

NEWSLETTER N. 3/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



DECRETO-LEGGE 27 GENNAIO 2022, N. 4 – MISURE URGENTI IN MATERIA DI SOSTEGNO ALLE IMPRESE E AGLI OPERATORI ECONOMICI, DI LAVORO, SALUTE E SERVIZI TERRITORIALI, CONNESSE ALL’EMERGENZA DA COVID-19, NONCHÉ PER IL CONTENIMENTO DEGLI EFFETTI DEGLI AUMENTI DEI PREZZI NEL SETTORE ELETTRICO.

Con il decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, in G.U. n. 21 del 27 gennaio 2022 ed in vigore dal 27 gennaio 2022, sono state emanate Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all’emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico.

Di particolare interesse si segnalano le Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici di cui all’articolo 29) del D.L. 4/2022 sulla revisione dei prezzi dovute al caro materiali, di cui qui di seguito si riporta uno stralcio relativo ai primi sei commi:

“1. Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l’invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:

*a) è **obbligatorio l’inserimento**, nei documenti di gara iniziali, **delle clausole di revisione dei prezzi previste dall’articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 1;*

*b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all’articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, **sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo**, rilevato nell’anno di presentazione dell’offerta,*

*anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. **In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7.***

*2. L'Istituto nazionale di statistica, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentito il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, definisce la metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione di cui alla lettera b) del comma 1, anche per le finalità di cui all'articolo 133, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. **Entro il 31 marzo e il 30 settembre di ciascun anno, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili procede alla determinazione con proprio decreto, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'Istituto nazionale di statistica, delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi relative a ciascun semestre.***

3. La compensazione di cui al comma 1, lettera b) è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il cinque per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al decreto di cui al comma 2, secondo periodo, e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.

4. A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione, ai sensi del comma 1, lettera b), entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2, secondo periodo esclusivamente per i lavori eseguiti nel rispetto dei termini indicati nel relativo cronoprogramma. Il direttore dei lavori della stazione appaltante verifica l'eventuale effettiva maggiore onerosità subita dall'esecutore, e da quest'ultimo provata con adeguata documentazione, ivi compresa la dichiarazione di fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali da costruzione, del prezzo elementare dei materiali da costruzione pagato dall'esecutore, rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta. Il direttore dei lavori verifica altresì che l'esecuzione dei lavori sia avvenuta nel rispetto dei termini indicati nel cronoprogramma. Laddove la maggiore onerosità provata dall'esecutore sia relativa ad una variazione percentuale inferiore a quella riportata nel decreto di cui al secondo periodo del comma 2, la compensazione è riconosciuta limitatamente alla predetta inferiore variazione e per la sola parte eccedente il cinque per cento e in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza. Ove sia provata dall'esecutore una maggiore onerosità relativa ad una variazione percentuale superiore a quella riportata nel predetto decreto, la compensazione è riconosciuta nel limite massimo pari alla variazione riportata nel decreto di cui al citato comma 2, secondo periodo, per la sola parte eccedente il cinque per cento e in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza.

5. Sono esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.

6. La compensazione non è soggetta al ribasso d'asta ed è al netto delle eventuali compensazioni precedentemente accordate."



**MINISTERO DELL'INTERNO: CIRCOLARE N. 9
DEL 24.1.2022, PNRR – INDICAZIONE PER LA
GESTIONE, MONITORAGGIO, CONTROLLO,
RENDICONTAZIONE DELLE MISURE.**

Con l'approvazione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 e successiva conversione in L. 108/2021, recante la "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", è stato definito il quadro della normativa nazionale finalizzata a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

In particolare, al Ministero dell'Interno sono state affidate la Missione 2, Componente 4 (*Rivoluzione verde e transizione ecologica – Tutela del territorio e della risorsa idrica – Interventi per la valorizzazione del territorio e l'efficienza energetica*) e la Missione 5, Componente 2 (*Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore*).

Attraverso la Circolare, indirizzata agli Enti Locali, il Ministero ha indicato che i beneficiari delle risorse sono tenuti al rispetto di ogni disposizione impartita in attuazione del PNRR per la gestione, monitoraggio, controllo e rendicontazione delle misure, inclusi, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- gli obblighi in materia di trasparenza amministrativa ex D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97;
- l'obbligo del rispetto dei principi del "tagging" clima e digitale, della parità di genere ("gender equality"), della protezione e valorizzazione dei giovani e del superamento dei divari territoriali;
- l'obbligo di comprovare il conseguimento dei target e dei mi/estoni associati agli interventi con la produzione e l'imputazione nel sistema informatico della documentazione probatoria pertinente;
- l'obbligo del rispetto del principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente (DNSH, "Do no significant harm") disposto dall'art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852.

**ANAC – COMUNICATO DEL PRESIDENTE DEL
12 GENNAIO 2022: PROCEDURE DI PROJECT
FINANCING NEI SERVIZI.**



L'ANAC, mediante un Comunicato del Presidente, ha chiarito che, nell'ambito dell'attività di indagine conoscitiva sulle procedure di *Project Financing* volta ad individuare le problematiche più significative e frequenti nell'applicazione dell'istituto, sono emerse alcune criticità in ordine all'esecuzione di lavori.

Secondo l'ANAC, l'istituto in questione, nelle procedure caratterizzate dal diritto di prelazione del promotore, anche in ambito di servizi, risulta imperniato su una sostanziale posizione di monopolio del promotore e su una diffusa assenza di

concorrenza derivante dal diritto di prelazione previsto dall'art. 183, comma 15 del Codice e dal vantaggio competitivo del promotore.

Quest'ultimo, in concreto, assume il totale controllo della commessa pubblica sin dalla fase iniziale non solo sotto il profilo progettuale e degli interventi da realizzare in PF ma anche sotto il profilo economico con possibili ricadute negative sulla fase di esecuzione (per es. varianti, riequilibrio dei costi, indicizzazione dei canoni concessori, ecc..).

Pertanto, mancando le S.A. di competenze tecniche in grado di elaborare un progetto di base da inserire nella programmazione, le stesse finiscono per trovarsi in una posizione di subordinazione rispetto al privato promotore, precludendo la possibilità di valutare proposte alternative e di individuare l'opzione più convincente per la pubblica utilità.

Inoltre, l'ANAC ha rilevato la mancata inclusione degli appalti/concessioni di servizi all'interno della programmazione biennale di cui all'art. 21, comma 6, del Codice.

L'ANAC ha dunque richiamato le SA a: garantire la massima competitività possibile consentendo a tutti gli operatori economici interessati di presentare un'offerta tecnicamente ed economicamente concorrenziale al pari di quella del promotore (valutando migliorie, adottando il criterio dell'OEPV, etc.); non sottovalutare l'importanza di una corretta programmazione anche nell'ambito dei servizi (seguendo le modalità di classificazione degli appalti/concessioni nel caso in cui l'appalto/concessione abbia ad oggetto servizi e lavori).



CENTRO STUDI DEL SENATO – DOSSIER N. 283 IN TEMA DI RIFORMA DEGLI APPALTI: ALLERTA IN TEMA DI ONERI SULLA PA.

Il servizio studi del Senato, nel *dossier* n. 283, dopo aver esaminato l'impatto finanziario di alcune norme contenute nel disegno di legge delega per la riforma del codice appalti, di cui sta per iniziare il vaglio degli emendamenti, ha rappresentato il rischio di oneri non trascurabili a carico della finanza pubblica. La relazione del servizio studi si è soffermata, innanzitutto, sul criterio di delega in cui si è affrontato il tema del potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale e dei commissari.



ANAC – SIGLATO IL PROTOCOLLO D'INTESA PER LA RIQUALIFICAZIONE DI STAZIONI APPALTANTI E CENTRALI DI COMMITTENZA

Attraverso un comunicato stampa pubblicato sul proprio sito web, l'ANAC ha comunicato di aver siglato un Protocollo d'intesa con il Governo volto ad attivare e promuovere il processo di riqualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, da tempo auspicato ed ora tra i punti qualificanti del PNRR. Gli obiettivi sono:

- 1) **riduzione delle stazioni appaltanti**, con particolare riferimento ai Comuni, centralizzando il più possibile gli acquisti per spuntare prezzi migliori;
- 2) **rafforzamento e qualificazione delle stazioni appaltanti**, arginando deficit organizzativi e di professionalità dovuti all'eccessiva frammentazione;
- 3) **applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione**, realizzando un accorpamento della domanda;
- 4) istituzione dell'**anagrafe unica delle stazioni appaltanti**, inserendole secondo il livello di qualifica in possesso, e la loro provata capacità di acquisire beni, servizi e lavori, oltre che sulla base delle strutture organizzative stabili per l'acquisto, del personale presente con specifiche competenze e del numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio.

Entro il 31 marzo 2022, verranno adottate le Linee guida con le modalità operative per l'attuazione del sistema di riqualificazione, che varrà per tutte le procedure di gara indette dalle stazioni appaltanti e dalle centrali di committenza.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 27 GENNAIO 2022, N. 575 – *Sul limite temporale dell'obbligo della dichiarazione della condanna penale*

È irrilevante, in relazione agli obblighi dichiarativi sussistenti in capo ai concorrenti delle gare di appalto, il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione ex art. 80 comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50 del 2016 (nella specie, si trattava della condanna penale alla reclusione di 2 anni ed 8 mesi per il reato di estorsione ex art. 629 c.p., disposta con sentenza del Tribunale, non passata in giudicato, a carico di un soggetto che aveva in passato ricoperto il ruolo di socio di maggioranza), che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara. E ciò:

- a) in ossequio al principio generale di proporzionalità dell'azione amministrativa, di derivazione unionale, atteso che la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti penalmente rilevanti, risalenti oltre un determinato limite temporale, implica un evidente contrasto con tale principio, per la possibilità riconosciuta alla P.A. appaltante di dare rilevanza a fatti che – per il tempo trascorso – non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico;

b) un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza l'individuazione di un preciso limite di operatività potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso 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.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 25 GENNAIO 2022, N. 2 - Sulla possibilità della modifica soggettiva in gara del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti.

L'Adunanza Plenaria ha statuito che *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice”*.

Viene superata l'antinomia tra l'art. 47, commi 17 e 18, contenenti il riferimento espresso al *“corso dell'esecuzione”* - che farebbe propendere verso l'ipotesi di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase - e il comma 19-ter, che rende applicabile tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18, anche in fase di gara. Secondo il Collegio, introducendo un'interpretazione che esclude la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara: (a) si introdurrebbe una disparità di trattamento tra le varie ipotesi di sopravvenienza previste dall'ordinamento e (b) si perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerati più gravi rispetto a quelli relativi alla perdita di requisiti di cui all'art. 80. Inoltre, si delineerebbe un'inedita forma di responsabilità oggettiva, declinata in una *culpa in eligendo* (sicuramente non voluta dal legislatore, nazionale ed europeo) volta a limitare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione, che si pone in posizione di contrasto con i principi alla base dell'istituto del RTI, volto, al contrario, a garantire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di scelta del contraente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 14 GENNAIO 2022, N. 257 – Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo.

Il Consiglio di Stato, sez. V, ha ribadito il principio secondo cui qualora l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, come nel caso del fatturato globale, si è in presenza di un avvalimento di garanzia con conseguente irrilevanza della fornitura di *“risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto”*, afferente invece alla diversa tipologia dell'avvalimento operativo.

Nello specifico, l'impresa seconda classificata aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione, in quanto, a suo dire, il contratto di avvalimento era subordinato a due condizioni che avrebbero reso il negozio inidoneo a determinare il prestito del requisito da parte della ausiliaria. L'art. 2 del Contratto di avvalimento prevedeva che *"in considerazione della responsabilità solidale che il legislatore nazionale addossa all'Impresa "ausiliaria", ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti dal presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni : - in caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa "ausiliaria" potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento dei lavori, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi; l'Impresa "ausiliaria" è, fin d'ora, autorizzata ad interloquire con la Stazione appaltante ai fini dei controlli di propria competenza; - l'Impresa "ausiliata", ove mai dovesse richiedere all'Impresa "ausiliaria", anche per effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa "ausiliaria"*.

Nonostante il TAR Piemonte abbia rilevato che la disposizione appena citata condizionasse l'impegno dell'ausiliaria verso l'ausiliata e verso la stazione appaltante, tale impostazione non è stata condivisa dai Giudici di Palazzo Spada che, pur riconoscendo l'efficacia preclusiva della clausola in questione, l'hanno ritenuto inidonea a condizionare l'impegno dell'ausiliaria. Nel caso di specie, in mancanza di una specifica indicazione nel contratto delle risorse in concreto, non è ravvisabile un avvalimento operativo e di conseguenza, non può avere rilevanza il problema della necessaria remunerazione della fornitura di indeterminate risorse materiali o tecniche. Pertanto, il riferimento contenuto nella clausola in questione alle risorse materiali o tecniche deve intendersi ultroneo, *"dovendosi conseguenzialmente ritenere ininfluyente la clausola apposta nel contratto, ove pure voglia ammettersene l'efficacia preclusiva della piena esplicazione della solidarietà passiva"*.

In conclusione, deve ritenersi *"esclusa la natura condizionata dell'avvalimento, evincendosi dal contratto un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare i propri requisiti di capacità economico finanziaria"*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 13 GENNAIO 2022, N. 65 – Sull'onere probatorio in ordine all'equipollenza del prodotto offerto.

Con la sentenza in oggetto il Consiglio di Stato è intervenuto a chiarire la portata del principio di equivalenza ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 con particolare riferimento al tema dell'onere probatorio in ordine alla equipollenza del prodotto offerto.

In via preliminare, il Supremo Consesso rammenta che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, *"in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e*

buon andamento e di libertà d’iniziativa economica e, dall’altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità”. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l’ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Nondimeno, ad avviso del supremo Consesso il principio in questione va declinato considerando la tipologia del prodotto oggetto di gara e della sua complessità. In questo senso, mentre costituisce onere del concorrente dimostrare l’equivalenza di un prodotto particolarmente complesso (es. macchinario sanitario), detto giudizio di equivalenza può essere, invece, condotto autonomamente della Commissione in presenza di prodotti comunemente presenti sul mercato.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa