



Novità in materia di appalti pubblici 10/2024

SOMMARIO: L'accesso al fascicolo telematico come manifestazione del diritto di difesa – L'assenza dello scopo di lucro nelle fondazioni non permette di considerarle società *in house* – La corretta individuazione del fatturato globale come requisito di ordine speciale dell'operatore economico – La disposizione che prevede l'obbligo di indicare i costi della manodopera ha natura imperativa – La nomina obbligatoria del coordinatore per la sicurezza per i lavori di importo superiore a 1 milione di Euro

1. L'accesso al fascicolo telematico come manifestazione del diritto di difesa

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato precisa che l'art. 17 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 luglio 2021, il quale prevede l'accesso al fascicolo telematico, previa autorizzazione del giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel processo, risponde alla necessità di consentire al terzo un intervento consapevole in un processo nel quale non è stato evocato.

[Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 aprile 2024 n. 5](#)

«ritiene il Collegio che il contenuto dell'art. 17 del D.P.C.S. trovi il suo fondamento del citato art. 13, comma 1, anche nella parte in cui consente l'accesso al fascicolo telematico a "coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio", subordinatamente all'autorizzazione del "giudice".

[...] l'art. 17 del d.P.C.S. non ha introdotto ex novo una pretesa – quella del terzo che voglia accedere al fascicolo di una causa pendente inter alios – prima non contemplata o addirittura disconosciuta dalla fonte primaria. Si tratta, invece, di una prerogativa insita nella situazione giuridica sostanziale ed espressiva del diritto di difesa.

Nel sistema di giustizia amministrativa, la funzione dell'intervento è duplice: da un lato, quella di tutelare preventivamente il terzo contro gli effetti indiretti o riflessi che possa subire dalla sentenza inter alios acta; dall'altro, quella di dare rilevanza processuale alle situazioni giuridiche soggettive, di varie tipologia e contenuto, che si muovono 'interrelate' nel contesto dell'azione amministrativa, consentendo al giudice di cogliere la portata della controversia nella sua globale e sostanziale complessità.

La rilevanza giuridica dell'interesse del 'terzo' ad inserirsi in un processo già pendente – sia esso una parte necessaria pretermessa; un controinteressato sostanziale (titolare cioè di una posizione giuridica autonoma, uguale e contraria a quello del ricorrente, ma non "individuato" nell'atto impugnato); chi si trovi nelle situazioni previste dall'art. 28 comma 2, c.p.a.; oppure colui che subisce gli effetti dell'atto impugnato soltanto in via indiretta in quanto titolare di un interesse 'dipendente' – comporta il riconoscimento della facoltà prodromica di accedere al fascicolo della causa inter alios, al fine di potere previamente verificare i termini specifici della res litigiosa astrattamente suscettibile di interferire con la propria sfera giuridica.

Consentire in tali casi unicamente la possibilità di intervenire "al buio" – oltre che non rispondere a canoni deflattivi e di ordinato svolgimento del contenzioso – si tradurrebbe in una ingiustificata ed eccessiva restrizione del diritto di difesa di chi aspira a conoscere gli atti di un processo in cui non è stato evocato.»

2. L'assenza dello scopo di lucro nelle fondazioni non permette di considerarle società in house

Il Consiglio di Stato esclude che le fondazioni possano essere considerate come società *in house* in virtù



dell'assenza dello scopo di lucro. L'affidamento *in house*, infatti, si colloca nell'ambito delle attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e con logiche concorrenziali.

[Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2024 n. 3659](#)

«[...] il disposto dell'art. 113 bis del d.lgs. n. 267 del 2001 secondo cui "Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate", non depone, avuto riguardo alla circostanza che detti enti non perseguono scopo di lucro, per l'annoverabilità degli stessi fra i soggetti *in house*.»

3. La corretta individuazione del fatturato globale come requisito di ordine speciale dell'operatore economico

Il TAR Puglia, sede di Lecce, precisa che, ai sensi dell'art. 100 del D. Lgs. 36/2023, il fatturato globale richiesto dall'Amministrazione all'operatore economico come requisito di capacità tecnica e finanziaria, deve essere riferito al triennio antecedente di riferimento, complessivamente considerato e non al singolo anno componente il triennio medesimo.

[TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 19 aprile 2024 n. 570](#)

«L'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023 [...], nell'enunciare in chiave essenzialmente tassativa i possibili "requisiti di ordine speciale" dell'operatore partecipante (cfr. art. 10, comma 3, nonché art. 100, comma 12), stabilisce la possibilità per l'Amministrazione di richiedere, quale requisito di capacità economica e finanziaria (art. 100, comma 1, lett. b), "un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura" (art. 100, comma 11), mostrando, dunque, di considerare rilevante unicamente il complessivo triennio antecedente di riferimento (non anche il singolo anno componente il medesimo triennio).»

4. La disposizione che prevede l'obbligo di indicare i costi della manodopera ha natura imperativa

Il TAR Calabria, sede di Catanzaro, evidenzia la natura imperativa dell'obbligo di indicare i costi della manodopera nell'offerta, previsto dall'art. 108, comma 9 del D. Lgs. 36/2023. Pertanto, risulta irrilevante che il disciplinare di gara non abbia previsto di indicare separatamente i costi della manodopera, in quanto tale obbligo dichiarativo sussiste anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso nella *lex specialis*.

[TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 22 aprile 2024 n. 665](#)

«La previsione risulta assistita da una espressa sanzione espulsiva per l'ipotesi di violazione del precetto in essa contenuto, e riveste all'evidenza natura imperativa essendo funzionale alla salvaguardia di interessi di rilevanza superindividuale, come rilevato in giurisprudenza. Ciò comporta che l'omessa specifica indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica determina l'obbligo della stazione appaltante di escludere l'offerente dalla gara, trattandosi di una ipotesi di esclusione espressamente prefigurata e quindi coerente con il principio di tassatività delle cause di esclusione degli operatori economici.

[...] La disposizione contenuta nell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 riveste natura imperativa per cui si impone, mediante il principio dell'eterointegrazione prefigurato dall'art. 1339 c.c., nei confronti degli atti di gara che risultino lacunosi ovvero che contengano previsioni contrarie. Pertanto, la mancata previsione nella *lex specialis* dell'obbligo di indicazione specifica dei costi per la manodopera nell'offerta economica non impedisce l'applicazione della disposizione che lo impone, in quanto la lacuna nella disciplina di gara viene colmata mediante il richiamato principio dell'eterointegrazione, come da consolidato insegnamento giurisprudenziale.»





5. La nomina obbligatoria del coordinatore per la sicurezza per i lavori di importo superiore a 1 milione di Euro

Il MIT chiarisce che l'art. 114, comma 4 del D. Lgs. 36/2023 deve essere interpretato nel senso che, per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro, vige l'obbligo di nominare un coordinatore per la sicurezza in fase esecutiva diverso dal direttore lavori. Invece, per i lavori al di sotto di tale soglia il direttore lavori può rivestire il ruolo di coordinatore della sicurezza, purché sia in possesso dei requisiti in materia.

[Parere del 17 aprile 2024 n. 2459](#)

«Per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro vi è l'obbligo (e non una mera facoltà) di nominare il coordinatore per la sicurezza in fase esecutiva diverso dal direttore lavori. Sotto 1 milione può procedere il direttore lavori purché in possesso dei requisiti in materia di sicurezza. In tal senso è la Relazione Illustrativa al Codice, ove – alla p. 165 – si legge che "nel comma 4 si è invece mantenuta la previsione delle funzioni di coordinamento per la sicurezza in fase esecutiva. Considerata l'importanza di tali funzioni se ne è limitata l'attribuzione al direttore dei lavori soltanto nei lavori inferiori alla soglia di un milione di euro, dovendosi, per i lavori di maggiore entità (così come per il caso di lavori complessi e per il caso di rischi di interferenze, specificati nello stesso comma), nominare un'apposita figura ai sensi dell'art. 92, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2008 (...)".»





Contatti

Torino Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

Milano Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

Roma Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

AreaAmministrativo@pavesioassociati.it

Disclaimer

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.

