

NEWSLETTER N. 15/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



COMMISSIONE UE – FOCUS DELL'ORGANO DI GOVERNO EUROPEO SUI DECRETI LEGGE EMANATI NEGLI ULTIMI ANNI IN MATERIA DI PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA.

La Commissione europea ha comunicato che intraprenderà delle verifiche sugli interventi normativi emergenziali che – negli ultimi anni – hanno derogato al principio della gara e della trasparenza, allargando le maglie per l'utilizzo delle procedure negoziate. In particolare, il riferimento della Commissione è ad *“alcune delle nuove norme italiane, come le disposizioni sulle procedure negoziate senza gara d'appalto, non sono conformi alla legislazione dell'Ue in materia di appalti pubblici”*.

Pertanto, i Commissari sembrano richiamarsi alla copiosa disciplina derogatoria al Codice di cui al decreto *“Sblocca cantieri”* e, soprattutto, al d.l. n. 76/2020 ed al d.l. n. 77/2021.

Giova ricordare che nella lettera di messa in mora dell'Italia del gennaio 2020, la Commissione UE evidenziò, in materia di subappalto, la non conformità della disposizione sull'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, il limite obbligatorio del 30% al subappaltato (in realtà risolto a partire da novembre 2021, con l'art. 49 del decreto 77/2021) e appunto il divieto di subappalto a cascata.

Pertanto, posto che l'*iter* per l'approvazione della riforma del Codice è ancora alle battute iniziali (la bozza di delega è attualmente all'esame della Camera), l'attenzione della Commissione si focalizzerà, da una parte, sui criteri di delega e, dall'altra, nel richiedere una delimitazione dell'impianto derogatorio realizzato dai decreti richiamati.



MIMS – DECRETO DI RIPARTIZIONE DEI FONDI “PNRR” PER IL MONITORAGGIO DI PONTI, VIADOTTI E TUNNEL

Con Decreto del Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili sono state assegnate ad Anas e ai concessionari autostradali le risorse del PNRR per migliorare la sicurezza di ponti, viadotti e tunnel sulla rete viaria nazionale principale.

Le risorse sono state ripartite per le diverse annualità: 25 milioni di euro per il 2021, per l'anno in corso sono previsti 50 milioni, mentre 100 milioni sono destinati per ciascuno degli anni 2023, 2024 e 2025, e 75 milioni per il 2026.

I programmi che vengono finanziati devono garantire l'attuazione di un sistema integrato di censimento, classificazione e gestione dei rischi per 12.000 opere d'arte sulla rete stradale principale, di cui 6.500 dovranno essere dotate dell'apposita strumentazione per il monitoraggio dinamico con controllo da remoto e per la gestione della sicurezza in modo strutturale e attraverso un processo che prevede analisi della rete, sopralluoghi, gestione del sistema digitalizzato, classificazione delle priorità e attuazione degli interventi. Le risorse possono essere anche utilizzate per la realizzazione o l'implementazione delle sale di controllo per la verifica da remoto delle strutture. Inoltre, per 200 di esse dovrà essere adottato il modello BIM (Building Information Modeling), che consente la rappresentazione digitale delle caratteristiche fisiche e funzionali dell'opera.

I concessionari autostradali dovranno elaborare i rispettivi piani di intervento, con l'elenco delle opere soggette al monitoraggio dinamico, che saranno sottoposti all'approvazione del MIMS, sentita l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (Ansfisa).



**ANAC – IL NUOVO REGOLAMENTO
SULL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI VIGILANZA
COLLABORATIVA PUBBLICATO IN GAZZETTA
UFFICIALE - SERIE GENERALE N. 89 DEL 15
APRILE 2022**

Sulla Gazzetta Ufficiale - Serie generale n. 89 del 15 aprile 2022 è stato pubblicato il nuovo Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa (in vigore dal 16 aprile u.s.).

Detto Regolamento si applica agli appalti ed alle concessioni per l'acquisizione di servizi, forniture e lavori che le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e le centrali di committenza intendono bandire sulla base dei programmi di acquisizione delle

stazioni appaltanti o, anche al di fuori della programmazione, qualora ricorrano i presupposti stabiliti dal regolamento.

Ai sensi del citato regolamento le stazioni appaltanti, prima di indire una procedura di gara, possono chiedere all'Autorità di svolgere un'attività di vigilanza preventiva, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti di gara, a verificarne la conformità alla normativa di settore, a individuare clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale e/o situazioni di conflitto di interesse, nonché a monitorare lo svolgimento dell'intera procedura di gara ed eventualmente la fase di esecuzione.

La vigilanza collaborativa è uno strumento di carattere volontario. Le stazioni appaltanti possono quindi rivolgersi all'ANAC prima di indire una procedura di gara, chiedendo un sostegno preventivo nella verifica di conformità degli atti di gara, sulla quale poi l'autorità svolgerà un monitoraggio completo.

Lo strumento in esame si potrà applicare agli affidamenti che sono disposti dopo calamità naturali, che attengono alle grandi infrastrutture strategiche, ai lavori d'importo superiore ai 100 milioni di euro ed alle forniture superiori ai 15 milioni di euro.

Le amministrazioni possono, altresì, chiedere il supporto di ANAC per lavori superiori ai 50 milioni di euro e per forniture superiori ai 5 milioni rientranti in programmi di interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari.

Dopo aver presentato istanza per la vigilanza collaborativa, le amministrazioni sottoscrivono un protocollo d'azione e sono tenute a trasmettere la documentazione ad ANAC.

Si riporta il [link](#) per la consultazione integrale del regolamento.



**ANAC – DELIBERA N. 183 DEL 5 APRILE 2022 –
“CHIARIMENTI CONCERNENTI LA REDAZIONE
DELLE RELAZIONI UNICHE SULLE
PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI
APPALTI PREVISTE DAGLI ARTICOLI 99
E 139 DEL CODICE E MODIFICHE DELLE
DELIBERE DEL CONSIGLIO N. 1386 DEL 21
DICEMBRE 2016 E N. 861 DEL 2
OTTOBRE 2019”.**

Con delibera n. 183 del 5 aprile 2022 e relativo Comunicato del Presidente, sono state fornite dall'ANAC indicazioni per la redazione delle relazioni sulle procedure di aggiudicazione degli appalti.

L'intervento dell'Autorità punta a far confluire le informazioni richieste dagli artt. 99 (relazione contenete le informazioni sull'aggiudicazione) e 139 (previsione analoga in

materia di settori speciali) del Codice all'interno dell'Avviso di aggiudicazione. Infatti, rispetto di tali obblighi costituisce condizione abilitante all'accesso dei fondi comunitari. Qui il [link](#) al comunicato ANAC.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONS. STATO, AD. PLEN., 21 APRILE 2022, N. 6 – Sulla portata del principio di “consumazione” dell’impugnazione.

L’Adunanza Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi su questioni di natura procedurale: nel caso dal quale trae origine la controversia, l’appellante aveva (ri)notificato l’atto di appello così “sanando” la mancata apposizione della firma digitale alla relata di notificazione, ma depositandolo oltre il termine di 30 giorni (decorrente dalla prima notifica) previsto per il deposito.

In merito al principio di consumazione dell’impugnazione, l’Adunanza ha chiarito che lo stesso comporta, in sintesi, che *“l’impugnazione di una parte, una volta ritualmente proposta, preclude alla stessa di formulare in un successivo momento degli altri profili di gravame o di riproporre le stesse censure, anche se il relativo termine non sia ancora scaduto, attraverso un nuovo atto di impugnazione”*.

La regola, tuttavia, conosce un’eccezione: quando il primo atto di impugnazione notificato presenti dei vizi che lo rendano inammissibile o improcedibile, lo stesso è inidoneo a consumare il diritto di impugnazione, ragione per cui sarebbe possibile per la parte proporre una nuova impugnazione sostitutiva della precedente, a condizione ovviamente che i relativi termini non siano ancora decorsi e non sia nel frattempo intervenuta una sentenza dichiarativa dell’inammissibilità o improcedibilità della prima impugnazione proposta.

Infatti, la *condicio sine qua non* affinché un giudice possa dichiarare l’inammissibilità o l’improcedibilità del gravame è che quest’ultimo venga iscritto a ruolo, ossia depositato presso la Segreteria del giudice. Pertanto, affinché possa parlarsi di “consumazione” del potere di impugnazione, è necessario *“che un’impugnazione in senso tecnico sia stata effettivamente proposta”*. In definitiva, non potrebbe parlarsi di “nuovi atti di appello” per la rinnovazione di quegli incumbenti processuali (notifica e deposito) relativi al medesimo atto, che non siano in grado di modificare l’oggetto del giudizio (inteso quale *petitum* o *causa petendi*).

Ne consegue che la predisposizione ed il deposito del ricorso in formato non digitale non incorre in espressa comminatoria legale di nullità (ex art. 156, comma 1, c.p.c.).

Alla luce di quanto sopra, di seguito si riportano i principi di diritto espressi dall’Adunanza:

a) vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente inapplicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, c.p.a., nel caso di un ricorso notificato privo di firma; b) in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.), provvedere direttamente a rinotificare l'atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica; c) in ordine, infine, al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm., lo stesso andrà fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato".

CONS. STATO, SEZ. III, 19 APRILE 2022, N. 2928 – Legittima l'eliminazione della prescrizione medica per la pillola dei cinque giorni dopo anche per le donne minorenni.

E' legittima la determina con la quale l'Aifa ha modificato il regime di fornitura del medicinale "EllaOne", comunemente noto come "pillola dei cinque giorni dopo", eliminando la necessità di ottenere una prescrizione medica per la sua assunzione anche nei riguardi delle donne minori di anni diciotto, non ponendosi l'eliminazione della prescrizione medica in contrasto, da un lato, con il diritto del minore ad una corretta informazione, dall'altra, con il diritto dei titolari della responsabilità genitoriale, ovvero di chi ne fa le veci, a sostituirsi al minore – pur tenendo in considerazione la sua volontà – in relazione all'età, al grado di maturità, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

Nel merito, la Sezione rileva che dagli studi scientifici alla base della determina risulta che il farmaco "EllaOne" non deve essere confuso con il regime farmacologico usato per l'interruzione volontaria della gravidanza, essendo il meccanismo d'azione del farmaco antiovulatorio e, quindi, non potendo configurarsi nessuna violazione della normativa sull'interruzione volontaria di gravidanza.

CONS. STATO, SEZ. II, 19 APRILE 2022, N. 2953 – Convenzioni accessive ai Piani insediamenti produttivi.

I Piani per gli insediamenti produttivi (P.I.P.) costituiscono uno dei primi esempi codificati di strumento urbanistico la cui attuazione è rimessa in larga parte allo strumento convenzionale accessivo; attraverso gli stessi, previsti dall'art. 27, l. n. 865 del 1971, i Comuni dotati di piano regolatore o di programma di fabbricazione, oltre ad imprimere un regime giuridico *lato sensu* "produttivo" ad una determinata zona, garantiscono l'accesso alle aree ivi comprese ad operatori economici che le devono utilizzare in funzione dello stesso, prevedendo che all'atto della concessione dei lotti, in proprietà o in superficie, nella percentuale normativamente data, venga siglata una convenzione finalizzata allo scopo.

L'inadempimento agli obblighi assunti con la convenzione, riconducibile al modello della concessione-contratto, può comportare il ricorso ai normali rimedi civilistici, giusta il

rinvio contenuto al riguardo nell'art. 11, comma 2, della l.n.241 del 1990, laddove si afferma che «*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*».

E' altresì possibile che ne consegua l'irrogazione di sanzioni, per lo più di natura pecuniaria. La decadenza, espressamente prevista quale sanzione con riferimento alle convenzioni accessive ai Piani per l'edilizia economica e popolare (P.E.E.P., di cui all'art. 35 della l.n. 865 del 1971), in quanto tuttavia riferita al diritto di superficie, non alla proprietà, in ragione della sua particolare afflittività, può essere irrogata solo se prevista nel modello di convenzione approvato dal Consiglio comunale unitamente all'atto di pianificazione e per quegli obblighi che siano individuati come strettamente funzionali all'obiettivo di politica, anche economica, sotteso all'atto di governo del territorio.

CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., SEZ. I, 11 APRILE 2022, N. 450 – Sulla base di calcolo del c.d. "incremento del quinto" ex art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010.

Il CGARS ha fornito interessanti chiarimenti in merito all'importo da assumere a base del calcolo per l'utilizzabilità del premio del quinto di cui all'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, nel caso in cui il concorrente sia un RTI.

Il Collegio, in particolare, ha mostrato di voler prendere le distanze dall'orientamento espresso sul punto dal Consiglio di Stato (Sez. III n. 3040/2021), per il quale l'entità della qualificazione richiesta dalla norma in esame per poter beneficiare dell'incremento andrebbe interpretata in senso letterale, ossia il 20% dell'importo totale dei lavori.

Pur condividendone la *ratio* di fondo (*i.e.* quella di evitare che, nel caso di RTI, la premialità del quinto esaspera gli effetti della qualificazione virtuale, così cagionando un eccessivo frazionamento dei requisiti), il CGARS ha invero ritenuto che siffatto ragionamento conduca *"al risultato paradossale di subordinare l'aumento del quinto della categoria interessata (di cui i singoli partecipanti al raggruppamento possiedono i requisiti solo parzialmente, essendosi associati a tal fine) ad una condizione che impone di possedere detto requisito, per ogni singola impresa del raggruppamento, in misura superiore all'importo totale previsto dalla stazione appaltante per quella categoria"*.

Pertanto, volendo aderire alla soluzione prospettata dal Consiglio di Stato e quindi porre quale denominatore della frazione di un quinto l'importo complessivo a base di gara, l'unica possibile soluzione interpretativa, che consenta di salvaguardare le finalità proconcorrenziali sottese alla disciplina dei RTI, consiste nell'adoperare quale numeratore un dato "omogeneo", che ricomprenda *"le complessive qualificazioni possedute (anche in altre categorie) dalla società partecipante al raggruppamento che intenda usufruire del quinto di incremento"*.

CONS. STATO, SEZ. VI, 4 APRILE 2022, N. 2442 – *In sede di verifica dell'anomalia, è inammissibile l'autonoma ricerca da parte della S.A. per sopperire a giustificazioni incomplete.*

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, a fronte di giustificazioni incomplete, fornite dall'operatore proponente un'offerta sospetta di anomalia, la S.A. "potrebbe" chiedere chiarimenti all'impresa, attivando un'ulteriore fase di contraddittorio e provvedendo, all'esito, alla valutazione di attendibilità dell'offerta.

Tuttavia, è precluso alla S.A. di poter sopperire - di propria iniziativa - all'assenza parziale di spiegazioni con un'autonoma ricerca di mercato volta a dimostrare la congruità di un costo non giustificato dall'impresa.

CONS. STATO, SEZ. III, 28 MARZO 2022, N. 2253 – *Limiti dell'onere di impugnazione immediata delle clausole del bando.*

Il Consiglio di Stato, richiamando l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria (sentenza 26 aprile 2018, n. 4), ha ritenuto che l'onere di impugnazione immediata delle clausole del bando debba ritenersi circoscritto unicamente a quelle impeditive della partecipazione alla gara, ovvero impositive di oneri manifestamente incomprensibili e del tutto sproporzionati.

Il bene della vita oggetto di tutela è, infatti, l'aggiudicazione intesa come la pretesa dell'operatore economico di stipulare con la P.A. e non già l'astratta regolarità delle operazioni di gara. Con particolare riferimento alle doglianze riferibili all'atto di nomina della commissione giudicatrice la pronuncia in parola ricorda che *"nelle gare pubbliche detto provvedimento, al pari degli atti compiuti dalla Commissione nel corso del procedimento di gara, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere della immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale; di conseguenza la nomina dei componenti può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni di gara, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato"*.

TAR LAZIO, SEZ. III, ORDINANZA 19 APRILE 2022, N. 2585 – *Sospese l'efficacia delle linee guida ministeriali sui CCT nella parte in cui escludono gli avvocati del libero Foro dai giuristi nominabili presidenti.*

Il Collegio ha ritenuto che la scelta di escludere gli avvocati del libero Foro dal novero dei giuristi che possono ottenere l'incarico di presidente del Collegio consultivo tecnico, operata al punto 2.4.2., lett. c), del decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili n. 12 del 17 gennaio 2022, non risulta espressione di un corretto e ragionevole esercizio della discrezionalità riconosciuta al MIMS dall'art. 6, comma 8-bis, del d.l. n. 76/2020 in relazione all'individuazione dei requisiti professionali del presidente

dell'anzidetto Collegio. In particolare, traspare una ingiustificata ed irragionevole disparità di trattamento *in peius* nei confronti degli avvocati del libero Foro, che si appalesa ancor più marcata ove si consideri il rilievo ordinamentale dell'attività forense nel prisma dell'art. 24 della Carta costituzionale.

TAR LAZIO, SEZ. IV, 12 APRILE 2022, N. 4449 – Presupposti legittimanti il soccorso istruttorio nell'ambito dell'offerta tecnica.

Secondo il TAR, l'attivazione del soccorso istruttorio (nel caso di specie per il recupero di alcune certificazioni) non è stato funzionale alla necessità di ottenere un chiarimento, di correggere un errore manifesto, ovvero di supplire alla mancanza di un documento o di una informazione, quanto piuttosto a quella di recuperare il punteggio massimo per un criterio premiale.

Infatti – motiva il TAR – le certificazioni oggetto di contestazione, inerendo platealmente all'offerta tecnica, non sarebbero sottoponibili alla regolarizzazione ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, che esclude la possibilità di regolarizzare elementi “*afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*”, non potendo qualificarsi alla stregua di “*atti amministrativi*”.

TAR LAZIO, SEZ. II, 6 APRILE 2022, N. 4005 – Le imprese in amministrazione straordinaria sono tenute alla presentazione delle garanzie ex art. 93 D.lgs. 50/2016.

Il TAR Lazio ha ritenuto che l'art. 93 del Codice impone la prestazione delle garanzie ivi previste, pur in assenza di una esplicita comminatoria, a pena di esclusione (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, n. 2483/2021).

Pertanto, posto l'obbligo generalizzato di produzione della garanzia a corredo della propria offerta, nemmeno l'impresa in amministrazione straordinaria può ritenersene esentata. Infatti – argomenta il TAR – come non è possibile rintracciare nell'ordinamento una disposizione che vieti alla stazione appaltante di escludere un operatore economico a cui sia contestato l'illecito professionale ai sensi dell'art 80, comma 5, lett. c) solamente per il fatto di essere in amministrazione straordinaria, *a fortiori* non è ugualmente rinvenibile una norma che consenta di considerare l'ammissione a detta procedura in termini derogatori rispetto agli adempimenti posti a carico dei concorrenti in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa