

NEWSLETTER N. 14/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



D.P.C.M. 14 FEBBRAIO 2022 “APPROVAZIONE DELLE LINEE GUIDA PER LA PROCEDURA DI VERIFICA DELL'INTERESSE ARCHEOLOGICO E INDIVIDUAZIONE DI PROCEDIMENTI SEMPLIFICATI” (GU SERIE GENERALE N.88 DEL 14-04-2022)

Oggetto di pubblicazione in G.U. Serie Generale è il D.P.C.M. 14 febbraio 2022 che approva le **Linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico e individuazione di procedimenti semplificati** (allegato 1 al D.P.C.M.)

La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si applica a tutti i progetti di opere pubbliche o di interesse pubblico disciplinati dal D. Lgs. n. 50/2016, compresi i lavori afferenti ai settori speciali di cui all'art. 3, comma 3, lettera hh), del predetto decreto, qualora sulla base delle indagini di cui all'art. 25, comma 1, del medesimo decreto possa presumersi un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione. Sono esclusi gli interventi che non comportano nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle impegnate dai manufatti esistenti, mutamenti nell'aspetto esteriore o nello stato dei luoghi oppure movimentazioni di terreno.

L'articolo 6 del D.P.C.M. disciplina i “Procedimenti semplificati” per i progetti di opere puntuali il cui importo dei lavori posti a base d'asta, al netto dell'IVA, sia inferiore a 50.000 euro, stabilendo che per gli stessi non è richiesta la redazione della documentazione archeologica di cui all'art. 25, comma 1, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e il soprintendente può prescrivere l'assistenza archeologica in corso d'opera. Se il soprintendente richiede comunque l'avvio della procedura ai sensi dell'art. 25, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016, i termini sono ridotti di un quarto.



ANAC – DELIBERA N. 146 DEL 30 MARZO 2022 – SULLA SOPRAVVIVENIENZA DI UNA INDAGINE PENALE PER CORRUZIONE E CONSEGUENTE ONERE DI RIVALUTAZIONE DEI REQUISITO IN CORSO DI GARA.

L'ANAC, con Delibera n. 146/2022 ha affermato che il principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità impone una valutazione

effettiva, in concreto ed esplicita (da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico coinvolto) dei fatti, anche sopravvenuti in corso di gara, astrattamente integranti un grave illecito professionale, tra cui vi rientra anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria.

La discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nella valutazione dei gravi illeciti professionali non riguarda l'*an* (cioè la scelta se valutare o meno i requisiti di affidabilità professionale dell'aggiudicatario), ma il *quid* (cioè il contenuto finale che può avere il provvedimento conclusivo del processo valutativo). Pertanto, pur trattandosi di una valutazione di estrema delicatezza rimessa al suo attento vaglio, la stazione appaltante non può omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria, in presenza di indagini penali e di misure cautelari per reati gravi.

Secondo l'Autorità inoltre, nel caso specifico, l'o.e. aveva l'obbligo di informare la stazione appaltante circa le indagini penali sopravvenute in corso di gara perché queste riguardavano reati di corruzione nell'ambito di un'altra gara di appalto.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONS. STATO, ADUNANZA PLENARIA, 14 APRILE 2022, N. 5 – Profili di incompatibilità nella gestione di farmacia da parte di società composta da sanitari

La nozione di "esercizio della professione medica", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, l. n. 362 del 1991, postula un'interpretazione funzionale ad assicurare il fine di prevenire qualunque potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra questa attività e quella di dispensazione dei farmaci, in primo luogo a tutela della salute; in tal senso deve ritenersi applicabile la situazione di incompatibilità in questione anche ad una casa di cura, società di capitali e quindi persona giuridica, che abbia una partecipazione in una società, sempre di capitali, titolare di farmacia; una società concorre nella "gestione della farmacia", per il tramite della società titolare cui partecipa come socio, qualora, per le caratteristiche quantitative e qualitative di detta partecipazione sociale, siano riscontrabili i presupposti di un controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., sul quale poter fondare la presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c..

CORTE COSTITUZIONALE, 11 APRILE 2022 N. 91- Sulle ragioni che vietano il ricorso all'avvalimento nel settore dei beni culturali e sul perché tale divieto, sancito dall'art. 146, co. 3 del Codice dei Contratti pubblici, non possa essere esteso in via analogica al subappalto.

La Consulta ha confermato la legittimità costituzionale dell'art. 105 del Codice dei Contratti pubblici e, quindi, la possibilità per l'operatore economico di ricorrere al subappalto anche nel settore dei beni culturali (sia per sopperire alla mancanza di idonea qualificazione nella singola categoria, sia per scelta imprenditoriale), sul presupposto che l'avvalimento – a differenza del subappalto – non fornisce adeguate garanzie in ordine al fatto che le lavorazioni sui beni sottoposti a tutela siano effettivamente eseguite da soggetti qualificati (come peraltro espressamente richiesto dall'art. 148 del Codice dei Contratti pubblici), nonostante la possibilità di individuare puntualmente nel relativo contratto le risorse e mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria.

Evocati i principali tratti normativi dell'avvalimento, ai quali si lega la *ratio* della disposizione che vieta il ricorso a tale istituto nel settore dei beni culturali, non si rinviene, nella disciplina relativa al subappalto, una analoga motivazione idonea a supportare la similitudine con l'art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici e, di riflesso, a palesare una irragionevole disparità di trattamento.

Il subappalto si connota per una disciplina, che garantisce la tutela dei beni culturali, ove siano oggetto del contratto. È quanto si inferisce da due aspetti della regolamentazione del subappalto che lo distinguono dall'avvalimento. Innanzitutto, il subappalto, quando non sia affidato all'ausiliario e, dunque, non risulti abbinato all'istituto dell'avvalimento, presuppone che l'impresa abbia i requisiti per partecipare alla gara.

Solo nel caso delle categorie a qualificazione non obbligatoria l'aggiudicatario può eseguire anche in proprio le relative lavorazioni, sfruttando l'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente (art. 12, comma 2, lettera a, del d.l. n. 47 del 2014, come convertito). Viceversa, per le categorie a qualificazione obbligatoria l'ordinamento impone che l'esecutore dei lavori abbia tale specifica qualificazione. Di conseguenza, il concorrente, pur se dotato dei requisiti prescritti ai fini della partecipazione alla gara – grazie all'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente – non può, tuttavia, eseguire le lavorazioni inerenti alle categorie a qualificazione obbligatoria, sicché si rende necessario il ricorso al subappalto. Al contrario, nel caso dell'avvalimento, il concorrente da solo non dispone delle qualifiche per partecipare alla gara, ma, una volta integrate nell'azienda le risorse e le competenze necessarie, tramite l'avvalimento, esegue in proprio le relative prestazioni, salva la previsione di cui all'art. 89, comma 1, cod. contratti pubblici e ferma restando la facoltà di fare eventualmente ricorso al subappalto.

Emerge, a questo punto, la seconda e decisiva differenza del subappalto rispetto all'avvalimento. In sostanza, l'esecuzione dei lavori in proprio, effettuata in maniera autonoma rispetto al subcommittente, rientra tra le obbligazioni tipiche del subappalto, cui, viceversa, risulta in toto estranea l'obbligazione a prestare unicamente

requisiti. Di riflesso, sia che l'aggiudicatario possa partecipare all'appalto, ma non abbia la qualificazione specialistica per le lavorazioni relative ai beni culturali (ciò che rende necessario il subappalto), sia che abbia tale qualificazione specialistica, ma decida, nel rispetto del bando di gara, di avvalersi in via facoltativa del subappalto, in ogni caso, il tipo contrattuale in esame garantisce che l'esecuzione della prestazione sia effettuata in proprio e in via diretta dal subappaltatore. Al contempo, la lettera dell'art. 148, comma 4, cod. contratti pubblici, secondo cui «[i] soggetti esecutori dei lavori di cui al comma 1 [riferito ai beni culturali e del paesaggio] devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal presente capo», assicura che il subappaltatore esecutore dei lavori disponga delle necessarie qualificazioni specialistiche. Risulta, a questo punto, naturale che il subappaltatore risponda della sua esecuzione nei confronti del subappaltante e che quest'ultimo sia responsabile verso il committente.

CONS. STATO, SEZ. V, 13 APRILE 2022 N. 2800 – Revoca in autotutela per inadempimento non significativo, né persistente nella esecuzione di un precedente contratto di appalto.

È illegittima la revoca dell'aggiudicazione di un appalto di servizi, disposta ex art. 80, comma 5, lett. c-ter) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per inadempimento nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, nel caso in cui sia risultato che si tratti di inadempimento non significativo, né persistente.

In particolare, l'inadempimento deve ritenersi non significativo, nel caso in cui non abbia comportato alcun danno nei confronti dell'amministrazione e non persistente ove si sia trattato di un episodio unico, avvenuto nella fase di proroga del precedente contratto di appalto integralmente eseguito senza contestazioni e frutto di un mero errore materiale, cui il contraente ha posto tempestivo rimedio, dimostrando volontà collaborativa e ampia disponibilità nei confronti dell'amministrazione.

CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., ORDINANZA 12 APRILE 2022, N. 467 – All'Adunanza plenaria il chiarimento sulla portata della decisione n. 3 del 2022 e il rapporto tra decisione dell'intera controversia da parte della Plenaria o l'enunciazione del solo principio di diritto.

Con la decisione n. 2 del 23 febbraio 2018, l'Adunanza plenaria ha posto alcuni principi relativamente al rapporto tra decisione della Plenaria e giudizio *a quo*.

È stato chiarito che l'Adunanza plenaria può (secondo uno schema concettuale simile a quello delineato dai primi due commi dell'articolo 384 c.p.c.) decidere l'intera controversia – in particolare laddove non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto – ovvero enunciare il principio di diritto e rimettere per il resto il giudizio alla Sezione

remittente, alla quale spetterà il compito di contestualizzare il principio espresso in relazione alle peculiarità del caso sottoposto al suo giudizio.

Sulla questione relativa alla possibilità di riconoscere l'autorità della cosa giudicata in senso endoprocessuale all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. è stata data risposta negativa, precisandosi che *“l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. non determina nei confronti della Sezione remittente un vincolo di giudicato [...] Ed infatti, l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regula iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ. e di cui all'art. 395, n. 5) c.p.c.”*; *“Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto la quale richiede – al contrario – un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente”*. *“Deve naturalmente pervenirsi a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui l'Adunanza plenaria (avvalendosi di un potere decisorio certamente ammesso dall'art. 99, comma 4, c.p.a.) si sia avvalsa della facoltà di definire con sentenza non definitiva la controversia, restituendo per il resto il giudizio alla Sezione remittente (se del caso, previa enunciazione di un principio di diritto). In tali ipotesi il Giudice a quo potrà definire con la massima latitudine di poteri decisionali i capi residui della controversia che gli sono stati demandati, restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formatosi sui capi definiti dall'Adunanza plenaria”*.

Il CGARS ha, quindi, rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il chiarimento circa la portata della decisione n. 3 del 2022 e, in particolare:

- a) se dalla stessa debba trarsi un vincolo di giudicato, residuando al Giudice *a quo* unicamente l'obbligo di statuire sulle spese, ovvero se sia stato unicamente affermato il principio di diritto, chiarendo, in questo secondo caso, se il Giudice *a quo* debba valutare i profili di pregiudizialità sottoposti dalle parti in relazione al principio affermato nella richiamata decisione;
- b) come vada interpretato nell'art. 99, comma 4, c.p.a. il rapporto tra decisione dell'intera controversia da parte della Plenaria, o enunciazione del solo principio di diritto con restituzione per il resto al Giudice *a quo*, e, in particolare, se si tratti di alternative paritetiche rimesse a una scelta discrezionale, ovvero di un rapporto tra regola ed eccezione, in cui l'eccezione sia ancorata ad esigenze oggettive che non consentono la concentrazione processuale.

CONS. STATO, SEZ. VI, 11 APRILE 2022 N. 2655 – Sull'accesso agli atti c.d. “difensivo”.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in materia di accesso difensivo ribadendo il principio per cui è consentita l'ostensione dei documenti richiesti solo se sussiste, oltre ad un interesse diretto, concreto ed attuale, altresì un nesso di strumentalità tra i documenti richiesti e la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici, che deve emergere dalla motivazione della richiesta di accesso.

Il Collegio sottolinea che tale dimostrazione non deve tuttavia spingersi sino a dover dimostrarne l'utilità degli atti nell'ambito del futuro giudizio, bensì deve contenere la prospettazione delle ragioni che rendono la documentazione oggetto dell'accesso necessaria alla tutela della propria posizione giuridica.

CONS. STATO, SEZ. V, 8 APRILE 2022 N. 2629 – *Sul grave illecito professionale a carico dell'amministratore del socio unico persona giuridica dell'o.e. partecipante alla gara pubblica*

I principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato, in riforma della sentenza del TAR Lazio, 2 agosto 2021, n. 9121 sono molteplici e tra questi:

i) essendo insito nella *ratio* del comma 3 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 che debba trattarsi di soggetti che siano in grado di determinare o di condizionare le scelte dell'impresa, è giocoforza ritenere che, per le società di capitali, rilevino le condotte dei membri degli organi aventi poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, nonché dei soci in posizione equivalente, senza però escludere soggetti che, pur formalmente non rientranti nella elencazione dell'art. 80, comma 3, o non aventi per statuto i poteri contemplati in tale disposizione, si trovino in una posizione che consente loro, anche in via di fatto, di orientare l'operato della società;

ii) in definitiva, non sussiste alcun collegamento necessario tra il comma 5 ed il comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n.50 del 2016, pur dovendosi ammettere che la posizione dei soggetti elencati nel comma 3 renda più agevoli la verifica e l'onere motivazionale della stazione appaltante in ordine alla capacità della persona fisica di influenzare le scelte della persona giuridica concorrente, ma non esclude che si riconosca la stessa capacità in capo a soggetti letteralmente non considerati (come e per il socio unico persona giuridica e come accaduto nel caso di specie). Si tratta di un'impostazione sostanzialistica compatibile con la previsione "aperta" dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e conforme alla normativa ed alla giurisprudenza euro-unitarie;

iii) il diritto dell'Unione europea muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa. Distinguere tra la condotta riprovevole del socio persona fisica e quella integerrima della società non coglie nel

segno perché, quando l'illecito professionale è portato da una condanna penale, la valutazione di inaffidabilità morale è effettuata a carico dell'ente in virtù di una *fictio iuris* essendo essa indirizzata, in realtà, verso coloro che ne hanno la direzione o sono capaci di orientarne le scelte;

iv) è del tutto irrilevante stabilire se la condotta sanzionata in sede penale sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale; accertata questa condizione, quale che fosse il beneficiario del reato, l'aver riportato una condanna penale e indice di carenza di integrità e di affidabilità morale che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderli;

v) il giudizio di affidabilità/inaffidabilità da esprimersi da parte della stazione appaltante rinviene il proprio fondamento, comunque, nel principio di immedesimazione organica. Tale giudizio, infatti, pur non muovendo dal presupposto che la condotta penalmente rilevante posta in essere dalla persona fisica vada ascritta (anche) all'operatore giuridico in forma societaria in forza dell'immedesimazione dei suoi organi, si fonda sulla constatazione che essa sia espressione di carenza di integrità e di affidabilità di quelle persone fisiche che, per i poteri di direzione, vigilanza o controllo che conseguono ai ruoli rivestiti in ambito societario, sono in grado di compromettere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico concorrente incrinando il rapporto fiduciario con la stazione appaltante.

CONS. STATO, SEZ. V, ORDINANZA 8 APRILE 2022, N. 1559 – Sulla tutelare cautelare in ordine alle annotazioni sul Casellario informatico ANAC

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza in epigrafe, ha ritenuto le esigenze cautelari prospettate in ordine agli effetti pregiudizievoli di una annotazione disposta dall'ANAC nella Sezione B del Casellario informatico di cui all'art. 213 del Codice in relazione ad una risoluzione contrattuale per alcuni ritenuti inadempimenti di matrice contrattuale contestata giudizialmente, suscettibili di "favorevole apprezzamento" e ciò tenuto anche conto del pregiudizio grave e irreparabile derivante dalla predetta annotazione. Il tutto respingendo il diverso avviso del TAR Lazio di cui all'ordinanza 16.02.2022 n. 1003 che, con riferimento al *periculum in mora*, aveva dato prevalenza alla circostanza che l'impugnato provvedimento ha una funzione di pubblicità notizia, rispetto al quale l'adozione di un provvedimento di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016 da parte di una stazione appaltante si pone come meramente eventuale.

CONS. STATO, SEZ. VI, 6 APRILE 2022, N. 2564 – Obbligo di riesame su istanza del privato volta a sollecitare l'autotutela.

In via generale non sussiste un obbligo di riesame su istanza del privato volta a sollecitare l'autotutela, salvo eccezionali casi di autotutela doverosa per espressa disposizione di legge o per conclamate e rilevanti esigenze di equità e giustizia.

TAR LAZIO, SEZ. II-BIS, 14 APRILE 2022, N. 4550 – Ripetizione delle prove concorsuali.

È legittima la scelta di un Comune con la quale è stata disposta la ripetizione integrale delle prove di un pubblico concorso, consentendo la partecipazione a tutti coloro che hanno presentato regolare domanda e non solo ai candidati effettivamente presentatisi per sostenere la prova, che sia stata adottata perché, per un errore della società che ha predisposto la prova concorsuale, i quesiti posti ai candidati sono risultati privi delle domande finalizzate ad accertare la conoscenza della lingua inglese e delle procedure informatiche, come prescritto dalla *lex specialis*; in tal caso, la scelta di ripetere integralmente la prova, anziché disporre l'integrazione dei soli quiz di inglese ed informatica, è coerente con le preminenti esigenze di trasparenza, imparzialità e buon andamento della P.A. di regolare svolgimento delle prove concorsuali.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I, 14 APRILE 2022 N. 846 – Violazione del principio del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica.

È illegittimo, per violazione del principio del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, il bando di gara indetto dalla P.A. per l'affidamento di un appalto di servizi, recante una clausola che ha inserito, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, il sub criterio avente ad oggetto il "numero di monte ore per tipologia di addetto, in relazione al piano di lavoro ed ai macchinari utilizzati"; in considerazione della qualificazione del servizio di pulizia tra quelli ad alta intensità di manodopera, dei limiti legali al ribasso del costo del lavoro e della centralità della manodopera nell'economia del contratto, la suddetta clausola consente, infatti, alla commissione giudicatrice di effettuare una stima attendibile ed anticipata dell'offerta economica dei concorrenti.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa