

NEWSLETTER N. 2/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ ***ANAC - Linee guida per gli affidamenti diretti a società in house.***

L'ANAC ha comunicato, in data 12 febbraio 2021, l'adozione delle Linee guida relative alle "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.».

Le Linee Guida sono dirette a fornire chiarimenti alle Stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici nel caso di affidamento diretto a società *in house*. Come noto, infatti, la norma prevede un onere di motivazione 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.

Le Linee guida saranno adottate, all'esito della consultazione pubblica, ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici. Qui il [link](#) per la consultazione.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE COSTITUZIONALE, 11 FEBBRAIO 2021, N. 16 - Illegittimità costituzionale della legge siciliana sugli appalti.**

La Corte Cost., con la sentenza n. 16/2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della *Legge siciliana sugli appalti* che, nel prevedere in capo alle Stazioni Appaltanti un vero e proprio vincolo all'utilizzo del criterio del minor prezzo, "invade la sfera di competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», adottando previsioni in contrasto con quelle del codice dei contratti pubblici".

La Corte ha rilevato una "violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost." nella parte in cui il legislatore siciliano ha "adottato previsioni che introducono un criterio alternativo di aggiudicazione dei lavori sotto-soglia, nonché di verifica della anomalia delle offerte".

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, SENTENZA 11 FEBBRAIO 2021, N. 1255 - L'integrazione dell'offerta tecnica di un progetto relativo ad opere viarie e sottoscrizione**

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, nel caso in cui una procedura abbia ad oggetto la realizzazione di opere viarie, non strettamente connesse a fabbricati (nel caso di

specie, un tratto stradale di collegamento), nell'offerta tecnica presentata dall'operatore economico, il progetto sarà unicamente di competenza degli ingegneri. Infatti, alla luce delle specifiche previsioni normative in materia, differenti figure professionali (nello specifico architetti) risultano abilitate unicamente alla sottoscrizione di progetti riferiti ad opere edilizie ed a carattere accessorio, aventi la finalità di consentire il collegamento delle stesse con la viabilità "ad esse strettamente servente". Pertanto, nessuna "estensione si legittima in relazione alle proposte progettuali migliorative" ovvero "alle varianti" di cui all'art. 95, comma 14 e 94, comma 1 lettera a) Codice dei contratti pubblici, che, nella loro attitudine integrativa o modificativa, sono in ogni caso accessorie all'opera viaria e non certamente alle opere di edilizia civile.

Poiché nel caso in oggetto l'integrazione dell'offerta tecnica era stata predisposta da un architetto, il Cons. Stato ha concluso che l'operatore economico essere escluso dalla gara e annullato l'aggiudicazione disposta in suo favore.

➤ **CONS. STATO, SEZ. I, PARERE 27 GENNAIO 2021, N. 1314 - Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e condanna alle spese processuali**

Non trova applicazione nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica l'istituto della condanna alle spese processuali, né è ammissibile l'imputazione, a carico della parte soccombente, del contributo unificato.

L'operatività di tali istituti è preclusa, anzitutto, dall'assenza di previsioni specifiche che la estendano al rimedio amministrativo giustiziale in esame, nel quale peraltro non sono ammissibili, ancora più a monte, azioni di accertamento e di condanna.

➤ **TAR BASILICATA, SEZ. I, 12 FEBBRAIO 2021, N. 125 - La suddivisione in scaglioni limita la disciplina della rotazione agli affidamenti ricompresi nella stessa categoria.**

Il TAR ha chiarito che non sussiste alcun obbligo di rotazione se la stazione appaltante ha previsto la distinzione degli appalti per fasce di lavori e l'aggiudicatario si è aggiudicato un appalto di lavori analogo ma di importo ricadente in una fascia di valore diverso.

Anche secondo le indicazioni espresse nelle linee guida ANAC n. 4, l'individuazione delle fasce di valore consente di disciplinare l'applicazione della rotazione solamente nell'ambito di affidamenti ricompresi in una stessa fascia ma non anche tra fasce diverse. Perciò, la suddivisione degli appalti in fasce d'importo ha consentito di stemperare la rigidità del criterio della rotazione che coinvolge sia il precedente affidatario, sia i soggetti già invitati che non siano affidatari nella successione di appalti appartenenti alla stessa categoria merceologica (per le forniture), stesso settore (per i servizi) e stessa tipologia per i lavori.

➤ **TAR TOSCANA, SEZ. II, 10 FEBBRAIO 2021, N. 217 - Sull'ammissibilità della modificazione soggettiva del raggruppamento in fase di gara in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016.**

Il TAR toscano ha analizzato la questione dell'esclusione dell'ATI aggiudicatario della gara, disposta a causa della presenza in capo alla mandante delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter). La ricorrente, infatti, lamentava l'illegittimità del provvedimento di esclusione per non aver la stazione appaltante instaurato un contraddittorio e per non aver consentito all'ATI di attivare il meccanismo di modificazione soggettiva in fase di gara previsto dall'art. 48, comma 19-ter.

Il TAR, nell'annullare il provvedimento di esclusione, si è discostato dall'orientamento restrittivo di cui alla recente pronuncia della sez. V del Consiglio di Stato (cfr. sentenza n. 833 del 28 gennaio 2021) e ha, invece, aderito a quanto affermato dalla sez. III (cfr. sentenza n. 2245 del 2 aprile 2020).

In particolare, il TAR ha argomentato sull'ammissibilità della modificazione soggettiva in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 facendo leva, in ossequio al principio del *favor participationis*, sulla "ratio della suddetta novella legislativa, che è quella di apportare una deroga al principio dell'immodificabilità alla composizione dei raggruppamenti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente. Dunque, l'obiettivo del legislatore è quello di garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, evitando che la patologia di un operatore travolga ingiustamente anche gli altri, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili."

➤ **TAR LAZIO, SEZ. III-TER, 8 FEBBRAIO 2021, N. 1575 – Sul perdurante limite del 30% nel subappalto nelle gare sottosoglia.**

Il TAR Lazio ha stabilito che nell'ambito delle procedure sotto soglia debba ancora trovare applicazione il limite della quota subappaltabile del 30%, previsto dall'art. 105, commi 2 e 5 del D.Lgs. n. 50/2016.

Come noto, il riportato articolo, oggetto della procedura di infrazione 2018/2273 nella parte in cui prevede il limite generalizzato alla quota subappaltabile del 30%, era già stato censurato dalla Corte di Giustizia, sez. V, con la sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18 e la giurisprudenza nazionale, allineandosi alle indicazioni della Corte comunitaria, aveva concluso che "la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario" (Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389 e 17 dicembre 2020, n. 8101).

Ciò posto, il Collegio ha tuttavia ritenuto che riferiti principi non possano trovare applicazione con riferimento alle procedure di gara sotto soglia prive di interesse transfrontaliero, in quanto escluse dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti. Le norme della Direttiva 2014/24 – rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 D.Lgs. 50/2016 – trovano infatti applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II-BIS, 3 FEBBRAIO 2021, 1390** - *Assenza di una specifica previsione del bando e costi di sicurezza.*

A norma dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, l'operatore che concorre ad una gara è tenuto ad indicare separatamente i costi della manodopera ed i costi di sicurezza, ma, in assenza di una specifica indicazione del bando, la modalità di tale indicazione è libera, ben potendosi indicare la seconda come una frazione interna della prima e ben potendosi includere nei costi della manodopera anche voci non meramente retributive, ma attinenti alla più complessa gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti (come formazione, sostituzione per assenze legittime, etc.)

➤ **TAR LIGURIA, SEZ. I, 1° FEBBRAIO 2021, 78** - *Condizioni di ammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità*

Il TAR ligure si sofferma preliminarmente sulla natura soggettiva della certificazione ISO 9001:2015 e sulla sua non riconducibilità ai requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economico finanziaria, contemplati dall'art. 83, comma 1, lett. b) e c) d.lgs. 50/16, in relazione ai quali il successivo art. 89 consente l'avvalimento. Da tali premesse, fa discendere che la certificazione di che trattasi "è l'attestazione di un "modo di essere" dell'impresa attinente all'organizzazione e ai processi aziendali di produzione e, come tale, non può essere "prestato" con l'avvalimento se non a determinate, ed estremamente rigorose, condizioni."

A tal proposito, il Collegio richiama la giurisprudenza che ammette l'avvalimento della certificazione quando l'ausiliaria metta a disposizione l'intera organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (Cons. Stato, Sez. V 27 luglio 2017 n. 3710), per precisare che "il prestito, per essere valido, non può limitarsi all'organizzazione aziendale ma deve essere accompagnato dalla garanzia che sia proprio l'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria che svolge il lavoro o il servizio cui si era impegnata l'impresa ausiliata. Solo in questo modo la stazione appaltante può essere sicura che la commessa venga realizzata da una organizzazione rispettosa delle norme ISO".

L'avvalimento, in altre parole, deve essere non solo effettivo ma anche necessariamente complessivo ed integralmente sostitutivo di una organizzazione di impresa ad un'altra.

➤ **TRIBUNALE DI ROMA, SEZ. V.G. - PRESIDENZA, ORDINANZA 5 FEBBRAIO 2021 – Poteri sostitutivi di nomina dell'arbitro**

Il Presidente del Tribunale di Roma ha affermato che, ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi di nomina di arbitro, nel silenzio del dato normativo, sia necessario, non solo il decorso del termine di 20 gg dalla notifica di domanda di arbitrato, con contestuale nomina di arbitro ed invito alla designazione di arbitro, ma anche l'iscrizione del procedimento presso la Camera Arbitrale e la successiva informativa alla controparte, con espresso invito a *“alla resistenza innanzi alla predetta Camera Arbitrale ed alla designazione di uno dei professionisti iscritti presso l'apposito albo”*.

I poteri sostitutivi di pertinenza del Presidente del Tribunale possono dunque essere attivati solamente *“dopo che la parte interessata abbia già investito la Camera Arbitrale di Roma, con l'inoltro della domanda di arbitrato corredata dalla designazione del proprio arbitro”*.

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