

NEWSLETTER N. 18/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente del 26 maggio 2021: “Indicazioni in merito al conferimento interno dell’incarico di direttore dei lavori”.**

Con il comunicato in rassegna il Presidente Busia ha fornito alle stazioni appaltanti indicazioni operative e di supporto laddove decidano di affidare al proprio interno le attività di direzione dei lavori.

Attraverso una lettura sistematica delle disposizioni codicistiche (artt. 24, 101, 111) è stato evidenziato che laddove le stazioni appaltanti perseguissero tale opzione, le stesse devono individuare, prima dell’avvio della procedura, il direttore dei lavori, specificandone il nominativo. Inoltre, il direttore dovrà essere scelto tra i dipendenti: a) dei propri uffici tecnici; b) degli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori eventualmente costituiti da Comuni e rispettivi consorzi, unioni, aziende sanitarie, etc. ; c) degli organismi di altre P.A. di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge.

➤ **ANAC – Nuova versione del servizio per l’emissione di Certificati Esecuzione Lavori (CEL).**

È stata resa disponibile la nuova versione del servizio per l’emissione dei CEL da parte delle Stazioni appaltanti e il relativo Manuale dell’utente aggiornato.

Tra le novità introdotte si segnala la possibilità di inserire e modificare i dati delle imprese partecipanti gestione delle persone giuridiche già disponibili.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE DEI CONTI, LAZIO, SEZ. GIURISDIZ., 8 GIUGNO 2021, n. 509 – L’attività di patrocinio in giudizio non rientra nell’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.**

La Corte dei Conti è stata chiamata a pronunciarsi nel merito di un giudizio di responsabilità erariale promosso nei confronti di alcuni dirigenti di una società pubblica, per via di una serie di affidamenti di incarichi professionali ad alcuni legali esterni, avvenuti in assenza di una procedura comparativa.

Il Collegio ha rigettato la domanda ravvisando la legittimità degli affidamenti effettuati, stante la non necessità di una procedura concorrenziale per l’affidamento dei contratti finalizzati alla sola difesa giudiziale. In particolare, il Collegio ha affermato il principio secondo il quale, ai sensi dell’attuale Codice dei contratti pubblici, l’affidamento di un

servizio legale da parte di una pubblica Amministrazione non è soggetto ad una procedura comparativa, laddove questo abbia ad oggetto *“un singolo incarico di patrocinio occasionato da puntuali esigenze di difesa”*. Infatti, riprendendo l’orientamento del Consiglio di Stato formatosi già con riguardo al vecchio Codice, mentre l’attività di assistenza e consulenza giuridica (caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell’oggetto e dalla durata) è qualificabile come appalto di servizi, tale non è l’incarico finalizzato alla sola difesa tecnica, stante la sua ascrivibilità ai contratti di prestazione d’opera intellettuale e la prevalenza dell’elemento fiduciario, in ragione dei quali tali incarichi restano esclusi dall’ambito di applicazione del Codice.

Anche in sede eurounitaria, d’altro canto, si è data dirimente rilevanza al carattere fiduciario delle prestazioni in esame: *“da un lato, un siffatto rapporto intuito personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione della qualità che si attende dai servizi da prestare. Dall’altro, la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente (...) potrebbe essere minacciata dall’obbligo, incombente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni”* (così, C-265/18 del 6 giugno 2018).

Nonostante, dunque, l’ANAC abbia sottolineato l’esigenza di rispettare i principi dell’art. 4 dell’attuale Codice, ad avviso della Corte dei Conti ciò non esclude la possibilità di effettuare un affidamento diretto ad un professionista determinato, nel rispetto delle Linee Guida n. 12.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 7 GIUGNO 2021, n. 4299 – Annotazione al Casellario Informatico ANAC – Limiti normativi e funzionali.**

I giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati sul tema dell’annotazione al Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: in particolare, all’ANAC è attribuito il potere di annotare, oltre alle iscrizioni previste dall’art. 80 del Codice, anche tutte le informazioni che l’ANAC ritiene *“utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) (...)”*.

La finalità del compito affidato all’Autorità, utilizzando le parole del Collegio, *“consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici”*.

Tuttavia, in questa prospettiva, il concetto di utilità della notizia da iscrivere va collegato al contenuto normativo del requisito o della causa di esclusione, il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell’ambito della singola procedura di gara. In definitiva, il potere dell’ANAC non costituisce un potere di valutazione tecnica (né discrezionale), ma un’attività di ricognizione e di mero accertamento di un fatto nei limiti della sua esistenza, al netto di ogni profilo di matrice valutativa.

Peraltro, come rilevato da recente giurisprudenza, l'annotazione al casellario deve altresì includere una motivazione che espliciti le ragioni per le quali si è ritenuta "utile" la notizia da iscrivere. Infatti, l'ANAC, non essendo sufficiente l'astratta utilità dell'informazione ai fini dell'iscrizione, è chiamata in ogni caso a procedere ad "*un'attenta valutazione dell'utilità in concreto dell'annotazione ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità dell'operatore che le stazioni appaltanti avrebbero potuto compiere in relazione a successive procedure di gara* (Cfr. Cons. Stato. Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318)".

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 24 MAGGIO 2021, n. 3996 – Assenza della dichiarazione dei costi sostenuti a titolo di oneri per la salute e la sicurezza determina l'automatica esclusione dell'offerta.**

Il Collegio ha sottolineato che la mancata dichiarazione dei costi sostenuti a titolo di oneri per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro equivale al mancato scorporo di una voce di costo dell'offerta essenziale, tale da integrare la violazione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici e comportare automatica esclusione dell'offerta. La disposizione andrebbe letta in combinato con l'art. 97, comma 5, lett. c), del Codice (*i.e.* offerta anormalmente bassa), che obbliga le stazioni appaltanti a richiedere al concorrente giustificazioni sul ribasso offerto e ad escluderlo quando «*sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture*».

Il Consiglio di Stato ha ribadito la rilevanza della formalità imposta dalla disposizione del Codice, la cui finalità consiste nel consentire di verificare se l'operatore economico abbia adempiuto in modo congruo ai propri obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

Ciò in conformità al diritto euro-unitario, avendo la Corte di Giustizia previsto l'esclusione dell'offerta, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non sia stato specificato nella documentazione della gara d'appalto, purché tale condizione sia chiaramente prevista dalla normativa nazionale in materia e quest'ultima espressamente sia stata richiamata nella medesima documentazione (così *CGUE del 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna Srl*).

Nel caso di specie, la *lex specialis* ha riprodotto espressamente l'art. 95, co. 10 e l'art. 97, co. 5, lett. c) del Codice. Inoltre, superare la previsione normativa «*adombra un criterio di esenzione da un obbligo dichiarativo imperativamente previsto dalla legge*», cui l'aggiudicataria si è sottratta arbitrariamente, in ragione delle grandi dimensioni dell'azienda e sulla base del minimo onere economico per la sicurezza dei lavoratori richiesto per l'esecuzione dell'appalto.

➤ **TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I, 27 MAGGIO 2021, n. 165** – *Annullamento e riedizione della gara: il corretto rimedio processuale per la successiva aggiudicazione illegittima consiste nel giudizio di ottemperanza.*

Con la pronuncia in commento il TAR friulano ha avuto modo di chiarire che qualora la Stazione appaltante, in ossequio alle prescrizioni impartite nella sentenza di appello, abbia proceduto a una parziale riedizione della gara confermando l'aggiudicazione originariamente impugnata, il corretto rimedio processuale da esperire consiste nella proposizione di un ricorso per l'ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato e non già – come invece ritenuto dal ricorrente – in un'ordinaria azione di annullamento al TAR avverso la confermata aggiudicazione.

Infatti, pur riconoscendo come le censure formulate dal ricorrente concernessero *“un segmento di attività nuovo, nel cui esercizio l'amministrazione conservava margini di libertà decisionale”*, il TAR ha tuttavia rilevato che *“l'ampiezza di questi margini di libertà non può che determinarsi “per sottrazione”, dovendosi preliminarmente perimetrare la portata dell'effetto conformativo e ricostruirne l'incidenza sul potere”*. In altri termini, ha precisato il Collegio, *“la stessa distinzione tra ciò che si colloca “dentro” o “fuori” alla portata del giudicato, tra ciò che costituisce manifestazione di un potere conformato dalla pronuncia e ciò che costituisce esercizio della residua discrezionalità da riconoscere all'amministrazione (a sua volta strumentale alla distinzione tra vizi di nullità per violazione/elusione del giudicato e illegittimità autonome), presuppone, sul piano logico prima che giuridico, una determinata interpretazione del dictum del Consiglio di Stato, che non può essere operata dall'adito Tar”*.

➤ **TAR PIEMONTE, SEZ. I, 25 MAGGIO 2021, n. 536** – *Il giudizio di equivalenza nei contratti pubblici da parte della Commissione giudicatrice è espressione di discrezionalità tecnica.*

Il Collegio piemontese, pronunciandosi sul tema della ragionevole applicazione dei principi di massima concorrenza e di equivalenza da parte della Amministrazione appaltante nell'ambito dei confini delineati dalla legge di gara, ha chiarito come il principio di equivalenza, che permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica si ponga a presidio del principio comunitario di libera concorrenza e nell'ottica del *favor participationis* da parte degli operatori economici sostanzialmente in grado di garantire quanto richiesto dall'Amministrazione, atteso che, ai sensi dell'art. 68, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 - attuativo dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE - *“le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”*.

Rispetto al richiamato principio (recepito ed espresso, nel nostro ordinamento, all'art. 68 del Codice, ai sensi del quale l'Amministrazione appaltante non può escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche se l'offerente dimostra *“che le soluzioni*

proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”) la giurisprudenza maggioritaria ha costantemente rimarcato il carattere “funzionale” dello stesso intendendolo in termini di maggiore flessibilità dei parametri valutativi delle offerte tecniche, legati a criteri di conformità sostanziale e non anche formalistici (a salvaguardia della *par condicio* dei concorrenti e delle indebite restrizioni della concorrenza che potrebbero verificarsi). Allo stesso tempo, la giurisprudenza ha altresì rilevato che l’equivalenza funzionale del prodotto offerto dall’operatore economico - ai sensi dell’art. 68, comma 7, del D.lgs. 50/2016 - possa essere dimostrata con qualsiasi mezzo appropriato in sede di gara dall’operatore (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 1° ottobre 2019, n. 6560).

Sotto tale profilo, il TAR torinese - escludendo che l’offerta dell’aggiudicataria potesse essere qualificata come “difforme” rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara (proprio in ragione del dimostrato raggiungimento degli standard tecnico-qualitativi richiesti dalla *lex specialis* - ha puntualizzato, quanto all’esplicitazione del giudizio di equivalenza ed ai margini di valutazione dell’Amministrazione appaltante, che la commissione giudicatrice “*può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404) e, rispetto agli appalti di fornitura, che “*la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è quindi generalmente ritenuta sufficiente a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell’offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche* (Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093; Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2021, n. 1863); giudizio di equivalenza che, sempre secondo il TAR, costituisce esercizio di discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, scrutinabile dal giudice amministrativo esclusivamente sotto il profilo della “*manifesta illogicità, della violazione dei limiti normativi, del rispetto della genuinità della gara in stretta correlazione con il principio di concorrenza e di massima partecipazione alla gara, nel rispetto dell’art. 68 del Codice dei Contratti pubblici, e ancora del travisamento palese dei fatti, del difetto di motivazione nonché dell’evidente contraddittorietà e irragionevolezza della decisione adottata dalla stazione appaltante, in esito alla disamina delle differenti offerte tecniche presentate*” (TAR Lazio, Sez. I, 1 aprile 2019, n. 4247).

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