

NEWSLETTER N. 40/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ ANAC – Massima del 6.12.2021, n. 220: “Soccorso istruttorio sul PEF”.

L’ANAC, con massima n. 220 del 6 dicembre 2021, ha chiarito che in una procedura di affidamento di una concessione di servizi nella quale la *lex specialis* richiede la presentazione del Piano Economico Finanziario “a pena di esclusione”, in caso di difformità tra il PEF e l’offerta economica, è legittima l’esclusione di un operatore che, in riscontro ad una richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, abbia presentato un PEF sostitutivo di quello prodotto in gara con un incremento percentuale significativo di diversi elementi essenziali dell’offerta economica, in quanto in questo caso non si pone tanto una questione di “soccorribilità” o meno del PEF, ma di una sua radicale modifica che incide inevitabilmente sull’attendibilità dell’offerta, cui lo stesso è funzionalmente collegato.

➤ ANAC – Delibera del 24.11.2021, n. 777: “Semplificazioni di procedure e adempimenti per ordini e collegi professionali”.

L’ANAC ha approvato, a beneficio degli Ordini e dei collegi professionali, con delibera n. 777 del 24 novembre 2021, l’eliminazione degli obblighi di pubblicazione e aggiornamento di vari documenti previsti dal D. lgs 33/2013.

Le semplificazioni sono state elaborate tenendo conto di alcuni principi: compatibilità, ovvero definizione degli obblighi in considerazione dei tratti distintivi che caratterizzano la struttura e le attività svolte dagli Ordini e dai Collegi professionali; riduzione degli oneri connessi ai tempi di aggiornamento e degli obblighi di pubblicazione per gli ordini e i collegi territoriali; semplificazione delle modalità di pubblicazione dei dati; conservazione degli obblighi del D. lgs. 33/2013 assistiti da vincoli specificatamente previsti dal legislatore (sanzioni specifiche o condizioni legali di efficacia).

Tra le misure immediatamente operative, si segnala l’eliminazione di alcuni obblighi di pubblicazione ritenuti non compatibili con gli ordini e i collegi professionali, come gli atti di programmazione delle opere pubbliche.

L’intento di ANAC è di favorire la semplificazione e la “sburocratizzazione”, prevista anche per alcuni termini di aggiornamento, come la sostituzione della pubblicazione trimestrale con quella annuale. Sono state introdotte semplificazioni pure per alcuni obblighi di pubblicazione previsti per gli ordini e i collegi territoriali, prevedendo la pubblicazione soltanto a livello nazionale.

➤ **MIMS – Parere del 8.11.2021, n. 1094: In sede di appalto integrato sono cumulabili i requisiti dei progettisti che non intendono presentarsi in RTP.**

In tema di appalto integrato, il MIMS è stato chiamato a pronunciarsi in merito ad un quesito avente ad oggetto la possibilità che un'impresa esecutrice dei lavori "indicasse" senza associare due Progettisti esterni alla propria struttura, i quali si sarebbero occupati entrambi dei servizi di progettazione relativi alla categoria strutture e impianti. In particolare, il quesito era volto a valutare la possibilità che, pur non presentandosi come RTP costituendo, i due progettisti intendessero cumulare i propri requisiti, ai fini della qualificazione relativa ai servizi analoghi svolti nel decennio precedente.

Il MIMS ha chiarito che la normativa applicabile è data dal solo art. 59, c. 1-bis del Codice dei contratti pubblici, secondo il quale "detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1". Rileva, inoltre, a dire del MIMS, il principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 9 luglio 2020, per cui l'istituto dell'indicazione del progettista viene assimilato a quello dell'avvalimento, con conseguente applicazione dell'art. 89 c. 6 del Codice, che consente l'avvalimento di più imprese ausiliarie, senza prevedere l'obbligo di raggruppamento tra i più ausiliari.

Per analogia, in assenza di diverse regole nella *lex specialis* di gara, deve affermarsi la legittimità dell'indicazione di più progettisti da parte dell'operatore economico privo di attestazione SOA di progettazione e costruzione, in caso di affidamenti di progettazione e costruzione, anche ove i due o più progettisti non formino tra di loro raggruppamento. Pertanto, conclude il MIMS, "i requisiti di capacità previsti dal bando potranno essere soddisfatti dal concorrente mediante i requisiti dei progettisti indicati, in modo cumulativo".

➤ **MIMS – Parere del 20.10.2021, n. 1081 su maxiappalti affidati in deroga al codice dei contratti pubblici: "Vanno sempre rispettati i principi in tema di trasparenza di cui all'art. 30 del Codice dei contratti".**

Il MIMS, nel parere del 20.10.2021 n. 1081, in ordine agli obblighi di pubblicazione delle procedure in deroga ex art. 11, comma 2, D.L. 76/2020, ha affermato che anche in una procedura di affidamento diretto, se si tratta di importo sopra la soglia UE (5,4 milioni di lavori e 214.000 euro di servizi e forniture), occorre comunque assicurare i criteri di pubblicità previsti per una procedura aperta, stante la necessità di rispettare i principi eurounitari in tema di trasparenza. Pertanto, nel parere richiamato, si chiarisce che occorre sempre agire nel rispetto della direttiva, "inclusi i principi di cui all'art. 18 della direttiva comunitaria (trasposti all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici), e che, per lo svolgimento della procedura aperta, occorre guardare all'art. 27 della dir. 2014/24/UE".

➤ **ANAC – Parere del 17.11.2021, n. 754: “Laddove non risulti specificato diversamente dalla lex specialis, rileva solo il possesso della certificazione ai fini dell’attribuzione del punteggio premiale e non anche quale soggetto l’abbia rilasciata”.**

L’ANAC, con parere 17 novembre 2021, n. 754, ha stabilito che in una gara d’appalto, se si chiede il possesso di una certificazione ai fini dell’attribuzione di un punteggio premiale, rileva solo il possesso della stessa e non anche quale soggetto l’abbia rilasciata. Vale a dire che, se lo ammette il disciplinare, il certificato va considerato legittimamente prodotto anche qualora non provenga da un soggetto accreditato da Accredia.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367 – Escussione della garanzia provvisoria prima dell’aggiudicazione.**

A seguito dell’entrata in vigore del “nuovo” Codice, l’escussione della garanzia provvisoria può essere disposta solo dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione. Non può valere in senso contrario il disposto dell’art. 89, comma 3, per il quale la stazione appaltante escute la garanzia provvisoria nel caso di false dichiarazioni rese dall’impresa ausiliaria: tutt’al più, infatti, la norma avrebbe un carattere derogatorio e speciale e pertanto sarebbe soggetta a criteri di stretta interpretazione, senza possibilità alcuna di ricavarne deduzioni in via analogica.

La pronuncia merita di essere segnalata perché conferma e consolida l’indirizzo riformando la pronuncia di senso opposto del giudice di prime cure.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, sentenza 14 dicembre 2021, n. 8353 – Formule matematiche correttive volte a rendere marginale il peso degli elementi economici**

Nell’ambito di una gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa la più recente giurisprudenza, benché non manchino pronunce di segno opposto, è orientata nell’ammettere la legittimità della c.d. “formula inversamente proporzionale” che, per l’assegnazione dei punteggi economici, prenda quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti, anziché i ribassi sulla base d’asta. Tale criterio non è manifestamente abnorme e/o irragionevole perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce un collegamento proporzionale tra l’entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio. Si esclude quindi la necessità di assegnare il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso che, anzi, un siffatto criterio - anche se astrattamente rispondente alla possibilità di assegnare l’intero range di punteggio alla componente economica - determinerebbe l’effetto - anch’esso opinabile e, in ultima analisi, irragionevole - di produrre ingiustificate ed “estreme” valorizzazioni delle offerte

economiche anche laddove, come è nel caso di specie, il minimo ribasso e quello massimo si differenzierebbero per pochi punti percentuali.

La più recente giurisprudenza amministrativa si è dunque orientata nel senso di ritenere "non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi". E ciò sulla base del «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 (cfr. il § IV delle Linee-guida in esame). Mentre i precedenti contrari sono invece riferiti a procedure di gara soggette al codice dei contratti pubblici ora abrogato, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici attualmente in vigore (si rinvia a quest'ultimo riguardo ai principi formulati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8).

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 14 dicembre 2021, n. 8333** – *Accesso ai documenti amministrativi da parte delle associazioni portatrici di interessi diffusi.*

Secondo i giudici di Palazzo Spada, in tema di accesso ai documenti amministrativi, la posizione delle associazioni portatrici di interessi diffusi non si differenzia in alcun modo da quella dei singoli individui, in quanto i requisiti sostanziali per il legittimo esercizio del diritto di accesso sono i medesimi per tutti i soggetti dell'ordinamento e si incentrano su un interesse diretto, concreto ed attuale alla specifica conoscenza documentale anelata; pertanto, "nel caso in cui a richiedere l'accesso sia un'associazione rappresentativa di interessi diffusi l'interesse sotteso alla costituzione ed all'operatività della stessa si proietta in una dimensione di pretesa ostensiva solo ove la documentazione oggetto della richiesta sia effettivamente necessaria o, quanto meno, strettamente funzionale al conseguimento delle finalità statutarie, ciò che è onere dell'associazione stessa dimostrare, non essendo invece predicabile una sorta di legittimazione ostensiva generale discendente eo ipso dagli scopi statutarî".

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 6 dicembre 2021, n. 8072** – *Sulla attribuzione della qualifica di Centrale di Committenza*

Non può essere riconosciuta da una normativa nazionale la qualità di «centrale di committenza» ad un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice.

➤ **TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I, sentenza 14 dicembre 2021 n. 12902** – *Ricorso giurisdizionale avverso una deliberazione dell'ANAC da parte di un'Amministrazione Comunale*

É inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto dal Comune di Milano avverso la deliberazione con la quale l'ANAC, a seguito dell'accertamento di gravi disfunzioni e irregolarità nell'esecuzione di un contratto di appalto, ha chiesto all'Amministrazione quali iniziative intendesse avviare al riguardo. In tal caso, infatti: a) l'atto impugnato costituisce espressione delle funzioni di vigilanza, accertamento, consultive e propositive attribuite inizialmente all'AVCP e, poi, all'ANAC; b) si è, pertanto, al cospetto di una deliberazione di natura meramente interlocutoria, priva di contenuti precettivi nei confronti dei soggetti vigilati, poiché l'Autorità, pur avendo evidenziato una serie di criticità emerse nella progettazione e nell'esecuzione dell'appalto, non ha assunto alcuna determinazione vincolante e lesiva nei confronti dell'Ente locale, limitandosi a richiedere di comunicare le misure che intende adottare a fronte dei rilievi esposti.

➤ **TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II-BIS, 13 dicembre 2021, n. 12861** – *Accesso all'offerta tecnica: bilanciamento tra riservatezza e diritto di difesa.*

In tema di diritto di accesso è ormai consolidato l'orientamento che considera l'esercizio di tale diritto quale peculiare strumento di verifica della correttezza dell'operato dell'amministrazione.

Da ciò deriva che in ogni settore e, particolarmente nel settore dei pubblici appalti, ove il principio di trasparenza permea l'intera disciplina, le deroghe allo stesso siano tassative, motivate e necessarie. In questo caso, quindi, la necessità di tutelare la ricchezza imprenditoriale degli operatori economici suscettibile di essere sottratta dai propri competitors giustifica la scelta legislativa.

Tuttavia, anche tale deroga trova un limite ultimo, rappresentato dalla necessità di assicurare il pieno esercizio del proprio diritto di difesa. Ai sensi dell'ultimo comma, infatti, in relazione alle ipotesi di cui al comma 5 lett. a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

A questo proposito, si rammenta che l'art. 53 D.lgs. 50/2016 fa soccombere il diritto di accesso rispetto a informazioni che rappresentano il nucleo dell'offerta tecnica avanzata dagli operatori economici e che esprimono il c.d. *know how* aziendale, ossia quel bagaglio di conoscenze di natura principalmente tecnica che permette di distinguere e, quindi, apprezzare l'offerta di un operatore rispetto a quella di altro operante nello stesso settore.

La legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata, sicché, una volta accertato il collegamento tra l'interesse e il documento, ogni ulteriore indagine sull'utilità ed efficacia del documento stesso in prospettiva di tutela giurisdizionale, ovvero sull'esistenza di altri strumenti di tutela eventualmente utilizzabili, è del tutto ultronea.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I, 14 dicembre 2021, n. 12911** - *Rilevanza, ai fini dell'operatività del meccanismo della compensazione ex art. 133, d.lgs. n. 163/2006, delle*

sole variazioni in aumento o in diminuzione di prezzo medio dei materiali da costruzione superiori al 10%.

La disposizione dell'art. 133, d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che il meccanismo della compensazione opera anno per anno, a condizione che da un anno all'altro si sia verificato un incremento (o una diminuzione) di prezzo medio dei materiali di costruzione superiore al 10%; al di sotto di questa percentuale di variazione, quindi, i mutamenti di prezzo in aumento o diminuzione non solo rilevanti. Detta verifica deve eseguirsi con riguardo all'arco temporale annuale e non già a quello dell'intero contratto e della sua residua durata.

➤ **TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VI, sentenza 17 dicembre 2021, n. 8050 – Diritto di accesso dei file nativi digitali degli elaborati concorsuali dei candidati classificatisi in posizione più favorevole**

Sussiste il diritto di un candidato utilmente collocatosi nella graduatoria di un concorso pubblico, di accedere ai file nativi digitali degli elaborati concorsuali degli altri candidati, classificatisi in posizione più favorevole, ove l'istanza: 1) sia stata formulata con puntuale ed analitica enumerazione dei singoli atti e documenti richiesti; 2) sia motivata con riferimento alla necessità di verificare la sussistenza di eventuali profili di illegittimità vizianti la procedura concorsuale e, indi, di poter consapevolmente esperire gli opportuni rimedi giustiziali ad eventuale presidio della propria sfera giuridica; infatti, secondo gli ineludibili principi di pubblicità e trasparenza informanti i concorsi pubblici, quali insuperabili garanzie di imparzialità e parità di trattamento, a presidio di fondamentali valori costituzionali, a latere pubblicistico (artt. 97 e 98 Cost.) oltre che a latere privatistico (artt. 2, 3, 4 e 33 Cost.) risulta recessiva qualsivoglia ragione di segretezza e/o riservatezza, per vero non mai predicabile in *subiecta materia*; con la conseguenza che, in tal caso, sussiste la piena operatività della pretesa ostensiva e il diritto di accesso deve essere consentito all'interessato incondizionatamente, senza apposizione di omissis, senza necessità di "riprodurre" i file in formato cartaceo e di procedere all'"occultamento" delle generalità dei candidati interessati e senza costi per l'accidente.

➤ **TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. II, 13 dicembre 2021, n. 2725 – Fissazione del termine per la presentazione delle offerte.**

I giudici campani hanno ricordato che anche nelle procedure negoziate e negli affidamenti diretti comparativi (con acquisizione di più offerte) di rilievo comunitario le stazioni appaltanti, nei casi di urgenza, sono comunque tenute a rispettare il principio generale, codificato all'art. 79, d.lgs. n. 50 del 2016 a garanzia della *par condicio*, secondo cui la fissazione dei termini di presentazione delle offerte deve tenere conto della complessità dell'appalto e consentire agli operatori economici di partecipare effettivamente al procedimento.

Pertanto, ai fini dell'individuazione del termine minimo, nelle procedure negoziate sotto-soglia (esclusi i casi di unicità del fornitore), stante l'assimilabilità strutturale alla procedura ristretta e considerata la mancanza di previsione di un termine minimo ai sensi dell'art. 63 del Codice, in casi di urgenza può farsi riferimento, indicativamente, al termine di 5 giorni, risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 61, comma 6, lett. b) e 36, comma 9 del Codice. Viceversa, negli affidamenti diretti comparativi, considerata l'impossibilità di assimilazione alle procedure negoziate, il riferimento al predetto termine minimo non opera, fatto salvo in ogni caso il rispetto del principio generale di cui all'art. 79 del Codice.

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