidità economica, senza la specifica indicazione dei mezzi messi a disposizione dall’ausiliaria.

¹² “ ... il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell’impresa ausiliaria” (art. 89, comma 1 ultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016).

C) Ricaduta sull'estensione dei limiti applicativi dei requisiti di capacità economica al requisito del fatturato minimo (comunque considerato)

Se il requisito del fatturato minimo è sempre “economico” (anche in quelle ipotesi in cui non si chieda direttamente un “fatturato”, bensì contratti con importo minimo, quindi si tratti formalmente di un requisito di tipo “tecnico”), **devono applicarsi i limiti applicativi del requisito di tipo “economico” dettati dall’art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.**

Ciò implica che deve essere sempre **motivata** sia la decisione di chiedere un fatturato minimo ancorché qualificato come requisito tecnico, sia la decisione di chiedere un elenco di contratti con importo minimo complessivo, essendo tale richiesta maggiormente restrittiva della partecipazione rispetto alla previsione di un valore medio di periodo. In secondo luogo, il fatturato minimo annuo, al pari dell’importo complessivo correlato all’elenco dei contratti, **non può comunque superare il doppio del valore stimato dell’appalto**, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso (salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento).

Alla luce della sentenza in commento potranno pertanto essere considerate illegittime richieste di elenchi di contratto con importi minimi non motivati; come illegittime potranno essere ritenute richieste di elenchi di contratti con importi minimi superiori al doppio del valore dell’appalto.

* * *

II. Terza questione (punti da 83 a 95)

2.1 Quesito

Nel caso sottoposto alla Corte dal Giudice lituano, la legge di gara chiedeva al fornitore di utilizzare veicoli per la raccolta dei rifiuti conformi (almeno) alla norma “Euro 5” che fossero e muniti di un trasmettitore fisso per il sistema di posizionamento geografico (GPS) permanentemente funzionante, al fine di consentire all’Amministrazione aggiudicatrice di individuare la posizione esatta del veicolo e il suo itinerario preciso.

Il Giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se tale prescrizione dovesse intendersi quale a) **requisito tecnico** di partecipazione¹³, b) **specificata tecnica** da considerarsi quale elemento minimo di offerta¹⁴, ovvero c) **condizione di esecuzione a carico dell’aggiudicatario**¹⁵.

In relazione alla qualificazione della richiesta formulata dalla Stazione appaltante, il Giudice del rinvio ha infine chiesto se detta qualificazione **incidesse sulle possibilità di rettifica e di correzione da parte dell’operatore economico dopo la presentazione dell’offerta.**

2.2 Soluzione

La Corte di Giustizia ha anzitutto affermato come la prescrizione posta dalla Stazione appaltante potesse ricadere in tutte e tre le fattispecie; dunque essere¹⁶:

¹³ Ossia un requisito attinente alla “capacità tecniche e professionali” disciplinate dall’art. 58, comma 4, della direttiva n. 24 del 2014.

¹⁴ Cfr. art. 42, in combinato disposto con l’allegato VII, della direttiva n. 24 del 2014.

¹⁵ Cfr. art. 70 della direttiva n. 24 del 2014.

¹⁶ “A tale proposito, occorre considerare che la direttiva 2014/24 non esclude che le prescrizioni tecniche possano essere intese al contempo come criteri di selezione relativi alle capacità tecniche e professionali, come specifiche tecniche e/o come condizioni di esecuzione dell’appalto, ai sensi, rispettivamente, dell’articolo 58, paragrafo 4, dell’articolo 42 e dell’articolo 70 di tale direttiva” (punto 84 della sentenza C-927/2019).

1. Requisito tecnico chiesto al concorrente quale capacità posseduta al momento della partecipazione, poiché nell'allegato XII della Direttiva n. 24 del 2014 sono espressamente previste le “indicazioni delle misure di gestione ambientale”¹⁷, nonché l’indicazione di “attrezzatura, il materiale e l’equipaggiamento tecnico”¹⁸;

2. Specifica tecnica chiesta all’offerente quale elemento da inserire nell’offerta, dunque quale caratteristica prestazionale minima da prevedere nella proposta negoziale¹⁹;

3. Condizione di esecuzione chiesta comunque all’aggiudicatario prescindendo dal contenuto dell’offerta²⁰.

Quanto al profilo della **“sanabilità”** la Corte ha richiamato l’articolo 56, comma 3, della Direttiva n. 24 del 2014²¹, che riconosce alle

¹⁷ Tra i mezzi di prova per dimostrare la capacità tecnica e professionale, la direttiva prevede l’“*indicazione delle misure di gestione ambientale che l’operatore economico potrà applicare durante l’esecuzione del contratto*” (Allegato XII, parte II lett. g), della direttiva n. 24 del 2014).

¹⁸ Tra i mezzi di prova per dimostrare la capacità tecnica e professionale, la direttiva prevede “*una dichiarazione indicante l’attrezzatura, il materiale e l’equipaggiamento tecnico di cui l’imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l’appalto*” (Allegato XII, parte II lett. i), della direttiva n. 24 del 2014).

¹⁹ “*Quanto alle «specifiche tecniche», ai sensi dell’articolo 42 della direttiva 2014/24, dal paragrafo 3 di tale articolo risulta che siffatte specifiche definiscono le «caratteristiche previste» dei servizi oggetto di un appalto e sono formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, in particolare ambientali, o con riferimento a norme tecniche. Peraltro, il paragrafo 1 di detto articolo rinvia all’allegato VII di detta direttiva, il cui punto 1, lettera b), precisa, per quanto riguarda gli appalti pubblici di forniture o di servizi, che le specifiche tecniche «contenute in un documento (...) definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui (...) i livelli di prestazione ambientale (...)».* Pertanto, le prescrizioni tecniche di cui trattasi nel procedimento principale, che sono effettivamente formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, e che fanno riferimento in particolare alla norma Euro 5 relativa alle emissioni inquinanti dei veicoli, possono parimenti rientrare nella nozione di «specifiche tecniche»” (punto 87 della sentenza C-927/2019).

²⁰ “*Infine, nella parte in cui prevedono condizioni particolari relative all’esecuzione di un appalto, che appaiano connesse all’oggetto dell’appalto e siano indicate nel bando di gara o nei documenti di gara, dette prescrizioni, che tengono conto di considerazioni relative all’innovazione e all’ambiente, possono parimenti rientrare nella nozione di «condizioni di esecuzione dell’appalto», ai sensi dell’articolo 70 della direttiva 2014/24, purché risulti dalla documentazione relativa all’appalto che esse sono imposte in quanto condizioni che l’aggiudicatario deve rispettare nella fase dell’esecuzione dell’appalto, circostanza la cui verifica spetta al giudice del rinvio*” (punto 88 della sentenza C-927/2019).

²¹ “*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che*

Amministrazioni aggiudicatrici, **salvo disposizione contraria del diritto nazionale in sede di recepimento**, il potere di chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare (quindi sanare) le informazioni o la documentazione di gara, ove incomplete o non corrette, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza²².

La Corte di Giustizia ha poi precisato il perimetro della norma europea (che, come vedremo, è disallineata rispetto alla omologa norma nazionale²³), rammentando come una richiesta di chiarimenti e/o integrazioni **non possa mai ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione**, la cui presentazione fosse chiesta dai documenti di gara, dovendo l'Amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri e le prescrizioni fissati. Inoltre, ha concluso la Corte, la richiesta di integrazioni non può mai condurre alla presentazione di ciò che rappresenterebbe una realtà nuova²⁴.

attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza” (art. 56, comma 3, della direttiva n. 24 del 2014).

²² “A tale riguardo si deve rilevare che, a termini dell’articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, **salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva**, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza” (punto 92 della sentenza C-927/2019).

²³ Art. 83, comma 9, del d.lgs. 50 del 2016.

²⁴ “Come risulta da una giurisprudenza costante relativa all’interpretazione delle disposizioni 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 (GU 2004, L 134, pag. 114), fondata in particolare sul principio della parità di trattamento e che occorre applicare per analogia nel contesto di detto articolo 56, paragrafo 3, una richiesta di chiarimenti presentata a un operatore economico ai sensi di tale disposizione non può tuttavia ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell’appalto, dovendo l’amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati. Inoltre, una siffatta richiesta non può condurre alla presentazione, da parte dell’offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (v., per analogia, sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C 599/10,

Il principio che la Corte di Giustizia ha affermato nella sentenza in commento è quello per cui tutta la documentazione e tutte le informazioni richieste dalla Stazione Appaltante nella legge di gara possono essere solo “completate”, ma non integrate da nuova documentazione.

2.3 Ragioni della decisione: contenuto dell’art. 56 della Direttiva n. 24 del 2014 ed applicazione dei principi generali dell’Unione europea

La soluzione alla terza questione, offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame, oltre a fondare le proprie ragioni nel contenuto del citato art. 56, comma 3, della Direttiva n. 24 del 2014, è in realtà la risultante di **tre diversi principi** che la Corte di Giustizia afferma già da molto tempo²⁵:

- il principio di **parità di trattamento**, che impone alle Stazione appaltanti di far sì che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte ed implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti²⁶;
- l’**obbligo di trasparenza**, che ne costituisce il corollario, volto ad eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell’Amministrazione aggiudicatrice, per cui tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione devono essere formulate in maniera chiara,

EU:C:2012:191, punto 40; del 10 ottobre 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punti 36 e 40, e del 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, C 523/16 e C 536/16, EU:C:2018:122, punti 51 e 52)” (punto 93 della sentenza C-927/2019).

²⁵ Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, punto 40; Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, punti 36 e 40; Corte di Giustizia, 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, C-523/16 e C-536/16, punti 51 e 52; Corte di Giustizia, 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, punti 35-38; Corte di Giustizia, 2 maggio 2019, Lavorgna, C-309/18, punti 19 e 20).

²⁶ “Il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti” (Corte di Giustizia, 2 maggio 2019, Lavorgna, C-309/18, punto 19).

precisa e univoca, sicché solo quello che è indicato nella legge di gara deve essere presentato²⁷;

- l'**obbligo di diligenza** da parte degli offerenti, nel senso che offerenti normalmente diligenti comprenderanno l'esatta portata delle prescrizioni di gara, dunque saranno consapevoli del divieto di qualsiasi integrazione della documentazione presentata con nuova documentazione²⁸.

Per comprendere il perimetro ed i principi da rispettare per la “sanabilità” dei documenti di gara, secondo il diritto dell’Unione, è assolutamente efficace una metafora utilizzata dall’Avvocato Generale Michal Bobek nelle Conclusioni depositate nella causa Esaprojekt C-387/14: *“le informazioni e i documenti presentati dall’offerente allo scadere del termine per la presentazione delle offerte sono come **un’istantanea**. Possono essere presi in considerazione dall’amministrazione aggiudicatrice soltanto le informazioni e i documenti **già contenuti in tale fotografia**. Ciò non impedisce all’amministrazione aggiudicatrice di ingrandire l’immagine su qualsiasi dettaglio contenuto nella foto che si presenti un po’ sfocato e di chiedere di aumentare la risoluzione della foto per vedere il dettaglio con chiarezza. Tuttavia, le informazioni essenziali **devono essere già contenute**, sebbene a bassa risoluzione, nell’istantanea originale”*.

²⁷ “I principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti” (Corte di Giustizia, 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, punto 37)

²⁸ “L’obbligo in questione [di trasparenza, n.d.r.] implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d’oneri, in modo che, ..., si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle allo stesso modo” (Corte di Giustizia, 2 maggio 2019, Lavorgna, C-309/18, punto 19).

Alla luce di questi principi, anche le conclusioni della Corte di Giustizia sulla terza questione non lasciano sorpresi: consentire all'aggiudicatario di completare o chiarire successivamente la sua offerta iniziale dipende dal rispetto dei principi sopra richiamati, non della qualificazione delle prescrizioni di cui trattasi come criteri relativi alle «capacità tecniche e professionali», «specifiche tecniche» o «condizioni di esecuzione».

2.4 (“Legittima”) asincronia tra diritto europeo (art. 56, comma 3, della Direttiva n. 24 del 2014) e diritto interno (art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016)

In tema di “sanabilità” della documentazione (*recte*: “soccorso istruttorio”) il nostro ordinamento ha optato per una disciplina assolutamente peculiare, parzialmente diversa da quella europea, per effetto della “riserva” contenuta nello stesso art. 56 della Direttiva n. 24 del 2014; il quale, in tema di “sanabilità” dei documenti di gara, ha espressamente fatto “*salvo (la) disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente Direttiva*”²⁹.

Ebbene, la norma sul “soccorso istruttorio” posta dal codice degli appalti - l’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 - mentre **consente liberamente il “soccorso istruttorio” su tutta la documentazione e su tutte le informazioni “amministrative”** (in caso di mancanza, incompletezza e irregolarità essenziale delle stesse), pone un **divieto espresso sulla sanabilità degli elementi “afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica”**³⁰.

²⁹ Art. 56, comma 3, della Direttiva n. 24 del 2014.

³⁰ “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e

La posizione scelta dal legislatore italiano è dunque quella di permettere l'integrazione (pressoché libera) della documentazione amministrativa ed al contempo negare integrazioni dell'offerta: tutto ciò che sta in “busta A” (documentazione amministrativa) è sempre integrabile con il “soccorso istruttorio”, tutto quello che fuori da detta busta (offerta tecnica ed offerta economica) non lo è mai.

La **asimmetria delle norme**, europea ed interna, è assolutamente evidente se sol si applicano dette norme alla fattispecie che ha generato la sentenza della Corte di Giustizia in commento:

a) secondo il diritto euro-unitario (segnatamente secondo la prescrizione contenuta nell'art. 56 della Direttiva n. 24 del 2014) la prescrizione posta dall'Amministrazione precedente (motore Euro 5 e presenza del GPS) è sempre astrattamente sanabile, prescindendo da come detta prescrizione sia stata “qualificata” (“requisito di accesso”, “specifica tecnica”, o “condizione di esecuzione”), purché vengano rispettati i principi di concorrenza;

b) secondo il diritto interno, invece, la prescrizione sarebbe stata “sanabile” (ancorché del tutto mancante, purché preesistente), solo se qualificata quale “requisito speciale di partecipazione”, dichiarato dall'operatore economico nel DGUE. Se la prescrizione fosse stata invece qualificata come “specifica tecnica” o “condizione di esecuzione”, essendo le stesse **contenute nell'offerta**, l'art. 83, comma 9, del codice ne avrebbe impedito di sanarne “lacune” o “irregolarità”.

all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa” (art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016).

In conclusione, il principio affermato dalla Corte, secondo cui **è irrilevante la “qualificazione” della prescrizione** (come requisito tecnico, specifica tecnica o di requisito di esecuzione), **risulta inapplicabile alle procedure bandite in Italia**, dove si ha l’**effetto (invero paradossale)** che, ove medesima prescrizione fosse inserita tra i “requisiti di capacità tecnico-professionale”, **un’eventuale lacuna sarebbe colmabile**; mentre se la medesima prescrizione fosse prevista come “specifico tecnica” o come “condizioni di esecuzione”, **nessun soccorso istruttorio potrà essere attivato**.

2.5 Riflessi della sentenza della Corte di Giustizia sull’ordinamento interno

Si deve dare conto come, in verità, vi sono state negli ultimi tempi delle **aperture della giurisprudenza italiana ad un soccorso istruttorio più ampio**; pronunce, tutte, improntate ad un approccio sostanziale e di ragionevolezza.

Una parte della giurisprudenza ha infatti riconosciuto alla Stazione Appaltante il potere di attivare un “**soccorso procedimentale**”, utile per risolvere dubbi **anche su “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”**, a condizione che i chiarimenti non assumano carattere correttivo, integrativo o manipolativo dell’offerta, ma si limitino a confermare, dirimendo i dubbi, la portata di elementi già contenuti nell’offerta medesima³¹. Si tratta di precedenti chiaramente ispirati alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui il soccorso istruttorio non può essere utile a rimediare alla totale mancanza di un documento o di un’informazione richiesta dalla legge di gara, né consentire la

³¹ Da ultimo si vedano: Tar Veneto, Sez. III, 6 ottobre 2021, n. 1175; Tar Puglia, Lecce Sez. I, 22 luglio 2021, n. 1178; Consiglio di Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7767.

presentazione di una nuova offerta ma deve essere concesso laddove non vi sia una violazione del **principio della parità di trattamento**,

La sentenza della Corte di Giustizia in commento, da questo punto di vista, sarà utile per aprire ulteriori “varchi” al “soccorso istruttorio” interno, dando maggior impulso ad una **giurisprudenza “innovativa”** ed essere soprattutto un “pungolo” per un ripensamento da parte del legislatore nazionale, affinché vi sia un **maggiormente corretto ed efficace rapporto** tra **rigore della forma** (posta a tutela della *par condicio competitorum*) e **efficienza della sostanza** (finalizzata ad individuare la migliore offerta, quindi **offrire un maggior benessere ai cittadini: vero obiettivo** degli acquisti da parte della **Pubblica Amministrazione**).

Roma, 20 ottobre 2021

Massimiliano Brugnoletti