

NEWSLETTER N. 16/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

- **ANAC – CONS. STATO – Protocollo d'intesa: condivisione dei dati in possesso dell'ANAC sugli appalti pubblici per supportare l'attività istituzionale del Consiglio di Stato.**

È stato sottoscritto a Palazzo Spada, dal presidente dell'ANAC Giuseppe Busia e dal presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, il protocollo d'intesa triennale che consentirà lo scambio di tutte le informazioni contenute nella Banca Dati nazionale dei Contratti pubblici gestita dall'ANAC.

Con il protocollo, le parti intendono regolare il trasferimento di dati dall'ANAC al Consiglio di Stato, al fine di assicurare la condivisione, l'integrazione e la circolarità del patrimonio informativo e dei dati sugli appalti pubblici, per garantire accessibilità unificata, reciproca collaborazione, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara, in tutte le loro fasi. Tali informazioni verranno utilizzate dalle parti ai soli fini delle proprie attività istituzionali.

Qui il [link](#) per la consultazione del Protocollo.

- **ANCE – Comunicato Stampa – “I rincari eccezionali rischiano di frenare gli interventi in corso e quelli previsti dal Recovery Plan”.**

Lo straordinario rincaro dei prezzi dei materiali preoccupa il Presidente Gabriele Buia, poiché la problematica in questione sta mettendo a rischio i cantieri in corso e sta riducendo i margini di guadagno delle imprese affidatarie di appalti pubblici e privati già compromessi da una crisi decennale.

Ma non solo, come rappresenta l'ANCE, “questi rincari eccezionali rischiano di frenare gli interventi già in corso e quelli previsti dal Recovery Plan, qualora non si intervenga tempestivamente”.

Qui il [link](#) per la consultazione del comunicato.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

- **CORTE DI GIUST. U.E., SEZ. IX, 3 GIUGNO 2021, C-210/20 – Principio di proporzionalità: deve essere consentita la sostituzione dell'impresa ausiliaria che ha reso dichiarazioni non veritiere in sede di gara.**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ritenuto incompatibile con il diritto euro-unitario una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica del concorrente qualora l'impresa ausiliaria - di cui quest'ultimo si sia avvalso - abbia reso dichiarazioni

non veritiere (nella specie, una sentenza di applicazione della pena su richiesta passata in giudicato), senza consentire la sostituzione della stessa impresa ausiliaria.

Più precisamente, la CGUE ha enunciato il seguente principio di diritto: «L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto».

➤ **CORTE COST., 27 MAGGIO 2021, n. 109** – *Costituzionalmente legittima la limitazione delle riserve al 20% in ambito di accordo bonario.*

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 109 del 27.5.2021, ha ritenuto che l'art. 240-bis, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, nella parte in cui prevede che in ambito di accordo bonario l'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale, non contrasta con gli artt. 3, 24, 41, 97 Cost., poiché "entro tale soglia dell'importo contrattuale, qualunque pretesa dell'appaltatore può essere riconosciuta, in via bonaria o previo accertamento giudiziale, mentre oltre tale limite legale è, viceversa, certamente inibito accedere all'accordo bonario, ma non risultano precluse azioni giudiziarie, piuttosto venendo lievemente potenziato il rischio contrattuale."

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 27 MAGGIO 2021, n. 8** – *Ruolo del commissario ad acta in caso di permanenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione.*

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata sui quesiti ad essa sottoposti dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato circa il rapporto intercorrente tra il commissario *ad acta* e l'amministrazione soccombente. A tal proposito, ha in primo luogo chiarito che "il commissario *ad acta* è solo ed esclusivamente ausiliario del giudice" (non anche organo straordinario dell'amministrazione) in quanto i poteri da esso esercitati, diversamente da quelli dell'amministrazione, trovano il proprio fondamento genetico nella sentenza.

Ciò premesso, a seguito di un elaborato ragionamento, l'Adunanza Plenaria ha formulato i seguenti principi di diritto:

"a) gli atti emanati dall'Amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non possono essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario medesimo. Tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-septies, l. n.

241/1990), ovvero annullati perché ritenuti illegittimi all'esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità;

b) il commissario ad acta nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l'Amministrazione non abbia eventualmente provveduto. Qualora persista il dubbio del commissario in ordine all'esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell'art. 114, co. 7 c.p.a.;

c) gli atti emanati dal commissario ad acta, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall'Amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela. Qualora l'Amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell'art. 117, co. 4, c.p.a.;

d) qualora il commissario ad acta adotti atti dopo che l'Amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio. Allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto".

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 1° GIUGNO 2021, n. 4201 – Dies a quo da cui decorre Il termine di esclusione di una precedente risoluzione contrattuale per inadempimento.**

Il Consiglio di Stato ha fornito indicazioni in merito al termine da cui decorre l'esclusione triennale di un operatore economico dalle procedure di gara, a seguito di una precedente risoluzione contrattuale per inadempimento.

Nel caso di specie un concorrente, escluso da una procedura di gara all'esito della consultazione del Casellario informatico dell'ANAC, dalla quale risultava una precedente risoluzione di un contratto pubblico per grave inadempimento, contestava l'erroneità del *dies a quo* preso a riferimento.

In merito, il Consiglio di Stato ha in primo luogo ricordato come il comma 10 dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici sia stato introdotto dal d. l. n. 32/2019 (c.d. Sblocca cantieri) proprio al fine di delimitare il periodo di esclusione di un operatore economico, a causa di precedenti avvenimenti pregiudizievoli.

Pertanto, coerentemente con l'interpretazione del dettato normativo fornita dalla giurisprudenza, nel "caso del provvedimento di risoluzione, il triennio decorrerà dal momento dell'adozione del provvedimento di risoluzione, ovvero, se contestato in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha definito la causa".

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 31 MAGGIO 2021, n. 4150** – *Subappalto: profili di compatibilità con il diritto eurounitario.*

La pronuncia trae origine dall'esclusione disposta da una Stazione appaltante nei confronti del concorrente primo classificato, in quanto la composizione del "gruppo di lavoro" proposto (costituito da 10 addetti, di cui 5 impiegati con contratto libero professionale, tra cui il direttore tecnico, e 5 con contratto di lavoro subordinato) risultava incompatibile con l'allegato tecnico del capitolato d'oneri.

Segnatamente, la Stazione appaltante aveva ritenuto l'offerta in contrasto con la disciplina di cui all'art. 105, comma 3, lett. a), del Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016), a tenore del quale i lavoratori autonomi non possano essere impiegati nell'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, salvo lo svolgimento di attività accessorie o strumentali.

La società aveva quindi impugnato il provvedimento di esclusione al TAR Lazio, il quale, sull'assunto che l'impiego di lavoratori autonomi nelle attività oggetto dell'appalto si configurasse come subappalto, aveva ritenuto superata la soglia massima del 30% dell'importo complessivo del contratto fissata dall'art. 105 del Codice dei contratti pubblici, per l'effetto rigettando il ricorso.

Orbene, il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza di *prime cure*, ha ritenuto illegittima l'esclusione dell'operatore economico concorrente, in ragione della necessità di disapplicare – alla luce dei recenti arresti della Corte di Giustizia – il limite quantitativo del subappalto.

In particolare, il Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di dover dare *"continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento eurounitario, come affermato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, e 27 novembre 2019, C-402/18 (in termini cfr. Cons. St., Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»; da ultimo, nello stesso senso, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101).*

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 31 MAGGIO 2021, n. 4150** – *Contratto di lavoro autonomo e distinzione con il subappalto.*

I giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati a pronunciarsi circa la legittimità della pronuncia del giudice di *prime cure*, il quale aveva ritenuto che i rapporti di lavoro autonomo posti in essere dall'offerente fossero da considerare come subappalto, con applicazione della relativa disciplina. Posto che il subappalto ha come presupposto che l'appaltatore si privi dell'esecuzione di parte delle attività affidategli, investendo di

queste soggetti imprenditoriali che eseguiranno tali attività con propria organizzazione e propri mezzi, assumendosi il relativo rischio, il contratto di lavoro autonomo - al pari del subappalto - opera nel rapporto "interno" all'organizzazione affidataria dell'esecuzione: tuttavia, le prestazioni dei contratti di lavoro autonomo sono rivolte a favore dell'affidatario del contratto di appalto e non invece a favore del soggetto pubblico.

L'art. 105, comma 3, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, secondo cui «non si configurano come attività affidate in subappalto [...] l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante» non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto, posto che la disposizione muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e con l'Amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto. Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto.

➤ **PRESIDENTE CONS. STATO, DECRETO, 24 MAGGIO 2021, n. 160 – Rimessione all'Adunanza Plenaria: Proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative.**

Il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla doverosità, o meno, della disapplicazione da parte dello Stato, in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedono proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

In particolare, le questioni rimesse sono le seguenti:

"1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali (art. 1, comma 683, l. n. 145 del 2018) o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-excusing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa

dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria."

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 24 MAGGIO 2021, n. 3996** – *Indicazione degli oneri di sicurezza nell'ambito di una procedura per l'affidamento di impianti.*

Nel caso di specie, l'impresa aggiudicataria della gara aveva indicato, nella propria offerta economica, oneri aziendali per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro pari a zero. La società seconda classificata aveva, dunque, impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR della Puglia, il quale aveva rigettato il ricorso, ritenendo l'esclusione sproporzionata, in considerazione del fatto che l'aggiudicataria aveva dedotto di "destinare ogni anno ingenti risorse in oneri per la sicurezza".

Il Consiglio di Stato, invece, ha accolto il ricorso in appello, ritendendo che l'indicazione di costi di sicurezza pari a zero costituisca una legittima causa di esclusione in via automatica dalla gara.

Il Collegio ha, infatti, ricordato che l'art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016 pone a carico dell'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici l'obbligo di "indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera" e l'art. 97, comma 5, lett. c, prevede l'esclusione del concorrente nel caso di incongruità degli "oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture".

Inoltre, anche l'art. 17 del disciplinare di gara, predisposto dalla Stazione appaltante, conteneva l'espressa richiesta agli operatori economici di fornire nell'offerta "la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice" con la precisazione che tali costi "connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto".

Ebbene, ha evidenziato il Consiglio di Stato, l'indicazione di un valore pari a zero per gli oneri aziendali per la sicurezza è del tutto equivalente alla mancata indicazione della voce di costo in questione (il che trova conferma nel fatto che, nelle difese svolte in primo grado, l'aggiudicataria aveva anche stimato l'entità di tali oneri) e costituisce, dunque, una violazione dell'obbligo dichiarativo imperativamente previsto dalla legge e anche dalla *lex specialis*. D'altronde, ha proseguito il Consiglio di Stato, tale indicazione

impedisce chiaramente alla Stazione appaltante di svolgere la valutazione di congruità di cui all'art. 97, comma 5, lett. c del Codice dei contratti pubblici. La Stazione appaltante, dunque, avrebbe dovuto escludere l'impresa aggiudicataria.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 18 MAGGIO 2021, n. 3847** – *La sostituzione di un membro della commissione nel corso delle sedute di valutazione non comporta l'integrale rinnovazione delle operazioni di gara.*

Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato, pronunciandosi sulla censura dell'appellante che assumeva la violazione del principio della immutabilità del seggio di gara, si è espresso sulla questione – oggetto in passato di dibattito giurisprudenziale – della sostituibilità o meno dei membri della Commissione giudicatrice e degli effetti che tale sostituzione comporta sulle operazioni valutative già espletate.

Il Collegio, attestandosi sull'orientamento già espresso (Cons. St., Sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830) afferma che *“non esiste nel nostro ordinamento un principio assoluto di unicità od immutabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni”*; aggiungendo – ai fini che rilevavano nel caso di specie – che la sostituzione *in itinere* di un membro non comporta l'integrale travolgimento delle operazioni valutative svolte dalla Commissione, *“ben potendo il nuovo componente fare proprie le valutazioni delle offerte già esaminate dalla Commissione nella precedente composizione e procedere nella disamina delle offerte non ancora valutate e nell'assegnazione dei punteggi finali.”*

In collaborazione con gli Studi Legali
Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa