

NEWSLETTER N. 8/2021

NOVITÀ NORMATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Modifiche e aggiornamenti alle FAQ “Contratti pubblici” e “Anticorruzione”**

Si segnalano, sul sito dell'ANAC, alcune modifiche alla sezione FAQ “Contratti pubblici - Tracciabilità dei flussi finanziari e Varianti” (art. 106 D. Lgs. n. 50/2016) e quella “Anticorruzione”, con specifico riferimento ai quesiti in materia di inconferibilità e incompatibilità di cui al D.lgs. n. 39/2013 e di conflitto di interessi.

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

➤ **ANAC – Delibera 9 marzo 2021 n. 206: il componente del Collegio Consultivo Tecnico non può rivestire, con riferimento alla medesima commessa, il ruolo di Consulente Tecnico d'ufficio**

Con delibera n. 206/2021, l'Autorità ha affermato che, nell'ambito del medesimo affidamento, è preclusa la possibilità per lo stesso soggetto di rivestire il ruolo di componente del Collegio Consultivo Tecnico e di Consulente Tecnico d'Ufficio.

Il soggetto che, avendo ricoperto l'incarico di componente o presidente del Collegio Consultivo Tecnico, sia nominato CTU in un giudizio avente ad oggetto il medesimo affidamento, è tenuto a rifiutare l'incarico oppure ad astenersi ai sensi dell'articolo 192 c.p.c., ricorrendo l'ipotesi di cui all'articolo 51, comma 1, c.p.c.

L'ANAC ha, altresì, precisato che è esclusa la possibilità, da parte della Stazione appaltante, di sottrarre specifiche questioni o controversie all'esame del Collegio Consultivo Tecnico obbligatorio costituito ai sensi dell'articolo 6, comma 1, del D.L. n. 76/2020, essendo le relative competenze predeterminate per legge.

Qui il [link](#) per la consultazione della Delibera.

➤ **Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ex Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) – Decreto: Rilevamento dello scostamento tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmata per il 2020.**

Come è noto, ai sensi dell'art. 133, comma 3, del D. Lgs 163/2006, ai lavori pubblici affidati dalle Stazioni appaltanti si applica il cd. “prezzo chiuso”, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi.

Sulla base dei dati forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero delle Infrastrutture, con il decreto pubblicato sulla GURI n. 77 del 30 marzo 2021, ha riscontrato che: *“Non si sono verificati scostamenti superiori al 2 per cento tra il tasso d’inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell’anno 2020”*.

Si rinvia al seguente [link](#) per la consultazione del Decreto ministeriale.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE CASS., SEZ. III, 17 MARZO 2021, n. 7553** – *Responsabilità del committente rispetto ai danni causati a terzi nell’esecuzione dei lavori di un appalto pubblico*

La Suprema Corte ha specificato le ipotesi di responsabilità della committente (nel caso di specie una concessionaria autostradale) per i danni causati a terzi nell’esecuzione dei lavori di un appalto pubblico da parte dell’appaltatore.

Preso atto della vasta, nonché in parte contrastante, giurisprudenza in materia, è stata chiarita l’inapplicabilità, al caso di specie, dell’art. 2049 c.c., che prevede la responsabilità dei committenti unicamente per i danni derivanti dal fatto illecito dei lavoratori subordinati degli stessi o da soggetti qualificabili quali “commessi dell’imprenditore”. Inoltre, non può affermarsi una generale corresponsabilità stabile della committente, essendo l’appaltatore autonomo nell’esecuzione dei propri obblighi contrattuali: la suddetta responsabilità potrebbe configurarsi unicamente nelle ipotesi in cui il fatto dannoso sia compiuto *“in esecuzione del progetto e delle direttive della committente stessa, ed essendo comunque soltanto questa responsabile nel caso in cui essa abbia rigidamente vincolato l’attività dell’appaltatore, così da neutralizzare completamente la sua responsabilità di decisione”*.

Pertanto, il terzo danneggiato dall’esecuzione dei lavori di appalto conformi al progetto del committente, eseguiti secondo disposizioni precise di quest’ultimo, tali da aver annullato il potere decisionale autonomo dell’appaltatore, mediante ingerenze nella fase di esecuzione e progettazione, potrà agire solo nei confronti del committente.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 25 MARZO 2021, n. 2526** – *Avvalimento meramente premiale: limiti all’utilizzo abusivo dell’istituto per conseguire un punteggio maggiore*

Con la pronuncia in esame, il Collegio, confermando un consolidato orientamento giurisprudenziale, chiarisce che, in materia di avvalimento, circostanza dirimente è che l’istituto operi in favore di un operatore il quale, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione e non di chi, potendo senz’altro concorrere (avendone mezzi e requisiti), miri esclusivamente alla maggiore valorizzazione della

propria proposta negoziale. Tale ultima fattispecie, infatti, andrebbe a configurare un vero e proprio “abuso di avvalimento” che, di fatto, trasforma detto strumento in un mero *escamotage* per incrementare il punteggio ad un’offerta cui la partecipazione azionaria, in verità, non ha nulla da aggiungere in concreto.

Deve, perciò, ritenersi escluso – secondo il Collegio – che l’operatore economico concorrente si avvantaggi, rispetto ad altri, delle esperienze pregresse dell’ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest’ultima che, in quanto tali, non qualificano operativamente ed integrativamente il tenore dell’offerta e non siano, quindi, oggetto di una prospettiva e specifica attività esecutiva.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 22 MARZO 2021, n. 2426 – Silenzio dell’Amministrazione su istanza di revisione tariffaria e sindacabilità giurisdizionale**

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto insindacabile il silenzio serbato dall’Amministrazione resistente sull’istanza di una concessionaria volta ad ottenere la revisione tariffaria di un servizio pubblico.

In via preliminare, il Collegio ha rammentato che il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall’appalto di servizi per via dell’assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda. Ne deriva che, nel meccanismo causale della concessione, la fluttuazione della domanda del servizio costituisce il rischio principale traslato e assunto in capo al concessionario.

Del resto, per costante giurisprudenza, nelle concessioni di servizi vige il principio dell’ordinaria invariabilità del canone, con conseguente inapplicabilità dell’istituto della revisione dei prezzi, proprio invece degli appalti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27.3.2013, n. 1755).

Anche laddove si volesse astrattamente ammettere la revisione dei profili economici concordati con il concedente, questa richiederebbe comunque la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore. Non sarebbero, viceversa, sufficienti all’uopo mere fluttuazioni della domanda, dato fisiologico di ogni mercato, che l’operatore economico non può non considerare come aspetto caratterizzante, intrinseco ed ineliminabile del contesto in cui opera (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19.8.2016, n. 3653).

Il Consiglio di Stato ha, peraltro, rilevato come, nel caso di specie, la convenzione preveda quale unica forma di modifica della tariffa l’adeguamento annuale in base al tasso di inflazione programmatico, ossia un mero adeguamento del prezzo al costo della vita. *A contrario*, dunque, non può ammettersi alcuna ipotesi di incremento della tariffa in termini di reale vantaggio per il concessionario.

➤ **TAR REGGIO CALABRIA, ORD., 31 MARZO 2021, n. 228** - *Alla Corte costituzionale la norma del decreto rilancio che ha imposto il divieto di proporre azioni esecutive contro gli enti del Servizio sanitario nazionale fino al 31 dicembre 2021*

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – già sollevata dal Tribunale di Napoli (sez. civ. XIV) con ordinanza di rimessione del 20 dicembre 2020 – dell'art. 117, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, per violazione degli artt. 24, commi 1 e 2, 111, comma 2, e 3, Cost., nella parte in cui ha imposto, per fronteggiare la situazione di emergenza sanitaria da Covid-19, il divieto di proporre contro gli enti del Servizio sanitario nazionale azioni esecutive, tra cui l'azione di ottemperanza di cui agli artt. 112 e segg. c.p.a., prorogando, per continuare a rispondere al bisogno emergenziale, l'iniziale termine del 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021 senza considerare, a favore del creditore, paralleli meccanismi di tutela per equivalente

➤ **TAR VENETO, SEZ. I, 26 MARZO 2021, n. 389** – *Principio di rotazione negli affidamenti diretti e nelle procedure negoziate*

Nel caso di specie, il TAR Venezia è stato chiamato a pronunciarsi sulle implicazioni derivanti dall'applicazione del "principio di rotazione" degli inviti e degli affidamenti, sancito, per gli affidamenti sottosoglia, dall'art 36 del D.lgs. n. 50/2016.

Il Collegio – muovendo dal presupposto per cui l'applicazione di tale principio non comporta l'esclusione automatica di chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa piuttosto non favorirlo – ha confermato l'orientamento per cui tale principio deve essere applicato solamente nei casi in cui si proceda mediante affidamento diretto (non preceduto da una fase selettiva), ovvero nelle ipotesi di procedura negoziata, allorché l'amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare.

Ne consegue che tale principio – e il meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura – non trova applicazione ogniqualvolta la Stazione Appaltante abbia esperito un'indagine di mercato invitando alla successiva fase tutti gli operatori che abbiano manifestato interesse.

➤ **T.R.G.A. TRENTO, 18 MARZO 2021, n. 38** – *Verifica di anomalia dell'offerta nelle procedure di affidamento di concessioni di servizi*

Il TRGA, nella sentenza in oggetto, ha delineato le modalità di esecuzione della verifica di anomalia dell'offerta nelle procedure di affidamento di concessioni di servizi.

Nel caso di specie, un operatore economico aveva impugnato l'aggiudicazione di una concessione di servizi deducendo l'antieconomicità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Nel merito, il TRGA Trento ha *in primis* esplicitato come il contratto in oggetto rientri fra i contratti di concessione di servizi, caratterizzato dall'assunzione del rischio operativo, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice dei contratti pubblici, la cui procedura di aggiudicazione risulta disciplinata dagli artt. 164 e ss. del medesimo Codice.

Pertanto, l'art. 97, commi 2 e 3, del Codice in materia di offerte anormalmente basse, *"non è compatibile con il contratto di concessione di servizi, per il quale l'obbligo di svolgere la verifica sull'anomalia dell'offerta anormalmente alta può essere predicato solo in base ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare, a quello di ragionevolezza."*

In conclusione, il concedente non risulta esentato dal dovere di effettuare la verifica di anomalia delle offerte nelle sole ipotesi in cui *"un criterio di ragionevolezza evidenzia l'inaffidabilità dell'offerta proposta"*.

➤ **TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I, 12 MARZO 2021, n. 647 – Sanzioni patrimoniali previste in un protocollo di legalità: giurisdizione e applicabilità**

Il TAR Milano si sofferma sulla fisionomia dei protocolli di legalità e, più in particolare, sulla natura delle sanzioni patrimoniali contenute al loro interno.

Secondo il Collegio, in una gara pubblica il protocollo di legalità, ai fini della sua efficacia, non può che interessare l'intera filiera degli operatori coinvolti nell'esecuzione o gestione dell'opera, senza alcuna distinzione tra contraenti diretti e subcontraenti del soggetto affidatario. Inoltre, l'applicazione di sanzioni pecuniarie in caso di violazione degli obblighi contenuti al suo interno non costituisce espressione di un potere autoritativo, ma privatistico, *"che trova base esclusivamente nei vincoli contrattuali assunti dalle parti"*.

Per questa ragione, il soggetto destinatario di una sanzione patrimoniale contemplata da un protocollo di legalità non è titolare *"di un interesse legittimo, compreso nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, ma di un diritto alla conservazione della propria integrità patrimoniale, compreso nella giurisdizione del giudice ordinario"*.

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