

NEWSLETTER N. 1/2022

NOVITÀ NORMATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



MIMS – CONCESSIONI AUTOSTRADALI: IL MIMS ISTITUISCE LA COMMISSIONE PER AGGIORNARE E MIGLIORARE I RAPPORTI CONCESSORI

Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha istituito una Commissione per individuare le modalità di aggiornamento e revisione del sistema delle concessioni autostradali, in linea con le disposizioni comunitarie. Secondo il decreto firmato il 13 gennaio 2022, la Commissione svolgerà un'attività di analisi e ricognizione dello stato del sistema delle concessioni autostradali in Italia e, in particolare, provvederà a:

- individuare le principali caratteristiche delle concessioni vigenti e le possibili criticità;
- verificare, alla luce di considerazioni giuridico-economiche e della vetustà di alcune delle autostrade in esercizio, la sostenibilità economico-finanziaria del modello concessorio, nonché dell'eventuale applicazione del modello di gestione pubblica diretta da parte dello Stato;
- individuare clausole convenzionali atte a garantire una maggior tutela dell'interesse e della finanza pubblica;
- individuare durate congrue per le nuove concessioni rispetto al loro valore, alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa e agli investimenti da effettuare per assicurare la funzionalità delle autostrade, anche alla luce delle innovazioni derivanti dalle rivoluzioni digitale e ecologica;
- stabilire il livello di qualità minimo da garantire all'utenza finale in tutte le tratte autostradali e individuare un modello univoco di monitoraggio e controllo dei livelli di qualità del servizio reso all'utenza;
- proporre una efficace ridefinizione dei ruoli e delle attribuzioni in capo ai soggetti istituzionali cui oggi sono demandati compiti di controllo, vigilanza e regolazione, che consenta un miglioramento del sistema regolatorio autostradale.

La Commissione presenterà al Ministro, entro quattro mesi dall'insediamento, una relazione sull'attività svolta e le relative conclusioni, nonché la proposta di modelli efficienti di gestione delle infrastrutture autostradali in grado di garantire elevati e uniformi standard qualitativi del servizio offerto.



ANAC – DELIBERA DEL 24.11.2021, N. 773: “SCHEMA DI DISCIPLINARE DI GARA. PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER L’AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI SERVIZI E FORNITURE NEI SETTORI ORDINARI SOPRA SOGLIA COMUNITARIA CON IL CRITERIO DELL’OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA SULLA BASE DEL MIGLIOR RAPPORTO QUALITÀ/PREZZO”.

Con delibera del 24 novembre 2021, l’ANAC ha pubblicato sul proprio sito il disciplinare tipo n. 1, da applicare alle procedure aperte, svolte con strumenti telematici, aventi ad oggetto l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, con il criterio dell’OEPV.

Come indicato nella nota illustrativa, le parti del disciplinare, indicate dall’Autorità con carattere normale, rappresentano l’ipotesi base di formulazione, vincolanti nel senso indicato nella Nota illustrativa (la quale, al § 1, specifica che le clausole del Disciplinare sono da considerarsi “vincolanti” per le stazioni appaltanti, “fatte salve le parti appositamente indicate come alternative o facoltative”). Tuttavia, la Nota illustrativa ammette la possibilità per la stazione appaltante di potersi discostare dalla previsione, purché gli elementi introdotti non siano in contrasto con la normativa vigente e siano adeguatamente motivate nella delibera a contrarre, ai sensi dell’art. 71, ultimo periodo, del Codice.

In particolare, l’art. 8 del Disciplinare, dedicato al subappalto, ha tenuto conto delle modifiche normative apportate all’art. 105 del Codice dall’art. 49 del D.l. n. 77/2021 al fine di adeguare il diritto nazionale a quello eurounitario, alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia. Al riguardo, il Disciplinare: precisa che non può essere affidata in subappalto l’integrale esecuzione del contratto; nel caso di contratto avente ad oggetto servizi ad alta intensità di manodopera, consente di riservare all’affidatario la prevalente esecuzione del contratto; nelle ipotesi diverse da quelle di cui sopra, richiede alla stazione appaltante di riportare le eventuali prestazioni che intende riservare all’affidatario con la relativa quota e di motivare preventivamente le ragioni di tale scelta nella determina a contrarre.

Qui il link per una lettura integrale del [Bando tipo](#), della [Nota integrativa](#) e dei [contributi pervenuti](#).

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI



CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 11 GENNAIO 2022, N. 1 - Sulla questione relativa agli effetti della dichiarazione di dissesto dell'ente locale

La disciplina normativa sul dissesto del Comune, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, può produrre effetti positivi soltanto se tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente possono essere attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento giurisdizionale o amministrativo sia successivo, con l'unico limite rappresentato dall'approvazione del rendiconto della gestione che segna la chiusura della Gestione Liquidatoria; dopo tale data, infatti, è evidente che non sarà più possibile imputare alcunché a tale organo, in quanto, dal punto di vista giuridico, esso ha cessato la sua esistenza.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, DECRETO PRESIDENZIALE, 10 GENNAIO 2022, N. 10 - Sulla trattazione da remoto della causa per l'elevato rischio di contagi Covid anche conseguente alla trasferta aerea per spostarsi dalla Sicilia

Non può essere accolta l'istanza di trattazione da remoto della causa portata in udienza, che sia motivata dall'"l'elevato rischio manifestatosi nei giorni immediatamente precedenti l'udienza" del 13 gennaio 2022 e in relazione "allo spostamento con trasferta aerea dei difensori, tutti residenti in Sicilia", non sussistendo, né le "situazioni eccezionali", né "i provvedimenti assunti dalla pubblica autorità", a cui si riferisce l'art. 7 bis, d.l. n. 105 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 126 del 2021, come modificato dall'art. 16, comma 5, d.l. n. 228 del 2021.



CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA - SEZ. GIURISDIZIONALE, DECRETO PRESIDENZIALE 5 GENNAIO 2022 N. 3- Sull'istanza di discussione da remoto della causa nel periodo di emergenza per certificato di test antigenico di positività al covid-19 di uno dei difensori

Deve essere respinta l'istanza di discussione da remoto della causa motivata con l'esibizione di un certificato di test antigenico di positività al Covid-19, in quanto non è da solo sufficiente a documentare l'impedimento oggettivo di partecipazione in presenza. Il certificato di test antigenico di positività al Covid di uno dei difensori, infatti, non è da solo sufficiente a documentare l'impedimento oggettivo di partecipazione in udienza, atteso che in base alla circolare del ministero della salute del 30 dicembre 2021, le regole sulla durata della quarantena differiscono in base alle diverse situazioni concrete

(presenza o assenza di sintomi; avvenuta vaccinazione e numero di dosi vaccinali, tempo della vaccinazione). Inoltre, nel caso di specie, i difensori della parte erano due con la conseguenza che l'impedimento di uno solo non impedisce la discussione dell'altro né sussiste un diritto della parte alla discussione di tutti i difensori, in quanto il diritto di difesa è sufficientemente garantito dalla possibilità che uno dei difensori possa discutere oralmente.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 28 DICEMBRE 2021 N. 8641 *Sul diniego di apertura di un McDonald's alle Terme di Caracalla*

È legittimo il diniego di apertura di un McDonald's alle Terme di Caracalla, in quanto l'area in cui si trova l'immobile è tutelata dal piano territoriale paesaggistico ed inclusa nel centro storico tutelato come sito Unesco. Tale opzione ermeneutica, oltre che trovare fondamento nel dato letterale e cronologico del susseguirsi dei piani, appare conforme ai principi del vigente ordinamento, in termini di preminenza delle esigenze di tutela del patrimonio culturale, con la conseguenza che le relative previsioni attuative non possono certo essere oggetto di interpretazione riduttiva.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 27 DICEMBRE 2021, N. 8634 –
Alla Plenaria la delimitazione dei requisiti normativi concernenti la "gestione" della farmacia e l'"esercizio della professione medica"

La terza sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria le questioni relative all'esatta interpretazione dell'art. 7, comma 2, l. n. 362 del 1991, nel caso di farmacia detenuta da società, ove quest'ultima sia partecipata da altra società attiva in ambito sanitario e avente i caratteri previsti dalla normativa di riferimento; in particolare, come debbano intendersi, in relazione a tale fattispecie, o quali adattamenti interpretativi possano trovare, gli elementi normativi concernenti la "gestione" della farmacia e l'"esercizio della professione medica".



CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 21 DICEMBRE 2021, C-497/20 – *Ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione tra principio di equivalenza ed effettività nella tutela giurisdizionale.*

La vicenda concerne l'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione effettuata sul presupposto che il Consiglio di Stato avesse violato il

diritto del ricorrente ad un ricorso effettivo, sancito dalla direttiva 89/665 e che il motivo vertente sulla violazione del diritto a un ricorso effettivo rientrasse in uno dei motivi inerenti alla “giurisdizione”, ai sensi dell’art. 111 Cost..

Secondo gli ermellini, costituendo il ricorso per Cassazione l’estremo rimedio per evitare il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, nel momento in cui il Consiglio di Stato dia un’interpretazione incompatibile con le disposizioni del diritto sovranazionale, finisce per esercitare un potere giurisdizionale del quale è privo e che, di conseguenza, finisce per essere privo di rimedio.

Tuttavia, stante la sentenza della Corte costituzionale del 18 gennaio 2019, relativa all’art. 111, comma 8, Cost., non è ammissibile equiparare un motivo vertente su una violazione del diritto dell’UE ad un motivo inerente alla “giurisdizione” ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost..

Pertanto, il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte di Giustizia un quesito volto a chiarire se la tutela giurisdizionale risulti pregiudicata nel caso in cui l’organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non sia competente ad annullare una sentenza pronunciata in violazione del diritto dell’Unione dal supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro.

La Corte ha chiarito che spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell’autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali necessari per assicurare, nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione, il rispetto dei loro diritti, a condizione, tuttavia, che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (c.d. “principio di equivalenza”) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’Unione (c.d. “principio di effettività”).

Nel merito, la Corte non ha ravvisato una differenziazione sostanziale dei ricorsi amministrativi rispetto al trattamento dei ricorsi aventi ad oggetto materie non disciplinate dal diritto dell’Unione.

Infatti, secondo la Corte, il diritto dell’Unione non produce l’effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, a meno che, tuttavia, dalla struttura dell’ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione, o che l’unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto.

Tuttavia, in conclusione, la Corte di Giustizia ha rilevato l’errore in cui è incorsa la sentenza del Consiglio di Stato, nella parte in cui non ha esaminato nel merito i motivi proposti dalla ricorrente ed intesi a dimostrare l’irregolarità della procedura: ciononostante, lungi dal richiedere l’inserimento di un “terzo grado di giudizio”, la Corte

ha rilevato che, nel caso di specie, il rimedio contro la violazione del diritto europeo consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 10 DICEMBRE 2021, N. 8244 – *La SA può indire una procedura di project financing comprensiva in vigenza di una Convenzione Consip avente ad oggetto le medesime prestazioni.*

La vigenza di una Convenzione Consip per lo svolgimento di servizi di *facility management* non precluda ad un Ente territoriale di indire una procedura di *project financing* comprensiva anche dei servizi di *facility management* oggetto della Convenzione.

Ed infatti, per il Supremo Consesso, l'obbligo degli enti territoriali di approvvigionarsi utilizzando una Convenzione CONSIP ex art. 1, co. 510, della l. n. 208/2015 non può ritenersi ostativo *“alla possibilità per le singole Amministrazioni di utilizzare strumenti contrattuali del tutto diversi (in questo caso, il project financing) tali da consentire risultati migliori, ai fini del raggiungimento dell’interesse pubblico perseguito e del rispetto del principio di buon andamento e di efficienza economica , rispetto alla convenzione quadro CONSIP di riferimento, concernente in questo caso il diverso strumento dell’appalto pubblico”*.

Una diversa interpretazione della disposizione implicherebbe, infatti, *“un possibile contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’Amministrazione e di rispetto dei vincoli di bilancio (artt. 97 e 81 Cost.) oltreché con i principi di libertà di stabilimento (art. 56 TFUE), libertà di prestazione (art. 49 TFUE), di libera concorrenza (art. 101 TFUE), da intendersi quale espressione dei generali principi garantiti dal diritto dell’Unione europea – in materia di contratti pubblici – di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza (CGUE 6 febbraio 2020, causa C-11/19; CGUE 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19; CGUE 3 ottobre 2019 causa C-285/18)”*.



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 24 NOVEMBRE 2021, N. 7887 – *Non rientra negli obblighi dichiarativi la comunicazione dell’avvio di un procedimento di risoluzione di un contratto pubblico stipulato con un’altra stazione appaltante, né la contestazione di plurimi adempimenti contrattuali.*

Il Consiglio di Stato, in applicazione dei chiarimenti forniti dall’Adunanza Plenaria nella decisione n. 16/20, si è pronunciato sul perimetro degli oneri dichiarativi, previsti dall’art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis) del Codice.

Nel caso di specie, un concorrente di una procedura di gara aveva omesso di comunicare la contestazione, da parte di una differente stazione appaltante, di plurimi inadempimenti relativi all'esecuzione di un contratto pubblico, nonché la ricezione dell'avviso di avvio del procedimento di risoluzione del relativo contratto. A causa di tali circostanze, veniva disposta l'esclusione dalla gara stessa del medesimo ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis) del D. lgs. n. 50/16.

In merito il Consiglio di Stato ha affermato che *“per evitare di gravare eccessivamente il concorrente, va ritenuta vicenda non (ancora) rilevante, e come tale non rientrante negli obblighi dichiarativi a suo carico, la comunicazione di avvio di un procedimento di risoluzione di un contratto di appalto stipulato con altra stazione appaltante, sia pure qualora abbia ad oggetto il medesimo servizio per il quale si concorre”*.

Infatti, tale comunicazione non contiene alcun giudizio definitivo, il quale si acquisirà unicamente all'esito del procedimento di risoluzione.

Invece, con riferimento a molteplici atti di contestazione di inadempimento, il Consiglio di Stato ha osservato come *“contestazioni della committenza sulla condotta esecutiva dell'impresa sono evenienze fisiologiche nella conduzione di un contratto di appalto, specialmente se ha ad oggetto servizi e se di lunga durata, onde fino a quando alle contestazioni non seguano atti sanzionatori come penali di significativo importo ovvero provvedimenti di risoluzione contrattuale, non può dirsi già in prospettazione commesso un grave illecito professionale meritevole di essere conosciuto da altra stazione appaltante per fondarvi un giudizio di sua inaffidabilità presunta nell'esecuzione del futuro appalto”*.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla gara dell'o.e., non sussistendo in capo allo stesso alcun onere di comunicazione dei fatti citati, in quanto non rientranti nel perimetro degli obblighi dichiarativi ex art. 80 del D. lgs. n. 50/16.



**TAR MARCHE, SEZ. I – ORDINANZA 11 GENNAIO 2022 N. 7-
Tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene
SARSCoV-2 effettuazione riservata alle sole farmacie e non
anche alle parafarmacie? L'ultima parola alla Corte
Costituzionale**

È stata sollevata, in quanto rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, nella parte in cui è riservata alle sole farmacie – e non anche alle parafarmacie – l'effettuazione dei test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM ed i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARSCoV-2.

CONTRIBUTI E DOTTRINA



Si segnala un interessante contributo del Consigliere di Stato Sergio Zeuli *“Il diritto dell'emergenza e l'emergenza dei diritti”*, pubblicato sul portale di Giustizia Amministrativa. Per la lettura del contributo (solo inizialmente in lingua francese) clicca [qui](#).

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa