

NEWSLETTER N. 4/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



**ANAC – PARERE PRECONTENZIOSO,
DELIBERA DEL 12 GENNAIO 2022, N. 4:
ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE
ANOMALE AI SENSI DELLA DISCIPLINA
DELL’ART. 1 DEL DECRETO LEGGE N. 76/2020.**

Con il parere precontenzioso n. 4/2022, l’ANAC ha chiarito che le disposizioni normative contenute nell’art. 1 del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, contengono una disciplina derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall’esigenza di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia da COVID-19, che, come tale, prevale sulla disciplina dei contratti sotto-soglia prevista dall’articolo 36 del Codice appalti, con la conseguenza che le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili, con specifico riferimento alla disciplina dell’esclusione automatica delle offerte anomale, devono essere integrate e sostituite.



**LEGGE 23 DICEMBRE 2021, N. 238: “DISPOSIZIONI PER
L’ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI DERIVANTI
DALL’APPARTENENZA DELL’ITALIA ALL’UNIONE EUROPEA –
LEGGE EUROPEA 2019-2020”. MODIFICHE AL CODICE DEI
CONTRATTI. ENTRATA IN VIGORE DAL 1° FEBBRAIO 2022.**

Il 17 gennaio 2022 è stata pubblicata in G.U.R.I., Serie Generale n. 12, la legge n. 238 (c.d. Legge Europea 2019-2020) che introduce, all’articolo 10 (rubricato “*Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273*”), alcune modifiche puntuali al testo del vigente Codice dei contratti pubblici, applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dal **1° febbraio 2022** (o le cui lettere di invito siano state inviate da quella data). Nelle more della discussione sul disegno di legge recante la “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*” e che, una volta approvato, autorizzerà il Governo ad adottare il nuovo Codice dei contratti pubblici, il Legislatore ha in particolare apportato le seguenti modifiche al vigente Codice:

➤ **Subappalto del progettista:**

L'art. 10, comma 1, lett. a) della legge, modificando l'art. 31, comma 8 del Codice, introduce la possibilità, per l'affidatario di incarichi di progettazione, di affidare a terzi le *“attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività”*.

➤ **Operatori economici ammessi alle gare di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria**

L'art. 10, comma 1, lett. b) della legge modifica l'art. 46 del Codice nel senso di estendere il novero dei soggetti ammessi a partecipare, singolarmente o in raggruppamento temporaneo, alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria agli *“altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati”*.

➤ **Motivi di esclusione**

Con l'art. 10, comma 1, lett. c), n. 1) e n. 3), viene modificato l'art. 80, commi 1 e 4 del Codice, sopprimendo le previsioni che stabilivano l'obbligo per la Stazione Appaltante di escludere i concorrenti nel caso di sussistenza di una causa di esclusione riferita ad un subappaltatore. Vengono altresì apportate modifiche all'art. 80, comma 4, del Codice in forza delle quali costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale, suscettibili di determinare l'esclusione dalla procedura:

- *“quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo”*;
- le violazioni di importo correlato al valore dell'appalto e comunque non inferiore a 35.000 euro.

➤ **Subappalto**

Con riferimento alla disciplina generale del subappalto, l'art. 10, comma 1, lett. d) della Legge Europea è intervenuta sull'art. 105 del Codice:

- abrogando il comma 4, lett. a) e consentendo quindi l'affidamento in subappalto in favore di operatori che abbiano partecipato alla procedura di gara;
- abrogando il comma 4, lett. d), che onerava il concorrente di dimostrare l'assenza, in capo ai subappaltatori, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80;
- abrogando l'obbligo dell'indicazione della terna dei subappaltatori.

Con riferimento al subappalto nei contratti di concessione, l'art. 10, comma 1, lett. f) della Legge Europea modifica l'art. 174 del Codice nel senso di:

- abrogare l'obbligo dell'indicazione della terna dei subappaltatori previsto dall'art. 174, comma 2, terzo periodo del Codice;
- sostituire il comma 3 del Codice, ammettendo l'affidatario della concessione a *"sostituire i subappaltatori relativamente ai quali un'apposita verifica, svolta dalla stazione appaltante, abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80"*.

➤ **Termini di pagamento**

L'art. 10, comma 1, lett. e) della Legge ha modificato, altresì, l'art. 113-bis del Codice, introducendo una disciplina di dettaglio che:

- consente all'esecutore di *"comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori"* (nuovo art. 113-bis, comma 1-bis);
- impone al D.L. di *"accerta[re] senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adotta[re] lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al comma 1-bis, salvo quanto previsto dal comma 1-quater"* (nuovo art. 113-bis, comma 1-ter);
- prevede che, in caso di difformità tra le valutazioni del DL e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle condizioni contrattuali per il raggiungimento del SAL, il D.L., *"a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1-bis ovvero all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori"* (nuovo art. 113-bis, comma 1-quater);
- prevede (v. Il nuovo art. 113-bis, comma 1-quinquies) che il D.L. trasmetta immediatamente il SAL al R.P., il quale:
 - emette il certificato di pagamento contestualmente all'adozione del SAL e, comunque, non oltre sette giorni, previa verifica della regolarità contributiva dell'appaltatore e dei subappaltatori;
 - invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante perché provveda al pagamento entro i trenta giorni dall'adozione del SAL (o entro il diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni, stabilito contrattualmente);
- prevede che l'esecutore possa emettere fattura al momento dell'adozione del SAL, senza che ciò sia subordinato al rilascio del certificato di pagamento (nuovo art. 113-bis, comma 1-sexies);
- prevede che sia annotato nel registro di contabilità ogni certificato di pagamento emesso dal RUP (nuovo art. 113-bis, comma 1-septies).



Mims

Ministero delle infrastrutture
e della mobilità sostenibili

MIMS: SEMINARIO DI DISCUSSIONE SULLE “LINEE GUIDA PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO DI FATTIBILITÀ TECNICA ED ECONOMICA DA PORRE A BASE DELL’AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI DEL PNRR E DEL PNC”.

In data 21 gennaio 2022, il MIMS ha presentato il nuovo approccio per realizzare le infrastrutture resilienti e sostenibili e che verrà utilizzato dal Ministero per la valutazione dei progetti riguardanti le nuove opere pubbliche da realizzare in coerenza con i principi espressi dal programma Next Generation EU.

Nel seminario sono state discusse le Linee guida per l’elaborazione dei documenti di valutazione ex ante delle opere pubbliche e linee guida operative per la valutazione dei progetti in ambito ferroviario approvate a dicembre 2021. Per la prima volta, nelle linee guida sono stati inclusi elementi di analisi degli impatti ambientali (in particolare il rispetto del principio del *do not significant harm*), quelli di natura sociale e quelli relativi alla dimensione istituzionale e di governance, come ad esempio la qualificazione delle stazioni appaltanti, per migliorare la quale il Mims si è impegnato con il programma di formazione “Pnrr Academy”.

Qui il [link](#) al comunicato stampa.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, SEZ. GIURISDIZIONALE, 31 GENNAIO 2022, N. 153 – Sulla insussistenza in capo al ricorrente del diritto al rinvio dell’udienza

Nel processo amministrativo non sussiste un diritto del ricorrente ad ottenere il rinvio della trattazione della causa. Nell’ordinamento processuale vigente non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, fuori dai casi tassativi di diritto a rinvio per usufruire dei termini a difesa previsti dalla legge. Al di fuori di tali ipotesi, le parti hanno solo la facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare un eventuale differimento dell’udienza. Ciò in quanto alle parti spetta la disponibilità delle proprie pretese sostanziali e, in funzione di esse, del diritto di difesa in giudizio, ma le stesse non hanno anche la disponibilità dell’organizzazione e dei tempi del processo, che compete al giudice, al fine di conciliare e coordinare l’esercizio del diritto di difesa di tutti coloro che si rivolgono al giudice. La decisione finale sui tempi della decisione della controversia spetta al giudice, e la domanda di rinvio deve fondarsi su “situazioni eccezionali” (come recita il comma 1-bis dell’art. 73 c.p.a.).

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 28 GENNAIO 2022, N. 3 - *Sulla legittimazione all'impugnazione della interdittiva antimafia*

Gli amministratori ed i soci di una persona giuridica destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva all'impugnazione di tale provvedimento. Più specificamente è la posizione degli stessi in rapporto alla persona giuridica/società per azioni che esclude la loro legittimazione ad agire, non essendo individuabile una loro titolarità di interesse legittimo. Appare evidente come gli amministratori e/o i soci non siano destinatari diretti dell'esercizio del potere amministrativo, essendovi relazione diretta solo tra potere amministrativo e persona giuridica, ma essi emergono con un proprio (possibile e riflesso) pregiudizio solo per effetto di un diverso rapporto (di natura contrattuale o di altro tipo) che li lega al destinatario diretto (la società).

Ma questo rapporto, estraneo alla relazione intersoggettiva tra destinatario dell'atto e pubblica amministrazione, è inidoneo a far sorgere situazioni di interesse legittimo e impedisce, quindi, di configurare sul piano processuale la legittimazione ad agire nei confronti del provvedimento di interdittiva antimafia.

Ciò non significa che tale provvedimento non possa produrre "pregiudizi" sulla loro sfera giuridica, ma che, in ogni caso, questi ultimi non possono sorreggere la legittimazione ad impugnare, ma solo, nell'ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità e ricorrendone i presupposti, un intervento in giudizio.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, SEZ. GIURISDIZIONALE, 24 GENNAIO 2022, N. 116 – *Sulla proroga delle concessioni demaniali marittime sino al 31 dicembre 2023.*

Il CGA conferma che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime spira il 31 dicembre 2023. In specie è stato ritenuto che, in applicazione delle norme multilivello l'eventuale proroga, senza pubblica gara, delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative deve considerarsi illegittima, trattandosi di un provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale, ma in violazione di direttiva auto-esecutiva o di regolamento U.E.

Tenuto conto del fatto che l'attività dell'appellante concessionaria non si è mai interrotta, il Collegio ha accolto parzialmente la domanda di accertamento del diritto formulata con il ricorso introduttivo, dichiarando l'efficacia della concessione demaniale marittima sino al 31 dicembre 2023.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 25 GENNAIO 2022, N. 491 - *Sulla distinzione tra atto meramente confermativo e atto confermativo in senso proprio.*

Il Consiglio di Stato ha chiarito la distinzione tra atto meramente confermativo (inimpugnabile) e atto confermativo (impugnabile), statuendo che il primo si realizza nel caso in cui l'Amministrazione, a fronte di un'istanza di riesame, si limita a dichiarare

l'esistenza di un suo precedente orientamento (e, in definitiva, a richiamarlo), senza compiere alcuna ulteriore istruttoria e senza esprimere una nuova motivazione; al contrario, laddove i fatti e i motivi prospettati dal richiedente siano in qualche modo rivalutati, si ha una decisione di merito di segno negativo, che costituisce un atto confermativo (per quanto di contenuto identico rispetto a quello originario), autonomamente impugnabile.

Pertanto, nel caso in cui sia sollecitata a riaprire il procedimento da un'istanza esterna, l'Amministrazione, attraverso l'atto meramente confermativo, fornisce una risposta negativa non riscontrando valide ragioni di riapertura del procedimento concluso con la precedente determinazione; al contrario, con il provvedimento di conferma, dà una risposta positiva, riapre il procedimento e adotta una nuova determinazione. Di conseguenza solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento e, all'esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente (in termini, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2021, n. 3579).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 21 GENNAIO 2022, N. 383 – Sulla natura immediatamente escludente della previsione nella legge di gara di criteri di quantificazione delle voci di costo tali da precludere l'utile partecipazione alla gara

Il Collegio, nel ribadire che l'immediata impugnazione degli atti di gara è possibile unicamente nel caso in cui le condizioni e/o le regole evidenziali risultino tali da precludere a priori una utile partecipazione alla gara, ha statuito che l'indicazione prescrittiva dei criteri con i quali gli operatori economici avrebbero dovuto procedere, pur nella libertà di una complessiva ed autonoma modulazione, alla quantificazione delle voci di costo del personale da impegnare nella attuazione della commessa rappresenta, di per sé, un obiettivo e rilevante vincolo conformativo, idoneo a condizionare *in apicibus* i termini dell'ordinario calcolo di convenienza economica rimesso alla valutazione delle imprese. Ciò, ai fini della legittimazione alla sua immediata contestazione, riveste carattere obiettivamente 'escludente' e comporta la necessità dell'immediata impugnazione della *lex specialis* qualora precluda l'utile partecipazione alla gara dell'impresa.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I, 2 FEBBRAIO 2022 N. 192 – Sull'illegittimo inserimento dell'offerta economica all'interno della busta amministrativa "anche in caso di antinomia esistente sul punto tra *lex specialis* e modulistica predisposta dalla S.A.

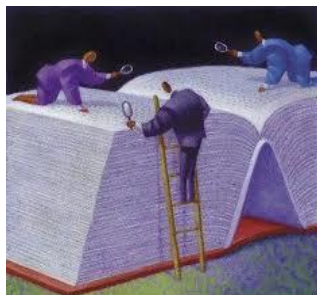
È legittima la esclusione da una gara di appalto di progettazione in ragione del fatto che il concorrente, violando la regola della segretezza dell'offerta economica, ha inserito tale offerta e la documentazione amministrativa all'interno della medesima busta "A", a nulla rilevando la esistenza di una eventuale antinomia, sul punto, tra *lex specialis* e modulistica predisposta dalla stazione appaltante. Trattasi di un errore così evidente del concorrente,

che non può essere giustificato in base al principio del legittimo affidamento, in ragione del contegno colposo, *sub specie* di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità dell'imprenditore partecipante ad una gara pubblica. Una eventuale antinomia sul punto tra la *lex specialis* e la modulistica allegata non è configurabile, dal momento che quest'ultima non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la *lex specialis* della gara e va letta, ed eventualmente integrata, in funzione delle prescrizioni vincolanti contenute nella prima.

TAR TOSCANA, FIRENZE, SEZ. II, 18 GENNAIO 2022, N. 43 – Sulla rilevanza dell'illecito antitrust ai fini dell'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice.

La sanzione antitrust può costituire illecito professionale che dà luogo all'esclusione dalla gara solo se il ricorso avverso l'illecito è stata respinto con sentenza passata in giudicato (cfr. la sentenza CGUE, Sez. X, 18 dicembre 2014, in causa C-470/13), il che esclude comunque che nella specie la Stazione Appaltante possa procedere all'esclusione dalla gara, stante la presenza di ricorso pendente dinanzi al TAR, circostanza della quale era stata informata.

CONTRIBUTI E DOTTRINA



Si segnala un interessante contributo del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Luigi Carbone "*Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia*", pubblicato sul portale di Giustizia Amministrativa. Per la lettura del contributo clicca [qui](#).

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa