

## NEWSLETTER N. 9/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

#### ➤ Disegno di Legge Europea – Modifiche al Codice dei Contratti Pubblici

La Camera dei Deputati ha approvato in prima lettura il disegno di legge europea 2019/2020, con il quale, all'art. 8, introduce alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici (di seguito anche "Codice"), al fine di superare l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno oggetto del procedimento di infrazione europea 2018/2273.

Una delle modifiche più rilevanti riguarda la riforma dell'art. 80, commi 1 e 5, del Codice. In particolare, viene eliminata la possibilità di escludere dalla gara un operatore economico qualora la causa di esclusione riguardi uno dei subappaltatori indicati in sede di offerta. L'art. 80 viene modificato altresì al comma 7, prevedendo per il solo operatore economico - e non per il subappaltatore - la possibilità di essere ammesso a partecipare alle gare di appalto in caso di ravvedimento operoso.

Il disegno di legge dispone, inoltre, l'abrogazione del sesto comma dell'art. 105, per cui non è più obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

Altra modifica particolarmente rilevante riguarda la soppressione della norma transitoria del d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, per cui il subappalto non può superare il 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, salvo il limite del 30% per le opere specialistiche.

Per una lettura integrale del DDL, si rinvia al seguente [link](#).

#### ➤ Decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 recante "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-Cov-2, di giustizia e di concorsi pubblici."

In data 1° aprile 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 79, il decreto-legge n. 44 recante "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-Cov-2, di giustizia e di concorsi pubblici", in vigore dal medesimo giorno. Si segnalano le disposizioni di maggior interesse:

- ◇ Articolo 1: Ulteriori misure per contenere e contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Dal 7 aprile al 30 aprile 2021 rimangono in vigore le disposizioni introdotte dal DPCM del 2 marzo 2021. Dunque, in considerazione dell'art. 4 del suddetto testo normativo, permangono in vigore i precedenti protocolli di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento del contagio da COVID-19 e nello specifico:

- per le attività produttive industriali e commerciali il Protocollo sottoscritto in data 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali;
- per i cantieri il Protocollo sottoscritto in data 24 aprile 2020 fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali.

In data 6 aprile 2021 è stato emanato un nuovo Protocollo sottoscritto tra il Governo e le parti sociali, in aggiornamento dei protocolli sopra menzionati;

- ◇ Articolo 6: Misure urgenti per l'esercizio dell'attività giudiziaria dell'emergenza pandemica da COVID-19

Sono state prorogate fino al 31 luglio 2021 le disposizioni per lo svolgimento dell'attività giurisdizionale introdotte dall'art. 23 del d. l. n. 137/20, come convertito dalla l. n. 176/20. Egualmente, vengono prorogate fino al **31 luglio 2021** le misure stabilite per lo svolgimento del processo amministrativo dall'art. 25 del sopracitato testo normativo e, con esse, **lo svolgimento delle udienze esclusivamente da remoto.**

- ANAC – Delibera n. 240 del 23 marzo 2021 avente ad oggetto “Linee guida n. 1 recanti “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”. Parere in materia di computo dei lavoratori somministrati e di partecipazione ai consorzi stabili”.

Con la delibera n. 240 del 23.3.2021, l'ANAC si è espressa in merito alla possibilità di computo dei lavoratori somministrati e alla partecipazione ai consorzi stabili, con riferimento all'affidamento di servizi di architettura e ingegneria.

In particolare, l'ANAC ha affermato che i lavoratori che svolgono la propria attività presso le società di ingegneria in qualità di lavoratori somministrati possono essere considerati ai fini del calcolo dell'organico medio annuo, se gli stessi hanno prestato la loro opera per un periodo di almeno sei mesi e, ai fini della composizione del gruppo di lavoro dell'offerta tecnica, a condizione che la durata della prestazione che il predetto personale è chiamato a fornire, in virtù del contratto di somministrazione, sia compatibile con la tempistica di esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Sotto ulteriore profilo - in assenza di indicazioni contrarie della normativa vigente e nell'ottica di garantire il principio della massima partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, sulla base anche di quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea - l'Autorità ha ritenuto ammissibile la partecipazione di società consortile ex articolo 2615 ter del Codice Civile, costituite da

società di ingegneria, ai consorzi stabili di cui all'articolo 46, comma 1, lettera f), D.Lgs. n. 50/2016.

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

➤ **MIMS (Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili, ex MIT) – Parere n. 814 del 31 marzo 2021 - Affidamento sopra soglia dei servizi di progettazione definitiva nonché per il supporto al RUP.**

Il MIMS, con il parere in rassegna, ha risposto ai quesiti circa l'affidamento sopra soglia, con procedura aperta ex art. 60 del D.lgs. 50/2016, dei servizi di progettazione definitiva nonché per il supporto al RUP.

In merito al primo aspetto, il MIMS precisa che, nelle procedure sopra soglia, il RUP, anche al fine di velocizzare l'affidamento, deve valutare la possibilità di far ricorso alle deroghe previste dalla legge 120/2020 (D.L. Semplificazioni). Invece, con riferimento alla questione circa la possibilità di scorporare gli importi per il supporto al RUP tutte le volte in cui risulti necessario di avvalersi di *“diverse figure professionali esperte in campi specifici”*, il MIMS evidenzia la necessità di evitare il c.d. *“frazionamento artificioso”* che viene a configurarsi quando *“prestazioni omogenee vengono artificialmente suddivise allo specifico fine di eludere la disciplina del Codice degli appalti, per ottenere appalti di minor valore tali da poter astrattamente essere aggiudicati con procedure meno competitive, in sfregio al principio di concorrenza”*.

A tal riguardo, il MIMS chiarisce che il RUP può procedere alla esternalizzazione del supporto soltanto dopo aver verificato che non vi è all'interno della stazione appaltante alcuna professionalità idonea; anche in tale ultimo caso, tuttavia, il RUP dovrà sempre valutare la possibilità di accorpate solo le prestazioni tra loro omogenee, proprio per evitare l'indebito frazionamento. Dunque, la soluzione suggerita dal MIMS è quella di un possibile ricorso alla suddivisione in lotti di cui all'art. 51 del Codice degli appalti.

### **NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI**

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, ORD. 13 APRILE 2021, n. 3006 – Superamento dei limiti dimensionali non consentiti delle difese e conseguenze**

Nel caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzati, l'art. 13-ter delle norme di attuazione del c.p.a. (introdotto dalla legge di conversione del D.l. 31 agosto 2016, n. 168), sanziona in termini (non di nullità, bensì) di *“inutilizzabilità”* le difese sovrabbondanti (a differenza dell'iniziale impostazione legislativa che faceva leva esclusivamente sulla condanna alle spese di lite), in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l'esame tempestivo e l'intelligibilità della domanda; peraltro, al fine di non *“sorprendere”* le parti in una fase caratterizzata dall'assenza di una applicazione

sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi, è opportuno, nel rispetto del principio di leale collaborazione ex art. 2, comma 2, c.p.a., invitare le parti a riformulare le difese nei limiti dimensionali previsti, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

➤ **CONS. GIUST. REG. SIC., 31 MARZO 2021, n. 278 – *Non sussiste l’obbligo della indicazione degli oneri della sicurezza per i servizi di architettura e ingegneria***

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha ritenuto che negli appalti relativi ai servizi di architettura e di ingegneria non sussiste l’obbligo della indicazione specifica degli oneri per la sicurezza ex articolo 95 del D.lgs. 50/2016, in quanto integranti servizi di natura intellettuale di carattere prevalente.

Secondo il Consiglio, *“è vero che nell’oggetto dell’appalto è compresa anche l’esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, la direzione misura e contabilità lavori, ma è altrettanto indubbio che nella configurazione complessiva dell’appalto tali attività sono complementari e subvalenti e, quindi, accessorie rispetto all’attività principale di natura intellettuale”*. Attualmente *“nella giurisprudenza nazionale sussiste un contrasto interpretativo sulla operatività della deroga prevista per i servizi intellettuali, dovendo per alcuni ritenersi predicabile nel solo caso in cui le prestazioni e le attività del servizio siano integralmente di natura intellettuale e non solo prevalenti”*.

Secondo il Collegio invece, i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l’art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50 del 2016 sono quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 17 MARZO 2021, n. 2292 – *Principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia.***

Nella sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha confermato la statuizione del giudice di prime cure, rilevando l’illegittimità dell’operato dell’Amministrazione per violazione del principio di rotazione nell’ambito della procedura di evidenza pubblica da essa indetta, in considerazione della partecipazione alla stessa del gestore uscente del medesimo servizio oggetto di gara, in seguito risultato aggiudicatario anche di quest’ultima.

In particolare, l’aggiudicazione, secondo il Collegio, risulterebbe *“viziata dalla irrituale modalità di selezione della platea dei competitori e va, perciò, annullata, unitamente alla determinazione di indizione (...) nella parte relativa all’ammissione [del gestore uscente, n.d.r.] alla procedura”*.

La pronuncia sottolinea il rilievo assunto dal principio in parola, precisandone la funzione di *“necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata”* e, più in generale, la finalità di *“evitare la formazione di rendite di posizione”* e di

perseguire *“l’effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio”*.

In tal modo, il Consiglio di Stato ha dato continuità all’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’art. 36, comma 1 del Codice dei contratti pubblici *“contiene una norma pro-competitiva che favorisce l’ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di “saltare” il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti”*, così garantendo i principi di cui all’ art. 97 Cost., poiché *“l’aumento delle chances di partecipazione dei competitors “esterni” (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l’efficienza e l’economicità dell’approvvigionamento dei servizi”*.

Neppure l’espletamento di una preventiva indagine di mercato consentirebbe di derogare il principio di rotazione nell’ambito delle procedure relative ad affidamenti che abbiano ad oggetto prestazioni in tutto o in parte analoghe a quelle del contratto precedentemente affidato; peraltro, negli affidamenti sottosoglia, l’applicazione generalizzata del principio in parola troverebbe un limite di carattere generale nel solo caso di selezione mediante procedura aperta.

La sentenza ha in proposito rilevato che, contrariamente a quanto avvenuto, sarebbe stato onere della stazione appaltante indicare *“le ragioni per cui il principio di rotazione non poteva, nel caso di specie, essere osservato, a causa della ristrettezza ab origine degli operatori economici del settore ovvero della sostanziale ed effettiva diversità dell’oggetto e delle caratteristiche dei due affidamenti”*.

➤ **TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 8 APRILE 2021, n. 867 – Verifica di congruità del costo della manodopera di cui all’art. 97, comma 10, del Codice dei Contratti Pubblici**

I giudici salernitani, nella pronuncia in esame sono partiti da una ricostruzione della *ratio* sorreggente la verifica del costo della manodopera di cui all’art. 95, comma 10, secondo la quale essa mirerebbe ad accertare la congruità del valore dichiarato non sulla base dell’affermato rispetto delle garanzie retributive dei lavoratori, ma delle caratteristiche specifiche dell’impresa e dell’offerta, considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l’esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, al fine di determinare il costo orario delle maestranze destinate all’esecuzione dell’appalto e verificare così il rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall’art. 97, comma 5, lett. d, del medesimo decreto (disposizione questa a cui fa rinvio l’art. 95, comma 10, ai fini della verifica del costo della manodopera

condotta contestualmente o separatamente da una verifica di congruità complessiva dell'offerta).

Nel dispositivo il Collegio ha chiarito che, ai fini della verifica della congruità dell'offerta presentata in sede di gara, in riferimento al costo della manodopera, non assume rilevanza il parametro ANCE che, se può costituire un utile riferimento per corroborare le valutazioni di congruità del costo del lavoro, quale canone riferito a dati generali e aggregati (percentuale generale del costo del lavoro per singola tipologia di lavorazione), non può costituire unico fondamento dell'analisi condotta dalla Stazione appaltante.

➤ **TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. I, 15 MARZO 2021, n. 255** – *Eterointegrazione alla disciplina delle gare telematiche e alle gare con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'art. 77 della Legge sulla contabilità dello Stato*

Nel caso di specie, una società impugnava il provvedimento di aggiudicazione in favore di altra società concorrente per violazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, nonché della *lex specialis* di gara, per non aver la Stazione appaltante convocato i concorrenti *ex aequo* in seduta pubblica e aver precluso agli stessi la possibilità di rilanciare prima di procedere al sorteggio.

Secondo la tesi della ricorrente, avallata dai giudici, infatti, l'art. 77 del R.D. n. 827/1924 sarebbe ancora applicabile, mediante eterointegrazione del bando, vista la sua mancata inclusione all'interno dell'art. 217 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "Abrogazioni" e l'assenza di una rilevabile forma di abrogazione tacita. Ai sensi dell'articolo citato *"Quando nelle aste al ribasso due o più concorrenti presenti all'asta facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione esclusivamente fra detti concorrenti e colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario. Ove nessuno di coloro che hanno presentato le medesime offerte sia presente o nel caso in cui i presenti non vogliano migliorare l'offerta, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario"*.

Dunque, nel silenzio degli atti di gara, trattandosi di norma inderogabile, il Collegio ha ritenuto che operi il meccanismo della eterointegrazione, da ritenersi compatibile sia con le gare telematiche che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sotto il primo profilo, è indubbio che le sedute di gara effettuate nell'ambito di una piattaforma telematica non debbano essere pubbliche, considerata la piena tracciabilità di ogni operazione compiuta, non occorrendo la pubblicità della fase di apertura delle offerte. Tale assunto, tuttavia, deve essere temperato, nelle rare ipotesi di offerte uguali tra concorrenti, con l'art. 77 del R.D. n. 827/1924, che impone alla Stazione appaltante di invitare i concorrenti a partecipare a una seduta pubblica per la presentazione del rilancio, riservandosi di effettuare, sempre in seduta pubblica, il sorteggio solamente in caso di permanenza dell'*ex aequo* (Cons. di Stato, sez. III, 30

dicembre 2020, n. 8537). Solamente in questo modo è possibile contemperare il carattere virtuale della pubblicità delle sedute nell'ambito di una gara telematica con il diritto dei concorrenti a proporre offerta migliorativa.

Quanto, poi, alla compatibilità con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Collegio ha sottolineato che sebbene sia indubbio che l'art. 77 rappresenti un istituto ideato per le aste pubbliche da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso, lo stesso consente di riaprire la fase competitiva, mediante l'esperimento della miglioria limitatamente al contenuto economico delle offerte, lasciando comunque intatta la precedente valutazione degli elementi tecnici.

---

In collaborazione con gli Studi Legali

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