

## NEWSLETTER N. 11/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Delibera n. 294 del 22 aprile 2021 – Organismi Indipendenti di Valutazione – obblighi di pubblicazione entro il 30 maggio 2021.**

L'ANAC ha reso noto che gli Organismi Indipendenti di Valutazione (OIV) o gli organismi con funzioni analoghe, delle pubbliche Amministrazioni, delle fondazioni, delle associazioni e degli enti privati individuati all'art. 2-bis, comma 3, del D.lgs. n. 33/2013, dovranno assolvere i propri obblighi di pubblicazione entro il 30 maggio 2021.

Entro il 30 giugno 2021 saranno pubblicate nella sezione "Amministrazione trasparente" le attestazioni, complete della griglia di rilevazione e della scheda di sintesi.

Qui il [link](#) alla delibera.

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente del 13 aprile 2021 – Impatto dell'emergenza sanitaria da COVID – 19 sui requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento.**

Per garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche per la fornitura di servizi, l'ANAC ha fornito alcuni suggerimenti per la predisposizione dei bandi di gara, con particolare riguardo ai requisiti di capacità economica finanziaria e di capacità tecnica. A causa dell'emergenza sanitaria, infatti, alcuni settori produttivi hanno avuto un calo significativo di fatturato a fronte della mancata erogazione dei servizi e questo, secondo l'Autorità, può avere un impatto potenzialmente limitativo della partecipazione alle gare future, in quanto il fatturato minimo annuo è uno degli elementi che le stazioni appaltanti possono richiedere ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria. Di conseguenza, l'Autorità ha suggerito alle stazioni appaltanti di valutare attentamente la necessità di richiedere una dimostrazione del possesso di determinati requisiti tramite un fatturato minimo annuo per il triennio precedente la gara; tuttavia, qualora detta richiesta sia ritenuta necessaria, sarebbe opportuno che il valore del fatturato richiesto fosse inferiore a quello massimo consentito dalla norma, ossia al doppio dell'importo a base d'asta.

Per quanto riguarda, invece, la capacità tecnica delle imprese, l'Autorità, nel rilevare che la mancata erogazione dei servizi può avere un impatto anche sulla dimostrazione dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, ricorda che, per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le Amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere nei bandi che sarà presa in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati oltre l'ultimo trimestre di riferimento (come ammesso dal Codice dei contratti pubblici all'Allegato XVII, parte II).

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

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021 – “Indicazioni interpretative sull’art. 106, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell’importo del contratto”.**

L’Autorità ha adottato il Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021 in risposta ad alcune segnalazioni in merito a problematiche applicative dell’articolo 106, comma 12, del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ritenute meritevoli di chiarimenti.

In particolare, si chiarisce che la disposizione è volta a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera c) e 2 dell’articolo 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell’importo originario, la stazione appaltante potrà imporre all’appaltatore la relativa esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto medesimo.

Nel caso in cui, invece, si ecceda il quinto d’obbligo e, sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all’articolo 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.

L’articolo in esame non può, quindi, essere inteso come ipotesi autonoma di modifica contrattuale, ulteriore rispetto alle fattispecie individuate ai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

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

➤ **MIMS – Parere 26 febbraio 2021, n. 863 – Immodificabilità della graduatoria anche in caso di inversione procedimentale.**

Con il parere in rassegna, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile ha precisato che la graduatoria è immodificabile anche in caso di inversione procedimentale.

La questione, sottoposta al Ministero da una Stazione appaltante, originava dall’istanza di accesso agli atti - relativi alla documentazione amministrativa di tutti i concorrenti - presentate da un concorrente il quale, altresì, contestava l’ammissione di un operatore che avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura selettiva. Di qui, la richiesta su come avrebbe dovuto comportarsi la Stazione appaltante; anche laddove l’accesso agli atti fosse avvenuto dopo il provvedimento di aggiudicazione.

Nel parere il Ministero ha precisato che le irregolarità afferenti alla documentazione amministrativa sono generalmente sanabili attraverso l’applicazione del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice e che alla questione sottoposta si applica il cd. principio di invarianza della soglia di anomalia di cui all’art. 95, comma 15, D.lgs. n. 50 del 2016 ai sensi del quale, “ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una

pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.

Secondo il Ministero dunque, “il principio in esame trova applicazione anche alle procedure di gara in cui è utilizzata la cosiddetta inversione procedimentale; ne consegue che secondo il combinato disposto di cui all'art. 95, comma 15, e 133, comma 8, D.lgs. n. 50 del 2016, considerato che è terminata la fase di ammissione, troverà applicazione il principio dell'invarianza della soglia di anomalia”.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 23 APRILE 2021, n. 7 – Responsabilità della P.A. per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata.**

Il caso dal quale trae origine la controversia riguarda un operatore economico richiedente il rilascio di alcune autorizzazioni per la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici. Avverso il silenzio dell'Amministrazione, l'operatore economico agiva ex art. 117 c.p.a. e quindi in ottemperanza. Tuttavia, stante l'intervenuta abrogazione del regime tariffario incentivante dell'art. 7 d.lgs. n. 387 del 2003 – abrogazione che, secondo il ricorrente, avrebbe reso l'investimento antieconomico – veniva chiesta la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che la responsabilità in cui incorre l'Amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della “prestazione” cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Pertanto, la responsabilità della Pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento - i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ., e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.

Con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza disposizioni su incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili che non sono stati erogati a seguito di una sopravvenienza normativa, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati.

Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi - nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione - oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

In ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'Amministrazione.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, ORD., 26 APRILE 2021, n. 3299** – *Alla Corte costituzionale l'ambito temporale di applicazione della disciplina più favorevole sulla escussione della cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara pubblica*

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, che disciplina la cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara, nel combinato disposto con l'art. 216, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma primo, (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) Cost., che precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta - introdotta dal nuovo Codice dei contratti, rispetto alla disciplina previgente del Codice approvato con d.lgs. n. 163 del 2016 - che prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica - in quanto già in vigore al momento dell'adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Ai sensi dell'art. 216 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 le disposizioni contemplate nel Codice si applicano "alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore". Manca, invece, una disposizione espressa che, in particolare, estenda l'applicazione della disciplina di cui al comma 6 dell'art. 93 cit. anche alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati sì pubblicati in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma relativamente alle quali l'amministrazione si sia determinata ad escutere la cauzione prestata da uno dei partecipanti alla gara non aggiudicatario in un momento successivo all'entrata in vigore dello stesso.

Ha ancora ricordato la Sezione che il principio della retroattività della *lex mitior* in "materia penale" è fondato tanto sull'art. 3 Cost., quanto sull'art. 117, primo comma, Cost., eventuali deroghe a tale principio dovendo superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare controinteressi di rango costituzionale.

Il principio in questione deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni di carattere amministrativo che abbiano natura "punitiva".

Secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006), la regola della retroattività della *lex mitior* in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., che sancisce piuttosto il principio – apparentemente antinomico – secondo cui "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Tale principio deve, invero, essere interpretato nel senso di vietare l'applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, non ostando così a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all'opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato. Cionondimeno, la regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, del Codice penale – non è sprovvista di fondamento costituzionale: fondamento che la costante giurisprudenza della Corte ravvisa anzitutto nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., "che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice" (sentenza n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, "Non

sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)” (sentenza n. 236 del 2011).

La riconduzione della retroattività della *lex mitior* in materia penale all’alveo dell’art. 3 Cost. anziché a quello dell’art. 25, secondo comma, Cost., segna però anche il limite della garanzia costituzionale della quale la regola in parola costituisce espressione. Mentre, infatti, l’irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un valore assoluto e inderogabile, la regola della retroattività *in mitius* delle disposizioni sanzionatorie “è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli” (sentenza n. 236 del 2011).

Ne consegue che il valore tutelato dal principio in parola “può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo”, con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole (sentenza n. 393 del 2006).

Ha ancora affermato la Sezione che l’escussione della garanzia in parola non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell’operatore economico. Si tratta, piuttosto, di una sanzione dall’elevata carica afflittiva che, in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario) o risarcitoria, “si spiega soltanto in chiave di punizione dell’autore dell’illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto” (Corte cost., n. 63 del 2019).

In ragione dei rilievi che precedono dovrebbe quindi concludere per l’illegittimità costituzionale delle disposizioni che precludono l’applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l’escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell’aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell’aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – se già in vigore al momento dell’adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 14 APRILE 2021, n. 3085 – Effetti dell’annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anomala**

Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha chiarito che l’annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara per un’offerta ritenuta anomala non comporta necessariamente l’obbligo per la Stazione Appaltante di operare una nuova valutazione di anomalia prima di procedere all’aggiudicazione.

Infatti, tale obbligo viene meno ove la pronuncia caducatoria non abbia comportato margini per la riedizione del potere, fondandosi sull'accertamento della sostenibilità economica dell'offerta.

Secondo il Consiglio di Stato, è vero che la nuova aggiudicazione è un provvedimento costituente un nuovo esercizio del potere, ma essa si fonda sulla valutazione di congruità dell'offerta risultante dall'originaria valutazione di anomalia e poi annullata in ragione della riconosciuta congruità dell'offerta. In altre parole, l'aggiudicazione impugnata nel caso di specie non è stata preceduta da una nuova valutazione di congruità, sicché tale profilo si è cristallizzato. Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha chiarito, dunque, che l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara per un'offerta ritenuta anomala, non comporta obbligatoriamente una nuova valutazione di anomalia da parte della Stazione Appaltante prima di procedere all'aggiudicazione.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. III-TER, 12 APRILE 2021, n. 4266 – Giurisdizione in materia di cessione e acquisto di quote azionarie pubbliche.**

Il TAR Lazio, esprimendosi sulla questione relativa alla giurisdizione in materia di cessione e acquisto di una partecipazione azionaria detenuta da Invitalia S.p.A., ha ribadito l'orientamento della Sezione (TAR Lazio n. 8946/2017) - confermato in appello da Cons. Stato n. 6088/2018 - escludendo la ricorrenza dell'obbligo di ricorrere al modulo procedimentale dell'evidenza pubblica e, per ciò solo, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, richiamata la disciplina applicabile alla procedura *de qua* - da individuarsi nell'art. 1 commi 460 e 461 L. n. 296/2006 - il Tribunale Amministrativo ha chiarito come detta disciplina non solo non preveda l'evidenza pubblica quale modalità necessaria di dismissione delle partecipazioni azionarie ma, al contrario, indichi specifiche tipologie di dismissione non compatibili con l'evidenza pubblica e finalizzate, piuttosto, a garantire l'attuazione delle finalità istituzionali perseguite da Invitalia S.p.A.

La sentenza ha infatti puntualizzato che non si pone un problema di costituzione *ex novo* di una società mista (con la correlata esigenza di individuare, per l'affidamento di un servizio, un socio privato, qualificabile come socio "operativo", a cui specificamente si riferisce l'art. 1 comma 2 d. lgs. n. 163/2006 laddove impone la procedura di evidenza pubblica) e, sulla base di tale motivazione, l'ha ritenuta sottratta all'obbligo normativo di ricorrere all'evidenza pubblica.

In merito, la pronuncia richiama gli insegnamenti del Consiglio di Stato (Ad. Plenaria, sentenza n. 16/2011) secondo cui *"la sottoposizione o meno della gara al regime pubblicistico fissato dal codice dei contratti pubblici, e la sua consequenziale sottoposizione alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, "discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo)", attesa l'inderogabilità dalle parti delle*

regole sulla giurisdizione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 2639/2015; id., n. 2008/2015; id., n. 497/2015; Cass., Sez. Un., n. 8511/2012); in questa prospettiva “la dismissione di quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull’evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un’operazione che l’ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione” (Cons. Stato, n. 1894/2017).

Alla luce dei su richiamati principi i Giudici Amministrativi hanno qualificato la dismissione della partecipazione azionaria pubblica in termini di attività posta in essere “*iure privatorum*” a fronte della quale la situazione giuridica soggettiva degli aspiranti acquirenti del pacchetto azionario non può essere ricondotta nell’ambito degli interessi legittimi. Ragione per cui, secondo il criterio del “*petitum sostanziale*”, la giurisdizione a conoscere della vicenda è stata ritenuta da devolvere al giudice ordinario.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II, 8 APRILE 2021, n. 4178 – Interpretazione estensiva dei presupposti del soccorso istruttorio a fronte della contingente crisi epidemiologica.**

Nel caso di specie, la società ricorrente deduceva l’illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto non preceduto dalla doverosa attivazione del soccorso istruttorio volto a consentire l’integrazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere tecnico organizzativo ed economico finanziario dell’impresa, documentazione che non era stata caricata integralmente a causa di un problema tecnico. Sul punto, il Collegio ha dapprima ricordato che la normativa vigente, diversamente da quella precedente, non individua un termine perentorio per la comprova dei requisiti e prevede espressamente la possibilità di attivare il soccorso istruttorio in tale fase.

In tale contesto normativo la giurisprudenza più recente ha escluso la possibilità di esperire il soccorso istruttorio solo nei casi di carenza “sostanziale” della domanda, insuscettibile di essere sanata ex art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici.

L’istituto del soccorso istruttorio tende proprio ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell’interesse della stazione appaltante, che potrebbe perdere l’opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Per tale ragione, ha rilevato il TAR, soprattutto in una fase critica, come quella dell’attuale emergenza sanitaria, l’istituto del soccorso istruttorio “*dovrebbe essere interpretato in modo esteso in applicazione dei principi di buona fede, correttezza e leale collaborazione*”.

---

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