

NEWSLETTER N. 35/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **Decreto – legge 6 novembre 2021, n. 152: “Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose”.**

In data 6 novembre 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 265, il Decreto-legge n. 152 che ha introdotto “Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose”, in vigore dal giorno successivo. Tra le disposizioni di maggiore interesse si segnala:

- **Art. 18 – Riduzione dei tempi del procedimento di VAS**

È stato ridotto a quarantacinque giorni il lasso temporale entro cui effettuare la consultazione di soggetti competenti in materia ambientale, al fine di predisporre il rapporto ambientale. In eguale misura è stato modificato il termine entro cui chiunque può prendere visione delle proposte di piano relative al rapporto ambientale. Infine, l’autorità competente dovrà effettuare la valutazione del rapporto ambientale entro quarantacinque giorni.

- **Art. 47: Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario delle aziende**

L’articolo modifica l’art. 34-bis del D.lgs. n. 159/11 relativo al controllo giudiziario delle aziende; in particolare, è stato previsto che, nelle ipotesi in cui vengano imposte misure amministrative di prevenzione collaborativa ai sensi dell’art. 94-bis, il Tribunale può valutare, in sostituzione dell’applicazione delle citate misure, la nomina di un giudice delegato o di un amministratore giudiziario, ai sensi del secondo comma, lett. b) della disposizione in analisi.

Inoltre, attraverso l’introduzione del nuovo comma 7 viene stabilito che il provvedimento che disponga alternativamente l’amministrazione giudiziaria, ai sensi dell’art. 34, o il controllo giudiziario ai sensi dell’art. 34-bis, sospende sia il termine per il rilascio delle informazioni stabilito dall’art. 92 del D.lgs. n. 159/11 sia gli effetti delle informazioni del Prefetto, previsti dall’art. 94 del D.lgs. n. 159/11.

- **Art. 48: Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia**

Sono stati introdotti nuovi commi all’art. 92 del D.lgs. n. 159/11, i quali prevedono che qualora il Prefetto, pur ritenendo sussistenti i requisiti per l’emanazione di un’interdittiva antimafia o per l’attuazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, non riscontri particolari esigenze di celerità, invierà una comunicazione ai soggetti interessati, indicando gli elementi sintomatici. Con tale comunicazione verrà assegnato un termine, non superiore a venti giorni, entro

cui i soggetti interessati potranno presentare osservazioni scritte e documenti, o richiedere l'audizione.

Eguale, in sede di audizione personale, il Prefetto avrà facoltà di invitare i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, allegando anche documenti.

Al termine della sopra descritta fase di contraddittorio fra le parti, il Prefetto potrà applicare le misure amministrative di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94-bis del D.lgs. n. 159/11 oppure adottare l'informativa antimafia interdittiva.

➤ **MEPA – Aggiornamento dei Capitolati d'oneri relativi al PNRR: Adeguata la documentazione per facilitare le PA negli acquisti legati al PNRR, inclusi i principi sulla parità di genere, l'inclusione lavorativa dei disabili e l'assunzione di giovani.**

I principi sulla parità di genere, l'inclusione lavorativa dei disabili, l'assunzione di giovani entrano nei capitolati per gli acquisti e i contratti relativi al PNRR del MEPA, il mercato elettronico della pubblica amministrazione. Sul portale degli acquisti www.acquistinretepa.it è stata adeguata la documentazione per facilitare le amministrazioni pubbliche per gli acquisti connessi ai progetti del piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR) e del piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC).

L'aggiornamento riguarda i "Capitolati d'oneri" di tutti i bandi del mercato elettronico (beni, servizi e i 7 bandi per i lavori), con previsioni sulla pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici.

Nello specifico, viene ricordato a tutte le stazioni appaltanti che, qualora attraverso il MEPA vengano indette procedure che riguardano investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con risorse previste nel PNRR o nel PNC, occorre applicare le indicazioni del D.l. n. 77/2021 e inserire nella documentazione le specifiche previsioni indicate nell'art. 47 del decreto.

➤ **Ministero della Cultura – Decreto 1° settembre 2021, n. 158: "Regolamento recante norme e criteri per la ripartizione degli incentivi di cui all'articolo 113 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50".**

Al fine di supportare le Amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR nelle attività di presidio e vigilanza nell'esecuzione dei progetti o interventi di competenza che compongono le misure del Piano e di fornire indicazioni comuni a livello nazionale, sono state predisposte le "Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR". In data 11 novembre 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 269, il Decreto n. 158 del Ministero della Cultura, il quale ha stabilito le modalità e i criteri di ripartizione del Fondo per gli incentivi per le funzioni tecniche, stanziato per l'erogazione

dei contributi, ai sensi dell'art. 113, comma 3 del D.lgs. n. 50/2016, in favore dei propri dipendenti che effettuino attività di carattere tecnico, di programmazione o di controllo relativamente a contratti pubblici.

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

➤ **Decreto-legge n. 121/2021 cd. "Infrastrutture": Creazione di una nuova società concessionaria statale per la gestione delle autostrade in capo ad ANAS.**

Il primo emendamento presentato dal Governo al d.l. infrastrutture autorizza la costituzione di una nuova società, interamente controllata dal MEF e soggetta al controllo analogo del MIMS per l'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione, mediante affidamenti *in house* ai sensi dell'articolo 5 del Codice.

Sarà poi un successivo DPCM a definire l'atto costitutivo e lo statuto sociale, le modalità di nomina degli organi sociali per il primo periodo di durata in carica, le remunerazioni degli stessi organi e i criteri, in riferimento al mercato, per la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche da parte del consiglio di amministrazione, le successive modifiche allo statuto e le successive nomine dei componenti degli organi sociali.

La norma stabilisce anche che questa newco possa a sua volta mettersi a servizio di altre società pubbliche perché viene autorizzata "*nei limiti delle risorse disponibili*", anche in deroga al Codice, a stipulare apposite convenzioni, anche a titolo oneroso, con società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai fini dell'assistenza tecnica, operativa e gestionale nonché a costituire società di gestione di autostrade statali ovvero ad acquisire partecipazioni nelle medesime società, secondo le modalità e le procedure definite dallo statuto.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 10 novembre 2021, n. 994 – *Graduazione dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato.***

Confermando la nota giurisprudenza del Consiglio di Stato espressa nella sentenza n. 2755/2011, il Collegio ha chiarito che, nonostante l'accoglimento dell'azione di annullamento comporti l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, quando l'applicazione di tale principio risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria che, con decisione n. 13 del 22 dicembre 2017, ha affermato come la deroga alla retroattività trovi fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa.

Da tali orientamenti emerge quindi la possibilità, ormai riconosciuta, di modulare sul piano temporale gli effetti della decisione giurisdizionale (cfr. anche Corte giust. comm. ue C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*; C.G.U.E., C-379/15, *Association France Nature Environnement*; Comunicazione della Commissione del 28 aprile 2017).

➤ **TAR TOSCANA, SEZ. III, 18 novembre 2021 n. 1502 – *Tempestività dell'offerta nelle gare telematiche***

Nel caso di gara telematica, la disposizione tecnica della *lex specialis* che identifichi nella "corretta ricezione" dell'offerta il momento rilevante ai fini della sua tempestiva presentazione riproduce, nella sostanza, quanto previsto in materia di gare telematiche dall'art. 58 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale è al "momento della ricezione delle offerte" che la stazione appaltante notifica a ciascun concorrente il "corretto recepimento" dell'offerta. Ed è in linea con il principio generale secondo cui sono irregolari le offerte "ricevute in ritardo" rispetto ai termini indicati nel bando (art. 59 co. 3 lett. b) d.lgs. n. 50/2016).

Sicché è al momento della ricezione (e non della consegna) dell'offerta da parte del sistema che occorre avere riguardo. Di conseguenza legittima è l'esclusione di un operatore economico che ha "sottomesso" la propria offerta sei secondi prima della scadenza del termine, essendosi il processo di ricezione perfezionatosi 15 secondi dopo la scadenza del termine fissato per la ricezione delle offerte.

È noto che le procedure telematiche richiedono tempi che possono cambiare in ragione delle caratteristiche della rete di comunicazione elettronica e della sua capacità di assorbire il traffico di dati: una variabile la cui possibile incidenza, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, è onere del concorrente prevedere, facendo uso della diligenza esigibile dall'operatore economico professionale, a maggior ragione qualora la legge di gara, come nella specie, individui nella effettiva ricezione delle offerte da parte della piattaforma telematica il momento rilevante ai fini del rispetto del termine finale di partecipazione.

➤ **TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 17 novembre 2021, n. 2465 – *Non è consentita la sostituzione della consorziata esecutrice da parte del consorzio stabile.***

Il Collegio campano, riprendendo le conclusioni espresse dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2021, ha statuito che il rapporto tra consorzio stabile e consorziata esecutrice non può essere configurato come un rapporto meramente interno e privo di rilevanza nei riguardi della S.A., come emerge dalle previsioni dell'art. 48, comma 7, del Codice (che prescrive l'obbligo per il consorzio stabile di indicare la consorziata per la quale concorre e il divieto di partecipazione di questa, in altra forma, alla medesima gara) e dell'art. 47, comma 2 (che contempla la responsabilità solidale e l'esclusione della fattispecie del subappalto nei rapporti tra consorzio stabile e consorziata esecutrice).

Infatti, la partecipazione del consorzio stabile alla procedura di gara realizza la causa concreta del patto consortile e, proiettando l'accordo nella reale operatività dei contratti pubblici, conferisce allo stesso una rilevanza "esterna".

Pertanto, in sede di gara pubblica, la sostituzione della consorziata esecutrice da parte del consorzio stabile non è consentita laddove da tale sostituzione possa derivare una modifica dell'offerta presentata in gara.

Infatti, il possesso dei requisiti generali di partecipazione è richiesto anche in capo alle consorziate esecutrici affinché il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, non si trasformi in uno strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. III Ter, 16 novembre 2021, n. 11809** – *Sulla attribuzione del punteggio massimo alla migliore offerta.*

Non si rinviene nessuna norma di carattere generale che imponga alla Commissione di gara di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il sub-punteggio massimo, previsto dalla *lex specialis*, restando facoltà della stessa Amministrazione di graduare il punteggio in ragione della qualità dell'offerta.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, 2 novembre 2021, n. 11124** – *Soccorso istruttorio e comunicazioni tra stazioni appaltanti e operatori nelle procedure di gara gestite attraverso il MEPA.*

Con ricorso dinanzi al TAR Lazio, un istituto di credito impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara disposta nei confronti di un concorrente, avente ad oggetto l'affidamento per la gestione del servizio di cassa in favore dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e Destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Secondo la tesi della ricorrente, l'Agenzia non avrebbe potuto disporre un "secondo" soccorso istruttorio attraverso il canale di comunicazione presente nel MEPA, in quanto la prima richiesta di regolarizzazione era già stata trasmessa al di fuori del sistema, a mezzo PEC; pertanto, già la prima richiesta di integrazioni doveva ritenersi conforme alle prescrizioni normative vigenti, non sussistendo un obbligo per la S.A. di utilizzare il

sistema MEPA per trasmettere le comunicazioni. Sicché, il termine perentorio per adempiere al soccorso istruttorio avrebbe dovuto calcolarsi dalla prima richiesta e non dalla seconda, con conseguente esclusione della controinteressata per aver ritardato la trasmissione dei documenti oltre il termine stabilito.

Il Collegio, esaminata la questione, ha ricordato che nel caso di procedure di gara gestite attraverso il sistema MEPA, il canale ufficiale di comunicazione tra i concorrenti e la stazione appaltante è quello del sistema informatico di gestione della procedura. Ciò in applicazione delle regole di funzionamento, accettate dalle imprese offerenti, che disciplinano il MEPA e che rispondono alla necessità di garantire, attraverso la gestione unitaria della gara all'interno della piattaforma telematica, la speditezza, certezza e il buon andamento dell'azione amministrativa.

Dunque, a giudizio del Collegio, la trasmissione della prima richiesta di integrazione tramite un canale "esterno" al MEPA – ossia tramite PEC – doveva definirsi impropria e, pertanto, non idonea a far decorrere il termine perentorio imposto alla controinteressata per la regolarizzazione della documentazione.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II-TER, 2 novembre 2021, n. 11207** – *La composizione della Commissione di gara in sede di rivalutazione delle offerte è modificabile se garantisce la celere ripresa della procedura.*

La pronuncia ha statuito l'insussistenza della violazione del principio di immutabilità della Commissione, previsto dall'art. 77, comma 11, del Codice, essendo la S.A. titolare del potere di rinnovare, in tutto o in parte, la commissione di gara originariamente nominata allorché se ne presenti la necessità.

La disposizione di cui all'art. 77, comma 11, si limita a risolvere, in via legislativa, il problema della possibilità per la Commissione di una procedura di gara, conclusasi con aggiudicazione successivamente annullata (in sede giurisdizionale o di autotutela) e che, dunque, abbia già espresso la propria valutazione sulle offerte dei candidati, di poter procedere al rinnovo degli atti di gara, ovvero ripetere il suo giudizio sulle offerte in gara.

In collaborazione con gli Studi Legali

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa