

Rassegna Normativa e Giurisprudenziale

A CURA DELL'UFFICIO STUDI DEL CODAU

Agosto 2021

NORMATIVA E PRASSI

LEGGE 4 agosto 2021, n. 109 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2021, n. 82, recante disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (GU n.185 del 04-08-2021)

DECRETO-LEGGE 6 agosto 2021, n. 111 Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti (GU n.187 del 06-08-2021)

LEGGE 30 luglio 2021, n. 112 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 2021, n. 79, recante misure urgenti in materia di assegno temporaneo per figli minori.

LEGGE 6 agosto 2021, n. 113 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia. (GU n.188 del 07-08-2021 - Suppl. Ordinario n. 28)

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 15 giugno 2021 Individuazione delle categorie di beni, sistemi e servizi ICT destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, in attuazione dell'articolo 1, comma 6, lettera a), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133 (GU n.198 del 19-08-2021)

GIURISPRUDENZA

TAR Lombardia, sezione II, 5 agosto 2021, n. 1890 La circostanza che l'iter procedimentale non sia ancora concluso è di per sé inidonea a giustificare il differimento dell'accesso ai documenti amministrativi (nel caso di specie, la relativa istanza era stata avanzata da un consigliere comunale).

Consiglio di Stato, sezione V, 4 agosto 2021, n. 5750 In tema di procedure per l'affidamento di contratti pubblici, è illegittima - non già nulla - la clausola del bando che preveda l'esclusione, anziché il mero accantonamento, delle offerte investite dal "taglio delle ali" di cui all'art. 97, comma 2-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici»); sicché essa non può essere disapplicata, fermo restando il potere discrezionale della stazione appaltante di disporre in autotutela l'annullamento della gara.

Consiglio di Stato, sezione V, 2 agosto 2021, n. 5638 In tema di procedure per l'affidamento di contratti pubblici: 1) ai sensi dell'art. 102, comma 2, c.p.a., l'operatore economico collocatosi al secondo posto della graduatoria di gara e intervenuto *ad opponendum* nel giudizio avverso il provvedimento di esclusione del primo classificato è legittimato ad appellare la sentenza che abbia annullato detto provvedimento; 2) l'errore in cui sia incorso un concorrente nella formulazione della propria offerta può essere rettificato solamente quando consista in un mero refuso materiale riconoscibile *ictu oculi* dalla mera lettura del documento, senza che occorran complesse indagini ricostruttive dell'effettiva volontà dell'offerente (nel caso di specie, l'errore verteva sui costi della manodopera).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 31/8/2021 n. 6119 Il potere sanzionatorio esercitato dall'Anac ha natura vincolata di talché, a fronte di eventuali imprecisioni o deficit formali rinvenibili nel percorso procedimentale e, soprattutto, nel provvedimento sanzionatorio, non possono condurre all'annullamento del provvedimento impugnato, in applicazione dell'art. 21-octies, c.2, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241. In materia di tempi dei procedimenti sanzionatori affidati all'Anac, l'esercizio di siffatta potestà non può restare esposta sine die, ciò ostando a elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei comportamenti e di sottolineare la necessità di evitare che i tempi dilatati del procedimento divengano ragione di insicurezza giuridica per gli interessi degli operatori economici coinvolti, sia nella fase iniziale, "quando la vicinanza della contestazione al momento di commissione del fatto addebitato è indispensabile per consentire di apprestare al meglio la difesa", sia in riferimento alla durata complessiva del procedimento. Con particolare riferimento ai tempi di avvio del procedimento di cui trattasi, il loro carattere perentorio discende dalla natura affittiva delle sanzioni applicate al suo esito, e risponda all'esigenza di evitare che l'impresa possa essere esposta a tempo indefinito all'applicazione delle sanzioni stesse. In sede di esercizio del potere sanzionatorio esercitato dall'Anac nei confronti dei concorrenti di gara pubblica - ai sensi dell'art. 40 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, adottato con delibera del 26 febbraio 2014 - ciò che deve intervenire, ai fini del rispetto del termine perentorio di 60 giorni dalla acquisizione della documentazione e/o delle informazioni utili alla formulazione di una contestazione di addebito, è l'inoltro, da parte della unità organizzativa competente per i procedimenti sanzionatori, della proposta di avvio del procedimento al Consiglio dell'Autorità per acquisirne l'approvazione; mentre non rileva la data dell'approvazione della proposta da parte dell'organo deliberante, nonché quella, ulteriore, della comunicazione all'interessata.

Consiglio di Stato, Sez. III, 27/8/2021 n. 6062 La distinzione tra appalto e interposizione di manodopera - con il connesso divieto di ricorrere alla seconda in difetto dei relativi presupposti legittimanti - trova la sua base normativa nel disposto dell'art. 29, c.1, d.lvo n. 276/2003, ai sensi del quale "ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa". Trattasi, quindi, di distinzione (e di connesso divieto) che trova il suo contesto applicativo tipico ed esclusivo nei casi in cui il committente e l'affidatario (di una prestazione di fare) si pongano in una relazione di alterità soggettiva, nell'ambito della quale, tra le rispettive strutture organizzative, non siano ravvisabili interferenze, conservando esse la propria autonomia funzionale: ricorrendo tale (ordinaria) situazione organizzativa, infatti, il legislatore ha avvertito l'esigenza di evitare fenomeni di fittizia imputazione del rapporto di lavoro, suscettibili di incidere sulla tutela dei lavoratori e di generare dubbi sulla univoca individuazione della figura datoriale. Tali essendo i presupposti applicativi (e la stessa ratio) della previsione in esame, è evidente che gli stessi non ricorrono laddove lo stesso legislatore ammetta la legittimità di forme di affidamento diretto di un servizio tra soggetti appartenenti ad un centro di imputazione di interessi sostanzialmente unitario (sebbene formalmente articolato in una duplice soggettività giuridica), siccome accomunati dal perseguimento di un unico obiettivo attraverso la predisposizione di una struttura organizzativa strettamente compenetrata ed unitariamente diretta: quale appunto si riscontra nell'ipotesi della cd. società in house. È noto, infatti, che, ai fini della configurazione del requisito del cd. controllo analogo dell'ente pubblico partecipante nei confronti della società in house, quel che rileva è che il primo abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della seconda, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica: ciò in quanto l'espressione "controllo" non può essere ritenuto sinonimo di un'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali, trattandosi invece di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal Cod. Civ., fino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale. È stato altresì autorevolmente ritenuto che la società in house non possa qualificarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna: essa, infatti, rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle relative condizioni legittimanti "esclude che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo", talché "l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa" (tale conclusione non cambia ove si ritenga che, in linea con la più recente normativa europea e nazionale, il ricorso all'in house providing si atteggi in termini equiordinazione - e non più di eccezionalità - rispetto alle altre forme di affidamento)

La presente rassegna normativa intende consentire a tutti di trovare le più rilevanti novità legislative, note ministeriali, messaggi e circolari e di realizzarne un costante monitoraggio. Inoltre sui temi di maggior impatto è introdotta una sezione dedicata alla giurisprudenza in modo da offrire utili strumenti per il lavoro quotidiano con richiami all'attività dell'Ufficio Studi.