

NEWSLETTER N. 27/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **Legge di delega in materia di contratti pubblici: Avviato l'esame del DDL in VIII Commissione "Lavori Pubblici".**

In data martedì 7 settembre, l'VIII Commissione del Senato ha avviato l'esame del disegno di legge di delega al Governo in materia di contratti pubblici, avente ad oggetto le nuove misure cd. "a regime" che dovranno tener conto dei principi e criteri direttivi individuati dal Governo all'interno del PNRR tra cui:

- riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni;
- recepimento delle direttive europee, integrate in particolare là dove non immediatamente esecutive;
- previsione di specifiche tecniche relative alle gare da espletare, soprattutto in relazione a beni e strumenti informatici e componenti tecnologici, che garantiscano parità di accesso agli operatori e non costituiscano ostacolo alla piena attuazione del principio di concorrenza;
- riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica;
- individuazione espressa dei casi nei quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara;
- previsione di misure volte a garantire la sostenibilità energetica e ambientale e la tutela della salute e del lavoro nell'affidamento dei contratti;
- revisione della disciplina dell'appalto integrato, con riduzione dei divieti;
- revisione della disciplina del subappalto;
- rafforzamento degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alle azioni dinanzi al giudice.

➤ **Decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121: "Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del MIMS, del CSLP e dell'ANSFISA".**

Il 10 settembre 2021 è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il D.l. n. 121/2021, cd. "Decreto Infrastrutture", contenente delle modifiche al Codice dei contratti pubblici.

In particolare, si segnala all'art. 5 del D.l., recante "Disposizioni urgenti per la funzionalità del MIMS e del CSLP e in materia di incentivi per funzioni tecniche", la modifica dell'art. 22, comma 2, terzo periodo del Codice, ove le parole "senza oneri a carica della finanza pubblica" sono soppresse e il quarto periodo è sostituito dal seguente: "Ai componenti della

commissione è riconosciuto un rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate per le missioni effettuate nei limiti previsti per il personale del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con oneri complessivi non superiori a 18.000 euro per l'anno 2021 ed a 36.000 euro a decorrere dall'anno 2022.

Inoltre, al comma 10, è previsto che: *“Il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, anche se eseguiti prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento. Gli oneri per la ripartizione delle risorse finanziarie di cui all'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 fanno carico agli stanziamenti già accantonati per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture di cui al primo periodo negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti”*.

➤ **MIMS – Decreto n. 312 del 2 agosto 2021: Punteggi premiali per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici (BIM).**

Il Decreto cd. *“Semplificazioni”* ha previsto che, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse provenienti dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'UE, le stazioni appaltanti possono prevedere, nel bando di gara o nella lettera d'invito, l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici, cd. *“BIM”*.

A tal proposito, il Ministero ha stabilito le regole specifiche all'utilizzo dei BIM (art. 7-bis): il provvedimento individua i criteri premiali, insieme con le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo del BIM, tra i quali segnaliamo:

- proposte metodologiche per l'implementazione dell'offerta di gestione informativa e del piano di gestione informativa in relazione alle esigenze di cantierizzazione, anche con strumenti innovativi di realtà aumentata e di interconnessione tra le entità presenti in cantiere;
- proposte che consentano alla stazione appaltante di disporre di dati e informazioni utili per l'esercizio delle proprie funzioni ovvero per il mantenimento delle caratteristiche di interoperabilità dei modelli informativi;
- previsione di modalità digitali per la tracciabilità dei materiali e delle forniture e per la tracciabilità dei processi di produzione e montaggio, anche al fine del controllo dei costi del ciclo di vita dell'opera.

Qui il [link](#) per la lettura del Decreto.

➤ **ANAC – Delibera n. 576 del 28 luglio 2021: La proroga tecnica reiterata viola i principi comunitari di libera concorrenza.**

Intervenendo in merito all'esecuzione di un contratto di appalto per la gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di un'ASL pugliese, l'ANAC ha stabilito che la proroga dei contratti pubblici (art. 106, comma 11, del Codice), cd. "tecnica", diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in attesa di una nuova procedura di gara, ha carattere eccezionale e temporaneo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882) rispetto alla regola, ben nota nella giurisprudenza amministrativa, secondo la quale, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità alla normativa comunitaria, l'Amministrazione è chiamata ad effettuare una nuova gara pubblica una volta scaduto il contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192). Pertanto, lo strumento in questione va limitato alle sole ipotesi in cui va assicurata una determinata prestazione in attesa del passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'abuso della proroga tecnica, che si traduce nella sua reiterazione ingiustificata, comporta una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 30, comma 1, del Codice.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 13 SETTEMBRE 2021, n. 6298** – *Condizioni di risarcibilità derivante da perdita di chance. Differenze rispetto alla configurazione civilistica.*

Attraverso la sentenza in rassegna i giudici amministrativi sono stati chiamati a pronunciarsi in ordine ad una richiesta di risarcimento del danno derivante dall'operato della stazione appaltante, la quale avrebbe impedito alla società ricorrente di concorrere per l'affidamento della concessione del servizio di trasporto pubblico locale attraverso un'illegittima proroga ai concessionari uscenti.

Secondo il giudice di prime cure, la domanda di risarcimento non avrebbe meritato accoglimento, stante l'impossibilità della ricorrente di dimostrare di aver perso un'occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio. Tuttavia, attraverso un'attenta ricostruzione dell'istituto giurisprudenziale del risarcimento da cd. "perdita di chance", i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che si tratta di una figura "elaborata al fine di traslare sul versante delle situazioni soggettive [...] un problema di causalità incerta: cioè quello delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto e in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante".

In altri termini, nel diritto amministrativo la lesione della "chance" viene invocata per riconoscere uno "sbocco di tutela" (anche equivalente) a quelle aspettative andate "irrimediabilmente deluse a seguito dell'illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento di un procedimento amministrativo)".

Riprendendo la massima utilizzata dal Collegio, *“l’an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità; la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l’esistenza della chance come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del ‘quantum’ risarcibile; con l’avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo”*.

Tuttavia, al fine di non incorrere in una forma di *“responsabilità senza danno”*, il Collegio sottolinea l’esigenza di accertare che la soglia dell’ingiustizia sia stata raggiunta da una *“seria”* perdita di chance: a tal fine, è imprescindibile verificare che (a) la perdita della possibilità di risultato derivi dalla condotta illegittima del danneggiante e (b) che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate.

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 6 AGOSTO 2021, n. 14** – *La S.A. deve corrispondere il prezzo pattuito per le opere eseguite relative ad un appalto di servizi, anche laddove receda dal contratto per l’emanazione di un’interdittiva antimafia.*

Il C.G.A.R.S. ha richiesto all’Adunanza Plenaria di pronunciarsi in merito alla corretta individuazione della quantificazione del valore delle opere che le stazioni appaltanti sono tenute a corrispondere nei casi in cui recedano dai contratti di appalto, caratterizzati da prestazioni standardizzate, omogenee, ripetitive e continuative, a seguito della emanazione di un’interdittiva prefettizia antimafia nei confronti dell’aggiudicatario.

Il quesito posto dall’ordinanza di rimessione richiedeva di verificare, nello specifico, come debba essere interpretato il concetto di *“valore delle opere già eseguite”* contenuto nel disposto degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 d.lgs. n. 159/2011 che prevedono, per il caso di appaltatori colpiti da interdittiva antimafia in corso di esecuzione del contratto di pubblico appalto, che le P.A. revochino *“le autorizzazioni o le concessioni o [...], recedano, n.d.r.] dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

L’Adunanza ha in merito puntualizzato come l’interdittiva antimafia determini una particolare forma di parziale incapacità *ex lege* tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto - persona fisica o giuridica - colpito da interdittiva è precluso ottenere *“contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”* e, dunque, qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A., per il tempo di durata degli effetti dell’interdittiva (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293).

Tuttavia, al suddetto principio fa eccezione il disposto degli artt. 92, comma 3 e 94, comma 2, secondo cui ai destinatari del provvedimento interdittivo deve essere comunque corrisposto il valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Rispetto a tale previsione si è allora posto il problema di stabilire - con particolare riferimento agli appalti di servizi connotati da prestazioni periodiche, ripetitive e standardizzate - se per calcolare il *“valore dei servizi già resi”* debba tenersi conto solo del prezzo pattuito come desumibile dal contratto stipulato tra le parti o, invece, dell'effettivo valore economico delle prestazioni da quantificarsi tenendo conto della revisione dei prezzi che hanno interessato le opere già realizzate ed i servizi già erogati.

Sul punto, il Collegio - rilevata la natura imperativa e la finalità dell'istituto della revisione dei prezzi disciplinato dall'art. 115 del previgente Codice - ha concluso che *“nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del D.lgs. n. 159/2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi”*, trattandosi di un fattore integrativo del corrispettivo contrattuale finalizzato ad evitare un ingiustificato arricchimento della parte contrattuale pubblica.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 4 AGOSTO 2021, n. 5750 – Nullità e disapplicazione delle clausole contenute nel bando di gara.**

Nella vicenda dalla quale trae origine la controversia la società ricorrente era stata esclusa da una gara per l'affidamento dei lavori, poiché il disciplinare di gara aveva previsto che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta *“considerando l'offerta che avesse presentato il ribasso più vicino per difetto alla soglia di anomalia fra le offerte rimanenti dopo l'esclusione delle “ali” e l'offerta della ricorrente rientrava nell'ala maggiore.*

L'impresa aveva quindi impugnato dinanzi al TAR Veneto il provvedimento di esclusione dalla gara e le disposizioni del disciplinare di gara in tema di individuazione e calcolo della soglia di anomalia – qualora intese nel senso che le offerte sottoposte al c.d. *“taglio delle ali”* dovevano essere escluse dalla gara invece che solo *“accantonate”* – deducendo la nullità della clausola della *lex specialis* per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, con sua conseguente immediata disapplicazione da parte della stazione appaltante.

Nelle more della definizione del giudizio, l'Amministrazione aveva poi annullato in autotutela gli atti di gara, proprio in ragione dell'illegittimità della clausola *de qua*. La società ricorrente aveva, quindi, impugnato con motivi aggiunti il provvedimento di annullamento degli atti di gara evidenziando la nullità, e non la mera illegittimità, della clausola della *lex specialis*, con la conseguenza che l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto solamente disapplicare la clausola nulla, senza procedere all'annullamento della gara.

Il TAR ha ritenuto infondato il ricorso per motivi aggiunti e ha conseguentemente dichiarato improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse. La società ricorrente ha allora impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha respinto il ricorso in appello, escludendo che la clausola del disciplinare di gara in questione potesse essere ritenuta nulla e come tale meramente disapplicata. A tal riguardo, il Collegio ha richiamato la giurisprudenza in materia secondo la quale *“la declaratoria di nullità delle clausole di una procedura di gara per violazione del principio di tassatività si riferisce a quelle clausole che impongono adempimenti formali e non riguarda pertanto prescrizioni che attengono ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica”* (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828; Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352).

Il Consiglio di Stato ha altresì precisato che la nullità colpisce le clausole con le quali l'Amministrazione impone ai concorrenti, ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, determinati adempimenti o prescrizioni che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che prevedono cause di esclusione (in tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2020, n. 7257). La clausola oggetto di contestazione, invece, non ha imposto adempimenti formali né ha introdotto ulteriori requisiti, oltre quelli stabiliti direttamente dalla legge, per la partecipazione alla gara, ma si è limitata a fissare le modalità di calcolo e di individuazione della soglia di anomalia ai fini dell'offerta, *“male interpretando le disposizioni normative concernenti il c.d. taglio delle ali, ritenendo in particolare che le offerte investite dal c.d. taglio delle ali, invece di essere soltanto accantonate andavano escluse dalla gara”*. Tale clausola, dunque, ha proseguito il Collegio, non può ritenersi nulla ex art. 83, comma 8, del Codice, bensì illegittima, per violazione e falsa applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 97 del Codice, per cui l'Amministrazione ha correttamente provveduto, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento dell'intera gara.

➤ **TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV, 6 SETTEMBRE 2021, n. 1966** – *Lo stato di inattività di una società, iscritta alla Camera di Commercio, non costituisce un motivo di esclusione valido dalla procedura di gara.*

I giudici lombardi sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un'interpretazione della *lex specialis*, secondo la quale tra i requisiti di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara, sarebbe stata necessaria l'*“(i)scrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, per attività inerenti l'oggetto dell'appalto”*.

In particolare, secondo la tesi della ricorrente, risultata seconda nella graduatoria, l'aggiudicazione della società vincitrice sarebbe stata illegittima in quanto, seppur iscritta alla Camera di Commercio, non risultava attiva.

Tuttavia, ad opinione del Collegio, l'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è quella di *“filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le*

prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico” (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6341), poiché l'individuazione ontologica della tipologia d'azienda, al di là dell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario, può avvenire solo attraverso l'attività, principale o prevalente, che sia in concreto espletata e/o comunque documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio. Del resto, conclude il Collegio, *“la soluzione restrittiva sostenuta dalla ricorrente si porrebbe in contrasto con il principio del favor participationis e precluderebbe irragionevolmente la partecipazione alla gara delle società”*.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, 30 AGOSTO 2021, n. 9421 – Omissioni dichiarative ex art. 80 e art. 213, comma 13, del Codice.**

Con la sentenza in esame il TAR si è pronunciato in ordine all'estensione dei poteri sanzionatori dell'ANAC in ipotesi di false e/o omesse dichiarazioni, distinguendo tra le omissioni dichiarative suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 80 del Codice e quelle riferibili al potere di annotazione dell'Autorità, di cui all'art. 213, comma 13, del Codice.

Con riferimento a tale ultima disposizione, precisa il TAR, *“deve essere prescelta un'interpretazione restrittiva, in quanto la segnalazione comporta l'apertura di un procedimento finalizzato all'applicazione della misura interdittiva dalla partecipazione alle pubbliche gare, con effetti general-preventivi pregiudizievoli anche più di quelli prodotti da una sanzione vera e propria”*.

Ne consegue che, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni, devono ritenersi rilevanti esclusivamente le condotte espressamente previste dalla disposizione in esame, ovvero l'omissione di informazioni espressamente richieste dalla stazione appaltante e le false dichiarazioni.

In ragione di ciò, nel caso all'esame del Collegio, non è stata ritenuta configurabile alcuna delle fattispecie contemplate dalla citata disposizione, in quanto la ricorrente - pur avendo omesso informazioni rilevanti per l'ammissione della stessa alla gara - non aveva *“letteralmente”* rifiutato informazioni al riguardo richieste, né positivamente reso dichiarazioni false. Tale condotta avrebbe potuto, al più, dar luogo ad un provvedimento escludente ai sensi dell'art. 80 Codice.

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