



### INDICE:

#### APPALTI PUBBLICI

Gare telematiche: ammissibilità dell'offerta anche senza la firma digitale è adesso possibile, *di Adriano Colombari* – p. 2

#### CONCORRENZA

Covid-19 e aiuti di Stato: la Commissione UE approva un secondo emendamento al quadro temporaneo introducendo misure di ricapitalizzazione delle Imprese da parte degli Stati membri precisandone vincoli e condizioni, *di Dario Paschetta e Mariagrazia Berardo* - p. 4

#### CONTRATTUALISTICA

- Covid-19 e forza maggiore nei contratti interni ed internazionali, *di Silvia Bortolotti* - p. 5

- La pandemia come sopravvenienza nei contratti di appalto, *di Massimiliano Molino e Giuseppe Rossi* – p. 7

#### LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

- Decreto Rilancio - Le detrazioni fiscali al 110% (superbonus) e le nuove opzioni per lo sconto in fattura o trasformazione in credito di imposta, *di Alessandra Toncelli* - p. 10

- Covid-19. DL n. 33 del 16 maggio 2020 e DPCM 17 maggio 2020 – Decreti Ripartenza - p. 12

#### PRIVACY

Le risposte del Garante per la Protezione dei Dati Personali alle domande più frequenti dei datori di lavoro sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale Covid-19, *di Lorenzo Conti e Gianna Iannotti* - p. 13

#### RINNOVABILI

Energy e decreto FER 1 - Pubblicati i contratto-tipo del GSE per l'erogazione degli incentivi alle rinnovabili, *di Mila Filomena Crispino* – p. 14

#### SICUREZZA PRODOTTI ED IMPIANTI

Esportare in Cina - Estensione del China Compulsory Certificate (CCC) ai prodotti Ex, *di IMQ International Services Area* - p. 15

#### APPROFONDIMENTO DEL MESE:

La nuova fattispecie di conversione delle imposte differite attive "DTA" introdotta dal Decreto "Cura Italia", *di Riccardo G. Cajola*

**GARE TELEMATICHE: AMMISSIBILITÀ DELL’OFFERTA ANCHE SENZA LA FIRMA DIGITALE È ADESSO POSSIBILE**

Consiglio di Stato, Sez. III 19/03/2020 n. 1963

Ai tempi del Coronavirus, visto che sempre più le procedure telematiche verranno a soppiantare le “vecchie” gare cartacee – non foss’altro per motivi di sicurezza – appare interessante la pronuncia in commento che, per la prima volta, “sana” la carenza della firma sull’offerta di un concorrente grazie alle modalità stesse della sua partecipazione alla gara elettronica.

Prima d’entrare tuttavia nello specifico della sentenza in commento, occorre premettere che il punto di partenza di ogni pronuncia giurisprudenziale in tema di regolarità delle procedure telematiche sia (sempre) la presenza di un “errore”, sia della P.A. appaltante (malfunzionamento del portale ecc.) oppure del singolo partecipante (errato invio dell’offerta telematica ecc.).

Numerose sono le sentenze relative ad esclusioni comminate - ed impugnate - per non avere, le concorrenti, seguito le modalità di partecipazione telematiche, posto peraltro come non sempre sia agevole comprendere a chi attribuire la responsabilità dell’errore occorso tanto è vero che, nell’incertezza, i Giudici amministrativi sempre più sono parsi “costretti” a richiamare il principio generale del *favor participationis*, non riuscendo a dipanare la questione pratica per i difficili profili tecnici che la occupano.

Il caso qui proposto, però, da questo punto di vista sembra *apparentemente* più semplice, atteso che l’errore commesso dal partecipante risulta fin da subito di planare evidenza, avendo lo stesso, nell’ambito di una gara telematica, **del tutto omissa di firmare digitalmente la propria offerta economica**, seppure egli risultasse correttamente iscritto al portale telematico di gara ed avesse marcato temporalmente il file e tempestivamente poi inviato la propria offerta.

La *lex specialis* de qua espressamente prevedeva, seppure con una formulazione infelice ed ambigua, la comminatoria d’esclusione nel caso d’omessa apposizione della firma digitale sull’offerta di gara, di talché il caso in questione, ad un primo avviso, sarebbe parso di facile soluzione ovvero non passibile di differenti interpretazioni; senonché tanto il TAR periferico che il Consiglio di Stato hanno dato invece ragione al concorrente escluso, nonostante (appunto) la conclamata mancata sua apposizione della firma digitale nell’offerta economica.

Vediamo il perché.

**Firma digitale e documento informatico**

Prima tuttavia d’affrontare detta questione sia concessa una breve parentesi in relazione all’importanza degli elementi più comuni che si rinvencono nelle procedure di gare telematiche, ovvero la “firma digitale” e il “documento informatico”.

E’ noto ormai, anche ai meno esperti del settore, che la ‘firma digitale’ altro non è che l’equivalente informatico della tradizionale firma autografa; essa infatti viene associata, mediante un’apposita procedura informatica, al documento elettronico su cui è posta garantendo in tal modo, in relazione a quel determinato documento, integrità, autenticità e non ripudiabilità da parte del soggetto titolare della firma stessa.

La normativa di riferimento è senz’altro il Codice dell’Amministrazione Digitale (c.d. C.A.D., ovvero il D.Lgs 82/2005 e successive modificazioni), da leggersi in combinato disposto con gli artt. 40 e 52 del Codice appalti, il tutto a corredo di una normativa che, sostanzialmente, prevede l’obbligo di tutte le stazioni appaltanti, piccole o grandi che siano, di conformarsi all’utilizzo delle comunicazioni elettroniche in tutte le procedure d’aggiudicazione, mediante piattaforme di *e-procurement* che consentano lo svolgimento di procedure telematiche.

Con riferimento al Codice dell’Amministrazione Digitale si vuole poi citare l’art. 20 comma 1-bis, che recita **“Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l’efficacia prevista dall’articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’AgID ai sensi dell’articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all’autore. In tutti gli altri casi, l’idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immutabilità. La data e l’ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida..”**

Leggendo dunque la norma citata s’evince con chiarezza come l’apposizione della “firma digitale” o di “altra modalità” che consenta di garantire la sicurezza, l’integrità, l’immutabilità e la riconducibilità all’autore siano elementi necessari a qualificare il requisito della forma scritta in capo ad un documento informatico.

Un documento informatico che, con tali caratteristiche, è dunque paragonabile a un qualsiasi documento “cartaceo” che, ai sensi dell’art. 2702 cod. civ. “**fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta...**”.

#### **Il fatto di causa**

Passando dunque ad analizzare brevemente i fatti di causa, come detto il giudice d’appello ha individuato precisamente l’errore in capo al concorrente, espressamente evidenziando in sentenza come “*L’offerta economica della concorrente vittoriosa in primo grado, ed oggi contro interessata, **non è stata firmata digitalmente**, come invece richiesto dal bando di gara a pena di esclusione*”.

Nessun dubbio, quindi, che si trattasse di un’omissione, non solo foriera d’esclusione, ma nemmeno di remissione in termini non potendosi applicare l’istituto del soccorso istruttorio.

Le altre concorrenti, che ovviamente osteggiavano la riammissione della concorrente alla gara, lamentavano il fatto che la sottoscrizione “digitale” dell’offerta risultasse, contrariamente da quanto sostenuto dal TAR in primo grado, del tutto essenziale nelle gare pubbliche, sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell’atto e colui che lo aveva sottoscritto, sia perché quest’ultimo, attraverso la firma (invece assente), faceva sostanzialmente proprio il contenuto del documento informatico.

Secondo l’appellante, invece, il TAR avrebbe trascurato di considerare la reale portata della firma digitale nel processo telematico di selezione delle concorrenti e che tale obbligo, nella sostanza, avrebbe potuto essere sostituito da altri e differenti passaggi, ovvero l’accredito al portale tramite “account” ed il successivo “upload” dell’offerta.

La supposta equivalenza di tali passaggi rispetto alla necessaria firma digitale sul documento non si rinveniva, tuttavia, dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara, che diversamente prevedevano l’esclusione della concorrente nel caso d’omessa apposizione della firma.

#### **La decisione del Collegio**

Hanno ritenuto i supremi Giudici che l’offerta poteva ritenersi ragionevolmente, ancorché erroneamente, firmata digitalmente per il tramite di **strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale nella modalità di rito.**

In pratica, seppure non firmato digitalmente il documento informatico, il fatto che lo stesso fosse **integro, inviolabile e di provenienza certa** poteva dirsi provato da altri elementi.

A sostegno di ciò si rinvenivano i passaggi eseguiti dalla concorrente in fase di partecipazione alla procedura, ripresi dal Consiglio di Stato a fondamento del proprio ragionamento:

1. l’impresa si era **accreditata sul portale di gara**, designando il proprio Legale Rappresentante, il quale aveva firmato digitalmente tale passaggio;
2. il medesimo Legale Rappresentante, qualificandosi con l’accredito ricevuto, aveva poi **caricato il modulo dell’offerta economica**, compilandolo e restituendolo **corredato dalla marca elettronica** acquistata dal fornitore “Infocert” (marca che solo il L.R. poteva utilizzare e che a lui era associata sulla base della sua propria firma digitale);
3. quindi l’offerta economica, essendo munita di quella specifica marcatura elettronica, non solo era “*inviolabile, integra e certa quanto a provenienza..*” ma anche, ed univocamente, associata alla manifestazione di volontà del Legale Rappresentante di detta concorrente;
4. peraltro la clausola di gara che prevedeva l’esclusione nel caso d’omissione di firma risultava impugnata in quanto mal formulata, laddove disponeva l’esclusione delle offerte “*..non firmate digitalmente e/o non munite di marca temporale..*” salvo poi chiarire che la firma digitale non potesse comunque bastare e che la provenienza da **soggetto non accreditato**, nonché la **mancanza della marcatura**, avrebbero in ogni caso comportato l’esclusione, senza nulla invece aggiungere quanto alla firma digitale;
5. infine era previsto dal Sistema che, quando veniva depositata l’offerta economica (pur priva d’espressa firma digitale,) lo stesso generava una PEC di risposta, a conferma che l’offerta era stata regolarmente caricata; se il sistema dunque non avesse permesso l’invio in assenza di firma digitale, il concorrente avrebbe potuto avere contezza dell’errore e rimediarsi, atteso che l’invio era stato oltremodo tempestivo.

Per tutti questi motivi quindi l’offerta del concorrente, ancorché non firmata digitalmente, ben poteva/doveva essere legittimamente ammessa alla procedura telematica.

La sentenza in commento appare dunque un precedente di notevole interesse, che tuttavia non deve far pensare come, da questo momento in poi, sia sempre lecito (e

non foriero di conseguenze) presentare un'offerta priva della necessaria firma digitale.

Tuttavia, in presenza di molteplici passaggi, tutti certificati dai Sistemi informatici (e successivamente provabili in giudizio), appare di conseguenza possibile ricondurre un documento (di partecipazione e/o d'offerta) ad un unico specifico concorrente, ragion per cui questa pronuncia rappresenta sicuramente un precedente di grande interesse ed apre la strada a linee difensive interessanti.

Avv. Adriano Colombari  
Studio Legale Stefanelli

## CONCORRENZA

### COVID – 19 E AIUTI DI STATO: LA COMMISSIONE UE APPROVA UN SECONDO EMENDAMENTO AL QUADRO TEMPORANEO INTRODUCENDO MISURE DI RICAPITALIZZAZIONE DELLE IMPRESE DA PARTE DEGLI STATI MEMBRI PRECISANDONE VINCOLI E CONDIZIONI

Con comunicazione dell'8 maggio u.s., la Commissione europea (“**Commissione**”) ha approvato un secondo emendamento al quadro temporaneo sugli aiuti di Stato, adottato lo scorso 19 marzo (“*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*”; in Telex Anie 2020, marzo p. 2 ss. il relativo commento), ampliando ulteriormente il novero delle misure a cui gli Stati membri potranno ricorrere per far fronte alle gravi conseguenze economiche derivanti dall'emergenza sanitaria da COVID-19 e dalle misure restrittive (prima tra tutte il *lock-down*) che sono state adottate per cercare di limitare la diffusione del virus.

In particolare, facendo seguito al primo emendamento del 4 aprile u.s. (in Telex Anie, aprile 2020, pp. 5 ss. il relativo commento), con la comunicazione dell'8 maggio la Commissione ha introdotto **due ulteriori misure**: (i) **aiuti alla ricapitalizzazione** a favore di imprese non finanziarie, erogabili sia come misure di sostegno individuali che come regimi/programmi di sostegno, sotto forma di strumenti di capitale (es. emissione di nuove azioni, ordinarie o privilegiate) e/o strumenti ibridi di capitale (es. diritti di partecipazione agli utili, obbligazioni convertibili garantite o meno); (ii) **aiuti sotto forma di debito subordinato**, fornito a tassi di interesse agevolato, non convertibile in capitale fino a quando l'impresa beneficiaria è in attività e subordinato ai crediti ordinari di primo grado in caso di procedure concorsuali.

Consapevole dei rischi per la concorrenza e gli equilibri del mercato unico che potrebbero derivare dall'applicazione di queste ulteriori misure, specie in questo particolare periodo di vulnerabilità economica, la Commissione ha precisato a quali **vincoli e condizioni è possibile procedere ad interventi di ricapitalizzazione** statale e/o di finanziamento in forma di debito subordinato fornito per importi superiori a determinate soglie (pari al superamento di entrambi i seguenti massimali: per le grandi imprese 2/3 della spesa salariale e l'8,4% del fatturato complessivo dell'esercizio 2019; per le PMI l'importo della spesa salariale annua ed il 12,5% del fatturato complessivo dell'esercizio 2019).

Tali condizioni e vincoli riguardano:

(a) **l'ammissibilità e l'accesso agli aiuti**: le misure potranno essere adottate solo a favore di imprese entrate in difficoltà a seguito ed a causa della diffusione dell'emergenza sanitaria, che ne facciano richiesta scritta. Sono pertanto espressamente escluse tutte quelle imprese che versavano già in stato di crisi al 31 dicembre 2019, prima dell'emergenza sanitaria derivante dal COVID-19. L'adozione degli interventi di ricapitalizzazione da parte degli Stati membri tuttavia fungerà come “ultima opzione” in quanto sarà ammissibile solo ove non si possa ricorrere a misure alternative adeguate e se tale adozione risponda ad un interesse comune, ossia sia giustificata dalla necessità di evitare le difficoltà economiche e sociali (quali, ad esempio, l'uscita dal mercato di imprese innovative e/o di importanza sistemica, l'aumento della disoccupazione a causa della perdita significativa di posti di lavoro e così via), che potrebbero derivare dal fallimento di imprese che, non avendo la possibilità di accedere ad altre forme di finanziamento, non sarebbero più in grado di proseguire la propria attività, in assenza dell'intervento di ricapitalizzazione statale;

(b) **l'entità dell'intervento**: l'importo delle misure adottate dovrà essere proporzionato alla situazione di crisi in cui si trova l'impresa beneficiaria (tenendo conto di eventuali aiuti di Stato già erogati e/o previsti) e tale da consentire la redditività di quest'ultima, senza invece mai spingersi al punto di ripristinare la situazione patrimoniale che la stessa aveva prima della pandemia da COVID-19;

(c) **l'adeguata remunerazione dello Stato per i rischi assunti**: tale remunerazione dovrà essere congrua all'investimento ed auspicabilmente il più possibile a condizioni di mercato, in modo da incentivare il graduale rimborso delle misure statali da parte delle imprese beneficiarie e/o degli altri azionisti, riducendo