

Rassegna giurisprudenziale in materia di appalti pubblici

Avv. Caterina Di Marzio

1. Consiglio di Stato sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491. Provvedimento di conferma propria. Annotazioni nel casellario informatico (art. 80, co. 5, lett. c-bis ed f-bis del d.lgs. n. 50 del 2016). 2. Corte Costituzionale sentenza 23 novembre 2021, n. 218. Illegittimità delle disposizioni di cui all'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle conseguenti linee guida n. 11 ANAC. 3. Consiglio di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101. Lex specialis. Giurisdizione amministrativa ed ordinaria. Subappalto. 4. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 25 gennaio 2022, n. 2. Modifiche soggettive di un raggruppamento temporaneo d'impresе in fase di esecuzione ed in fase di gara.

1. Consiglio di Stato sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491. Provvedimento di conferma propria. Annotazioni nel casellario informatico (art. 80, co. 5, lett. c-bis ed f-bis del d.lgs. n. 50 del 2016).

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato focalizza l'attenzione su una questione relativa al provvedimento, di secondo grado, di riesame. Preliminarmente si afferma che si è in presenza di un provvedimento di conferma, e non di un atto di mera conferma, con cui si attesta l'esistenza di un provvedimento già emesso, nell'ipotesi in cui (come nella fattispecie) l'ANAC procede all'esame ed alla valutazione di una richiesta di riesame proveniente dall'esterno, ovvero dal privato interessato, ancorché si ritenga insussistente *"alcuna rilevante sopravvenienza di fatto che imponga una rivisitazione del provvedimento"*.

A dar man forte a tale argomentazione è la circostanza che sia stata svolta un'istruttoria, con nuova ponderazione degli interessi, valutando i fatti portati - dal terzo istante - a fondamento della propria richiesta. Nel caso in esame si è in presenza di una conferma propria.

Il ricorso oggetto di esame da parte del Giudice amministrativo di primo grado, la cui sentenza è stata appellata dinanzi al Consiglio di Stato, riguarda la delibera ANAC di annotazione della sanzione interdittiva e la successiva nota di risposta alla richiesta di differimento della stessa annotazione. Tale annotazione prende luogo dalla presunta violazione - secondo l'ANAC - dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006 inerente le false attestazioni in ordine ai requisiti necessari per la partecipazione alle gare d'appalto e conseguente ad omessa dichiarazione da parte della procuratrice speciale della società appellante, sanzionata, dall'Autorità, con l'annotazione nel casellario informatico.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse dalle disposizioni inserite nell'art. 80, co. 12, del vigente d.lgs. n. 50 del 2016 ritiene che soltanto le false dichiarazioni - così come previsto anche dall'allora art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 - assumono valore *"nella prospettiva della segnalazione all'ANAC, la quale, ove la ritenga resa con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalla gara e dagli affidamenti di subappalti"*. La interpretazione letterale della norma è ermeneutica e non ammette estensione alcuna alle omesse dichiarazioni.

Ed ancora, ritiene il Consiglio di Stato come l'annotazione nel casellario abbia certamente natura sanzionatoria comportando, per un dato temporale, l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalti, tuttavia, anche in presenza di falsa dichiarazione o falsa documentazione, la stessa non si configura come atto dovuto ma impone un giudizio di imputabilità in termini di dolo o colpa grave.

In merito all'elemento soggettivo, nella sentenza di appello si precisa che la falsa dichiarazione richiede la presenza di un dolo generico (e non di un dolo specifico) in quanto *"la non veridicità delle dichiarazioni fornite dall'impresa alla stazione appaltante presuppone la coscienza e volontà di rendere una dichiarazione falsa"*. Conclude, il Giudice d'appello, nella sentenza in esame, rammentando che, lo stesso art. 45, comma 2, lett. g), della direttiva 2004/18/CE, laddove consente (e non obbliga) l'esclusione dalla gara dell'operatore economico *"che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni"*, richiede l'esistenza, e la sua verifica, di uno stato di grave colpevolezza, non sempre, come nel caso di specie, rinvenibile.

2. Corte Costituzionale sentenza 23 novembre 2021, n. 218. Illegittimità delle disposizioni di cui all'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle conseguenti linee guida n. 11 ANAC.

La Corte Costituzionale è chiamata a decidere sulla legittimità dell'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 1, comma 1, lettera iii) della legge di delega n. 11 del 2016 recante, a sua volta, disposizioni per l'attuazione, tra le altre, della direttiva 2014/23/UE, il quale obbliga le concessionarie, già in essere alla data di entrata in vigore della norma, le cui concessioni sono state assegnate senza far ricorso alla finanza di progetto od alle procedure ad evidenza pubblica, ad esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, e di realizzare la restante parte di tali attività tramite società *in house* o società

controllate o collegate ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Il legislatore ha inteso porre, difatti, la *ratio* della norma nella volontà di allargare il mercato, attraverso procedure di gara pubbliche, nei casi in cui, a monte, ci siano stati affidamenti diretti - a determinate concessionarie - nei settori strategici. Per il medesimo motivo sono poste, sotto il faro della Corte, le linee guida n. 11 approvate con deliberazione ANAC n. 614 del 4 luglio 2018, richiedenti l'attuazione delle disposizioni di cui all'art. 177 di cui sopra. A tal fine si rammenta che il comma 2 dell'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016 individuava nel termine di ventiquattro mesi (più volte prorogato) il periodo di adeguamento (secondo quanto previsto nella legge di delega) e nel comma 3 si rimetteva ad apposite linee guida dell'ANAC (le linee guida n. 11 sopra richiamate) il compito di definire le modalità di verifica del rispetto del limite di cui al comma 1, prevedendo una penale in caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi.

Le sopra richiamate linee guida n. 11 sono state, successivamente, oggetto di aggiornamento con delibera 26 giugno 2019, n. 570 (Linee Guida n. 11 recanti «*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*»).

La Corte costituzionale ritiene illegittima la disposizione di cui all'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto contrastante con l'art. 41 della Cost., laddove impone ai concessionari di affidare le attività oggetto di concessione, nella loro totalità, a terzi, per l'80% tramite procedure di gara ed il restante 20% da eseguire *in house* o tramite società con privati. Detto obbligo è da considerarsi, infatti, irragionevole poiché finisce con lo svuotare il soggetto concessionario della propria natura imprenditoriale, tramutandolo in un mero organo burocratico, ovvero in una mera stazione appaltante. Viene, pertanto, fortemente limitata la libertà di scelta dell'esercizio della propria attività imprenditoriale protetta e tutelata dall'art. 41 della Cost. che garantisce non soltanto la libertà di scegliere se avviare una attività economica ma, anche, il libero svolgimento della stessa.

Non solo. Si ritiene illegittimo anche l'obbligo di radicale esternalizzazione delle attività ove si guardi agli impegni assunti dai concessionari i quali, in ragione delle convenzioni sottoscritte, hanno predisposto organizzazioni imprenditoriali, con mezzi e personale, nei confronti delle quali sono tenuti al rispetto di oneri e vincoli certamente rilevanti.

La scelta del legislatore non supera, quindi, la "*doverosa verifica di proporzionalità*", pertanto, nel perseguire l'obiettivo della tutela della

concorrenza, avrebbe dovuto disporre l'esecuzione della verifica dell'obbligo "di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo, ad esempio, laddove la posizione del destinatario apparisse particolarmente meritevole di protezione". Nello stesso modo doveva essere dato adeguato bilanciamento alla piena concorrenza ed alla libera aspirazione di proseguire l'attività imprenditoriale.

Conseguentemente viene dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), dell'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e, per l'effetto, dei successivi commi 2 e 3 del medesimo articolo.

3. Consiglio di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101. Lex specialis. Giurisdizione amministrativa ed ordinaria. Subappalto.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza *de qua*, è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una aggiudicazione conseguente ad una procedura di gara per la concessione del "servizio di ristorazione a basso impatto ambientale per le mense scolastiche ed i centri diurni socio terapeutici riabilitativi", indetta da una amministrazione comunale. Diversi sono gli arresti giurisprudenziali.

Innanzitutto si ribadisce che il capitolato speciale contiene normalmente disposizioni afferenti la fase di esecuzione del contratto, diversamente, nel bando di gara e nel disciplinare di gara insistono disposizioni riguardanti la procedura di gara. Pertanto, la prescrizione secondo cui il servizio "potrà essere espletato utilizzando uno o più centri cottura", e la disposizione secondo cui l'impresa appaltatrice deve assumere l'impegno a dotarsi di centri di cottura al momento dell'avvio del servizio, quale oggetto della *lex specialis*, è presupposto indispensabile per l'esecuzione del contratto non potendo, quindi, assumere il ruolo di requisito di ammissione alla gara.

In merito ai profili di illegittimità - evidenziati dai ricorrenti ed accolti nella sentenza di primo grado - degli atti autorizzativi richiesti per l'apertura del centro di cottura e per l'esercizio dell'attività, stabilisce il Consiglio di Stato che essi non possono costituire oggetto del presente giudizio giacché finiscono con "l'investire tematiche esulanti dall'ambito proprio della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" (ai sensi dell'art. 133, comma 1,

lettera e), n. 1, del Codice del processo amministrativo". Essi, quindi, in quanto controversie relative alla fase esecutiva dei contratti pubblici vanno assegnati alla giurisdizione ordinaria (per tutte, Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanza 10 gennaio 2019, n. 489).

In materia di subappalto, infine, il Giudice d'appello ritiene legittimo il superamento del limite del 30% da parte dell'aggiudicataria. Difatti la norma del codice dei contratti che pone un tetto al subappalto va disapplicata in quanto viola le disposizioni comunitarie in materia (si fa riferimento, in tal senso, alle sentenze della Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; e del Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389).

4. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 25 gennaio 2022, n. 2. Modifiche soggettive del raggruppamento temporaneo d'impresa in fase di esecuzione ed in fase di gara.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza in oggetto, ritiene legittima la modifica soggettiva "in diminuzione" di un raggruppamento d'impresa dovuta a perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte della mandante o della mandataria e ciò sia in sede di procedura di gara che in fase di esecuzione.

Non solo. Qualora la modifica soggettiva intervenisse in sede di gara, spetta al r.t.i. informare la stazione appaltante della perdita dei requisiti ed alla stessa stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016 conferire con il r.t.i. e, qualora questi lo voglia, permettergli, entro un congruo lasso di tempo, ed in ragione del principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata, di riorganizzarsi e procedere nella gara di appalto. Ciò nel rispetto del principio di massima partecipazione alla procedura di gara.

Pertanto, stante il regime di immodificabilità della composizione dei r.t.i. rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta, di cui all'art. 48, comma 9, del codice dei contratti, il legislatore ammette eccezioni nelle ipotesi di cui ai commi 17 e 18 del medesimo articolo dovute a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, sempre che non siano addizionali nel senso che investano soggetti che non abbiano partecipato alla gara o che, pur avendo partecipato, ne siano stati esclusi.

Allo stesso modo, ex comma 19 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, al di fuori dei casi prescritti nei commi 17 e 18, è ammesso il recesso di una o più imprese facenti parte del raggruppamento, a) per motivi organizzativi; b) sempre che la impresa o le imprese rimanenti conservino i requisiti di

capacità ad eseguire la restante parte di lavori, servizi o forniture e c) sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia “finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara”.

Le suddette eccezioni (alla immodificabilità del r.t.i.), ai sensi dell’art. 48, comma 19 ter, trovano applicazione anche in fase di gara.

L’Adunanza plenaria ritiene, quindi, doversi adottare una interpretazione “estensiva” delle modifiche introdotte all’art. 48 dall’art. 32, comma 1, lett. h) del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56. Specificamente sostiene che le eccezioni alla immodificabilità della composizione soggettiva del r.t.i., ampliate ai casi di perdita dei requisiti richiesti dall’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, vadano riconosciute sia qualora detta circostanza si verifichi in corso di esecuzione che in fase di gara poiché una diversa interpretazione porterebbe ad elidere il principio di ampia partecipazione delle imprese e di apertura del mercato, non solo, in condizioni di parità si darebbe adito ad una disparità di trattamento tra diverse sopravvenute ipotesi, soprattutto laddove le ipotesi per le quali le eccezioni sono ammesse si rilevano essere più gravi della perdita dei requisiti di cui all’art. 80 del codice dei contratti, come nei casi previsti dalla normativa antimafia e, dipoi si verrebbe a creare una responsabilità oggettiva in capo alle imprese “incolpevoli” riguardo a fatti altrui con una particolare *culpa in eligendo*.

(Pubblicato sulla Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 1-2 del 2022)