

## NEWSLETTER N. 10/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Delibera n. 247 del 16 marzo 2021 – Anticipazione del prezzo all'appaltatore esteso anche agli appalti "sotto soglia".**

Nella Delibera n. 247 del 16.03.2021, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha ritenuto, su segnalazione dell'ANCE, che l'art. 35, comma 18 del D.lgs. 50/2016, il quale stabilisce che "la stazione appaltante deve corrispondere all'appaltatore un'anticipazione del prezzo pari al 20% dell'importo totale previsto nel contratto d'appalto, entro quindici giorni dall'effettivo avvio dell'esecuzione, a condizione che venga preventivamente rilasciata apposita garanzia bancaria o assicurativa", debba essere esteso anche agli appalti sotto-soglia in quanto "il versamento dell'anticipazione del prezzo all'impresa appaltatrice rappresenta un obbligo di portata generale, che non può essere circoscritto ai soli appalti sopra-soglia".

Ad ulteriore conferma di tale interpretazione, l'Autorità evidenzia altresì che l'art. 207 del D.l. n. 34 del 19.5.2020 (c.d. "Decreto Rilancio"), ha previsto la possibilità di incrementare l'anticipazione fino al 30% dell'importo del contratto, senza operare alcuna distinzione di importo.

Qui il [link](#) alla delibera.

➤ **ANAC – Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, D.lgs. 50/2016, in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto.**

L'ANAC ha fornito chiarimenti in merito alla portata applicativa della disciplina dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alla disposizione dettata dal comma 12 dello stesso, il quale disciplina le modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto.

Il dubbio prospettato attiene infatti alla possibilità di considerare la fattispecie prevista al citato comma 12 come ipotesi autonoma e ulteriore di modifica contrattuale rispetto alle casistiche enucleate ai commi 1 e 2 della disposizione in esame e, in caso positivo, alla possibilità di accedere a tale istituto anche a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti individuati dalla norma.

L'Autorità, previo confronto con il MIMS, ritiene di aderire ad un'interpretazione restrittiva della norma in esame, nonostante la presenza di un orientamento contrario nella giurisprudenza amministrativa. La scelta è dettata dalla considerazione che l'art. 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate.

La norma, quindi, deve essere intesa come volta a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera c) e 2 dell'art. 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell'importo originario, la Stazione appaltante potrà imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Nel caso in cui, invece, si ecceda il quinto d'obbligo e, sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2, del Codice, l'appaltatore potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, il diritto alla risoluzione del contratto.

Qui il [link](#) per la consultazione del testo.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE CASS., SEZ. I, 15 FEBBRAIO 2021, n. 3839** – *Escussione della fideiussione e prova del danno effettivamente subito dalla S.A. a causa dell'inadempimento dell'appaltatore.*

Con la sentenza in rassegna la Corte di Cassazione ha ribadito un principio cardine in materia di escussione della polizza fidejussoria da parte della Committenza nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore.

I Giudici della Suprema Corte hanno, infatti, rilevato che la cauzione in numerario (con deposito in denaro nelle casse dello Stato) o in titoli di Stato o garantiti dallo Stato (tramite acquisto di questi titoli da parte dell'impresa appaltatrice), dovuta dall'appaltatore a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, che può essere sostituita anche da una fideiussione bancaria o da una polizza assicurativa fideiussoria, non ha funzione satisfattoria, ma natura di garanzia reale generica, finalizzata ad assistere qualsiasi ragione di credito effettivamente esistente a favore della Pubblica amministrazione.

Ne consegue che, ove alla prestazione segua l'inadempimento dell'appaltatore, la Stazione appaltante può sì soddisfare il proprio credito incamerando l'importo ricevuto in numerario o procedendo alla vendita dei titoli o all'escussione della fideiussione, ma solamente nei limiti del pregiudizio effettivamente subito, del quale è tenuta a fornire la prova, essendole espressamente consentito di agire per il ristoro dei maggiori oneri eventualmente sopportati, ma non anche di trattenere importi eccedenti l'ammontare delle spese sostenute e dei danni riportati (Cass. 08/10/2014 n. 21205 che richiama Cass., 23/02/1979, n. 1212).

Risulta, pertanto, insufficiente la sola allegazione che, per effetto del ritardo nella realizzazione dell'opera o del comportamento negligente dell'appaltatore, l'Amministrazione abbia dovuto avvalersi della risoluzione del contratto rimedio a cui non consegue un danno risarcibile. Per la configurabilità di tale pregiudizio è

infatti *“necessaria l’allegazione e la prova dei maggiori oneri sopportati per la stipulazione di un nuovo contratto d’appalto e per l’esecuzione d’ufficio dei lavori, nonché dell’eventuale ulteriore danno derivante dall’impossibilità di disporre dell’opera entro il termine originariamente previsto per la sua ultimazione, la cui dimostrazione a carico della committente”* (Cass. n. 21205 cit., in motivazione pp. 9 e 10 che richiama Cass. 04/11/2005 n. 21407).

In conclusione, pertanto, la Suprema Corte ha ribadito che *“Da siffatta regola, chiara è la necessità che la cauzione possa essere incamerata, nel riconoscimento del relativo diritto, in favore della stazione appaltante che, garantita, abbia comprovato il pregiudizio sofferto in esito all’inadempimento dell’appaltatore nei termini indicati.”*

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 8 APRILE 2021, n. 2839** – *Obiettiva impossibilità pratica di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali non comporta l’esclusione dell’operatore economico dalla procedura.*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato, in linea con quanto precisato dalla Corte di Giustizia (sez. IX, 2 maggio 2019 in C-309/18), conferma che la mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali non comporta l’esclusione dell’operatore e si presta ad essere sanata *ex post* (per mezzo di soccorso istruttorio) soltanto se ricorrono condizioni di *“materiale impossibilità”* alla indicazione degli stessi. Nel caso di specie, il Collegio ritiene che non ricorrano in concreto le condizioni di materiale impossibilità in quanto *“la non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione strutturale dei termini dell’offerta, dell’integrazione ad opera dell’offerente”*.

In tal senso, la scusabilità dell’omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla *“obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell’offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva”* che vieti all’operatore la modifica dei documenti di gara predisposti unilateralmente dalla stazione appaltante.

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 8 APRILE 2021, n. 2822** – *Sulla possibilità di procedere alla verbalizzazione postuma, ovvero in un unico verbale, delle operazioni di gara.*

Il Consiglio di Stato, nel confermare il principio per cui in mancanza di norme contrarie, anche della *lex specialis*, che prescrivano la verbalizzazione distinta di ogni singola seduta, la commissione di gara può far risultare in unico verbale tutte le operazioni poste in essere, ancorché svoltesi in più giornate – precisa tuttavia che la c.d. *“verbalizzazione postuma”* (in un unico verbale) è ammessa, purché sopravvenga in un arco temporale ragionevolmente breve e tale da evitare l’insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione dei fatti e dello specifico *iter* valutativo percorso dalla commissione.

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 19 APRILE 2021, n. 328** – *Giudice competente a decidere la controversia avente ad oggetto i rapporti di dare-avere in caso di risoluzione anticipata di una concessione di pubblico servizio.*

Il CGARS ha chiarito che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto i rapporti di dare-avere tra una società e un Comune a seguito della risoluzione anticipata della concessione di pubblico servizio relativa all'espletamento di un servizio idrico, nel caso in cui occorra valutare il valore patrimoniale di quanto richiesto dall'appellante come rimborso per gli investimenti posti in essere.

Infatti, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. la giurisdizione esclusiva comprende le controversie in materia di pubblici servizi (nella quale è ricompreso il servizio idrico), escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

➤ **TAR LOMBARDIA, BRESCIA, 23 APRILE 2021, n. 281** – *Società "in house", presupposti per l'affidamento e obbligo di motivazione rafforzato.*

In tema di regime speciale degli affidamenti *in house*, l'articolo 192, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016 prevede: *"Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"*.

In linea con l'orientamento giurisprudenziale più recente, nella sentenza in commento è stato espresso il principio secondo cui la norma richiamata colloca senz'altro gli affidamenti *in house* *"su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto."* Infatti, tali affidamenti sono ammessi solo in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante e comunque con l'obbligo per l'amministrazione di fornire *"una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento"* (In tal senso, C.d.S., Sez. V, ordinanza n. 138/2019).

L'obbligo di dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei connessi benefici, per la collettività, della forma di gestione prescelta, costituisce un *"onere motivazionale rafforzato"*, tale da consentire un penetrante controllo della scelta effettuata dall'amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche (cfr. C.d.S., Commissione speciale, parere n. 855/2016 – n. affare 464/2016).

Nella sentenza è stato chiarito, *inter alia*, come i vantaggi che consentono di ricorrere al modello *in house* debbano essere tali da non poter essere ottenuti anche dal mercato.

Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto che non fosse stato assolto l'onere motivazionale incombente sull'amministrazione, non avendo la stessa dimostrato "che il mercato non avrebbe consentito di ottenere le prestazioni oggetto del servizio in questione, se non a migliori condizioni contrattuali, quanto meno alle medesime".

➤ **TAR PIEMONTE, SEZ. I, 29 MARZO 2021, n. 349 – Un operatore economico non può essere escluso dalla procedura di gara per aver omesso di dichiarare un reato estinto.**

Con sentenza in commento il TAR Piemonte, richiamando la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui "l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per "reati gravi" non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati, non già per il fatto che quei fenomeni estintivi siano "ex se" sintomatici della "non gravità" dei reati, quanto piuttosto in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato" (Cons. Stato sez VI, n. 4392/2013), ha sottolineato come l'effetto estintivo dell'abrogatio criminis posto in essere con il provvedimento di estinzione del reato determina il venir meno di "ogni effetto penale" (art. 460, comma 5, c.p.p.) della condanna e della portata preclusiva della stessa.

Pertanto, l'estinzione del reato prevista al comma 3 dell'art. 80, D.Lgs. 50/2016 esclude l'applicabilità del comma 1 del medesimo art. 80, ponendosi in un rapporto di specialità con la disposizione generale.

Lo stesso TAR Piemonte ha poi osservato come "Deve opinarsi che siffatto effetto esonerativo non può non estendersi anche alle ipotesi di esclusione elencate al comma 5 del medesimo art. 80 laddove esse presuppongono una condanna penale, venendo in special modo in rilievo la figura del grave illecito professionale da sottoporsi all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione che ne valuterà l'incidenza pregiudizievole sull'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Se, infatti, la declaratoria di estinzione del reato paralizza gli effetti escludenti previsti dal comma 1 per il numero chiuso di reati ivi elencati, sollevando l'operatore economico dall'onere dichiarativo, *mutatis mutandis*, per un rapporto logico di continenza, nella fattispecie del grave illecito professionale, che è a struttura elastica e ampia, contemplando un ventaglio aperto di figure illecite tra cui rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli di cui al comma 1 (cfr. Cons. Stato, 29 ottobre 2020, n. 6615), l'estinzione del reato non potrà non sortire lo stesso effetto esonerativo circa gli obblighi dichiarativi gravanti sull'operatore economico.

Il cono degli effetti della declaratoria di estinzione deve ragionevolmente rifrangersi per l'intero prisma del sistema normativo delle cause di esclusione, sia nelle ipotesi tipizzate di automatismo espulsivo, sia nelle fattispecie più articolate rimesse all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante: diversamente opinando, si addoverrebbe all'esito paradossale che l'estinzione di reati di

*minor disvalore verrebbe a pesare in senso pregiudizievole attraverso il filtro discrezionale dell'Amministrazione, mentre sarebbe inibita ogni determinazione espulsiva nell'ipotesi di estinzione di fatti di reato ben più gravi come quelli al comma 1".*

➤ **TAR PIEMONTE, SEZ. I, 29 MARZO 2021, n. 384 – Illegittimità del sistema tariffario di pedaggio definito dall'ART con riferimento alla concessione autostradale Pedemontana Lombarda.**

Il TAR Piemonte ha accolto il ricorso proposto dalla concessionaria dell'Autostrada Pedemontana Lombarda per l'annullamento del sistema tariffario di pedaggio approvato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) ex art. 37, co. 2, lett. g) D.l. n. 201/2011. Il Collegio, confermando i principi già espressi dal TAR Valle d'Aosta (sent. n. 22/2020), ha preliminarmente ritenuto che l'introduzione in via autoritativa di un sistema tariffario sostitutivo di quello definito in via convenzionale non comporta né una modifica unilaterale, peggiorativa e retroattiva del sinallagma negoziale, né una violazione dei principi di certezza e prevedibilità del quadro regolatorio delle attività economiche.

Tuttavia, il TAR ha ritenuto che l'ART, nell'adozione del nuovo sistema tariffario e nella definizione di diversi parametri (ad es. la percentuale di efficientamento dei costi), non ha tenuto conto delle peculiarità della singola concessione autostradale ma di dati economici e finanziari relativi a concessioni autostradali con caratteristiche del tutto differenti.

Il Collegio ha quindi annullato il provvedimento, onerando l'ART di procedere nuovamente alla definizione del sistema tariffario per la tratta autostradale esercita dalla ricorrente.

---

In collaborazione con gli Studi Legali  
*Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa*