

## NEWSLETTER N. 32/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

- **Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica - Decreto 12 agosto 2021, n. 148 - Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.**

Nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 256 del 26 ottobre 2021 è stato pubblicato, in attuazione dell'art. 44 comma 1, del Codice dei contratti, il Regolamento che individua le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici.

Le regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione, comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo previsti dal Codice, saranno dettate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) con apposite linee guida, ai sensi dell'articolo 71 del CAD, tenendo conto delle regole e dei principi di cui all'articolo 29 del Codice dei contratti.

Qui il [link](#) per la consultazione del Regolamento.

- **ANAC – Aggiornamento Linee Guida n. 9: “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”.**

Con un comunicato del 25 ottobre 2021, pubblicato all'interno del proprio sito web, l'ANAC ha pubblicato, per finalità di consultazione, le Linee Guida n. 9 aggiornate, inizialmente adottate ai sensi dell'art. 181, comma 4, del Codice dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 318 del 28 marzo 2018.

Il documento di consultazione è stato predisposto tenendo, altresì, in considerazione i risultati emersi dalla Verifica di impatto della regolazione che l'Autorità ha condotto nel corso del 2021 e i cui esiti, riportati nella Relazione VIR, sono stati approvati dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 20 ottobre 2020.

Gli *stakeholder* potranno far pervenire le loro osservazioni esclusivamente mediante utilizzo dell'apposito modulo entro il 13 dicembre 2021.

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

- **ANAC – Delibera n. 666 del 28 settembre 2021: “Valutazione artificiosa del valore dell'appalto e principio di rotazione”.**

Con Delibera n. 666 del 28 settembre 2021, l'ANAC si è pronunciata in tema di valutazione del valore dell'appalto ai fini dell'affidamento diretto senza procedura concorrenziale.

In particolare, secondo l'Autorità, la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti relative alle soglie europee; pertanto, il valore dell'appalto deve essere quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione della gara o del bando di gara o, nei casi in cui ciò non è previsto, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto.

Nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro (soglia applicabile *ratione temporis* al procedimento in esame) le S.A. possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. Posto quindi che non è più necessario, in tali casi, che l'affidamento sia preceduto da un confronto concorrenziale e che è invece rimessa ad una diretta individuazione della S.A. la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto, non può tuttavia affermarsi che quest'ultima sia dotata di una integrale libertà di movimento, essendo comunque tenuta al rispetto dei principi specifici dettati, proprio con riferimento ai contratti sotto soglia, dall'art. 36, comma 1, del Codice, tra cui il principio di rotazione.

Qui il [link](#) per la lettura integrale della Delibera.

➤ **MIMS – Parere n. 998 del 13 agosto 2021: Disciplina del subappalto a partire dal 1° novembre 2021.**

Con il Parere n. 998 del 13 agosto 2021, il MIMS si è espresso circa la disciplina del subappalto, al quale, a partire dal 1° novembre 2021, non sarà più applicabile il tetto del 50% ai sensi dell'art. 49 del D.L. 77/2021 (conv. L. 108/2021).

Nello specifico, il MIMS ha ribadito che, nonostante il tetto al subappalto venga eliminato, resta il divieto di cessione dell'appalto.

Nel Parere si legge infatti che *“prima di affidare un appalto occorre necessariamente individuare la/le prestazioni, le categorie per i lavori, indicando le prestazioni o le lavorazioni da eseguire direttamente a cura dell'aggiudicatario. Si rammenta, inoltre, che vige il divieto di cessione dell'appalto di cui all'art. 105, comma 1 del Codice, ribadito anche dall'art. 49 co. 1 del dl 77/2021 che prevede espressamente: "A pena di nullità", fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.”* Quanto alla possibilità di prevedere l'eventuale divieto di subappalto, questo deve essere espressamente previsto nei documenti di gara e dovrà essere adeguatamente motivato”.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 25 OTTOBRE 2021, n. 7165** – *L’interdittiva antimafia non viola le norme costituzionali, eurounitarie e pattizie.*

I giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità della disciplina dell’interdittiva antimafia rispetto ai principi costituzionali ed eurounitari. In particolare, il Collegio ha rinvenuto la totale infondatezza delle censure: infatti, secondo la normativa di riferimento, le predette misure si concretizzano, non nella dedotta incisione di uno *status* generale di capacità giuridica, bensì nella previsione di limiti e divieti temporanei specifici di contrattazione con la P.A. e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo a tutela di interessi pubblici generali. Inoltre, il Collegio ha ricordato che la Corte Costituzionale (con sentenza n. 57/2020) ha respinto i dubbi di costituzionalità che avvolgevano l’istituto, affermando che “... queste complesse valutazioni che – come si è rilevato - sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell’istituto. Esse non si limitano ad un controllo “estrinseco” e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza.”

Infine, quanto alle censure sollevate circa la compatibilità dell’istituto con la CEDU, il Collegio ha evidenziato che la “tipizzazione giurisprudenziale” del Consiglio di Stato costituisce un parametro adeguato e sufficiente (come confermato anche dalla Corte Costituzionale, adita sul punto in via incidentale in molteplici occasioni) ad evitare ogni pericolo di azioni arbitrarie da parte della Prefettura nel definire comportamenti sintomatici dell’infiltrazione mafiosa.

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, ORDINANZA, 25 OTTOBRE 2021, n. 7138** – *Rimessione all’A.P. di alcuni quesiti in tema di principio di consumazione delle impugnazioni nel processo amministrativo e se, in pendenza dei termini di impugnazione, sia possibile procedere alla rinnovazione della notifica ovvero proporre motivi nuovi.*

La IV Sezione del Consiglio di Stato è stata chiamata a pronunciarsi su un’eccezione di irricevibilità proposta dall’appellato: nel caso di specie, l’appellante aveva impugnato la sentenza di primo grado mediante un primo atto d’appello (notificato il 23 dicembre 2020 e mai depositato), e poi mediante un secondo atto di appello (notificato in data 19 gennaio e depositato il successivo 29 gennaio 2021, pertanto al di fuori dei 30 giorni previsti per il deposito).

Secondo l’appellato, la notifica di un secondo atto d’appello non avrebbe altra funzione se non quella di “spostare in avanti” il termine per il deposito dell’atto (decorrente dalla data della prima notificazione), in palese elusione delle norme processuali.

Ancora a suo dire, un'interpretazione concessiva, tale per cui sarebbe ammissibile un deposito di un secondo atto anche oltre i 30 giorni dalla notifica del primo atto, finirebbe porsi in contrasto con il principio della cd. "consumazione dell'impugnazione", applicato sia dalla giurisprudenza civile che amministrativa.

La Sezione, tuttavia, ha rilevato un contrasto giurisprudenziale nell'interpretazione del principio, limitatamente alla questione della necessità (o meno) che la "duplicazione" dei gravami (mediante rinnovazione o ripetizione della notifica) sia motivata in senso assoluto dall'esigenza di riparare a vizi di nullità dell'atto che inevitabilmente conducono alla declaratoria di irricevibilità o di improcedibilità, ovvero se, al contrario, il principio trova applicazione anche ai casi in cui la ripetizione della notificazione rimedia ad inerzie processuali della parte ovvero si fonda su strategie difensive della parte medesima, anche non palesate in atti.

Pertanto, il Collegio ha ritenuto opportuno deferire all'esame dell'A.P. la definizione dei seguenti quesiti: *a)* se nel processo amministrativo trovi applicazione e in che limiti il principio di consumazione dei mezzi di impugnazione; *b)* se alla medesima parte processuale sia consentito rinnovare la notificazione al solo scopo di emendare i vizi dell'atto che ne determinano la nullità oppure se il rinnovo sia consentito anche a prescindere dall'emenda di un vizio e senza ragione, purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata, *medio tempore*, ancora emessa una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione; *c)* se alla parte sia consentito proporre nuovi motivi di impugnazione purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata emessa dal giudice una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione; *d)* quale sia la corretta interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 94, comma 1 e 45, comma 1 c.p.a., e se cioè - quando si stabilisce che "il ricorso deve essere depositato nella segreteria del giudice adito, a pena di decadenza, entro trenta giorni dall'ultima notificazione ai sensi dell'articolo 45" e che "Il ricorso e gli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione sono depositati nella segreteria del giudice nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario" - tali disposizioni vadano interpretate nel senso che - purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata emessa dal giudice una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione - il ricorso possa essere oggetto di nuova notificazione (ai fini di individuare 'l'ultima notificazione dell'atto che si è perfezionata anche per il destinatario') solo per emendare vizi dell'atto o della sua notificazione o del suo deposito, ovvero se, al contrario, sia possibile per la medesima parte prescindere dalla suddetta emenda.

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 21 OTTOBRE 2021, n. 7059 – Il giudicato interno sulla prescrizione del credito risarcitorio.**

La prescrizione del credito risarcitorio, azionato a seguito dell'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione, è questione preliminare di merito, la cui soluzione precede l'accertamento degli stessi fatti costitutivi del diritto. Conseguentemente, in assenza di un'impugnazione incidentale del capo della sentenza che rigetta l'eccezione di prescrizione, si forma giudicato interno sulla questione, non più esaminabile in sede di gravame neppure a fronte di un appello principale con il quale si contesta la qualificazione dell'azione risarcitoria da parte del giudice di primo grado. La necessità di ricostruire i fatti di causa e di verificare la sussistenza di una condotta illecita ascrivibile alla stazione appaltante, coerentemente con l'effetto devolutivo del gravame, non consente infatti di riesaminare la questione della prescrizione da ritenersi piuttosto autonoma e preliminare.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 19 OTTOBRE 2021, n. 7036** – *Anomalia dell'offerta: inammissibilità delle giustificazioni non rese in sede di gara.*

Con la sentenza in commento – confermando le statuizioni già assunte dal giudice di primo grado (TAR Lazio – Latina, n. 333/2021), il Consiglio di Stato, ripercorrendo i principi cardine che regolano l'istituto dell'anomalia dell'offerta, precisa espressamente che il procedimento di verifica ammette l'operatore a fornire tutti i giustificativi necessari ad una valutazione di non anomalia dell'offerta ma che questi non possano essere resi, per la prima volta, in sede giudiziaria.

Possono, dunque, essere considerate ai fini della predetta valutazione le sole giustificazioni prodotte in gara, non essendo in alcun modo assecondabile il tentativo di introdurre in giudizio nuovi giustificativi.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 8 OTTOBRE 2021, n. 6735** – *Non sono contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi.*

Con la sentenza in epigrafe, la III Sezione si è pronunciata circa l'asserita illogicità del criterio valutativo prescelto dalla SA per l'assegnazione del punteggio all'offerta economica.

Nel caso di specie, il giudice di prime cure aveva ritenuto che la formula utilizzata dalla SA non fosse proporzionata, in quanto il concorrente che aveva offerto il ribasso in valore assoluto minore, pari ad € 198.354,00, aveva ottenuto il punteggio di 28,70/30, mentre il concorrente, che aveva offerto un ribasso pari ad € 475.108,65, aveva invece ottenuto il punteggio di 30/30, con uno scarto di appena 1,30 punti pur a fronte dello sconto praticato rispetto al primo.

A ciò si aggiungeva il fatto che la differenza tra i punteggi attribuiti alle offerte della ricorrente e controinteressata, rispettivamente di 29,62 e 29,01, con uno scarto di soli 0,61 punti, pur a fronte di una differenza tra i ribassi di € 130.397,79. I giudici di Palazzo Spada respingendo le conclusioni del TAR Napoli, hanno ribadito

che sul punto, la più recente giurisprudenza “è del resto orientata nell’ammettere la legittimità della c.d. formula inversamente proporzionale che, per l’assegnazione dei punteggi economici nell’ambito di una gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prenda quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti anziché i ribassi sulla base d’asta” e che pertanto si può ragionevolmente escludere la necessità di assegnare il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso in quanto ciò porterebbe ad “estreme valorizzazioni delle offerte economiche anche laddove, come è nel caso qui in esame per tutte le ragioni sopra evidenziate, il minimo ribasso e quello massimo si differenzerebbero per pochi punti percentuali”.

Nel caso di specie, è di tutta evidenza che lo scopo della SA fosse quello di dare maggior rilievo agli elementi tecnico-qualitativi rispetto a quelli economici, pertanto, si registra la piena legittimità della scelta effettuata dalla PA, giustificata peraltro dalle peculiarità dell’affidamento stesso, avente ad oggetto un servizio essenziale alla cura della persona quali la gestione di una residenza psichiatrica nonché dal “«mutato contesto» conseguente all’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle linee-guida n. 2, sull’offerta economicamente più vantaggiosa, l’ANAC ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell’interpolazione lineare”.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 6 OTTOBRE 2021, n. 6655** – *La determinazione del corrispettivo di un contratto di avvalimento va ancorato all’effettivo apporto reso dall’impresa ausiliaria.*

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha ribadito un recentissimo orientamento (Cons. Stato, Sez. III, n. 5294/2021) secondo cui, in tema di avvalimento, il corrispettivo per l’impresa ausiliaria può essere determinato in base all’effettivo apporto reso da quest’ultima a favore dell’operatore economico ausiliato. In particolare, questa circostanza “potrà delinearci solo all’esito, o comunque nel corso, dell’esecuzione dell’appalto”. Inoltre, eventuali lacune inerenti all’esatto calcolo del corrispettivo potranno essere colmate tramite l’applicazione dell’articolo 1657 c.c., ossia con riferimento alle “tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice”.

➤ **TAR CALABRIA, CATANZARO, SEZ. I, ORDINANZA, 25 OTTOBRE 2021, n. 1866** – *Nullità del contratto di appalto e conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell’art.11, comma 3, c.p.a..*

Il Collegio ha chiarito che va sollevato d’ufficio, innanzi alle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, un conflitto negativo di giurisdizione ove: a) a seguito dell’esperimento di una licitazione privata, per l’affidamento di un appalto di lavori,

l'aggiudicatario, dopo aver sottoscritto una nota della P.A. avente valore di contratto, si sia rifiutato di accettare la consegna dei lavori per asserita nullità dell'accordo negoziale; b) l'impresa abbia successivamente agito innanzi al G.O. per ottenere la declaratoria di nullità del contratto, di legittimità della risoluzione contrattuale e il conseguente risarcimento del danno; b) il G.O. abbia declinato la giurisdizione in favore del G.A.; d) il G.A., a sua volta, abbia ritenuto insussistente la propria giurisdizione; in tal caso, infatti, in ragione della espressa pronuncia negativa sulla giurisdizione, da parte dell'A.G.O., si rientra nella previsione normativa di cui all'art. 11, comma 3, cod. proc. amm., a mente del quale nel caso in cui il giudice amministrativo, davanti al quale la causa è riassunta dopo una pronuncia negativa del giudice ordinario, si ritenga del pari privo di giurisdizione, deve sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II-TER, 15 OTTOBRE 2021, n. 10578 – Onere di immediata impugnazione delle clausole escludenti.**

Con la sentenza in commento il TAR Lazio si è pronunciato sulla necessità di impugnare immediatamente le clausole escludenti previste nel bando di gara.

Nel caso di specie, la ricorrente lamentava l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione disposta nei propri confronti in sede di verifica dei requisiti di capacità tecnica professionale previsti dal bando di gara ex art. 32 D.lgs. n. 50/2016. La Società, pertanto, ha impugnato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, lamentando in particolare che il requisito di capacità tecnica richiesto configurasse una violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost. e 83 e ss. D.lgs. n. 50/2016.

Il TAR, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003 e n. 4/2018 relativo all'onere di immediata impugnazione delle clausole escludenti, ha evidenziato che le clausole relative ai requisiti di partecipazione alla gara, quale quella oggetto di causa, precludono immediatamente la partecipazione alla procedura all'operatore che ne è privo e sono, pertanto, soggette all'onere di immediata impugnazione. Sulla base di tali argomentazioni il TAR ha, quindi, dichiarato il ricorso irricevibile.

---

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