

## NEWSLETTER N. 34/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Ufficio Stampa e Comunicazioni: Vademecum sui soggetti aggregatori e sulle centrali di committenza.**

Per favorire l'attività delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni pubbliche e degli operatori, l'Ufficio stampa e Comunicazione dell'ANAC ha predisposto un *vademecum* sui Soggetti aggregatori. Si tratta di un agile strumento di lavoro, che raccoglie i riferimenti normativi esistenti al riguardo, delibere e segnalazioni dell'ANAC al Parlamento e al Governo, testi e determinazioni.

In esso sono spiegati in sintesi i concetti fondamentali da conoscere per le stazioni appaltanti.

Qui il [link](#) per prendere visione del Vademecum.

➤ **ANAC – Delibera n. 694 del 20 ottobre 2021: “Non è conforme alla normativa di settore la clausola della lex specialis di gara che vieta indiscriminatamente il ricorso al subappalto”.**

In sede di adunanza del 20 ottobre 2021, l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una clausola contenuta in un bando di gara che vietava indiscriminatamente l'accesso all'istituto del subappalto.

L'Autorità ha ricordato che l'art. 105, comma 1, del Codice sancisce l'ammissibilità del subappalto secondo le disposizioni recate di successivi commi dello stesso articolo, prima fra tutte il limite percentuale massimo della quota subappaltabile (che, in deroga temporanea fino al 31 ottobre 2021, è stato fissato nella misura del 50 % dall'art. 49 del D.l. n. 77/2021) e le condizioni indicate nel comma 4. Tra queste, prima delle correzioni apportate dal D.lgs. n. 56/2017, la lett. a) prevedeva che la facoltà di subappaltare fosse espressamente prevista nel bando di gara.

Tuttavia, già in passato l'Autorità aveva chiarito che una lettura “a contrario”, intesa a facultizzare il divieto di subappalto, non poteva ritenersi ammissibile.

Come sottolineato dall'ANAC, “*tale approccio interpretativo è stato avvalorato dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha addirittura censurato il limite quantitativo al subappalto di cui al comma 2 dell'art. 105, in quanto, imponendo una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici*”.

Pertanto, tale clausola, se interpretata come escludente nei confronti dell'operatore economico che abbia dichiarato l'intenzione di subappaltare sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza del quale i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice o da altre previsioni di legge.

➤ **Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica - Decreto 14 ottobre 2021: "Modalità di istituzione degli elenchi dei professionisti e del personale in possesso di un'alta specializzazione per il PNRR".**

Il Dipartimento della Funzione Pubblica ha definito le modalità per la selezione dei professionisti e degli esperti ai quali le amministrazioni conferiranno gli incarichi di collaborazione per l'attuazione dei progetti del PNRR.

Il Decreto definisce le modalità di formazione degli elenchi dei professionisti ed esperti e del personale di alta specializzazione sul Portale del reclutamento "inPa" e individua per loro due possibili modalità di accesso alla PA: il conferimento di incarichi professionali per professionisti ed esperti e l'assunzione a tempo determinato per il personale di alta specializzazione. Entrambi gli elenchi saranno contenuti nel Portale del Reclutamento "inPA".

Il Decreto interessa 3 tipologie di figure:

- "*professionista*": soggetti esercenti professioni riconosciute (per le quali è necessaria l'iscrizione ad un albo, collegio ovvero ordine professionale) o professioni non riconosciute (per le quali è necessaria l'attestazione di qualità e di qualificazione professionale dei servizi ai sensi dell'art. 7 della L. 14 gennaio 2013, n. 4).
- "*esperto*": soggetti che esercitano un'attività professionale che non rientra nella definizione di "professionista".
- "*personale di alta specializzazione*": soggetti che, oltre a una laurea magistrale e specialistica, sono in possesso di almeno un dottorato di ricerca o master universitario di secondo livello, oppure di una documentata esperienza professionale qualificata e continuativa almeno triennale, maturata presso enti pubblici nazionali ovvero presso organismi internazionali o dell'Unione europea.

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

➤ **OICE/Informatel – Gare di progettazione in aumento rispetto al 2020.**

I dati dell'Osservatorio OICE/Informatel sulle gare pubbliche di ingegneria e architettura mostrano un 2021 in forte ascesa rispetto al 2020. Il mercato pubblico della progettazione, in particolare, fino ad ottobre 2021 registra 2.904 bandi con un valore di 783,9 milioni di euro (+14,5 in numero e +18,2% in valore sui primi dieci mesi del 2020). Le gare pubblicate sulla gazzetta europea sono state 77 ed è il primo mese in cui non si registrano procedure da affidare con il criterio del massimo ribasso.

Cresce il peso degli accordi quadro per servizi di progettazione: nel mese sono stati 26 per un valore di 83,4 milioni di euro, in relazione al totale hanno raccolto il 14,0% del numero dei bandi e il 69,44% del valore totale.

Inoltre, i bandi per appalti integrati rilevati nel mese di ottobre sono stati 42, con valore complessivo dei lavori di 589,5 milioni di euro e con un importo di progettazione stimato in 7,1 milioni di euro.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, AD. PLENARIA, 9 novembre 2021, n. 17 e 18 – Sulla proroga automatica delle concessioni demaniali**

Come noto, con decreto n. 160 del 2021, del Presidente del Consiglio di Stato, erano state deferite di ufficio, ex art. 99, comma 2, c.p.a., all'Adunanza Plenaria una serie di questioni relative alle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime, in ragione della particolare rilevanza economico-sociale delle stesse, al fine di assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali.

L'Adunanza plenaria ha, quindi, enunciato i seguenti principi di diritto:

1. *“Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”.*
2. *“Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi **tamquam non esset**, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto”.*
3. *“Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici*

*perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere **continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023**, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E".*

La Adunanza Plenaria ha valorizzato il concetto di liberalizzazione che permea la direttiva 2006/123, la quale si pone come obiettivo la eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso.

La tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica implicato) è una "materia" trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno": anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate) gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale. Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga ex lege.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'Alto consesso ha quindi ritenuto che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

L'Adunanza plenaria ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione.

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata.

Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali. È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ha ritenuto che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia –o meno– un soggetto subentrante nella concessione.

È stato dunque precisato sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere.

Qui il [link](#) per la consultazione integrale del testo delle sentenze.

➤ **CONS. STATO, AD. PLENARIA, 5 novembre 2021, n. 16** – *Sui moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto*

In tema di moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lettera b), d.m. 4 maggio 2012 comprende nel



proprio ambito applicativo l'ipotesi della richiesta di adesione alla transazione formulata dall'erede del danneggiato da emotrasfusioni, il quale abbia fatto valere in giudizio la propria pretesa al risarcimento del danno *iure hereditario*. Il termine decennale contemplato dal citato art. 5, comma 1, lettera b), non è riferibile alla presunta prescrizione ma si limita a segnare l'ambito temporale entro il quale la pendenza del giudizio costituisce il necessario presupposto per l'ammissione alla transazione.

La soluzione interpretativa accolta, ha precisato l'Adunanza Plenaria, è anche l'unica coerente con il *topos* ermeneutico dell'interpretazione "conforme", atteso che è l'unica, alla luce della formulazione testuale della disposizione, ad assicurare la conformità dell'impianto attuativo con le superiori regole in materia di prescrizione, così come chiarite dalla Corte di Cassazione, a mente delle quali in caso di decesso del danneggiato a causa del contagio, la prescrizione rimane quinquennale per il danno subito da quel soggetto in vita, del quale il congiunto chieda il risarcimento *iure hereditatis* trattandosi pur sempre di un danno da lesione colposa, e dunque di un reato a prescrizione quinquennale.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 11 novembre 2021, N. 7539** – *Giurisdizione del Giudice ordinario in ordine alla sostituzione del subappaltatore rispetto a quello indicato nel contratto*

La controversia riferita ad una fattispecie di sostituzione del subappaltatore rispetto a quello indicato nel contratto non modifica né la compagine dei soggetti vincitori della gara, né l'oggetto ed i contenuti del contratto messo a gara, e quindi resta confinata all'interno della fase di esecuzione del contratto, senza violare il divieto di modifica del contratto aggiudicato o incidere in altro modo sulla legittimità della precedente fase di aggiudicazione. Ne consegue che una siffatta controversia, afferendo esclusivamente ai rapporti commerciali fra l'aggiudicatario ed un suo fornitore disciplinati dal diritto civile ed attenendo alla sola fase di svolgimento del servizio successivamente alla sua aggiudicazione, rientra a pieno titolo nella giurisdizione del giudice civile e non in quella del giudice amministrativo.

➤ **TAR LIGURIA, SEZ. I, 9 novembre 2021, n. 946** – *Assunzione diretta da parte del Comune della gestione di un porto turistico ed esercizio diretto dei servizi nautici*

È legittimo il provvedimento, con il quale il Comune di Portofino, senza il preventivo esperimento di un confronto concorrenziale ovvero di una procedura selettiva, ha stabilito di autoaffidarsi e/o autoconcedersi, intestandosi la relativa concessione demaniale marittima, la gestione del porto turistico e, contestualmente, di esercitare direttamente i servizi nautici.

In virtù del principio di autoorganizzazione ed in base al diritto unionale, il Comune può, infatti, esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico nelle forme

dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione.

Il bene demaniale marittimo costituito dal porto turistico, non diversamente da un bene del patrimonio indisponibile, rappresenta uno strumento per realizzare fini pubblici (oltre che per fornire un servizio ad una platea indifferenziata, seppur ristretta, di utenti), sì che la prospettata differenziazione fra le due tipologie di beni, ai fini della scelta delle modalità di gestione, si appalesa, a ben vedere, ingiustificata ed irragionevole.

Ciò posto, nel caso in cui l'ente locale preferisca gestire direttamente l'approdo, non risultano applicabili gli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav..

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-QUATER, 11 novembre 2021, n. 11602 – Somministrazione di servizi e subappalto**

L'offerta di eseguire i servizi di consegna e di call center a mezzo di soggetti terzi in ragione di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto ex art. 105, comma 3, lett. c - bis), D. lgs. 50/2016 è riconducibile all'istituto della somministrazione, e non al subappalto, attesa la presenza di lavoratori interinali che lavorano presso l'organizzazione di un altro soggetto giuridico, previo pagamento delle somme all'Agenzia autorizzata che ha procurato la manodopera.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II-TER, 10 novembre 2021, n. 11549 – Sostituzione soggettiva della Consorziate esecutrice indicata in corso di gara**

La modifica soggettiva del novero delle consorziate indicate in sede di gara come esecutrici, ai sensi del comma 7 bis dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016, è consentito unicamente per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 (procedure concorsuali che abbiano interessato una di tali imprese o recesso) o per fatti o atti sopravvenuti, ma a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziate. Infatti, se i requisiti di ordine generale fossero accertati solamente in capo al consorzio e non anche ai consorziati, che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Sicché una eventuale sostituzione, a seguito di intervento di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, delle consorziate ab origine prive dei requisiti di partecipazione, si tradurrebbe in una violazione della norma su richiamata, nonché di elementari ragioni di par condicio tra i partecipanti alla gara.

---

In collaborazione con gli Studi Legali

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