

NEWSLETTER N. 33/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **Presidenza del Consiglio dei Ministri – Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 del 4 novembre 2021, ai sensi dell’articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99.**

Con il comunicato stampa del 4 novembre 2021, il Consiglio dei Ministri ha reso noto che, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, è stato approvato il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.

Uno dei principali obiettivi fissati dal Governo nel PNRR, è quello di intervenire, entro la fine dell’anno, sui seguenti settori:

- servizi pubblici locali;
- energia;
- trasporti;
- rifiuti;
- avvio di un’attività imprenditoriale;
- vigilanza del mercato.

La finalità che ispira il disegno di legge è la promozione della concorrenza (anche al fine di garantire l’accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni), rimuovendo gli ostacoli di carattere normativo e amministrativo all’apertura dei mercati ed alla effettiva tutela dei consumatori.

Di seguito, si segnalano, per singole aree, i principali interventi di carattere normativo.

✓ ***Trasparenza e mappatura delle concessioni***

È prevista una delega al Governo per la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni, al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori.

✓ ***Concessione dei servizi portuali***

È previsto che le concessioni per la gestione dei porti siano affidate sulla base di procedure ad evidenza pubblica garantendo condizioni di concorrenza effettiva.

✓ ***Comunicazioni elettroniche***

Il provvedimento interviene anche su diversi punti relativi alla digitalizzazione. Ad esempio, con riguardo alla realizzazione di infrastrutture di nuova generazione, si prevede un’agevolazione dei lavori per la realizzazione di infrastrutture fisiche consentendo il passaggio su reti già esistenti. Vengono previsti, altresì, obblighi di coordinamento tra gestori di infrastrutture fisiche e operatori di rete per la realizzazione di reti di comunicazione ad alta velocità. Inoltre, si introduce per i gestori di servizi di telefonia e comunicazioni elettroniche l’obbligo di acquisire il consenso espresso per tutti i servizi in abbonamento offerti da terzi.

✓ *Concessioni idroelettriche*

Il disegno di legge stabilisce, inoltre, che le procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche debbano svolgersi secondo parametri competitivi, equi e trasparenti, sulla base di un'adeguata valorizzazione economica dei canoni concessori e di un'idonea valorizzazione tecnica degli interventi di miglioramento della sicurezza delle infrastrutture esistenti. Il percorso di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche dovrà essere avviato entro il 31 dicembre 2022: decorso tale termine, il Ministero delle Infrastrutture e delle mobilità sostenibili promuove l'esercizio dei poteri sostituivi.

➤ **CORTE COSTITUZIONALE – Decreto 28 ottobre 2021 (in G.U. n. 262 del 3 novembre 2021) – Modalità per l'attuazione del processo costituzionale telematico – Regole tecniche.**

Con l'adozione del decreto del 28 ottobre 2021, si dà avvio al processo costituzionale telematico.

A partire dal **3 dicembre 2021** sarà, dunque, attivo il processo costituzionale telematico grazie alla piattaforma informatica "sistema e-Cost" accessibile all'indirizzo <https://ecost.cortecostituzionale.it>.

Qui il [link](#) per la consultazione integrale del testo del decreto.

➤ **MIMS – Comitato speciale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici: la Corte dei Conti registra il DPCM che definisce la composizione del Comitato.**

Al fine di accelerare l'iter autorizzativo delle opere pubbliche nel PNRR di particolare complessità, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del MIMS ha nominato i 29 componenti del Comitato speciale del CSLP, previsto nel D.l. n. 77 del 31 maggio 2021 sulla governance del PNRR e semplificazioni delle procedure, con il compito di accelerare l'iter di rilascio del parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici sul Progetto di Fattibilità tecnica ed economica delle opere, verificando entro 15 giorni dalla ricezione del progetto eventuali carenze, comprese quelle relative ad aspetti ambientali, paesaggistici e culturali. In caso di rilievi, restituirà subito il progetto alla stazione appaltante che provvederà alle necessarie modifiche o integrazioni entro i successivi 15 giorni. Il Comitato Speciale esprime il parere sul progetto entro 45 giorni dalla sua ricezione oppure entro 20 giorni dall'invio del progetto modificato. Decorsi questi termini ricorrerà al principio del silenzio-assenso.

Il Comitato speciale è anche chiamato ad intervenire per risolvere eventuali dissensi che dovessero emergere in sede di Conferenza dei servizi tra amministrazioni e stazioni appaltanti. Qualora i disaccordi dovessero permanere, il Comitato rimetterà la questione al Consiglio dei Ministri per la decisione finale.

➤ **Legge 21 ottobre 2021, n. 147 di conversione del D.l. 24 agosto 2021, n. 118 – Decreto n. 312 del 2 agosto 2021: «Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia».**

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 254 del 23 ottobre la legge 21 ottobre 2021, n. 147, di conversione, con modificazioni, del D. l. 24 agosto 2021, n. 118, recante «*Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*».

Si riportano di seguito le principali novità introdotte in sede di conversione, rinviando per ogni dettaglio alla consultazione della legge, entrata in vigore il 24 ottobre 2021.

- ***Differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa:*** il Codice della Crisi d'Impresa entrerà in vigore a partire dal 16 maggio 2022, fatta eccezione per il Titolo II della Parte prima (concernente le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi) per il quale l'entrata in vigore è posticipata al 31 dicembre 2023.
- ***Proroga del termine per la nomina degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata e nelle società cooperative:*** l'art. 1-bis, introdotto dalla legge di conversione, proroga alla data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2022 il termine per procedere alla prima nomina del revisore o degli organi di controllo da parte di talune società a responsabilità limitata e società cooperative.
- ***Composizione negoziata:*** si tratta di un nuovo istituto, disciplinato dagli articoli da 2 a 9, il cui obiettivo è quello di superare la situazione di squilibrio dell'impresa prima che si arrivi all'insolvenza.

Qui il [link](#) per la consultazione dell'integrale testo di Legge.

➤ **ANAC – Delibera n. 3796 del 20 ottobre 2021: Fondazioni bancarie e assoggettamento al D.lgs. n. 50/2016.**

Con la Delibera consiliare del 20.10.2021, l'ANAC ha chiarito che le fondazioni bancarie sono enti di diritto privato e quindi non obbligati ad attenersi al Codice degli Appalti per quanto riguarda la libera partecipazione delle imprese alla gara d'appalto.

Secondo l'Autorità non sussistono pertanto per le Fondazioni bancarie i requisiti per qualificarle quali "*organismi di diritto pubblico*".

Emerge, infatti, che le Fondazioni di origine bancaria sono soggetti indipendenti dagli enti designanti, compresi gli enti locali, con i quali non hanno alcun rapporto di strumentalità o vincoli funzionali e organici. Sul punto, l'Autorità ha fondato la propria interpretazione sulla base di una sentenza della Corte Costituzionale, nella quale era stato chiarito che il potere di controllo alle quale sono soggette da parte del MEF "*è essenzialmente diverso da quello di controllo di cui è titolare l'Autorità di vigilanza, essendo il primo un potere conformativo dell'attività delle fondazioni, il secondo un potere di verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri preventivamente fissati*". Pertanto, in assenza di finanziamento pubblico, le fondazioni bancarie sono escluse dal

novero degli organismi di diritto pubblico, in quanto non assoggettate alla “influenza pubblica dominante”.

Qui il [link](#) per la consultazione della delibera.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 29 OTTOBRE 2021, n. 7272** –*Sul controllo analogo nell’in house pluripartecipato.*

L’art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, individua, in accordo alla giurisprudenza della CGUE, poi positivizzata dall’art. 12, comma 3, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, i requisiti del controllo analogo congiunto esercitato da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori nell’*in house providing* pluripartecipato. In particolare, è richiesta una rappresentanza di tutte le amministrazioni o enti partecipanti, l’esercizio congiunto da parte dei medesimi di un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della controllata, la quale non deve appunto perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni ed enti controllanti. Si tratta di requisiti indispensabili per la sussistenza di un effettivo controllo sulla gestione della persona giuridica, configurabile a prescindere dal possesso di una quota minima di partecipazione e presupposto per l’ammissibilità dell’*in house*.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 28 OTTOBRE 2021, n. 7234** – *Attribuzione del punteggio di tipo on/off*

Non si pone in contrasto con l’art. 95, comma 10-bis, del Codice dei Contratti pubblici la modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè vi è attribuzione del medesimo nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante. Infatti, tale metodo, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell’offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 27 OTTOBRE 2021, n. 7223** – *Limiti di sindacato giurisdizionale in ordine all’individuazione dei gravi illeciti professionali ai fini del potere di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c).*

Con la pronuncia in commento, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito il proprio consolidato orientamento (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 12.12.2018, n. 7022) secondo cui l’individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali ha carattere meramente esemplificativo, potendo la S.A. desumerne il compimento da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell’attività professionale dell’operatore economico di cui

fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione, ha sottolineato il Collegio, *“non muta anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, disposta con l'art. 5 d.l. n. 135 del 2018, che ha “sdoppiato” nelle successive lettere c-bis) e c-ter) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. c) la previsione di portata generale (in termini, Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171)”*.

Quanto poi alla valutazione, da parte della S.A., della rilevanza dei fatti posti alla base della precedente risoluzione contrattuale comunicata dal concorrente al momento di presentazione dell'offerta, va ricordato (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 4248/2021, cit.) che nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un largo margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue, conclude il Collegio, *“che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa”*.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 20 OTTOBRE 2021, n. 7053** – *La S.A. può inserire tra i criteri di aggiudicazione anche condizioni di esecuzione dell'appalto volte a conseguire obiettivi di natura sociale.*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato si è pronunciato in merito alla possibilità, prevista dal bando di gara, di attribuire un punteggio premiale in caso di applicazione da parte dei concorrenti di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, indicato dall'Amministrazione nell'esecuzione dell'appalto.

Il Collegio, qualificati i criteri di aggiudicazione alla stregua di criteri di esecuzione del contratto – che, come noto, possono attenersi anche ad esigenze sociali ai sensi di quanto disposto dall'art. 100 del Codice - ha osservato, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria in materia, come rientri nella discrezionalità delle Stazioni appaltanti inserire tra i criteri di aggiudicazione anche particolari condizioni di esecuzione dell'appalto volte a conseguire obiettivi di natura sociale, a condizione che sussista un rapporto di connessione tra detti criteri e l'oggetto dell'appalto.

Ciò chiarito, la condotta dell'Amministrazione è stata ritenuta legittima *“sia perché i criteri di valutazione presentano chiari collegamenti con l'oggetto dell'appalto, facendo riferimento esclusivamente all'impegno ad applicare un determinato CCNL e ad assumere con contratti a tempo indeterminato per i lavoratori da impiegare nell'esecuzione dell'appalto (senza ricadute sulle politiche generali dell'impresa), sia perché appaiono rispettosi del principio di proporzionalità, posto che, in relazione al punteggio attribuito (pari nel massimo*

complessivamente a 12 punti, sui 70 complessivi riservati alla valutazione dell'offerta tecnica), la clausola rivela una limitata incidenza sul punteggio complessivo e non appare quindi idonea a scardinare l'impianto dei criteri di valutazione).

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, 2 NOVEMBRE 2021, n. 11131 – L'art. 14 della L. n. 689/1981 va applicato anche ai procedimenti antitrust.**

Confermando il recente *revirement* giurisprudenziale sul punto, il TAR Lazio ha annullato il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con il quale quest'ultima aveva accertato quale abuso di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 9, comma 3-bis, della L. n. 192/1998, l'interruzione delle forniture di quotidiani e periodici da parte delle ricorrenti nei confronti di un'impresa di distribuzione territoriale. In particolare, i giudici hanno accolto la tesi dell'applicabilità dell'art. 14 L. 689/1981 anche ai procedimenti *antitrust*, accertando che l'atto di contestazione era intervenuto oltre il termine di 90 giorni dalla data in cui era stata compiuta l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione.

Pertanto, il Collegio ha confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le norme di principio relative all'immediatezza della contestazione, o comunque ad una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi, contenute nel Capo I della L. n. 689/1981, sono dotate di applicazione generale; pertanto, non può ammettersi, in ossequio ai principi positivizzati nella L. n. 241/1990 e all'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo, il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi eccessivamente nel tempo.

La censura, secondo il TAR, risulta avvalorata da un'interpretazione della L. n. 689/1981 orientata dai principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta fondamentale dei diritti UE, che costituiscono "*parametri imprescindibili*", dai quali può "*desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione antitrust e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento*".

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III, 2 NOVEMBRE 2021, n. 11180 – Restringimento dei prestatori di servizi aeroportuali**

All'ENAC è riconoscibile, per ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell'aeroporto, il potere di restringere il numero di operatori all'interno di individuati aeroporti, ma nel quadro del rispetto di regole e di procedure volte a contemperare le problematiche di spazio con l'esigenza, comunque, di garantire un adeguato livello di concorrenza.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, 2 NOVEMBRE 2021, n. 11219** *Illegittimità del provvedimento di esclusione motivato solo mediante il riferimento all'esistenza in capo al direttore tecnico di un procedimento penale.*

È illegittimo il provvedimento di esclusione da una pubblica gara motivato esclusivamente mediante il riferimento al procedimento penale coinvolgente il direttore tecnico della società concorrente e non già su di una ritenuta omissione e/o falsità dichiarativa, non potendo ritrarsi un automatismo espulsivo neanche dal mero titolo di reato contestato, dovendo la determinazione amministrativa essere corredata da una precisa analisi circa la significatività in concreto dei fatti contestati.

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