

NEWSLETTER N. 6/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ ***ANAC – Consultazione su Linee guida affidamenti “in – house”.***

L’ANAC ha deliberato l’adozione delle Linee guida recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*» al fine di fornire indicazioni utili alle Stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dalla disposizione richiamata nel caso di affidamento diretto in regime di “*in house providing*”.

La disposizione prevede, infatti, un onere motivazionale aggravato che presuppone lo svolgimento di un’indagine comparativa volta a dimostrare la convenienza economica e sociale dell’affidamento diretto rispetto al ricorso al mercato. Lo scopo, quindi, è quello di fornire indicazioni pratiche per orientare l’azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, favorendo la diffusione di *best-practice*. Le Linee Guida saranno adottate, all’esito della consultazione pubblica, ai sensi dell’articolo 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

Gli *Stakeholder* potranno far pervenire le loro osservazioni mediante utilizzo del modulo presente sul sito dell’Autorità entro il giorno 31 marzo 2021 alle ore 24.00.

Qui il [link](#) per la consultazione delle Linee guida.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ ***CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I, 2 MARZO 2021, n. 5664 – La cessione da parte di una società a totale partecipazione pubblica di un credito a terzi non richiede l’espletamento di una procedura ad evidenza pubblica***

Secondo la Suprema Corte la cessione di un credito effettuato dall’aggiudicatario di un appalto di servizi (nello specifico si trattava di una società a totale partecipazione pubblica) a favore di un terzo soggetto non richiede l’espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

I precedenti gradi di giudizio avevano ricondotto le cessioni di credito all’interno delle fattispecie contrattuali aventi ad oggetto servizi finanziari di tipo oneroso, dal che sarebbe dipesa l’applicazione delle disposizioni previste dall’art. 19, comma 1, lett. d) del previgente Codice degli appalti pubblici. Pertanto, la società cedente, in quanto “organismo di diritto pubblico”, avrebbe dovuto selezionare il cessionario di credito attraverso un’apposita procedura ad evidenza pubblica oppure una procedura competitiva ai sensi dell’art. 27 del Codice.

La Cassazione ha chiarito come risulti *“arduo sostenere che una singola cessione onerosa, non inserita in un’attività di servizio più ampia a beneficio dell’organismo di diritto pubblico, possa rientrare tra i “servizi bancari e finanziari” cui fa riferimento l’Allegato II A) richiamato dal D. Lgs. n. 163 del 2006, art. 20, comma 2 (e art. 3, comma 10)”*.

Pertanto, *“non rientrando la predetta cessione né tra i “servizi bancari e finanziari” di cui all’allegato II A), richiamato dall’art. 20, comma 2 e art. 3, comma 10, del codice degli appalti del 2006 (D. lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163), né tra i “servizi esclusi” cui si applicano i principi concorrenziali derivanti dai trattati Europei, ai sensi dell’art. 27 del medesimo codice (applicabile razione temporis)”*, ai fini del suo espletamento, non sarà necessario attivare una procedura ad evidenza pubblica.

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 18 MARZO 2021, n. 4 – Accesso difensivo e istanza generica. Bilanciamento tra accesso difensivo e tutela alla riservatezza del controinteressato.**

L’Adunanza Plenaria ha statuito che, ai sensi dell’art. 25, L. n. 241/1990, le finalità dell’accesso difensivo devono essere dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell’istanza di ostensione e suffragate con idonea documentazione (in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti di prova), in modo da permettere all’Amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione “finale” controversa, che deve emergere dalla motivazione dell’atto.

Un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, anche se riferite a un processo pendente o instaurando, non è dunque sufficiente.

Tuttavia, l’Amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito ex art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna valutazione *ex ante* circa l’ammissibilità, sull’influenza o sulla decisività del documento richiesto, poiché un simile apprezzamento compete solo all’autorità giudiziaria investita della questione. Inoltre, in riferimento al bilanciamento tra l’interesse all’accesso difensivo dell’istante e la tutela alla riservatezza del controinteressato, non trova applicazione né il criterio di “stretta indispensabilità” (riferito ai dati sensibili e giudiziari), né il criterio della “indispensabilità” e della “parità del rango” (riferiti ai dati cc.dd. “supersensibili”), ma il criterio della “necessità ai fini della cura” e della “difesa” di un proprio interesse giuridico, ritenuti prevalenti rispetto alla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro dei presupposti generali dell’accesso documentale difensivo.

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 18 MARZO 2021, n. 5 – Sostituzione dell’impresa consorziata non designata ai lavori a causa della perdita dei requisiti di qualificazione in una gara**

L'Adunanza Plenaria ha sancito la sostituibilità, su ordine della stazione appaltante, di un'impresa consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori durante la gara, nell'eventualità in cui essa perda i propri requisiti di qualificazione, al pari di quanto avviene per l'impresa ausiliaria nell'avvalimento ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

Rilevato che solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante, mentre le consorziate non designate ai lavori sono tenute a conferire unicamente i requisiti, senza alcuna assunzione di responsabilità, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che il rapporto tra consorzio stabile e consorziata non chiamata ai lavori può definirsi quale avvalimento peculiare, la cui specialità si concretizza nella totale assenza di responsabilità dell'impresa ausiliaria verso il committente. Da ciò l'affermata applicazione in via analogica alla fattispecie in esame dell'art. 89, comma 3 del Codice dei contratti pubblici.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 11 MARZO 2021, n. 2093** – *Impugnazione dell'operatore non partecipante alla gara a causa dell'incertezza del bando*

Il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente la legittimazione e l'interesse all'impugnativa di chi non abbia partecipato alla gara a causa dell'incertezza del bando, tale da non poter consentire di formulare un'offerta consapevole. La pronuncia si basa su un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, nonostante l'esito di una procedura di gara sia impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato, è possibile impugnare direttamente le clausole del bando assumendone l'immediato carattere escludente, senza aver partecipato: in tale ipotesi, infatti, la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 10 MARZO 2021, n. 2050** – *Accesso documentale agli atti di gara dell'operatore concorrente relativamente alla fase esecutiva del contratto*

Il Collegio è stato chiamato a valutare l'ammissibilità dell'accesso documentale, relativamente alla fase esecutiva successiva alla stipula del contratto, richiesto dall'operatore economico concorrente che, pur non avendo impugnato gli esiti della gara, intendeva rivendicare l'interesse alla verifica di potenziali condizioni di risoluzione del vincolo negoziale, idonee a legittimare l'eventuale rinnovo della procedura. Il Collegio ha stabilito che:

◇ a fronte di una istanza che non richiami in modo circostanziato l'accesso documentale o l'accesso civico generalizzato e, in particolare, ove il privato non abbia

espressamente fondato la propria istanza su una o sull'altra disciplina, la Pubblica Amministrazione – e conseguentemente il giudice in sede di successiva tutela – ha il potere/dovere di vagliare l'eventuale sussistenza in capo al privato dei presupposti di entrambe le forme di accesso, a condizione che gli stessi siano stati entrambi sostanzialmente rappresentati nell'istanza;

◇ gli operatori economici concorrenti alla gara sono legittimati – laddove titolari di un interesse concreto, attuale e diretto *ex art. 22 della L. 241/1990* - ad accedere agli atti della fase di esecuzione del contratto, in ragione della permanenza in tale fase di una rilevanza pubblicistica, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché l'istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

◇ la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti previsti dall'art. 53 D. Lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici, in quanto detto accesso rappresenta un diritto fondamentale che, alla luce del mutato rapporto fra cittadini e potere, concorre, da un lato, al soddisfacimento dei diritti e degli interessi dei privati e, dall'altro, al buon andamento della Pubblica amministrazione

Facendo applicazione dei principi sopra esposti, la Quinta Sezione ha osservato che la domanda ostensiva *de executivis* deve ritenersi, in via di principio, ammissibile *“alla condizione che non fondi sulla mera allegazione (in termini eventuali, puramente ipotetici o dubitativi, che renderebbero, come tali, inammissibilmente astratto e meramente potenziale l'interesse acquisitivo e, correlativamente, esplorativa, quando non addirittura emulativa, l'istanza) della semplice eventualità di una futura riedizione della gara, ma si accompagni alla specifica, concreta e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le chances di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale”*.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 1° MARZO 2021, n. 1700 – Modalità telematica di svolgimento della gara e rispetto del principio di trasparenza**

Il Consiglio di Stato ha chiarito che modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica.

Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, con riferimento all'apertura sia delle offerte tecniche che delle offerte economiche, in considerazione della maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti.

➤ **TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. I, 16 MARZO 2021, n. 875** – *Giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie per risarcimento del danno per violazione dei principi di correttezza comportamentale*

Nella sentenza in esame, i giudici del TAR Palermo, distaccandosi dal precedente orientamento delle S.U. della Cassazione nell'ordinanza n. 32365 del 2018, hanno affermato che, nelle fattispecie di risarcimento del danno per violazione dei principi di correttezza comportamentale, l'agire amministrativo va valutato complessivamente. Sia nella fase dell'adozione di un atto illegittimo, sia nella successiva decisione legittima di annullarlo in autotutela, il potere è di tipo pubblicistico e si traduce nell'adozione di provvedimenti amministrativi di primo e secondo grado, a fronte del quale si configurano interessi legittimi.

Diversamente dalle Sezioni Unite, il Collegio, pertanto, ha ritenuto che la sussistenza dell'esercizio di un vero e proprio potere pubblicistico, a fronte del quale si configurano interessi legittimi, non è intaccata dall'insorgenza di un affidamento del privato sulla stabilità degli effetti, affidamento che, pertanto, non è idoneo a spostare la vicenda sul piano privatistico dei diritti soggettivi e a radicare la giurisdizione ordinaria.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 12 MARZO 2021, n. 3063** – *Responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*

Il TAR ha affermato che sussiste una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione aggiudicatrice nelle ipotesi in cui ometta di comunicare al concorrente l'avvenuta impugnazione e l'annullamento della gara, ciò comportando l'impossibilità di prendere conoscenza delle conseguenti censure che potrebbero comportarne l'annullamento.

Fra i doveri dell'Amministrazione rientra infatti anche quello di *“fornire ogni notizia rilevante, conosciuta o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della conduzione delle trattative o della stipulazione del contratto”*. E' stato quindi chiarito che *“nella responsabilità pre-contrattuale il pregiudizio risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal negozio non concluso, ma al c. d. interesse negativo quale interesse a non subire le conseguenze negative derivanti dalle scelte compiute per la fiducia mal riposta, che può venire in rilievo sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante, quest'ultimo*

a sua volta distinto in danno da perdita di altre occasioni alternative favorevoli andate sfumate oppure, in caso di contratto valido non conveniente, quale danno differenziale”.

➤ **TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. II, 8 MARZO 2021, n. 1529 – I criteri ambientali minimi non costituiscono requisiti di partecipazione né di esecuzione**

I criteri ambientali minimi non possono essere qualificati, né come requisiti di partecipazione, né come requisiti di esecuzione: *in primis*, non sono requisiti di partecipazione dal momento che questi afferiscono al concorrente sia in quanto operatore economico (c.d. “requisiti generali”) sia in quanto imprenditore del settore (c.d. “requisiti speciali”); *in secundis*, non sono requisiti di esecuzione in quanto quest’ultimi devono intendersi quali condizioni soggettive ed oggettive dell’appaltatore e sono previsti al fine di assicurare il puntuale adempimento di tutte le obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta la gara.

I criteri ambientali, laddove lo imponga la peculiarità della fornitura in appalto, costituiscono elementi essenziali dell’offerta, ossia caratteristiche qualitative che la norma impone debbano essere possedute dalle cose oggetto di fornitura.

Pertanto, l’aggiudicazione dell’appalto è illegittima laddove la stazione appaltante ometta di verificare l’osservanza dei criteri ambientali minimi relativamente ai beni che hanno costituito oggetto dell’offerta.

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