

## NEWSLETTER N. 29/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Rapporto contratti pubblici ANAC del primo semestre 2021.**

In data 24 settembre 2021, l'ANAC ha pubblicato sul proprio sito web il rapporto quadrimestrale sui contratti pubblici, redatto sulla base dei dati contenuti nella Banca Unica Nazionale aggiornati alla fine del mese di agosto 2021. I dati fanno riferimento alle procedure di affidamento perfezionate (superiori a 40.000 euro), per cui è stato pubblicato un bando o è stata manifestata la volontà di affidare l'appalto.

In particolare, segnaliamo il fortissimo trend positivo nel settore dei servizi, i quali, dopo l'arresto registrato nel 2020, hanno subito un incremento (rispetto al medesimo periodo) del 50%. Qui il [link](#) per la consultazione del rapporto.

➤ **MIMS – Raccomandazione n. 2 del 6 settembre 2021: “Linee guida sul procedimento abbreviato per le opere di cui all'allegato n. 4 per le quali è obbligatorio il Dibattito Pubblico”.**

In data 6 settembre 2021, il MIMS ha emesso le Linee guida sul procedimento abbreviato per le opere di cui all'allegato n. 4 per le quali è obbligatorio il dibattito pubblico, ai sensi di quanto previsto dall'art. 46 del decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, recante “Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”.

In particolare, le Linee Guida si concentrano sulla fase dell'indizione del dibattito pubblico (la cui durata non deve essere superiore ai 45 giorni), la sua progettazione, il suo svolgimento e la sua conclusione, momento nel quale è richiesta l'emanazione di una relazione e un dossier conclusivi.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. IV, 17 GIUGNO 2021, n. C-23/20 – Principi in tema di accordi quadro.**

Con la sentenza in rassegna i giudici europei hanno enucleato alcuni principi utili in tema di accordi quadro: si tratta di un istituto che ha assunto un ruolo fondamentale nell'affidamento degli appalti pubblici e che, tuttavia, non sempre viene correttamente inteso dalle stazioni appaltanti, le quali, talvolta, tanto nella fase di definizione del suo oggetto quanto in quella di valutazione delle offerte presentate dalle imprese concorrenti, finiscono per considerarlo impropriamente alla stregua di un “contratto chiuso” (come fosse un appalto).

La Corte di Giustizia ha infatti affermato che poiché il bando di gara deve indicare la quantità e/o il valore stimato nonché una quantità e/o un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro (ai sensi dell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24), i principi di trasparenza e di parità di trattamento ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice si limiti a comunicare informazioni parziali sull'oggetto e sulla portata, prevista sul piano quantitativo e/o finanziario, di un accordo quadro.

Inoltre, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, quanto il principio di trasparenza che ne deriva, implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 28 SETTEMBRE 2021, n. 6534 – *Poteri dell'Arera e misure perequative.***

La disciplina tariffaria della distribuzione del gas naturale trova il proprio fondamento non solo nella l. 14 novembre 1995, n. 481, che si applica al mercato del gas tutto, ma anche nel d.lgs. n. 164 del 2000, che disciplina unicamente il settore del gas naturale

Ha chiarito la Sezione che la struttura tariffaria per la distribuzione di gas diversi dal naturale a mezzo di reti canalizzate, pur ricalcando in parte quella del servizio di distribuzione del gas naturale quanto alle modalità di determinazione dei vincoli ai ricavi ammessi, alla composizione del capitale investito riconosciuto a fini regolatori, nonché alla determinazione del valore delle immobilizzazioni nette, alla remunerazione del capitale investito e dell'ammortamento, se ne differenzia – in coerenza alla predetta diversità di attività - dal momento che non prevede un sistema fondato su tariffa di riferimento, tariffa obbligatoria e meccanismi di perequazione, ma soltanto sulla tariffa di riferimento fissata per ciascuna impresa distributrice e su un'opzione tariffaria, anch'essa stabilita per singola impresa distributrice, eventualmente differenziata su base regionale.

Il contesto normativo, che connota il settore dei gas diversi, impone un'applicazione più rigida del principio della "*cost reflectivity*" (ossia dell'orientamento a riflettere i costi effettivi dell'energia fornita) della tariffa, non giustificando attenuazioni analoghe a quelle introdotte nel settore del gas naturale. Tale principio, in sostanza, richiede che gli utenti finali paghino il servizio sulla base dei costi effettivamente sostenuti dal singolo operatore che li serve, con ciò escludendo i meccanismi di perequazione tariffaria tra utenti finali forniti da operatori diversi che comportano, al contrario, una

“socializzazione” dei costi in capo anche a soggetti che non hanno fruito del servizio di quel singolo operatore.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 20 SETTEMBRE 2021, n. 6407** – *Il concorrente è tenuto a dichiarare la pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale.*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato si è pronunciato sul perimetro degli obblighi dichiarativi in fase di gara ex art. 80, comma 5 del Codice.

Nel caso di specie, l’aggiudicataria era stata esclusa, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, a causa della omessa dichiarazione di un precedente provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione e conseguente esclusione adottato nei suoi confronti in una procedura di gara avente medesimo oggetto.

Con ricorso al TAR Marche l’impresa ha impugnato il provvedimento di esclusione sostenendo che *“l’esclusione adottata a suo danno dal Comune di Venzago in gara della quale era risultata aggiudicataria non andava dichiarata, non costituendo un “grave errore professionale” e che l’episodio andasse qualificato, invece, come “esclusione”, “ossia come vicenda che non incide sulla affidabilità ed integrità morale dell’operatore economico”.*

L’appellante precisava inoltre che non aveva in alcun modo inteso influenzare il processo decisionale della stazione appaltante, avendo piuttosto ritenuto che gli effetti dell’esclusione si concludessero all’interno della procedura di gara in cui era stata adottata, anche in considerazione del fatto che non vi era stata alcuna segnalazione negativa a suo carico.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, che hanno confermato la decisione del TAR Marche, il provvedimento di esclusione deve essere considerato alla stregua di una pronuncia civile o penale e pertanto, deve essere dichiarato allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all’esito della quale è stato adottato, in modo che la stessa possa effettuare le dovute valutazioni e stabilire se la vicenda configuri o meno un grave illecito professionale *“inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale”.*

Pertanto, nell’affermare che *“il concorrente è onerato di dichiarare una precedente esclusione”*, si è inteso chiarire che *“il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all’esecuzione di un contratto d’appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione)”.*

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 13 SETTEMBRE 2021, n. 6721** – *Il certificato di qualità non può essere frazionabile e non può essere speso da mandante e mandataria quando necessario ai fini della qualificazione.*

Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato si è pronunciato circa la possibilità per un raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale di ricorrere all'istituto dell'avvalimento cd. *"infragruppo"* per sopperire alla carenza del requisito della certificazione di qualità in capo alla mandante.

Nel caso di specie, il RTI secondo classificato contestava il provvedimento di aggiudicazione in favore di altro RTI in quanto, ai fini della qualificazione in gara, era richiesto il requisito del possesso della certificazione ISO 9001:2015 in capo a tutte le imprese, requisito del quale la mandante del RTI aggiudicatario era sprovvista.

Il Collegio, nel confermare la sentenza del giudice di prime cure, ha ribadito l'indiscussa natura soggettiva del requisito in questione e ha precisato che in conformità con direttive eurounitarie, debba ammettersi, in via di principio, che l'avvalimento si configuri quale *"istituto generalmente praticabile laddove non espressamente vietato"* e quindi ammissibile *"per soddisfare la richiesta relativa al possesso di ogni tipologia di requisito tecnico-professionale (oltre che economico-finanziario), fatta eccezione per le esclusioni e le limitazioni esplicitate per via normativa"*.

Tuttavia, stante la natura c.d. *"inscindibile"* della certificazione *"il medesimo certificato di qualità non può essere "speso" contemporaneamente dalla mandataria e dalla mandante, quando entrambe necessitano del suo possesso ai fini della qualificazione, perché (...) se il requisito viene fatto oggetto di avvalimento interno al raggruppamento, l'impresa ausiliaria (nel caso di specie la mandataria) se ne priva a favore dell'impresa ausiliata (nel caso di specie la mandante), con la conseguenza che il requisito richiesto dalla lex specialis viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici"*.

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, *"La peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste piuttosto nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria 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"*.

Infine, le suddette conclusioni non si applicano qualora l'ausiliaria sia esterna al raggruppamento oppure nel caso in cui *"la certificazione di qualità è richiesta dalla legge di gara per una determinata categoria di lavori o di servizi, per l'esecuzione della quale una soltanto delle imprese del raggruppamento si sia impegnata"*, come avviene nel caso di RTI di tipo verticale.

➤ **TAR PUGLIA, BARI, SEZ. II, 23 SETTEMBRE 2021, n. 1387** – *Sono ammesse prescrizioni di obblighi nei provvedimenti autorizzatori in materia ambientale, purché non snaturino gli effetti costitutivi dell'atto.*

Attraverso la pronuncia in rassegna, il TAR pugliese ha chiarito che la possibilità di inserire *"prescrizioni di obblighi"* all'interno di una autorizzazione ambientale integrata

deve ritenersi senz'altro concessa, stante la natura dell'atto concessorio, il quale, pur conservando una "*parte necessaria*", corrispondente agli elementi del tipo previsto dalla legge, può avere anche una limitata "*parte eventuale*".

Tuttavia, le misure prescrittive indicano a quali obblighi viene subordinata la validità e l'efficacia dell'autorizzazione, ovverosia quali sono gli obblighi a cui deve adempiere e conformarsi il destinatario dell'atto, affinché possa svolgere legittimamente l'attività assentita. In questa accezione, può dirsi che la c.d. "prescrizione di obblighi" ponga una sorta di *condicio juris* al provvedimento, in quanto solo dopo il suo adempimento l'autorizzazione spiega i propri effetti tipici.

Infatti, nell'attività amministrativa si è finito con l'ammettere l'inserimento di elementi accidentali o eventuali nell'atto amministrativo, ai quali vengono in genere ricondotti le cd. "*clausole impositive di obblighi*", purché non siano incompatibili con la natura dell'atto e non alterino la tipicità del provvedimento stesso.

Tuttavia, nel caso di specie, il provvedimento autorizzativo impugnato ha trasferito "all'esterno" del procedimento la valutazione e la definizione di parti progettuali che invece dovevano essere già apprezzate *ab interno*, così finanche capovolgendo la stessa *ratio* formale e sostanziale di simili atti, che intendono per l'appunto valutare *ex ante* (e non già *ex post*) l'impatto ambientale e dunque saggiare in qual modo l'attività d'autorizzarsi possa inserirsi e con quali accorgimenti e mitigazioni in un dato "contesto ambientale".

La disciplina normativa in materia richiede dunque che gli enti e/o gli organi (anche consultivi) si esprimano positivamente nel merito dell'incidenza ambientale e non invece che essi possano differire *a posteriori* e/o demandare ad altri, magari allo stesso imprenditore proponente, l'individuazione di soluzioni progettuali, nient'affatto secondarie, mai vagliate in via preventiva (cfr. TAR Lazio, Sez. III, 4 maggio 2020, n. 4618).

➤ **TAR LAZIO, SEZ. III, 20 SETTEMBRE 2021, n. 9846** – *Assenza di procedura di affidamento e responsabilità precontrattuale: la giurisdizione spetta al giudice ordinario.*

Con la sentenza in commento, il TAR Lazio ha dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso promosso da un operatore economico che richiedeva l'accertamento del diritto al risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, di tutti i danni derivanti dal comportamento assunto dalla stazione appaltante, per il mancato affidamento della fornitura di un apparato di alto profilo tecnologico.

In particolare, a fronte della lamentata violazione dei principi di buona fede oggettiva, di correttezza e di diligenza, di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c., il Collegio ha ritenuto che, nel caso di specie, la stazione appaltante avesse agito "*iure privatorum*" per procurarsi - a

scopo sperimentale - alcuni prodotti e che la fornitura oggetto del contendere risultava del tutto estranea a forme di selezione pubblica imposte dal previgente Codice.

In ragione di tale duplice circostanza, il TAR ha respinto la tesi del ricorrente secondo cui, nella vicenda in esame, avrebbe dovuto trovare applicazione la previsione dell'art. 133, lett. e), n. 1 c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori pubblici e forniture, ivi incluse quelle conseguenti alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.

Ad avviso del Giudice, infatti, l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. presuppone – ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa - che gli atti ed il contegno serbato dall'Amministrazione si siano manifestati *“nel corso di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica”*. È necessario, quindi, che vi sia una procedura di *“gara”* non essendo sufficiente a tal fine, né la qualifica di *“ente aggiudicatore”* di una delle parti, né che il comportamento dell'ente sia comunque diretto al perseguimento di finalità istituzionali ed ispirato ai generali criteri d'efficienza.

---

In collaborazione con gli Studi Legali

*Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa*