

NEWSLETTER N. 26/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ MIMS – Parere 11 maggio 2021 n. 923: Facoltatività dell'anticipazione del prezzo del 30% ex art. 207 del D.l. n. 34/2020 nei limiti delle risorse disponibili.

Con il parere in commento, il MIMS ha fornito indicazioni operative alle stazioni appaltanti sulla corretta applicazione dell'anticipazione del prezzo sul valore del contratto, analizzando, in particolare, le previsioni di cui agli artt. 35, comma 18 del Codice e 207 del d.l. n. 34/2020 (c.d. *Decreto rilancio*), convertito in legge n. 77/2020, applicabile fino al 31 dicembre 2021 per effetto delle modifiche apportate dal d.l. n. 183/2020, convertito in legge n. 21/2021.

Nel dettaglio, il MIMS ha chiarito che, *“previa necessaria garanzia da parte dell'appaltatore, l'anticipazione di cui all'art. 35, comma 18 del Codice è dovuta almeno nella misura del 20%. Quindi, in quanto obbligatorio, tale importo deve essere già previsto nel quadro economico dell'intervento”*. Tale anticipazione, dunque, riveste carattere cogente e discende dalla *ratio* di consentire alle imprese di disporre delle risorse finanziarie necessarie a dare avvio della prestazione.

Diversamente, ad avviso del Ministero, *“l'eventuale incremento dal 20% fino al 30% previsto dal c.d. “Decreto rilancio” è, invece, una facoltà rimessa in capo alla SA, nei limiti delle risorse disponibili”*. Pertanto, tale fattispecie di anticipazione, dunque, assume carattere facoltativo e consente di riconoscere alle imprese una anticipazione fino al 30% del prezzo d'appalto a condizione della sussistenza delle risorse stanziare per ogni singolo intervento.

➤ MIMS – Linee Guida per la redazione del Progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC.

Il MIMS ha pubblicato le Linee Guida per la definizione del contenuto essenziale dei documenti, degli eventuali modelli informativi digitali e degli elaborati occorrenti alle Stazioni Appaltanti per l'affidamento di contratti pubblici sulla base del Piano di Fattibilità Tecnica ed Economica, secondo quanto stabilito dall'art. 48, comma 7, terzo periodo del d.l. n. 77/2021 (c.d. *Semplificazioni*).

In particolare, le Linee Guida definiscono i contenuti essenziali del PFTE con riferimento a quanto disciplinato dall'articolo 23, commi 5 e 6 del Codice e, su base facoltativa, dal comma 13 del citato articolo (*“metodi e strumenti elettronici”*), nonché dalle disposizioni di semplificazione e accelerazione introdotte dal richiamato d.l. n. 77/2021, con particolare

riferimento alla connessione tra procedure di affidamento delle opere basate sul PFTE e *iter* autorizzativo delle opere.

Qui il [link](#) per la consultazione delle Linee Guida.

➤ **ANAC – Atto di segnalazione n. 3 del 28 luglio 2021: Suggestioni di modifica dei commi 1 e 11 dell'art. 89 del Codice in relazione all'avvalimento.**

Alla luce della procedura di infrazione aperta dalla Commissione nei confronti dello Stato italiano, nella quale è stata rilevata l'incompatibilità dell'art. 89, comma 11, del Codice con le direttive 2014/24/UE e 2015/25/UE, l'ANAC ha trasmesso un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento al fine di valutare l'opportunità di modificare i commi 1 e 11 dell'art. 89.

In particolare, vista la decisione della Corte di Giustizia europea che ha definito la procedura di infrazione, è stata suggerita l'eliminazione della previsione che impone, nei casi di utilizzo delle competenze di un soggetto terzo (avvalimento), l'esclusione del concorrente e l'escussione delle garanzie in relazione a false dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria, senza consentirne la sostituzione.

Inoltre, è stato suggerito di chiarire che il divieto di ricorso all'istituto dell'avvalimento non si estende all'appalto nel suo complesso, ma è riferito soltanto agli specifici lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica compresi nell'appalto (categorie super-specialistiche).

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ ***CONS. STATO, SEZ. V, 31 AGOSTO 2021, n. 6132 – Salvo diversa statuizione del bando di gara, la richiesta di soccorso istruttorio deve essere effettuata via PEC.***

Nella sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una richiesta di soccorso istruttorio inoltrata nei confronti della ricorrente soltanto attraverso la piattaforma informatica (in particolare, mediante l'inserimento nella c.d. "Area Comunicazioni") e non anche tramite PEC che, utilizzando le parole del giudice di prime cure, "sarebbe stato l'unico strumento idoneo a garantire conoscenza legale della comunicazione ed a rendere imputabili al concorrente le conseguenze derivanti dal mancato riscontro della medesima".

Sebbene il Codice non predetermini una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, le Regole generali dell'*e-Procurement* (nel caso di specie, allegate al bando di gara) prevedono (a) quale criterio generale che la procedura telematica si svolga interamente sulla piattaforma informatica, comprese le comunicazioni e gli scambi di informazioni e (b) che l'operatore elegga domicilio nell'Area Comunicazioni e nelle altre sezioni della piattaforma, nonché presso gli altri recapiti dichiarati, l'indirizzo PEC e la sede legale.

Pertanto, non contenendo la *lex specialis* alcuna regolamentazione specifica della comunicazione della richiesta introduttiva della procedura di soccorso istruttorio, il Collegio, rivedendo il proprio orientamento giurisprudenziale con il quale aveva optato per la soluzione opposta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2020, n. 6852), ha ritenuto preferibile che la richiesta introduttiva debba essere effettuata via PEC, “*perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale e l’unico a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio, cui sono connessi non già “effetti ordinatori”, ma potenzialmente espulsivi”*”.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 31 AGOSTO 2021, n. 6119** – *Natura del potere sanzionatorio esercitato dall’ANAC e termini di avvio del procedimento.*

Proseguendo sulla scia di un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che il potere sanzionatorio dell’ANAC, esercitabile nei confronti dei concorrenti di una procedura di gara, sotto il profilo temporale, non può configurarsi quale facoltà *sine die*, ciò ostando a elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti.

Infatti, il carattere perentorio dei termini di avvio del procedimento discende dalla natura afflittiva delle sanzioni applicate al suo esito e risponde all’esigenza di evitare che l’impresa possa essere esposta a tempo indefinito all’applicazione delle sanzioni stesse (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 8481).

In tal senso, l’art. 8, comma 4, del Codice stabilisce che “*Il regolamento dell’Autorità disciplina l’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell’apertura dell’istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti”*”.

Ciò considerato, ai sensi dell’art. 40, comma 2, del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (cfr. delibera 26 febbraio 2014) ciò che deve intervenire, ai fini del rispetto del termine perentorio di 60 giorni dalla acquisizione della documentazione e/o delle informazioni utili alla formulazione di una contestazione di addebito, è l’inoltro, da parte della unità organizzativa competente per i procedimenti sanzionatori, della proposta di avvio del procedimento al Consiglio dell’Autorità per acquisirne l’approvazione (mentre non rileva la data dell’approvazione della proposta nonché quella, ulteriore, della comunicazione all’interessata).

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 20 AGOSTO 2021, n. 5959** – *La mancata allegazione del Computo Metrico Estimativo tra i documenti di offerta di un appalto “a corpo” rende legittima l’esclusione del concorrente.*

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara di un concorrente per incompletezza della documentazione economica richiesta dalla *lex specialis*, rilevando, nella specie, che il prescritto “*Computo Metrico*” allegato dall’Impresa all’offerta economica non era “*Estimativo*” (come richiesto dal Bando) in quanto non riportava né gli importi unitari per ciascuna lavorazione né l’importo totale, risultando perciò in contrasto con il disciplinare di gara.

In risposta alle censure mosse dall’operatore - ad avviso del quale, trattandosi nella fattispecie di appalto c.d. “*a corpo*”, il computo metrico estimativo sarebbe risultato irrilevante ai fini della determinazione dell’offerta e dunque, in caso di mancata allegazione, non avrebbe potuto giustificare alcuna esclusione - il Consiglio di Stato ha chiarito che, in ossequio alle previsioni del disciplinare, “*il computo metrico estimativo può ben considerarsi un elemento che, pur in presenza di un appalto a corpo, può rientrare ragionevolmente fra i documenti d’offerta*”.

Tale statuizione trova conferma nella peculiare funzione riconosciuta al Computo Metrico quale parte integrante del documento di offerta, ovverosia quale “*strumento di apprezzamento – sotto il profilo economico, muovendo da quello tecnico – delle migliorie proposte dal concorrente, rispetto alle quali il documento vale a porre un collegamento fra i profili tecnici ed economici che la stazione appaltante può ben avere interesse ad apprezzare, anche in assenza di un puntuale criterio valutativo di riferimento*”.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 16 AGOSTO 2021, n. 5882** – *Attacco informatico e riammissione in termini per l’adempimento ad un soccorso istruttorio.*

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, nell’ipotesi in cui un operatore economico sia stato vittima di un attacco informatico, lo stesso debba essere rimesso in termini, non solo al fine di consentirgli la presentazione della propria offerta ma anche nei casi in cui gli sia stato concesso un termine perentorio per adempiere al soccorso istruttorio.

Il Consiglio di Stato ha ricordato come la p.a. ha il potere di riammettere nei termini i concorrenti che per cause di forza maggiore non li abbiano rispettati. In merito è stato ritenuto come “*la causa di forza maggiore è stata individuata in un evento che non può evitarsi neanche con la maggiore diligenza possibile, come nel caso dell’attacco di un virus informatico*”.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 11 AGOSTO 2021, n. 5852** – *Rinvio a giudizio e valutazione di affidabilità del concorrente da parte della Stazione Appaltante.*

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha chiarito l’ampiezza dei limiti della discrezionalità della Stazione Appaltante nella valutazione della rilevanza e della gravità

dei fatti idonei ad essere causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice. In particolare, il Collegio ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione dell'operatore economico determinato dal rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale disposto a carico dell'amministratore della società interessata.

Tale discrezionalità si estende, inoltre, ai sensi dell'art. 80, comma 8, anche alla valutazione in merito all'idoneità delle misure di *self cleaning* adottate dalla concorrente. A tal proposito, il Collegio ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale per cui le misure poste in essere allo scopo di evitare la sanzione espulsiva e di dare prova del superamento delle criticità che avevano minato l'affidabilità dell'impresa possono operare solo per le future gare.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 10 AGOSTO 2021, n. 5840** – *La mancanza di un requisito di partecipazione del proponente di una procedura di project financing non può essere sanato dalla successiva costituzione della società di progetto.*

Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato l'operatore economico "proponente" - costituendo di fatto il soggetto al quale far riferimento per tutte le verifiche di legge - non può provare il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 183, comma 8, del Codice facendo propri i dati del fatturato dei soci della società "non essendo stato costituito allo scopo un raggruppamento temporaneo o consorzio, ed essendo la società a responsabilità limitata qualificabile come ordinario operatore economico, nel cui bilancio, autonomo rispetto a quello dei soci, non confluiscono i bilanci delle società partecipanti, con conseguente impossibilità per la stessa di usufruire dei requisiti necessari alla qualificazione richiesti dalla *lex specialis*".

In altri termini, l'espressione "anche associando" utilizzata dal legislatore nel comma 8 dell'art. 183 del Codice con riferimento ai soggetti ammessi alla procedura, non può intendersi - in assenza di un'espressa indicazione del legislatore stesso - come suscettibile di derogare alle tipologie aggregative già previste dal Codice in materia di affidamenti, in presenza delle quali è consentito ai soggetti raggruppati, in particolari condizioni, di cumulare i requisiti individuali ai fini della partecipazione.

L'originaria carenza in capo alla società proponente dei requisiti previsti per la partecipazione alla procedura non potrà pertanto essere superata dalla successiva costituzione della società di progetto dopo l'aggiudicazione, includendovi dei nuovi e diversi soggetti dotati dei requisiti richiesti.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I-QUATER, 11 AGOSTO 2021, n. 9363** – *Accesso difensivo e segreto tecnico commerciale.*

Con la sentenza in epigrafe, il TAR si è espresso sul rapporto intercorrente tra accesso difensivo e segreto tecnico commerciale, evidenziando che i segreti tecnici commerciali e il diritto d'accesso c.d. *difensivo* non sono affatto "valori di eguale dignità", atteso che il segreto tecnico-commerciale trova tutela in fonti di rango primario (cfr. art. 98 e ss. del

Codice della proprietà industriale), mentre il diritto di accesso c.d. *difensivo* gode di una tutela “*rafforzata*”, trovando diretta copertura costituzionale nell’art. 24 Cost.

Tanto premesso, il Collegio precisa che, in materia di appalti pubblici, il bilanciamento tra il diritto di accesso per interessi non “difensivi” e diritto alla riservatezza del segreto tecnico-commerciale, è effettuata dallo stesso legislatore nell’art. 53 del Codice ove prevede al comma 5, lettera a), l’esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle “*informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali*”.

Viceversa, qualora l’accesso sia preordinato alla difesa in giudizio dei propri interessi, emerge, al successivo comma 6 dello stesso art. 53, il fondamento costituzionale dell’art. 24 Cost. ove ammette che “*In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*”. Corollario applicativo di tali premesse è che sussiste un preciso onere in capo all’interessato di dimostrare l’effettiva sussistenza di un segreto industriale e commerciale da salvaguardare, che si affianca all’onere della Stazione Appaltante di valutare in modo motivato le argomentazioni presentate, al fine di verificare l’effettiva operatività del regime di segretezza in grado di paralizzare il diritto di accesso.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I-BIS, 27 LUGLIO 2021, n. 8981 – Motivazione generica in caso di provvedimento di revoca di una procedura di project financing.**

Con la pronuncia in rassegna, il Collegio romano si è soffermato sul tema della revoca di una procedura di *project financing* a iniziativa privata avvenuta dopo la individuazione del soggetto promotore, la dichiarazione di pubblico interesse del progetto di fattibilità e l’attivazione della gara aperta per designare il soggetto affidatario.

Il TAR, pur ricordando l’orientamento giurisprudenziale secondo cui la pubblica Amministrazione può sempre, “*anche dopo aver dichiarato di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato il promotore privato*”, decidere di revocare la procedura di *project financing* se essa non risulta più conforme agli obiettivi iniziali dell’Ente “*salvo i casi di irragionevolezza manifesta, carenza di motivazione o travisamento di fatti*”, evidenzia la necessità di una puntuale motivazione del provvedimento di revoca. La motivazione, infatti, non può risolversi in considerazioni astratte e generiche, ma deve indicare “*i vantaggi, in termini economici, organizzativi o funzionali*” per la pubblica Amministrazione derivanti dalla revoca.

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