

NEWSLETTER N. 28/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ D.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito in L. 6 agosto 2021, n. 113 – “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia”

In sede di approvazione della Legge di Conversione n. 113/2021 del 6 agosto 2021, il Legislatore ha apportato numerose modifiche all’art. 17 del D.l. n. 80/2021, introducendo importanti novità nella disciplina del processo amministrativo di cui alla L. n. 104/2010 (c.d. *Codice del Processo Amministrativo*), finalizzate allo smaltimento dell’arretrato presso gli uffici della giustizia amministrativa.

Di seguito, segnaliamo le modifiche più rilevanti:

Art. 17 – Monitoraggio dell’impiego degli addetti all’ufficio per il processo e delle altre misure sul personale e smaltimento dell’arretrato.

- **Comma 2.** Con apposito decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sono adottate le Linee guida per lo smaltimento dell’arretrato in tutti gli uffici della Giustizia Amministrativa, con l’indicazione dei compiti degli Uffici per il processo, ivi inclusa la segnalazione degli affari meritevoli di priorità nella definizione e del cronoprogramma dei risultati intermedi e finali da raggiungere.

- **Comma 5.** Al fine di velocizzare la trattazione dei giudizi pendenti alla data del 31 dicembre 2019, sono programmate dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa ulteriori udienze straordinarie, in un numero necessario e sufficiente al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dal PNRR.

- **Comma 6.** Non possono essere assegnati alle predette udienze straordinarie, i giudizi di cui agli artt. 112 (Giudizio di ottemperanza) e 117 (Ricorsi avverso il silenzio) c.p.a..

- **Comma 7.** Per evitare la formazione di nuovo arretrato, al D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

- **Modifiche al Codice del Processo Amministrativo**

- **Introduzione art. 72-bis c.p.a. “Decisione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione”.**

1. Il presidente, quando i ricorsi siano suscettibili di immediata definizione, fissa la trattazione alla prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell’ultima notificazione e, altresì, al

decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio. Salvi eccezionali motivi, non è possibile chiedere il rinvio della trattazione della causa. Se è concesso il rinvio, la trattazione del ricorso è fissata alla prima camera di consiglio utile successiva.

2. Se è possibile definire la causa in rito, in mancanza di eccezioni delle parti, il collegio sottopone la relativa questione alle parti presenti. Nei casi di particolare complessità della questione sollevata, il collegio, con ordinanza, assegna un termine non superiore a venti giorni per il deposito di memorie. La causa è decisa alla scadenza del termine, senza che sia necessario convocare un'ulteriore camera di consiglio. Se la causa non è definibile in rito, il collegio con ordinanza fissa la data dell'udienza pubblica. In ogni caso la decisione è adottata con sentenza in forma semplificata.

- Introduzione comma 1-bis all'art. 73 c.p.a. "Udienza di discussione"

1-bis. Non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio.

- Introduzione periodo all'art. 79, comma 2 c.p.a. "Sospensione e interruzione del processo"

2. (...) L'interruzione del processo è immediatamente dichiarata dal Presidente con decreto; il decreto è comunicato alle parti costituite a cura della segreteria.

- Introduzione comma 3-bis all'art. 80, comma 3 c.p.a. "Prosecuzione o riassunzione del processo sospeso o interrotto"

3-bis. In tutti i casi di sospensione e interruzione del giudizio il Presidente può disporre istruttoria per accertare la persistenza delle ragioni che le hanno determinate e l'udienza è fissata d'ufficio trascorsi tre mesi dalla cessazione di tali ragioni.

- Modifica termine di cui all'art. 82, comma 1 c.p.a. "Perenzione dei ricorsi ultraquinquennali"

1. A seguito della comunicazione dell'avviso di perenzione da parte della Cancelleria, il ricorrente – ove ne abbia interesse – ha l'onere di formulare una nuova istanza di fissazione dell'udienza entro **120 giorni** (*anziché 180 gg, n.d.r.*) dalla data di ricezione dell'avviso.

- Introduzione del comma 4-bis all'art. 87 c.p.a. "Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio"

4-bis. Le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato sono svolte in camera di consiglio da remoto. Non si applica il comma 3, fatta eccezione per l'ultimo periodo.

➤ **ANAC – Schema di Linee guida: "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i."**

In data 14.09.2021 è stato pubblicato sul sito istituzionale dell'ANAC lo schema di Linee Guida in tema di affidamenti "in house". Lo schema, non definitivo, in attesa del parere del Consiglio di Stato, si pone come obiettivo di fornire indicazioni utili alle S.A. per la formulazione della motivazione richiesta dall'art. 192, comma 2, del Codice ai fini dell'affidamento diretto ad organismi "in house".

Oltre a porre in risalto la centralità dell'istruttoria, con la quale la S.A. svolge valutazioni in ordine alla presenza sul mercato di lavori, servizi o forniture da affidare, lo schema di Linee Guida si focalizza sui criteri e obiettivi da mettere in risalto nella valutazione prescritta dall'art. 192, comma 2, del Codice: tra questi, evidenziamo la ponderazione dell'elemento sociale (raggiunto attraverso una definizione della scala di priorità tra le varie esigenze ritenute meritevoli di tutela), gli *standard* qualitativi richiesti dal servizio, la durata dell'affidamento, la congruità economica dell'offerta dell'organismo "in house" alla luce – tra i vari criteri indicati – del costo del lavoro e le risultanze di esperienze pregresse in termini di efficienza ed efficacia.

Qui il [link](#) per la consultazione dello Schema di Linee Guida.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 14 SETTEMBRE 2021, n. 6288 – Garanzie partecipative e provvedimenti aventi natura vincolata.**

Il Consiglio di Stato ha rinnovato il principio giurisprudenziale secondo cui la natura vincolata degli atti non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse; sussiste, infatti, l'obbligo di avviso dell'avvio "anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443).

Infatti, "è illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva "comunicazione di avvio del procedimento" ex art. 7 L.

n. 241/1990, ove dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso" (cfr. C.G.A.R.S., 26 agosto 2020, n. 750). D'altronde, non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'Amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 7 SETTEMBRE 2021, n. 6233** – *Il fatto costituente causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, è irrilevante se commesso oltre i 3 anni.*

Il Consiglio di Stato ha ribadito l'ormai consolidato orientamento secondo il quale, nonostante l'art. 80, comma 5, non preveda espressamente limiti cronologici alla rilevanza dei fatti costituenti gravi illeciti professionali, questi debbano considerarsi tali se avvenuti antecedentemente al triennio che precede l'indizione della procedura di gara. La conclusione è sorretta dal principio di proporzionalità, in quanto la mancata individuazione di un limite di operatività *"potrebbe rivelarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa"*.

A ciò si aggiunga che l'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'UE, del 26 febbraio 2014, stabilisce che *« Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4»* paragrafo, quest'ultimo, che – alla lett. c) – contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali.

"Pertanto, per effetto della diretta applicazione della norma unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, decorsi tre anni dalla data della sua commissione" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4934; Cons. Stato, Sez. V, 26 agosto 2020, n. 5228).

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 6 SETTEMBRE 2021, n. 6222** – *Fusione per incorporazione e validità dell'offerta presentata dalla società incorporante.*

Le vicende modificative o estintive delle società assumono una rilevanza decisiva nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ove l'identificazione dell'operatore economico che intenda presentare un'offerta diviene un requisito essenziale ai fini della validità di quest'ultima.

Infatti, l'esigenza di assicurare la paternità dell'atto è fondamentale laddove sia necessario affidare un appalto pubblico, oltre che per garantire il rispetto dei principi di leale concorrenza e *par condicio*, e assicurare alla Stazione Appaltante la possibilità di effettuare controlli e verifiche necessarie sul futuro contraente.

Nel caso di specie, una stazione appaltante aveva escluso un operatore economico sulla base della supposta inesistenza del soggetto giuridico aggiudicatario, in esito al procedimento di fusione per incorporazione nella società odierna ricorrente, che avrebbe prodotto i suoi effetti già in data antecedente alla sottomissione dell'offerta.

In primo grado, il TAR aveva accolto il ricorso, accedendo alla tesi della natura "*evolutiva-modificativa*" della operazione di fusione, che lascerebbe sopravvivere la società, avendo cura di osservare che la fusione per incorporazione non determina l'estinzione del soggetto giuridico offerente.

Ciò posto, i giudici di Palazzo Spada, valorizzando l'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., SS. UU., 30 luglio 2021, n. 21970), secondo la quale la fusione genera la cancellazione della società incorporata con il conseguente trasferimento di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi e non la mera modifica dell'atto costitutivo, hanno ritenuto legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione per inesistenza del soggetto economico selezionato.

In un tale contesto, il Collegio ha precisato, altresì, che a nulla vale richiamare l'art. 2504-bis c.c., a mente del quale la società incorporante assume "*i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione*", in quanto da un lato il concorrente era già cessato al momento della presentazione dell'offerta e quest'ultima non conteneva alcun riferimento alla fusione avvenuta, dall'altro non vale neppure richiamare la giurisprudenza che, a tutela della libera iniziativa economica e della *par condicio* tra i concorrenti, ha ridimensionato il rigido principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente, consentendo nelle ipotesi di trasformazione, fusione o scissione della società, che il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, siano ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante (art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006, art. 48 e 106 D.lgs. n. 50/2016; Consiglio di Stato A.P. n. 9 e n. 10 del 2021; Consiglio di Stato sez. V, 07/08/2017, n.3914; Consiglio di Stato sez. IV, 20/05/2014, n.2556; sez. V, 11/02/2005, n.392).

Il Collegio ha, infatti, osservato che le "*vicende modificative che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verificano nel corso del procedimento non si traducono in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese; tuttavia, le stazioni appaltanti possono ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo*

chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi, comunque, in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione. Naturalmente, si impone al soggetto nuovo partecipante di rappresentare le modifiche intervenute alla Stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione”.

➤ **TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. II, 14 SETTEMBRE 2021, n. 1960** – *Il controinteressato pretermesso in sede di ricorso straordinario è legittimato a impugnare il decreto decisorio davanti al TAR.*

Attraverso un’attenta ricostruzione della (discussa) natura giurisdizionale del ricorso straordinario, il Collegio, allineandosi ad una lettura costituzionalmente orientata, ha statuito che il controinteressato pretermesso è legittimato ad impugnare il decreto decisorio sfavorevole mediante ricorso al TAR competente.

Infatti, posto che all’interno del sistema di giustizia amministrativa vige un’equiparazione della decisione sul ricorso straordinario a quella di una sentenza emessa da un giudice (anche ai fini dell’ottemperanza), *“se al controinteressato ritualmente intimato spetta (pacificamente) la facoltà di trasposizione in sede giurisdizionale (...) con garanzia del doppio grado di giudizio, a maggior ragione deve ipotizzarsi che tale facoltà debba essere ammessa per il controinteressato erroneamente non intimato”,* altrimenti, *“si avrebbe un’evidente sperequazione di trattamento pur a fronte di identità di situazione giuridica sostanziale”.*

➤ **TAR PUGLIA, BARI, SEZ. II, 19 AGOSTO 2021, n. 1314** – *Fallimento di una consorziata successivo alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara.*

Il Collegio pugliese ha chiarito che se, successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la consorziata designata da un consorzio stabile venga sottoposta a procedura concorsuale, ciò *“costituisce un’eventualità che, proprio in quanto sopravvenuta rispetto alla partecipazione, non incide sulla partecipazione del consorzio medesimo, avendo sostanzialmente il rilievo di una vicenda interna tra consorzio (unico concorrente e interlocutore della Stazione appaltante) e consorziata (componente del consorzio) (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 21.2.2020, n. 1328; Cons. Stato, Sez. V, 2.9.2019 n. 6024; Cons. Stato, Sez. V, 23.11.2018, n. 6632)”.*

A supporto di detta interpretazione – ha inoltre sottolineato il TAR – concorre altresì la recente sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 7.5.2020, la quale *“avvalora la tesi – su un piano concettuale più ampio, ma omogeneo a quello di cui al caso in esame – secondo cui il legislatore avrebbe inteso distinguere l’ipotesi in cui la procedura concorsuale coinvolga l’impresa mandataria da quella in cui la medesima colpisca l’impresa mandante, prevedendo in quest’ultimo caso la possibilità che un soggetto esterno al raggruppamento subentri alla mandante da escludere, in tal modo evidenziandone la sostanziale fungibilità”.*

In conseguenza di quanto appena rilevato, il G.A. ha dunque escluso che il fallimento della consorziata designata quale esecutrice potesse oggettivamente incidere sulla

partecipazione alla gara del consorzio concorrente, ciò “determinando al più il fatto sopravvenuto che legittima la sostituzione della consorziata ai sensi dell’art. 48, comma 7 bis, del decreto legislativo n. 50/2016”.

➤ **TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I, 13 AGOSTO 2021, n. 266 – La mancata aperture delle buste tecniche in seduta pubblica costituisce una mera irregolarità.**

Attraverso la pronuncia in rassegna, il TAR ha avuto modo di pronunciarsi sulla condotta tenuta da una stazione appaltante che, pur essendosi auto-vincolata allo svolgimento “in seduta pubblica” dell’apertura dell’offerta tecnica e della verifica dei documenti richiesti, ha poi compiuto tali operazioni in seduta riservata, con conseguente violazione dell’auto-vincolo.

Tuttavia, il Collegio ha ritenuto che invalidare l’aggiudicazione di una gara telematica per violazione di un’irragionevole auto-vincolo all’apertura pubblica delle buste, solo in ragione del principio di doveroso rispetto della *lex specialis* di gara e in assenza di una qualsiasi prospettazione di possibili irregolarità, significherebbe riconoscere la prevalenza delle forme sugli interessi sostanziali, in difformità con il diritto amministrativo contemporaneo.

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