

## NEWSLETTER N. 12/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Delibera n. 329 del 21 aprile 2021 – “Pubblicazione dei provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte per la realizzazione in concessione di lavori in project financing, di cui all’art. 183, comma 15, D.lgs. 50/2016”.**

Ai sensi della delibera ANAC n. 329/2021, le pubbliche Amministrazioni sono tenute a concludere i procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte di *project financing* a iniziativa privata presentate dagli operatori economici (art. 183, comma 15, D.Lgs. 50/2016), mediante l’adozione di un provvedimento amministrativo espresso e motivato (ai sensi della legge 241/1990), sia nei casi sia di valutazione positiva che negativa.

L’Autorità è intervenuta anche sugli obblighi di trasparenza sottolineando che, poiché nella legislazione vigente non sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione degli atti citati, è raccomandata la pubblicazione come “dati ulteriori” nella sezione “amministrazione trasparente” dei siti web istituzionali, ai sensi dell’art. 7-bis, co. 3, D.Lgs. 33/2013.

Qui il [link](#) alla delibera.

➤ **PNRR (Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza) – Modifiche alla Parte Seconda, paragrafo 1.3.4 – “Semplificazione in materia di contratti pubblici”.**

Il PNRR ha subito delle recenti modifiche nella parte dedicata al *public procurement*. In particolare, è stato precisato che la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è un obiettivo essenziale per l’efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell’attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19.

Tale semplificazione deve avere ad oggetto, non solo la fase di affidamento, ma anche quella di pianificazione programmazione e progettazione; sono, poi, dettate, per raggiungere l’obiettivo, due modalità di attuazione con “Misure urgenti” e “Misure a regime”.

Il Governo ha intenzione di intervenire entro fine maggio con un Decreto Legislativo con misure urgenti per il rafforzamento e la proroga al 2023 delle semplificazioni già varate con il Decreto Semplificazioni (Legge 120/2020).

Segnatamente, saranno riviste le verifiche antimafia e i protocolli di legalità, sarà potenziata la Conferenza di servizi veloce e verrà limitata la responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia.

Nel futuro d.lgs. sarà inoltre prevista l'istituzione del collegio consultivo tecnico per l'assistenza e la soluzione delle controversie in via stragiudiziale, l'accorciamento dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione e l'individuazione di misure per ridurre i tempi di esecuzione del contratto.

Entro la fine dell'anno sarà poi presentato un nuovo disegno di legge delega che getterà le basi del nuovo Codice Appalti, da utilizzare a regime.

**L'idea di fondo è quella di integrare le Direttive Europee solo nelle parti che non siano "self executing" e di ridurre al massimo le regole che vadano oltre quelle richieste dalla normativa europea.**

La nuova disciplina dovrà garantire parità di accesso e piena attuazione del principio di concorrenza e individuerà in modo espreso i casi in cui sarà possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando e in cui si potrà utilizzare il criterio del prezzo più basso.

La Legge delega inoltre conterrà misure volte a garantire la sostenibilità energetica e ambientale e la tutela della salute e del lavoro nell'affidamento dei contratti. Saranno ridotti i divieti sull'appalto integrato, modificata la disciplina sul subappalto e introdotti divieti di proroga automatica.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 28 APRILE 2021, n. 3430 – Presupposti del silenzio inadempimento ed atti amministrativi di sanatoria ai sensi dell'art. 37 del t.u. edilizia adottati dal Comune**

Per il Collegio di Palazzo Spada non sussiste un'inerzia amministrativa qualora il Comune, a fronte dell'istanza di repressione di abusi edilizi, abbia concluso il relativo procedimento manifestando una volontà dispositiva ostativa alla demolizione delle opere allo stato residuanti nell'area di proprietà dei controinteressati, ritenute dall'Amministrazione assentite da titoli in sanatoria; in tale modo, il Comune è pervenuto all'archiviazione del relativo procedimento amministrativo, assumendo una decisione censurabile con un'azione impugnatoria, ma non con il rimedio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a..

Ha ricordato la Sezione che sussiste l'obbligo del Comune di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi, presentata dal proprietario dell'area confinante a quella di realizzazione delle opere abusive, il quale, appunto per tal aspetto che s'invera nel concetto di *vicinitas*, gode d'una legittimazione differenziata rispetto alla collettività subendo gli effetti (nocivi) immediati e diretti della commissione dell'eventuale illecito edilizio non represso nell'area limitrofa alla sua proprietà (Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2228), onde egli è titolare di un interesse legittimo all'esercizio di tali poteri di vigilanza e, quindi, può proporre l'azione a seguito del silenzio ai sensi dell'art. 31 c.p.a.

(Cons. St., sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 744; id., sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 233), che segue il rito di cui ai successivi artt. 112 e ss. (Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5087).

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 27 APRILE 2021, n. 3385 – Motivazione postuma e convalida in pendenza dell'impugnativa dell'atto amministrativo**

I giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati a pronunciarsi sul fenomeno della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un atto integrativo della motivazione insufficiente.

Muovendo da un'attenta ricostruzione istituzionale dell'emendabilità *in generis* del vizio motivazionale e prestando particolare attenzione al disposto dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, il Collegio si è poi concentrato sull'emendabilità del vizio motivazionale, tramite atto di convalida emanato in pendenza del giudizio per l'annullamento dell'atto da convalidare.

I giudici hanno chiarito la seguente distinzione: a) se l'inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti), il difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato, tantomeno con un mero maquillage della motivazione: l'atto dovrà comunque essere annullato; b) se invece la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all'Amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento.

Pertanto, laddove la convalida intervenga in pendenza dell'impugnativa dell'atto da convalidare, l'interessato potrà domandare, con ricorso per motivi aggiunti, sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato (dunque, per contestare la stessa ammissibilità della convalida), sia l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 26 APRILE 2021, n. 3352 – Superficie utile lorda e tutela dei beni paesaggistici**

La nozione di superficie utile da prendere in esame al fine di perimetrare la portata applicativa dell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, nella parte in cui preclude il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma in caso di incremento delle superfici utili legittimamente edificate, fa riferimento al significato tecnico-giuridico che tali concetti assumono in materia urbanistico-edilizia, trattandosi di nozioni tecniche non già

specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma solo dalla normativa urbanistico-edilizia.

Per l'effetto, posto che l'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004 ha riguardo, quale causa generale ostativa alla sanatoria alle sole superfici utili, considerato che tali superfici escludono quelle accessorie, deve ritenersi che nel caso di specie l'ampliamento di superfici accessorie esterne (qualificabili come balconi o ballatoi o terrazze), sebbene sussumibili sotto la nozione di superfici utili lorde ai sensi di quanto previsto dalla normativa urbanistica comunale citata, non integrava gli estremi della superficie utile ai sensi dell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, non potendo, dunque, ritenersi di per sé come ostativo all'avvio del procedimento di autorizzazione postuma paesaggistica, comunque necessario facendosi questione di opere comportanti un mutamento dello stato dei luoghi esterni, in relazione alle quali occorre, dunque, verificare la sua compatibilità con i valori paesaggistici espressi dall'area in cui l'intervento edilizio è stato realizzato.

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 23 APRILE 2021, n. 3287** – *La procedimentalizzazione dell'affidamento diretto non implica la sua trasformazione in una procedura di gara.*

In tema di affidamento diretto sotto soglia - operato per l'emergenza epidemiologica in regime di deroga all'art. 36, comma 2 del Codice, in applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 76 del 2020, nella versione vigente ante-conversione avvenuta con legge n. 120 del 2020, secondo il quale è consentito alle Amministrazioni aggiudicatrici di poter procedere ad affidamenti diretti per "lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro" - il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo l'affidamento operato mediante la valutazione di preventivi (articolo 36, comma 2, lettera b) e con specifica riserva di poter interpellare i fornitori "ritenuti idonei all'esecuzione della prestazione richiesta, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale".

Tale modalità, secondo il Consiglio di Stato, non ha determinato una procedimentalizzazione dell'affidamento diretto (e dunque una sua trasformazione in una procedura di gara, come invece ritenuto dal TAR), costituendo bensì una "mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura)" che non abilita "i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze".

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 19 APRILE 2021, n. 326** – *Triennio di rilevanza ai fini del grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016.*

Con la pronuncia in commento, il CGARS ha ribadito che, nell'ipotesi di supposta esistenza di gravi illeciti professionali *ex art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016 e di pretesa omissione, da parte del concorrente, delle pertinenti informazioni in corso di procedimento selettivo ai sensi della lett. c-bis) del medesimo comma "deve ritenersi operante un obbligo di fissare un limite temporale di rilevanza delle circostanze, soggette ad obblighi dichiarativi, che possono concretizzare gravi illeciti professionali e condurre all'esclusione del concorrente dalla gara"*.

Infatti, ai sensi sia della normativa comunitaria direttamente applicabile (art. 57 comma 7, Direttiva n. 2014/24/UE), sia della normativa introdotta a livello nazionale (art. 80, comma 10-bis, del D.lgs. n. 50/2016, come novellato ad opera della L. n. 55/2019), la Stazione appaltante non può escludere dalla gara un concorrente laddove le circostanze che potrebbero costituire un grave illecito professionale si siano verificate nel periodo antecedente l'ultimo triennio. Tale arco temporale inoltre, precisa il CGARS, nel caso di contestazione giudiziale deve essere computato a far data dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. *"Il limite temporale", infatti, "non può che trovare applicazione anche all'ipotesi dei gravi illeciti professionali, non potendosi logicamente consentire un trattamento giuridico più favorevole alle situazioni nelle quali intervengano condanne ostantive (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, ex art. 80, co. 10 e 10-bis, primo periodo, del Codice) rispetto situazioni diverse, assoggettabili ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, in tesi ostantive all'infinito, conclusione incompatibile sia con la lettera che con la ratio della richiamata disciplina comunitaria"*.

D'altra parte, aggiunge il CGARS, l'obbligo declaratorio in sede di gara non può avere un carattere omnicomprensivo di ogni e qualsiasi vicenda storica del concorrente, *"a pena di appesantire oltre misura il procedimento di gara (sia in termini di oneri dichiarativi del concorrente che avuto riguardo alla corrispondente attività valutativa del seggio di gara), sicché deve escludersi che cause di esclusione che hanno perduto rilevanza temporale debbano comunque essere dichiarate"* (cfr., in termini, anche Cons. Stato, Sez. V, n. 632 del 20.1.2021).

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., ORDINANZA, 20 APRILE 2021, n. 351 – Comunicazione dell'ordinanza che dispone l'interruzione del giudizio per morte dell'avvocato.**

I giudici siciliani hanno chiarito che il provvedimento che dispone l'interruzione del processo per sopravvenuta morte del difensore deve essere comunicato anche alla parte personalmente, affinché la stessa sia messa in condizione di sanare il vulnus che ha subito la difesa tecnica.

L'interpretazione è avvalorata dalla *ratio* che soggiace l'istituto dell'interruzione: la norma è infatti finalizzata a limitare le conseguenze negative della sopravvenuta assenza di continuità della difesa tecnica.

➤ **TAR PIEMONTE, SEZ. I, ORD., 29 APRILE 2021, n. 448** – *Alla Corte costituzionale l'automatismo interdittivo della comunicazione antimafia per il reato di traffico illecito di rifiuti, anche in forma non associativa*

La Sezione ha ritenuto che l'art. 67, comma 8, del codice antimafia, come richiamato dal secondo comma dell'art. 84, nella parte in cui, rinviando all'art. 51, comma 3 bis del c.p., si riferisce anche al reato di cui all'art. 452-quaterdecies del c.p., anche nella sua forma non associativa, necessita, tuttavia, di una revisione sul piano della conformità costituzionale, atteso che la legittimità dell'automatismo interdittivo della comunicazione antimafia si ritiene essere fondata sulla necessaria condanna per reati che presentino lo stretto collegamento con l'attività della criminalità organizzata di stampo mafioso.

Pertanto si ritiene non conforme alla ratio legis della normativa antimafia il meccanismo in base al quale, in caso di condanna definitiva o confermata in appello, per il reato di cui all'art. 452-quaterdecies c.p., consegue automaticamente un provvedimento interdittivo, ritenendo, invero, necessaria per tale fattispecie, un'ulteriore valutazione in concreto, non prevista dalla norma, in merito alla sussistenza dei requisiti riguardanti la connessione con il fenomeno associativo criminale (non essendo elementi costitutivi del reato di cui all'art. 452-quaterdecies c.p. il carattere associativo e lo stretto collegamento con l'attività della criminalità organizzata di stampo mafioso).

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I-QUATER, 27 APRILE 2021, n. 4875** – *Istanza di accesso ai documenti di gara e determinatezza dell'oggetto dell'istanza.*

Il Collegio ha respinto il ricorso sull'impugnazione del provvedimento di silenzio- rigetto formatosi sull'istanza di accesso a tutti gli atti e provvedimenti relativi alla procedura di gara, formulata da parte del concorrente escluso dalla gara.

In particolare, il TAR, ribadendo l'inammissibilità di un'istanza d'accesso generica – che si tradurrebbe in uno strumento generalizzato di controllo sull'operato della pubblica Amministrazione - ha ritenuto che, nel caso di specie, non sarebbero stati ravvisabili i presupposti per poter giustificare un'istanza di accesso alla generalità degli atti, in quanto la domanda di accesso documentale, nei procedimenti di evidenza pubblica, deve necessariamente avere un oggetto determinato (o quantomeno determinabile).

A sostegno della propria decisione, la decisione ha richiamato inoltre la recente Adunanza Plenaria (Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4) secondo la quale l'accesso difensivo richiede sempre un nesso strumentale diretto e inequivoco tra la situazione giuridica finale di cui si chiede tutela e il documento di cui si domanda l'ostensione.



➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II-QUATER, 21 APRILE 2021, n. 4686** – *Avvalimento operativo infragruppo: è comunque necessaria la tempestiva produzione di un regolare contratto di avvalimento con la società controllante.*

Il T.A.R. Lazio si è pronunciato sul c.d. “avvalimento operativo infragruppo” chiarendo che, “giacché l’art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 non riproduce più le facilitazioni probatorie previste dall’art. 49, comma 2, lett. g) dell’abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo), anche in caso di appartenenza al medesimo gruppo societario, la concorrente, pena l’esclusione dalla gara, è, comunque, tenuta a produrre un contratto di avvalimento nel quale essere cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall’ausiliaria c.d. infragruppo” (cfr. T.A.R. Lazio, n. 1841/2021, Cons. Stato, n. 907/2018).

➤ **TAR VENETO, SEZ. III, 19 APRILE 2021, n. 515** – *Documento Unico di Regolarità Fiscale (DURF) quale “atto pubblico accertativo”.*

Il TAR Veneto, adito per l’impugnazione del provvedimento di diniego dell’Agenzia delle Entrate, ha chiarito come il DURF, previsto dall’art. 17 bis del D.lgs. n. 241/97, sia un “atto pubblico accertativo”, qualificabile come “dichiarazione di scienza che si colloca tra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso”.

Al DURF può essere applicata analogicamente la disciplina del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), in considerazione del fatto che entrambi gli istituti possiedono la medesima *ratio*, ovvero quella di garantire ai committenti la certificazione della regolarità dei versamenti contributivi o fiscali.

Pertanto, in conformità con quanto stabilito relativamente al DURC dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 3 marzo 2021, n. 5825, il T.A.R. ha affermato che “la contestazione circa l’erroneità e, quindi, la non veridicità contenuta nell’atto pubblico di cui sopra (il DURF), laddove venga promossa in via principale, per mezzo cioè, di un giudizio specificatamente ed esclusivamente finalizzato a censurare tali vizi della certificazione, deve, pertanto, rivestire le forme del giudizio per querela di falso, ai sensi degli artt. 221 e ss c.p.c., la cui decisine spetta al Giudice ordinario”.

Tuttavia, riprendendo un consolidato principio giurisprudenziale emanato in materia di DURC (Consiglio di Stato, Ad.Pl., sentenze n. 6 e 10 del 2016), è stato chiarito che il giudice amministrativo, nei giudizi aventi ad oggetto procedure ad evidenza pubblica relative all’affidamento di lavori, servizi o forniture, potrà pronunciarsi rispetto alla regolarità del DURF soltanto *incidenter tantum*, e quindi nelle ipotesi in cui costituisca una questione incidentale o pregiudiziale, necessaria per la conclusione del giudizio principale.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 13 APRILE 2021, n. 4289** – *Avvalimento tra imprese facente parte del medesimo consorzio stabile e assenza di corrispettivo.*

Con la sentenza in esame, il TAR Lazio ha rigettato il ricorso della seconda classificata di una gara, la quale lamentava, tra i motivi di doglianza, come la partecipazione dell'aggiudicataria fosse minata da nullità per l'assenza di un corrispettivo nel contratto di avvalimento, che deve avere natura onerosa.

Il Collegio ha ritenuto il ricorso infondato alla luce del rapporto tra ausiliaria e ausiliata, le quali facevano parte del medesimo consorzio stabile. Difatti, la mancata previsione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, a fronte della messa a disposizione delle competenze tecniche acquisite e delle risorse strumentali espressamente individuate nel contratto di avvalimento, non è idonea a far venir meno la natura onerosa del contratto stipulato, intesa come sussistenza di un interesse patrimoniale in capo all'ausiliaria, *“che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo”* (TAR Lazio, Roma, III, 6 dicembre 2019, n. 14019)“.

Nell'ottica consortile, l'aggiudicazione di un appalto in favore di una delle consorziate vale di per sé ad integrare un interesse indiretto di natura economico-patrimoniale per le altre consorziate e per il Consorzio stesso, in quanto incrementa il curriculum professionale della consorziata e il fatturato specifico nel settore di riferimento. Inoltre, come avvenuto nella fattispecie, spesso accade che in caso di aggiudicazione in favore di una consorziata, quest'ultima affidi in subappalto ad una o più consorziate una quota dei lavori, servizi o forniture.

---

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