



Newsletter n. 3 del 24 novembre 2023

*Newsletter redatta dall'Avv. Enrico Pintus, avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica. Svolge attività di formazione e assistenza sia consulenziale che giudiziale, in favore di privati e numerosi Enti pubblici sia in materia di diritto amministrativo che con particolare riferimento al tema di appalti pubblici.
La newsletter è redatta nell'ambito del servizio "Help@ppalti", di Anci Sardegna.*

CONSORZIO STABILE. RICORSO GENERALIZZATO AL "CUMULO ALLA RINFUSA"

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 2023, n. 8492.

La Quinta sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla possibilità, per un consorzio stabile, di partecipare ad una gara di appalto di **servizi e forniture**, dichiarando di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate non designate per l'esecuzione del contratto, utilizzando il meccanismo del "Cumulo alla rinfusa".

Il Consiglio di Stato, riformando la pronuncia di primo grado, ha respinto l'interpretazione mossa dal TAR – secondo cui, in relazione ai servizi e forniture, il "cumulo alla rinfusa" debba ritenersi limitato ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo – affermando che, nella partecipazione alle gare d'appalto, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto.

Da ciò ne consegue che l'applicazione dell'istituto del cumulo alla rinfusa "non può essere condizionata dalla scelta del consorzio stabile di servirsi, ai fini della partecipazione alla gara, dei requisiti delle singole imprese consorziate sia che esse siano state designate o non designate all'esecuzione del contratto".

Inoltre, il Consiglio di Stato ritiene superato l'approccio interpretativo fissato dal d.l. 32/2019, c.d. sblocca cantieri, secondo cui la possibilità di qualificazione cumulativa nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo. Ciò sulla base del chiaro tenore letterale dell'art. 225, comma 13, del D.lgs. 36/2023, il quale ha chiarito, mediante un intervento di interpretazione



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ASSESSORADU DE SOS ENTES LOCALES, FINÀNTZIAS E URBANÌSTICA
ASSESSORATO DEGLI ENTI LOCALI, FINANZE E URBANISTICA

Segreteria Organizzativa
📍 Viale Trieste 6 - 09123 Cagliari
☎ 070 6670115 - 070 3481015
✉ helpappalti@ancisardegna.it





autentica, il criterio applicativo degli artt. 47, 83 e 216 del D.lgs. 50/2016 stabilendo che “Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all’articolo 45, comma 2, lett. c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell’esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall’articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163/2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L’articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal bando di gara per l’affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”.

Dunque, il nuovo codice dei contratti pubblici ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e senza limitazione, il “cumulo alla rinfusa” anche all’art. 67, comma 2, lett. d) del D.lgs. 36/2023, il quale ha espressamente previsto che “per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”

Sul punto, vi è da segnalare (della serie ... “semplifichiamo la vita ai RUP”) che l’ANAC, con delibera n.470/2023 del 18 ottobre scorso, ha detto esattamente il contrario.

DICHIARAZIONI FALSE E FUORVIANTI. EFFETTI IN PUNTO DI ESCLUSIONE

La recente riforma del codice dei contratti pubblici, con la riformulazione dell’art.80 del Codice 2016 negli art.94-98 del Codice 2023, non farà perdere di attualità gli insegnamenti sul carattere non automaticamente escludente di tali dichiarazioni.

Utile leggere quindi la sentenza del Consiglio di Stato, n.9540 del 2023, dove si precisa che:

“...a) la falsità di informazioni rese dall’operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici, finalizzata all’adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l’ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l’aggiudicazione, è riconducibile all’ipotesi prevista dalla lettera c), poi c-bis), dell’art. 80 comma 5 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; b) in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; c) alle conseguenze ora esposte conduce anche l’omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell’ambito della quale rilevano, oltre





ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; d) la lettera f-bis) dell'art. 80 comma 5 del Codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c), poi c-bis), della medesima disposizione...in caso di informazioni "false o fuorvianti", l'esclusione non può essere disposta se non previa valutazione della loro idoneità a "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" della stazione appaltante..."

VERIFICA ANOMALIA. DIFFERENZE TRA APPALTI E CONCESSIONI

Nella sentenza n.3626 del 2023, il Consiglio di Stato spiega la differenza di approccio che caratterizza i due giudizi.

«la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha in più occasioni evidenziato 'la sostanziale differenza di contenuto, anche sotto il regime ex d.lgs. n. 50 del 2016, del giudizio sull'anomalia delle offerte, a seconda che si tratti (...) della concessione di servizi, piuttosto che di altri appalti', ciò in quanto "nella concessione si controlla l'attendibilità di una previsione economico finanziaria con pieno e preponderante accollo del rischio economico del peculiare mercato del servizio da parte del concessionario, onde siffatta verifica, pur sempre rigorosa, è sull'attendibilità d'una ragionevole e ponderata previsione economica (...), che lascia un margine di incertezza a chi confeziona l'offerta ed un alto margine di opinabilità tecnico discrezionale a chi la riscontra, opinabilità non sindacabile in sede di legittimità se non per evidenti errori di fatto e macroscopica irragionevolezza» (Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 2020, n. 2885).

Il Collegio richiama un orientamento recente, che afferma l'applicabilità della verifica del regime dell'anomalia alle concessioni, seppure l'art. 164, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016 non la richiami specificamente, secondo cui "nell'esprimere la valutazione da compiere, della peculiarità della fattispecie concessoria, e dunque di declinare in termini 'dinamici' la verifica di anomalia – considerato che anche la voce dei ricavi risulta ex ante indefinita – che assume perciò connotazioni ancor più discrezionali e in qualche misura flessibili (in quanto condizionata da una rilevante componente previsionale), se non caratterizzata da margini di incertezza "(Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4108). Ciò in quanto "il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche dalle scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni sopra indicati"(Cons. Stato, sez. V, 1.12.2022, n. 10567).





SUBAPPALTO NECESSARIO. DICHIARAZIONE

Con sentenza la sentenza 8761 la V sezione del Consiglio di Stato, richiamando numerosi precedenti giurisprudenziali sul punto, ha ribadito che l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario deve essere esplicitata nella domanda di partecipazione, giacché, diversamente dalla dichiarazione di voler ricorrere al subappalto "facoltativo" "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche" (Cons. Stato, V, 29 dicembre 2022, n. 11596; cfr., fra le tante, anche Cons. Stato, V, 28 marzo 2023, n. 3180; 1 luglio 2022, n. 5491; 31 marzo 2022, n. 2365; 25 marzo 2022, n. 2217).

Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato, in linea di continuità con il consolidato orientamento della giurisprudenza, ha avuto modo di ribadire altresì l'inapplicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio al fine di sopperire alla mancata dichiarazione di voler ricorrere al subappalto necessario allorché la stazione appaltante accerti la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare; in questa ipotesi, infatti, il soccorso istruttorio, in contrasto con la par condicio competitorum, consentirebbe all'operatore economico di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

PROTOCOLLO DI LEGALITA'. MANCATA SOTTOSCRIZIONE. CONSEGUENZE

Ecco cosa si legge in TAR Catania, 2358/2023: *«Il primo motivo di ricorso è meritevole di accoglimento poiché la normativa citata nella lex specialis (l'art. 1, comma 17 della l. 6 novembre 2012, n. 190) non stabilisce affatto che la mancata sottoscrizione (e nemmeno l'accettazione) del protocollo di legalità avrebbe comportato la non ammissione alla gara, stabilendo la lettera della norma che: "le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara". È evidente, allora, che ove il Bando/Disciplinare abbia previsto che "la mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione", la relativa clausola sarebbe nulla in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016. Da quanto sopra si desume che la mancata sottoscrizione del protocollo di legalità da parte di una delle consorziate non poteva essere causa di nullità, trattandosi di*





un'omissione sanabile attraverso il soccorso istruttorio (cfr. T.a.r. per l'Abruzzo, sez. I, 12 luglio 2018, n. 294 nonché T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I, 16 marzo 2023, n. 599)»

APPALTO LAVORI. VERIFICA STATO DEI LUOGHI PRIMA DELL'INIZIO.

Corte di Cassazione, sentenza n. 28443 del 12 ottobre 2023: si parla della responsabilità dell'appaltatore per la carente conoscenza dei luoghi oggetto delle lavorazioni contrattuali.

Nel caso scrutinato, un Comune sardo aveva affidato ad un'impresa la costruzione di un canale per la raccolta delle acque piovane; solo successivamente alla consegna dei lavori, l'appaltatrice aveva constatato la presenza di ostacoli all'esecuzione dell'opera costituiti da un pozzetto idrico con relativa condotta in polietilene, un palo dell'energia elettrica ed un serbatoio. A ciò si aggiungevano anche un furto di attrezzature e la scoperta della previsione di attraversamento di una strada provinciale. Il Tribunale e la Corte d'appello investiti della questione hanno ritenuto che l'appaltatrice, per effetto dell'art. 130 del D.P.R. n. 154/99, vigente *ratione temporis*, avesse l'obbligo di ispezionare l'area e, quindi, appurare l'esistenza degli impedimenti materiali lamentati, in quanto per loro natura visibili.

La Cassazione la pensa come i giudici di merito e rigetta il ricorso, ricordando il seguente principio: *nell'appalto, sia pubblico che privato, rientra tra gli obblighi dell'appaltatore, senza necessità di una specifica pattuizione (nella specie contenuta nel citato art. 8), il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Sicché la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, restando la sua responsabilità esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali.*

SERVIZIO NOLEGGIO MONOPATINI. FUORI DAL CODICE DEI CONTRATTI

Consiglio di Stato, 9541/2023: *la disciplina normativa riservata all'esercizio del servizio di noleggio di monopattini elettrici non consente di individuare, in questo, un servizio pubblico (mancando, nella fattispecie, quantomeno uno dei requisiti essenziali del servizio pubblico, ossia l'assunzione del servizio da parte dell'amministrazione, presupposto anche dell'eventuale affidamento a terzi). Il servizio rientra, pertanto, tra le attività imprenditoriali svolte da privati tendenzialmente liberalizzate in ossequio alla Direttiva 2006/123/CE sui servizi liberalizzati nel mercato europeo. In questa prospettiva, in quanto si tratta di servizio rivolto al pubblico*





indistinto degli utenti, può trovare applicazione l'art. 9, Dir. 2006/123/CE, in base al quale queste attività sono soggette alla previa autorizzazione qualora lo richiedano ragioni imperative d'interesse generale, che nella specie possono essere rappresentate dalla tutela della sicurezza della circolazione stradale e dalla tutela degli stessi utenti che noleggiavano i monopattini elettrici. La conseguenza è che la procedura mediante la quale il Comune intenda limitare – per fini di interesse generale - il numero degli operatori privati abilitati a svolgere il servizio non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, non essendo qualificabile né come affidamento di un appalto di servizi, né come affidamento di una concessione di servizio pubblico

CONSIGLIERI COMUNALI. ACCESSO

Il diritto di accesso del consigliere comunale può essere garantito anche solo consentendogli di visionare i documenti senza rilasciarne copia, soprattutto quando si tratti di accesso a numerosi documenti.

In questi termini il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno: in esso si richiamano recenti approdi giurisprudenziali che hanno ben definito il diritto del Consigliere Comunale > diritto esteso ma non infinito.

EDILIZIA. ZONE VINCOLATE. ASSENZA DI TITOLO. SEMPRE LA DEMOLIZIONE

Il Consiglio di Stato (sent. 9557/2023) torna sulle conseguenze dell'edificazione in zona tutelata in assenza del necessario titolo autorizzatorio: la conseguenza è sempre la demolizione, indipendentemente dal regime edilizio previsto per la loro edificazione (per esempio una semplice DIA). Specificano i Giudici che l'articolo 27 del Dpr 380/2001 «impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico. Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate, vige un principio di indifferenza del titolo necessario all'esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l'esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l'intervento edilizio nella zona vincolata; ciò che rileva, ai fini dell'irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico»





EDILIZIA. ACCERTAMENTO DI CONFORMITA' E FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO

Il Consiglio di Stato (sentenza n.9243/2023) ribadisce che i due istituti in epigrafe sono diversi e, come tali, prevedono un trattamento economico delle fattispecie diverso. L'accertamento di conformità (art.36 del TUEd.) consente una regolarizzazione postuma dell'abuso, a condizione che esista la c.d. «doppia conformità», mentre la seconda fattispecie (art.38 del TUEd.) entra in gioco nella differente ipotesi in cui non è possibile demolire l'opera realizzata in base al titolo edilizio che sia stato successivamente annullato dall'ente locale (o dal giudice).

Tali differenze si rivedono poi all'atto della determinazione delle conseguenze patrimoniali: nel primo caso la somma da pagare è pari al doppio del contributo di costruzione; nel secondo, invece, occorre pagare una sanzione corrispondente al doppio del contributo di costruzione.

Il Consiglio di Stato ha precisato che le due fattispecie non sono sovrapponibili e ha rigettato il ricorso di un privato che pretendeva l'applicazione del regime sanzionatorio dell'art.36 a un caso pacificamente riconducibile all'art.38.



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ASSESSORADU DE SOS ENTES LOCALES, FINÀNTZIAS E URBANÌSTICA
ASSESSORATO DEGLI ENTI LOCALI, FINANZE E URBANISTICA

Segreteria Organizzativa
📍 Viale Trieste 6 - 09123 Cagliari
☎ 070 6670115 - 070 3481015
✉ helpappalti@ancisardegna.it

