

Deloitte.
Legal



The Public and
Administrative
Newsletter

settembre 2024



Indice

TAR Bari, Sez. Unica, 16 settembre 2024, n. 975

in materia di violazioni non definitivamente accertate agli obblighi tributari

Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7475

in materia di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione

TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 12 settembre 2024, n. 3010

in materia di calcolo della soglia di anomalia

TAR Basilicata, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 438

in tema di chiarimenti degli errori materiali del disciplinare di gara

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 9 settembre 2024, n. 1641

in materia di regolarità fiscale e grave illecito professionale

Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2024, n. 7468

in tema di revoca dell'iscrizione e cancellazione dall'Albo fornitori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6965

in tema di validità del contratto di avalimento

Decreto legge 16 settembre 2024, n. 131

Concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali – procedura di infrazione –
Direttiva 2006/123/CE

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518

questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del
previgente codice dei contratti pubblici

Autorità nazionale anticorruzione

comunicato del 25 settembre 2024

Autorità nazionale anticorruzione

comunicato del 4 settembre 2024

Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli atti normativi

parere del 29 agosto 2024, n. 1154

Autorità nazionale anticorruzione

pubblicazione del 9 agosto 2024

Giurisprudenza

TAR Bari, Sez. Unica, 16 settembre 2024, n. 975

in materia di violazioni non definitivamente accertate agli obblighi tributari

Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7475

in materia di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione

TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 12 settembre 2024, n. 3010

in materia di calcolo della soglia di anomalia

TAR Basilicata, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 438

in tema di chiarimenti degli errori materiali del disciplinare di gara

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 9 settembre 2024, n. 1641

in materia di regolarità fiscale e grave illecito professionale

Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2024, n. 7468

in tema di revoca dell'iscrizione e cancellazione dall'Albo fornitori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6965

in tema di validità del contratto di avalimento

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518

questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del previgente codice dei contratti pubblici

Massima



È illegittima l'esclusione della società che incorra nell'ipotesi di cui all'art. 95, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in materia di violazioni non definitivamente accertate agli obblighi tributari poiché, nelle more della definizione del contenzioso tributario avente ad oggetto l'impugnazione degli avvisi di accertamento, vi sono le condizioni per l'operatività del meccanismo di sospensione del pagamento delle imposte in contenzioso fiscale cui all'art. 15 del d.P.R. n. 602/1973.

Caso di specie



Una società ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento di un appalto misto di servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elevatori e di lavori di manutenzione straordinaria degli stessi. Dopo esser stata individuata in posizione utile per l'aggiudicazione, la società è stata esclusa in sede di controllo dei requisiti per difetto della c.d. regolarità fiscale.

In particolare, l'Agenzia delle Entrate ha comunicato l'insussistenza di gravi violazioni definitivamente accertate ma, al contempo, ha constatato la pendenza di talune violazioni non definitivamente accertate, riferite agli anni 2006-2007-2008 per cui erano pendenti diversi contenziosi davanti alle competenti sedi giurisdizionali.

L'Agenzia ha chiarito poi che l'unica posizione debitoria rilevante ai fini dell'aggiudicazione riguardava soltanto l'annualità 2008, anch'essa oggetto di contenzioso pendente.

A tal proposito, la società ha dichiarato di aver provveduto a versare un terzo delle imposte e degli interessi accertati, in pendenza di giudizio tributario di primo grado ai sensi dell'art. 15 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, osservando inoltre che la restante parte delle somme accertate risultava non dovuta – e, comunque, inesigibile – sino all'eventuale definizione negativa del giudizio.

Nonostante le precisazioni fornite, la stazione appaltante ha ritenuto sussistere gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse e, di conseguenza, ha escluso la società dalla relativa procedura ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d), dell'Allegato I.2 nonché dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

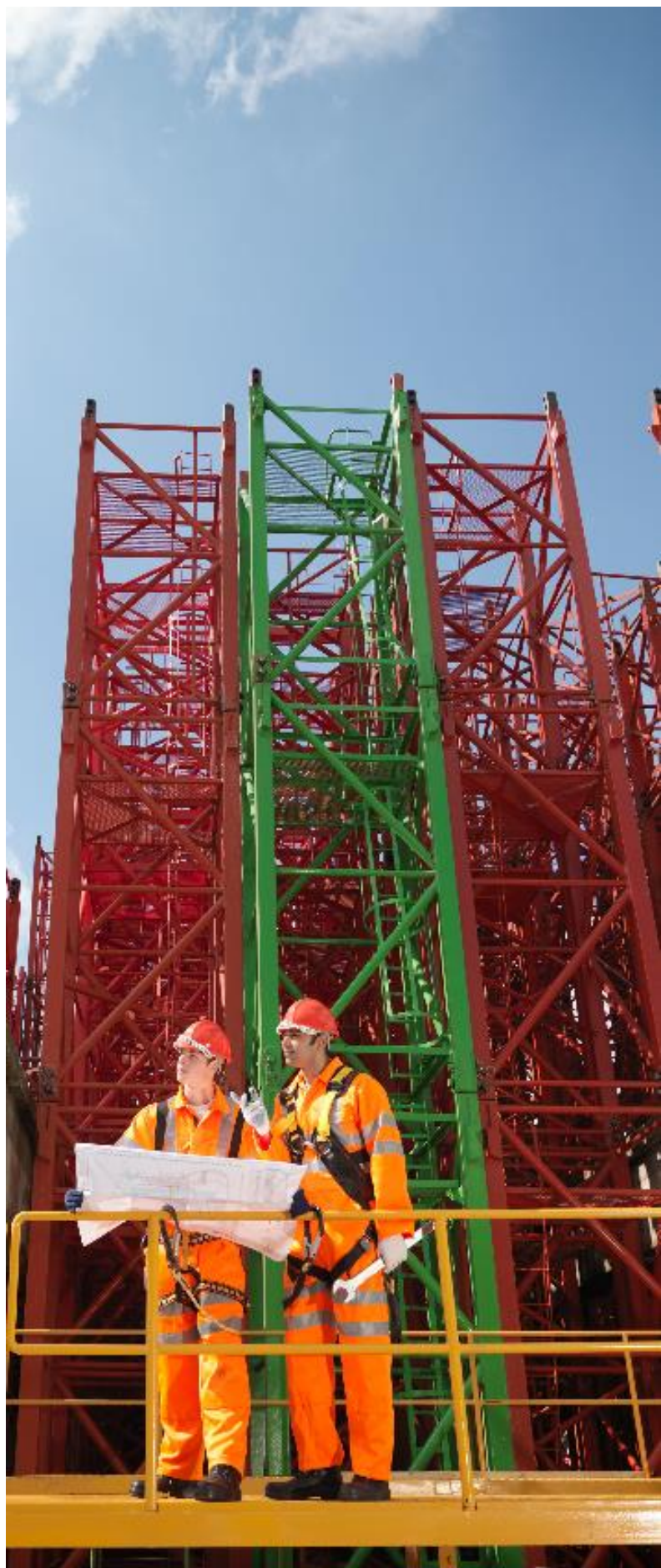
Avverso il provvedimento di esclusione è quindi insorta la società, proponendo azione di annullamento dinanzi al TAR Bari alla stregua di plurime censure. Il TAR ha accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato gli atti gravati dichiarando altresì, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria.

Motivi della decisione



Il Collegio ha anzitutto chiarito che la disciplina sulle cause di esclusione non automatica (a differenza di quelle automatiche) è connotata da un particolare *favor* per l'operatore economico imponendo alla stazione appaltante – anche in ossequio ai principi di cui agli artt. 1, 2, 3 e 5 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – di approfondire la verifica dei requisiti generali in ottica sostanziale mediante l'esperimento di un'apposita fase istruttoria e in contraddittorio con l'operatore economico.

Di conseguenza, il TAR, soffermandosi sulle peculiarità del meccanismo di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 602/1973, ha osservato che il pagamento di un terzo della posizione debitoria rende l'ammontare residuo – la cui effettiva debenza è oggetto di accertamento giudiziale – non esigibile in concreto e, pertanto, non dovuto all'attualità. Ne discende che non può una tale ipotesi giuridicamente rientrare nell'ambito delle "violazioni" delle obbligazioni tributarie che richiedono una connotazione "grave" al punto tale da poter determinare un giudizio motivato di esclusione dal procedimento di evidenza pubblica. Il Collegio ha inoltre rilevato come, da un lato, la gravità delle cause di esclusione non automatica vada valutata in considerazione del valore dell'appalto e, dall'altro, che l'esclusione stessa non opera quando l'operatore economico si sia impegnato in modo vincolante ad adempiere al pagamento, constatando altresì che detta ipotesi poteva dirsi verificata nel caso di specie.



Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7475

Responsabilità precontrattuale – revoca dell’aggiudicazione – d.lgs. 36/2023 (a cura di Francesca Rocchi)

Massima

L’amministrazione è chiamata a rispondere, a titolo di responsabilità precontrattuale, per la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase che precede la stipula del contratto, anche quando il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione non è tempestivamente impugnato. L’operatore economico ha infatti diritto al risarcimento del danno qualora dimostri che l’inerzia e i ritardi dell’amministrazione nella conclusione del contratto siano frutto di un “comportamento scorretto” alla stessa addebitabile.

Caso di specie

Una stazione appaltante ha bandito una gara di appalto per l’affidamento di *“lavori di manutenzione straordinaria occorrenti per il ripristino della piena efficienza del preesistente impianto di protezione catodica a correnti impresse per i pali in acciaio di sostegno degli impalcati del porto isola di Manfredonia”*.

Benché sollecitata dall’aggiudicatario attraverso lettere, diffide e incontri formali, la stazione appaltante ha atteso ben otto anni per procedere alla stipula del relativo contratto.



Ciò ha comportato la perdita – per la società aggiudicataria – del requisito di qualificazione SOA, alla cui mancanza la stessa ha tentato di sopperire attraverso un contratto di avvalimento.

Ciononostante, la stazione appaltante ha disposto la revoca e la decadenza dell’aggiudicazione in ragione dell’impossibilità di stipulare il contratto per la perdita di un requisito. Per tale ragione, la società ha adito il TAR Puglia chiedendo il risarcimento dei danni conseguenti all’illegittimo provvedimento di revoca e al comportamento colposo della stazione appaltante.

Il TAR ha dichiarato il ricorso inammissibile nella considerazione che il provvedimento di revoca non fosse stato tempestivamente impugnato, avendo la ricorrente *“introdotto mera azione risarcitoria, la quale è da ritenersi inammissibile, in quanto l’impugnazione tempestiva del provvedimento avrebbe potuto consentire la tutela ordinaria nella forma specifica dell’annullamento”*. Sicché l’aggiudicatario ha proposto appello innanzi al Consiglio di Stato.

Motivi della decisione



Il Consiglio di Stato, in controtendenza rispetto alle valutazioni espresse dal Giudice di prime cure, ha ritenuto l'appello fondato.

In primo luogo, il Collegio non ha condiviso la statuizione di inammissibilità – formulata dal TAR – con riguardo alla responsabilità precontrattuale, la quale prescinde dall'illegittimità provvedimentoale e dunque dall'esigenza stessa di impugnare il provvedimento. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la tesi dell'inammissibilità del ricorso trova applicazione con riguardo alla responsabilità civile da provvedimento amministrativo (art. 30, comma 3, c.p.a.), ma non anche con riguardo alla responsabilità precontrattuale, che, secondo il paradigma generale di cui all'art. 1337 c.c., impone alle parti di comportarsi, nella fase che precede la stipulazione del contratto, secondo buona fede in senso oggettivo. E ciò comporta che la responsabilità precontrattuale è in funzione del comportamento scorretto e non già dell'illegittimità provvedimentoale. In tal senso, i Giudici hanno ricordato che: *“il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento comporta che nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza,*

la violazione delle quali può fare nascere una responsabilità da comportamento scorretto, incidente sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze derivanti dall'altrui scorrettezza”.

In secondo luogo, il Collegio ha sostenuto che la circostanza per cui la richiesta di stipula del contratto è intervenuta dopo un arco temporale molto esteso (ben otto anni dopo l'aggiudicazione) e in assenza di una reale giustificazione o informazione, non può ritenersi priva di rilevanza causale nella perdita del requisito di classificazione SOA in capo all'aggiudicataria.

Per tale motivo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto alla società la possibilità di qualificarsi anche mediante contratto di avvalimento, sostenendo che *“è pur vero che vige il principio di continuità del possesso dei requisiti, generali e speciali (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8), ma tale regola non può essere interpretata in modo irragionevole e solamente formalistico; come è stato rilevato in giurisprudenza ad altri fini, “sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione” (Cons. Stato, III, 6 marzo 2017, n. 1050)”.*

In ragione di quanto sopra esposto, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso.

Massima



L'offerta che presenta un ribasso percentuale "pari" alla soglia di anomalia, descritta dal metodo A dell'allegato II.2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, deve essere automaticamente esclusa insieme alle offerte di ribassi superiori, come già previsto dalla disciplina previgente.

Caso di specie



Il Parco Archeologico Naxos Taormina ha indetto una procedura negoziata senza bando per l'affidamento e l'esecuzione dei lavori presso il Teatro Antico. Il disciplinare di gara ha previsto il minor prezzo quale criterio di aggiudicazione e demandato alla commissione di gara l'individuazione – tramite sorteggio – del metodo di calcolo della soglia di anomalia (tra quelli previsti nel metodo A punto 2 dell'allegato II.2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

A seguito dell'aggiudicazione, una delle società concorrenti ha presentato istanza d'accesso agli atti ottenendo, in particolare, l'ostensione delle copie dei verbali di gara con i ribassi proposti dagli altri quattro concorrenti. La disamina di detti documenti ha evidenziato che, il ribasso praticato dall'aggiudicataria coincidesse con la soglia di anomalia calcolata in coerenza con il metodo utilizzato dalla commissione di gara.

Per tale ragione, la società ha richiesto l'esclusione dell'aggiudicataria con conseguente assegnazione dell'appalto in proprio favore, avendo presentato il migliore ribasso immediatamente inferiore alla soglia di anomalia. Il Parco Archeologico ha tuttavia riscontrato negativamente la richiesta ricevuta, confermando l'aggiudicazione.

La società ha quindi adito il TAR Catania chiedendo l'annullamento, previa sospensione cautelare dei relativi effetti, degli atti adottati dalla stazione appaltante.



Motivi della decisione



Per tali ragioni il TAR ha accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato gli atti impugnati.

Il Collegio ha anzitutto evidenziato l'esistenza di un'aporia normativa nell'allegato II.2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Più precisamente, al punto 3) del Metodo A di calcolo della soglia di anomalia, si fa riferimento – per quanto concerne l'esclusione automatica delle offerte anomale – ai soli *“sconti superiori alla soglia di anomalia”*, mentre, ai precedenti punti 1) e 2) alle *“offerte che presentano un ribasso pari o superiore...”* a tale soglia.

Al riguardo il TAR ha osservato che l'infelice formulazione letterale possa essere risolta con l'ausilio della relazione di accompagnamento al nuovo codice degli appalti.

Dalla sua lettura, infatti, è possibile desumere che il Metodo A replica esattamente il metodo introdotto all'art. 97, commi 2 e 2-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tale linea interpretativa risulta, altresì, coerente con quanto rilevato dall'ANAC nella Delibera n. 536 del 21 novembre 2023, la quale ha evidenziato la volontà del legislatore di non compiere un'inversione di tendenza nelle modalità applicative dell'istituto e di salvaguardare la continuità con la previgente normativa.

Il Collegio ha quindi ritenuto che, facendo corretta applicazione del suddetto Metodo A, l'offerta che presenti un ribasso percentuale *“pari”* alla soglia di anomalia debba essere automaticamente esclusa insieme alle offerte di ribassi superiori, in conformità a quanto previsto dalla disciplina previgente.



Massima

I chiarimenti resi dalla stazione appaltante non possono emendare errori materiali o refusi contenuti nella documentazione di gara. Al contrario, questi devono essere corretti attraverso una rettifica formale da parte della stazione appaltante, seguendo le stesse modalità adottate per la pubblicazione del bando e del disciplinare di gara, e non, invece, tramite un semplice chiarimento.

Caso di specie

Una stazione appaltante ha indetto e poi aggiudicato una gara per l'affidamento del servizio di trasporto e avvio a recupero di rifiuti. Tra i requisiti di partecipazione alla gara è stata, in origine, prevista la certificazione UNI EN 15359:2011.

Senonché, mediante dei semplici chiarimenti, l'amministrazione ha apportato una sostanziale modifica ai requisiti di partecipazione alla gara rappresentando, in particolare, che l'art. 6.3. del disciplinare non si riferiva alla certificazione UNI EN 15359:2011 bensì alla certificazione UNI EN 15358:2011 e che l'errata indicazione costituiva un mero refuso. Per contestare l'operato della stazione appaltante, un'altra società partecipante alla procedura ha proposto impugnazione avverso la comunicazione di aggiudicazione definitiva e tutti gli altri atti di gara.



Il Collegio ha ritenuto fondato il ricorso per le motivazioni che seguono.

Motivi della decisione



Anzitutto, il TAR ha statuito che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una procedura di gara non hanno contenuto provvedimentale, “*non potendo costituire (...) integrazione o rettifica della lex specialis di gara*”. Sicché, la condotta dalla stazione appaltante nel caso di specie è da ritenersi illegittima dal momento che incide sull'individuazione di uno dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti ai fini della partecipazione alla procedura bandita. L'amministrazione ha infatti violato il principio della *par condicio* – immanente in tutte le procedure ad evidenza pubblica – atteso che “*si è dato luogo a una modifica non consentita delle regole alla base della selezione pubblica*”. A nulla rileva l'obiezione della controinteressata secondo cui l'indicazione della normativa UNI EN 15359:2011 fosse scaturita da un semplice errore materiale, in quanto – secondo il Collegio – “*l'errore materiale non [è] emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto (...) l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis [richiede] un'apposita rettifica del (...) disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento (...)*”.

Massima

Nelle gare pubbliche, il requisito di regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo. La rateizzazione del debito tributario si traduce infatti in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e la nascita di una nuova obbligazione tributaria.

Caso di specie

La società capofila di una centrale unica di committenza ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di ricerca e selezione del personale.

Detta stazione appaltante, nell'ambito delle verifiche eseguite sul FVOE dell'ANAC, ha estratto, con riferimento ad un partecipante, il certificato di irregolarità fiscale per "violazioni definitive" ed ha pertanto attivato il soccorso istruttorio, al quale l'operatore economico ha fornito riscontro allegando il provvedimento di accoglimento della richiesta di rateizzazione del debito.



Nonostante ciò, l'amministrazione ha ritenuto che il menzionato accordo di rateizzazione non fosse idoneo ad impedire l'esclusione *"dal momento che lo stesso per essere sanante, deve essere perfezionato «anteriamente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta», come testualmente prescritto dall'ultimo periodo del medesimo comma 6 del citato art. 94"* e che, peraltro, *"la fattispecie evidenziata è idonea ad integrare anche un illecito professionale grave [...]"* ed ha, per l'effetto, adottato il relativo provvedimento.

In ragione di ciò, la società ha proposto ricorso avverso l'esclusione, contestando che, alla data di trasmissione della domanda di partecipazione, la pendenza tributaria non potesse ritenersi *"definitivamente accertata"*, in quanto non erano ancora decorsi né il termine per il pagamento, né il termine per l'impugnazione innanzi alla Commissione Tributaria.

Il TAR adito ha rigettato il ricorso, ritenendo fondate le motivazioni poste dalla stazione appaltante a fondamento dell'esclusione.

Motivi della decisione



I Giudici, dopo aver ricostruito la disciplina delineata dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) in tema di cause di esclusione, con riferimento all'ipotesi di mancato pagamento di imposte, tasse e contributi, hanno chiarito che:

- le disposizioni richiamate *“introducono, quindi, un ineludibile criterio cronologico, prevedendo che la violazione si considera non definitivamente accertata ai fini dell'esclusione solo dopo la scadenza del termine decorrente dalla notificazione della cartella e sempreché quest'ultima risulti impugnata, condizione, quest'ultima, che segna la distinzione dai casi di esclusione automatica, allorché il contribuente non abbia invece proposto l'impugnazione”*;
- è in ogni caso sufficiente, al fine di escludere la rilevanza del debito, che l'operatore economico *“si impegni in modo vincolante a pagare”* e che tale condizione certamente si concretizza laddove intervenga un accordo di ristrutturazione o una rateizzazione.

Sicché, secondo il Collegio, continua ad avere piena validità il principio, più volte ribadito dal Consiglio di Stato e formatosi sotto la vigenza del precedente codice, in base al quale *“nelle gare pubbliche, il requisito di regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto,*

l'istanza di rateazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo, proprio in ragione del fatto che la rateizzazione del debito tributario del partecipante alla procedura selettiva si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e la nascita di una nuova obbligazione tributaria (Consiglio di Stato, n. 4374 del 2023; Cons. Stato n. 6001 del 2018; Cons. Stato, n. 4382 del 2014)”.

Il TAR ha poi rammentato che l'art. 96 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha previsto in capo all'operatore economico l'onere di comunicare tempestivamente il verificarsi di una causa di esclusione e le misure c.d. di *self-cleaning* adottate e sancisce espressamente che l'omissione di tale comunicazione (o la non veridicità della stessa), pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare nella valutazione sulla sussistenza di una condotta integrante illecito professionale.

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale, i Giudici – nel caso di specie – hanno ritenuto che:

- non ricorrono i presupposti per qualificare la fattispecie come violazione rilevante ai fini dell'adozione della determinazione escludente di cui all'art. 94, comma 6, stante la mancata realizzazione del sopra richiamato requisito cronologico (la cartella non era scaduta, né era decorso il termine per l'impugnazione della stessa);

- il provvedimento di esclusione resiste alle censure di parte ricorrente, avendo l'operatore economico violato il principio di continuità nel possesso dei requisiti e contravvenuto agli obblighi di comunicazione "ormai specificatamente posti a carico di tutti gli operatori economici".

Più nello specifico, la violazione del sopra richiamato principio si sarebbe verificata – sebbene alla data di presentazione dell'offerta la cartella non fosse ancora divenuta definitiva – in quanto l'operatore economico ha presentato l'istanza di rateizzazione successivamente alla domanda di partecipazione alla procedura. Il requisito di regolarità fiscale è dunque mancato nell'arco temporale ricompreso tra il termine di scadenza per l'impugnazione della cartella di pagamento e sino alla data di perfezionamento dell'accordo di rateizzazione.

Inoltre, dalla documentazione presentata in sede di partecipazione alla gara *de quo*, alcun cenno viene fatto alla cartella di pagamento. Tale omissione dichiarativa, unitamente alla tardiva richiesta di rateizzazione del debito tributario, è idonea – a detta dei Giudici – ad integrare un grave illecito professionale.

In ragione di quanto sopra argomentato, il TAR ha ritenuto il ricorso infondato e lo ha rigettato.



Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2024, n. 7468

Revoca dell'iscrizione e cancellazione dall'Albo fornitori – carenza di contraddittorio – motivazione del provvedimento – d.lgs. 50/2016 (a cura di Luigi Caccamo)

Massima



È illegittimo il provvedimento di revoca dell'iscrizione e cancellazione dall'Albo degli operatori economici che si basi esclusivamente sulla previa risoluzione per grave inadempimento di un rapporto contrattuale con l'ente concedente. Anche in tali casi devono infatti essere concesse all'operatore economico coinvolto idonee garanzie procedurali.

Caso di specie



Sulla base di un grave inadempimento relativo ad un precedente appalto, ANAS ha adottato, nei confronti di un consorzio stabile, un provvedimento di revoca della qualificazione con conseguente cancellazione dall'iscrizione dal proprio albo degli operatori economici. Il consorzio ha impugnato il provvedimento di revoca lamentando che lo stesso fosse stato adottato senza contraddittorio e sulla base di una generica contestazione. Il giudice di prime cure ha accolto il ricorso affermando che – seppur il giudizio di idoneità dell'operatore economico sia una valutazione discrezionale – il provvedimento in questione era viziato sotto il profilo motivazionale anche in considerazione dell'assenza di contraddittorio con l'interessato.

In particolare, la sentenza di primo grado ha sottolineato che l'esclusione dall'albo dei fornitori può essere sostanzialmente equiparata all'esclusione dalla gara di cui all'art. 80, comma 5, lettera c-ter, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, per tale motivo, la motivazione del relativo provvedimento non è suscettibile di meri richiami a provvedimenti precedenti. ANAS ha impugnato la sentenza di primo grado insistendo sulla legittimità del provvedimento di revoca in quanto assunto, a sua detta, nel rispetto di una norma negoziale accettata dal consorzio all'atto di iscrizione all'albo (art. 18 Regolamento ANAS). Inoltre, secondo l'appellante il provvedimento di revoca e cancellazione dall'Albo non avrebbe nulla a che vedere con l'esclusione dalla gara disciplinata dal codice dei contratti pubblici e sarebbe una derivazione logica del provvedimento di risoluzione per grave inadempimento del precedente contratto. Nel caso di specie, quindi, la motivazione del provvedimento di revoca, sempre secondo quanto sostenuto da ANAS, poteva essere desunta alla stregua del provvedimento di risoluzione precedente – non contestato in sede di giudizio.

Motivi della decisione



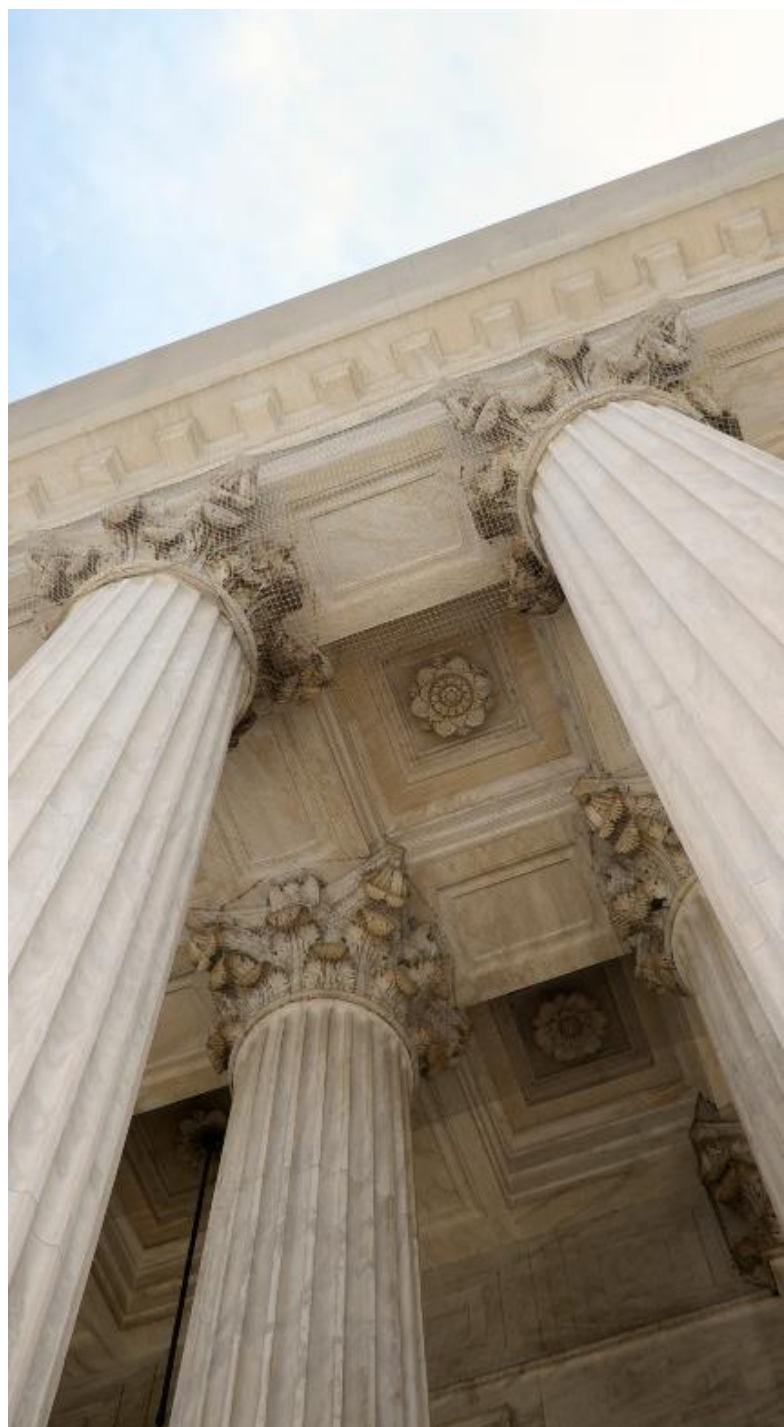
Il Consiglio di Stato ha rigettato le tesi di parte appellante.

Si legge infatti nella sentenza in commento che, in relazione al provvedimento impugnato, è evidente *“l’esiguità del supporto motivazionale (...), atteso che non è consentito desumere alcuna valutazione sulla gravità e sull’incidenza della vicenda risolutiva su cui si fonderebbe il giudizio di inaffidabilità”* del consorzio in relazione a future gare.

Il Collegio non ha condiviso neppure la tesi della *“derivazione logica”* del provvedimento dalla precedente risoluzione contrattuale. Infatti, ferma la discrezionalità della stazione appaltante nel determinare l’affidabilità di un operatore economico, in nessun caso può ritenersi sussistente un nesso di dipendenza tra un atto negoziale quale la risoluzione e un provvedimento distinto come quello oggetto di causa. È quindi necessario che vengano previste idonee garanzie procedurali e un contraddittorio affinché un atto negoziale come la risoluzione contrattuale giustifichi il giudizio di inidoneità di un operatore economico e ne comporti la cancellazione dall’albo dei fornitori della stazione appaltante. Infine, la sentenza ribadisce la sovrapposibilità della cancellazione dall’albo con l’esclusione dalle gare: entrambe situazioni la cui operabilità non può essere rimessa ad automatismi e necessita di un puntuale apprezzamento da parte del committente.

Sul punto, vengono richiamate le Linee Guida ANAC n. 6/2017 nella parte in cui prevedono che il *“requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all’idoneità dell’azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale”*.

Nei suesposti termini il ricorso in appello è stato rigettato.



Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6965

Contratti pubblici – contratto di avvalimento – D.lgs. 50/2016 (a cura di Maria Chiara Rinaldi)

Massima



È sufficiente, ai fini della validità del contratto di avvalimento, che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere. L'oggetto del contratto, pertanto, deve essere determinabile senza, tuttavia, spingersi sino alla rigida e pedissequa quantificazione dei mezzi d'opera o l'esatta indicazione numerica e delle qualifiche del personale messo a disposizione.

In particolare, l'appellante ha contestato la sentenza nella parte in cui ha ritenuto inammissibile ed infondata la prospettata nullità del contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria, per genericità e carenza dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria. L'inammissibilità sarebbe dipesa dall'intervenuta sostituzione dell'impresa ausiliaria, su richiesta della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Caso di specie



L'Autorità per la Gestione Integrata dei Rifiuti della Regione Abruzzo ha indetto una gara di appalto per l'affidamento del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti urbani nel Comune di Collecervino, per la durata di sei anni. Il servizio è stato aggiudicato, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad un RTI.

La cooperativa classificatasi seconda in graduatoria ha adito il TAR Abruzzo chiedendo l'annullamento della determina recante l'aggiudicazione in favore del RTI e degli ulteriori atti di gara. Tuttavia, il TAR ha respinto il ricorso ritenendo infondate tutte le censure proposte dalla suddetta cooperativa e, pertanto, quest'ultima ha impugnato la relativa sentenza dinanzi al Consiglio di Stato.

Motivi della decisione



Il Collegio ha reputato l'appello infondato.

In particolare, con riferimento alla nullità del contratto di avvalimento, ha ritenuto superati i profili di censura in ragione dell'intervenuto difetto di interesse, conseguente alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, in conformità alle disposizioni di cui all'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Il Collegio ha, in ogni caso, precisato che la questione sarebbe comunque infondata in quanto *“ai fini della validità del contratto di avvalimento è sufficiente che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, come confermato, ancora in tempi molto recenti, da Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2024, n. 119”*.

Difatti, con specifico riferimento alla clausola del contratto ritenuta generica dall'appellante, il Consiglio di Stato ha affermato che *“non può essere considerata, nel suo complesso, nulla per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, poiché nella sua prima parte (...) sono state indicate specificamente le risorse messe a disposizione, con la conseguenza che la seconda parte della clausola stessa (...) risulterebbe, a tutto concedere, superflua o addirittura "sovraabbondante", (...) ma in ogni caso non sarebbe suscettibile di determinare, di per sé, la nullità dell'intero contratto di avvalimento”*.

Peraltro, poiché l'appellante non ha contestato la legittimità, né della sostituzione né del nuovo contratto, sul punto non sono stati ravvisati neppure profili di illegittimità derivata, dovendosi dunque sostenere che la sostituzione dell'ausiliaria fosse avvenuta nel pieno rispetto dell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e che le questioni inerenti alla validità del contratto di avvalimento non avessero più rilievo.

Per tali ragioni, il Collegio ha respinto l'appello.



Novità normative

Decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131

Concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali – procedura di infrazione – Direttiva 2006/123/CE

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518

Questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicazione del 25 settembre 2024

Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicazione del 4 settembre 2024

Consiglio di Stato - Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Parere del 29 agosto 2024, n. 1154

Pubblicazioni ANAC del 9 agosto 2024

Vademecum sugli affidamenti diretti per lavori, servizi e forniture

Decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131

Concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali – procedura di infrazione – Direttiva 2006/123/CE (a cura di Roberta Mazzola)

È stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, entrato in vigore il 17 settembre 2024, contenente disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi derivanti da atti dell’UE e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano. Il decreto risulta cruciale per il rilancio e la gestione delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nel rispetto dei principi di libertà di stabilimento e parità di trattamento, in un’ottica di inclusività e sostenibilità.

Si segnala, in particolare, l’art. 1 del decreto-legge citato (rubricato “Disposizioni urgenti in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive – Procedura di infrazione n. 2020/4118”), con il quale sono state apportate delle modifiche alla legge 5 agosto 2022, n. 118, per porre fine al contenzioso con l’UE in materia di concessioni balneari, relativo all’applicazione della Direttiva 2006/123/CE (“Bolkestein”).

In particolare, si prevede che: (i) le concessioni in essere siano prorogate sino al 30 settembre 2027, oppure per “ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva” fino al 31 marzo 2028, al fine di consentire la predisposizione di nuove gare; (ii) per i rinnovi, le procedure di affidamento siano avviate almeno 6 mesi prima della scadenza del titolo concessorio (solo in sede di prima applicazione del decreto è previsto un termine più breve di 3 mesi con obbligo di avvio della procedura entro il 30 giugno 2027); (iii) la durata delle concessioni sia compresa tra i 5 ed i 20 anni, al fine di garantire al concessionario di ammortizzare gli investimenti effettuati; (iv) il concessionario uscente, qualora non si aggiudichi egli stesso la gara indetta per la nuova concessione, abbia diritto, previa perizia, ad un indennizzo a carico del concessionario subentrante, pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, nonché ad un’equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi 5 anni, sulla base di criteri stabiliti da un futuro decreto del MIT da adottarsi entro il 31 marzo 2025; (v) i lavoratori impiegati nella precedente concessione, i quali ricevevano da tale attività la prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, vengano obbligatoriamente assunti dal concessionario subentrante; (vi) il bando di gara sia pubblicato “sul sito istituzionale dell’ente concedente, e sull’albo pretorio online del comune ove è situato il bene demaniale oggetto di affidamento in concessione, per almeno 30 giorni, nonché, per le concessioni demaniali di interesse regionale o nazionale, nel Bollettino Ufficiale Regionale e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, e per le concessioni di durata superiore a 10 anni o di interesse transfrontaliero, nella Gazzetta Ufficiale dell’UE”.

Le concessioni per le quali le relative procedure erano già state indette ed avviate prima dell'entrata in vigore del decreto mantengono, invece, la propria validità, con conseguente scadenza del rapporto concessorio al momento dell'affidamento al nuovo soggetto individuato. Le nuove disposizioni non si applicano, altresì, a tutte le concessioni gestite da enti iscritti al CONI, al Registro Nazionale delle attività sportive dilettantistiche e da enti del terzo settore.

Le disposizioni introdotte si espongono al rischio di disapplicazione per contrasto con l'art.12, par. 2, della Direttiva Bolkestein, secondo cui "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami". Non a caso, la Commissione UE ha annunciato che non chiuderà nell'immediato la procedura di infrazione, attendendo la pubblicazione delle nuove gare, in segno di possibile sfiducia verso gli organi legislativi nazionali.

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518

Questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - (a cura di Matteo Di Lodovico)

Il Consiglio di Stato, con ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 80, comma 4, secondo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al principio di proporzionalità di cui all'art. 3 della Costituzione.

L'intervento correttivo ritenuto necessario dai giudici di Palazzo Spada – al fine di *"ricondere l'automatismo legale ad effetto escludente di cui all'art. 80, co. 4 primo e secondo periodo, nei binari dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza"* consiste nell'inserzione di una chiara previsione di principio che moduli la determinazione della soglia escludente con il valore dell'appalto.

Sarebbe sufficiente in tal senso, a detta del Collegio, *"un intervento additivo di principio del giudice delle leggi, secondo cui costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto"*.

La questione, nonostante il riferimento all'abrogato d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è di estrema attualità, in quanto il sopra descritto meccanismo è ad oggi replicato nell'artt. 94, co. 6 del vigente codice dei contratti pubblici, il quale rimanda all'allegato II.10.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicazione del 25 settembre 2024 - (a cura di Francesca Rocchi)

Con comunicato del 25 settembre 2024, l'ANAC ha reso noto che – dopo un anno di stretta collaborazione tecnico-amministrativa con l'Agenzia delle Entrate e il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio – il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE 2.0) è stato arricchito della documentazione relativa ai debiti fiscali non definitivamente accertati, valida ai fini della partecipazione alle gare pubbliche.

Le stazioni appaltanti possono ora consultare direttamente sul Fascicolo Virtuale la documentazione relativa sia ai debiti fiscali definitivamente accertati che ai carichi fiscali pendenti ed hanno a disposizione strumenti necessari per l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti per l'affidamento dei contratti pubblici verificabili con l'Agenzia delle Entrate.

L'intento è quello di velocizzare l'attività di verifica dei requisiti generali, mettendo in comunicazione tutte le varie banche dati che detengono le certificazioni necessarie per le gare d'appalto e permettendo alle stazioni appaltanti di utilizzare gli accertamenti già effettuati da un'altra stazione appaltante per ammettere o meno un operatore economico alla gara. In questo modo, agli operatori economici non verrà più chiesto di produrre per ogni gara cui intendono partecipare la medesima documentazione, peraltro già nella disponibilità dell'amministrazione, riducendo notevolmente gli oneri di produzione delle certificazioni a comprova dei requisiti posseduti dal singolo operatore economico.

L'ANAC ricorda a tutte le stazioni appaltanti che la verifica della regolarità fiscale per le violazioni non definitivamente accertate è prevista esclusivamente in assenza di gravi irregolarità fiscali definitivamente accertate. L'esito informativo è messo a disposizione entro il termine di trenta giorni dalla richiesta.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Comunicazione del 4 settembre 2024 - (a cura di Francesca Rocchi)

Con comunicato del 4 settembre 2024, l'ANAC ha reso noto che – in collaborazione con l'INPS e il Dipartimento per la Trasformazione Digitale della Presidenza del Consiglio – è stato reso interoperabile il Documento unico di regolarità contributiva (DURC) con il Fascicolo digitale attraverso la Piattaforma Digitale Nazionale Dati.

Le stazioni appaltanti possono consultare il DURC in corso di validità sul Fascicolo Virtuale dell'operatore economico (FVOE 2.0) – dal momento in cui quest'ultimo rilascia la relativa autorizzazione all'accesso – ai fini della verifica dell'assenza di violazioni definitivamente accertate in materia contributiva secondo l'art. 94 co. 6, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

L'Autorità ricorda che la regolarità contributiva è un requisito “estremamente volatile” ed invita pertanto le Stazioni Appaltanti a chiedere la verifica della presenza del DURC emesso in corso di validità nel momento in cui se ne manifesta l'effettiva esigenza.

L'ANAC precisa che, allo stato, non è ancora possibile chiedere l'emissione del DURC per operatori economici che ne risultino sprovvisti ed auspica il raggiungimento di un accordo con gli enti previdenziali.

Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Parere del 29 agosto 2024, n. 1154 - (a cura di Emanuele Tanzarella)

La sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, con parere n. 1154 del 29 agosto 2024, ha formulato le sue osservazioni relativamente al regolamento che introduce la patente a crediti, dando attuazione all'articolo 29, comma 19, lettera a), del d.l. n. 19/2024, convertito con modificazioni dalla legge n. 56 del 2024.

Tale regolamento si sostanzia in dieci articoli, disciplinanti scrupolosamente la patente a punti, al fine di garantire che gli operatori economici operanti nel settore rispettino gli standard di sicurezza imposti dalla legge.

Il Consiglio di Stato, dopo una breve sintesi del contenuto delle disposizioni del regolamento, fornisce la sua interpretazione circa le possibili modifiche da apportare.

La prima attiene ai presupposti per la sospensione cautelare della patente. Il Consiglio di Stato evidenzia che l'articolo 27, comma 8, del d.lgs. n. 81/2008 dispone che l'Ispettorato del Lavoro *“può sospendere in via cautelare la patente”* nel caso di morte del lavoratore, mentre l'articolo 3, comma 2 del medesimo decreto prevede che tale sospensione debba essere disposta obbligatoriamente laddove la morte del lavoratore sia imputabile *“almeno a titolo di colpa grave”*. Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato, non si appalesa illegittima in quanto è compatibile con la potestà regolamentare (*rectius* con la discrezionalità) attribuita all'amministrazione restando, in ogni caso, ferma la possibilità per l'Ispettorato del Lavoro di non disporre in via obbligatoria – e comunque previa adeguata motivazione – la sospensione della patente anche laddove la pericolosità della situazione sia riconducibile a colpa grave.

La seconda, invece, ha ad oggetto l'organicità delle disposizioni riguardanti i criteri di attribuzione dei crediti ulteriori che, a detta del Consiglio di Stato, dovrebbero essere riformulati in un unico articolo (in luogo degli articoli 4, 5 e 6 della bozza di regolamento) al fine di rendere più agevole la comprensione della disciplina. Infine, il Consiglio di Stato mostra alcune perplessità relative all'entrata in vigore del decreto che, secondo l'articolo 10 del d.l. n. 19/2024, è prevista per il 1° ottobre 2024. Nonostante l'articolo 27, comma 1 del d.lgs. n. 81/2008 disponga che *“a decorrere dal 1° ottobre 2024”* gli operatori economici interessati *“sono tenuti al possesso della patente”*, il Consiglio, richiamando l'articolo 10 delle preleggi, ha ricordato che l'entrata in vigore delle leggi e dei regolamenti è subordinata ad un periodo di *vacatio legis* di 15 giorni decorrente dalla relativa pubblicazione, salvo diversa disposizione.

Secondo un consolidato orientamento, detto termine può infatti essere derogato esclusivamente ad opera di una norma primaria. La circostanza che, nel caso di specie, il legislatore abbia indicato il 1° ottobre come data dalla quale decorre l'obbligo per i soggetti interessati di dotarsi della patente sembra a tal fine poter costituire un valido fondamento della scelta dell'amministrazione di incidere sulla *vacatio legis*. Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che la previsione dell'entrata in vigore il 1° ottobre 2024 possa essere mantenuta solo a condizione che il regolamento in esame venga pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale quanto meno entro il giorno precedente (30 settembre 2024).

Pubblicazioni ANAC del 9 agosto 2024

Vademecum sugli affidamenti diretti per lavori, servizi e forniture - (a cura di Francesca Rocchi)

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 30 luglio 2024 ha approvato il Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro.

L'intento dell'Autorità è quello di fornire indicazioni utili agli operatori economici e alle stazioni appaltanti sia dal punto di vista normativo che da quello operativo, in considerazione della sempre maggiore rilevanza degli affidamenti diretti nel settore degli appalti pubblici.

Dal punto di vista normativo, il Vademecum contiene: *(i)* le disposizioni del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 relative agli affidamenti diretti e *(ii)* i pareri e i chiarimenti resi da ANAC e MIT in merito a specifiche criticità sorte in relazione a dette disposizioni. Gli aspetti operativi del Vademecum, invece, si concentrano sull'intervenuta digitalizzazione, fornendo indicazioni sull'attuale sistema di acquisizione del Certificato Identificativo Gara (CIG) e sull'invio delle informazioni alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP).

Nel documento è illustrato anche un piano di implementazione delle richieste pervenute dalle stazioni appaltanti e dalle associazioni di categoria in relazione alle schede di indizione che l'Autorità mette a disposizione di detti soggetti per guidarli nella corretta predisposizione della documentazione di gara.

Key Contacts

Francesco Paolo Bello

Head of Public and Administrative Law

Mail: fbello@deloitte.it

Piergiuseppe Otranto

Senior Of Counsel – Public and Administrative Law

Mail: potranto@deloitte.it

Research & Editorial

Sebastiano Santarelli

Emanuele Tanzarella

Francesca Rocchi

Matteo Di Lodovico

Maria Chiara Rinaldi

Beatrice Genco

Luigi Caccamo

Roberta Mazzola

Giulio Sgaraglia

Clicca [qui](#) per scaricare l'e-book
«**L'attuazione del principio del risultato e della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Il modello del collegio consultivo tecnico**»



Deloitte.

Legal

Il nome Deloitte si riferisce a una o più delle seguenti entità: Deloitte Touche Tohmatsu Limited, società a responsabilità limitata di diritto inglese ("DTTL"), le member firm aderenti al suo network e le entità a esse correlate. DTTL (denominata anche "Deloitte Global") e ciascuna delle sue member firm sono entità giuridicamente separate e reciprocamente indipendenti. DTTL non fornisce servizi ai clienti. Si invita a leggere l'informativa completa relativa alla descrizione della struttura legale di Deloitte Touche Tohmatsu Limited e delle sue member firm all'indirizzo www.deloitte.com/about.

Deloitte Legal individua le entità del network Deloitte che forniscono consulenza legale professionale. In Italia, tale entità è denominata Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata.

La presente comunicazione contiene unicamente informazioni a carattere generale che possono non essere necessariamente esaurienti, complete, precise o aggiornate. Nulla di quanto contenuto nella presente comunicazione deve essere considerato esaustivo né alla stregua di una consulenza professionale o legale. A tale proposito Vi invitiamo a contattarci per gli approfondimenti del caso prima di intraprendere qualsiasi iniziativa suscettibile di incidere sui risultati aziendali. È espressamente esclusa qualsivoglia responsabilità in capo a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, alle sue member firm o alle entità ad esse a qualsivoglia titolo correlate, compreso Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata, per i danni derivanti a terzi dall'aver, o meno, agito sulla base dei contenuti della presente comunicazione, ovvero dall'aver su essi fatto a qualsiasi titolo affidamento.