

NEWSLETTER N. 5/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



MIMS – MONITORAGGIO DELL’ATTUAZIONE DEL PNRR – AGGIORNAMENTO DEL 2 FEBBRAIO 2022.

Con un comunicato stampa, il MIMS ha reso disponibile un documento relativo allo stato di avanzamento dell’attuazione del PNRR. In particolare, nel 2022 sono previsti 7 traguardi (4 per riforme e 3 per investimenti) di competenza del MIMS. Nel 2021 il Ministero ha raggiunto tutti gli obiettivi previsti dal PNRR, anticipando due riforme la cui attuazione è prevista per l’anno in corso: la semplificazione normativa per gli interventi nelle infrastrutture idriche primarie per la sicurezza dell’approvvigionamento, inserita nel D.l. n. 121/2021 convertito nella L. n. 156/2021; la semplificazione delle procedure per il processo di pianificazione strategica in ambito portuale, attuata anch’essa con il D.l. n. 121/2021.

In materia portuale, sarà presto introdotta una nuova disciplina volta a garantire un’aggiudicazione maggiormente competitiva nelle aree portuali, da conseguire entro la fine del 2022: all’interno della bozza di regolamento sarà prevista la durata delle nuove concessioni, i poteri di supervisione e controllo delle autorità che rilasciano la concessione, le modalità di rinnovo, il trasferimento degli impianti al nuovo concessionario al termine della concessione e i limiti dei canoni minimi a carico dei licenziatari.

Infine, in relazione alla riforma relativa alla revisione del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni, da attuarsi entro il **30.6.2022**, si evidenzia come il MIMS abbia offerto in questi mesi alla Presidenza del Consiglio (che è titolare della riforma in oggetto) tutto il necessario supporto per pervenire ad una rapida approvazione della legge delega (AS 2330), che attualmente è all’esame dell’8^a Commissione del Senato.



ANAC – COMUNICATO DEL PRESIDENTE DEL 26 GENNAIO 2022: “INDICAZIONI IN ORDINE ALL’ATTESTAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE NEI SETTORI ORDINARI E NEI SETTORI SPECIALI”.

Il Presidente dell'ANAC ha formulato una serie di indicazioni in ordine all'attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione: in particolare, è stato chiarito che è da ritenersi esclusa la possibilità di inserire nel bando di gara clausole che prevedano che, con la presentazione dell'offerta, l'operatore economico si intende automaticamente in possesso di tutti i requisiti di ordine generale, economico finanziario e tecnico organizzativo previsti ai fini della partecipazione, senza richiedere la presenza di un'apposita autodichiarazione.

Da un lato, infatti, tale possibilità non è contemplata dalle disposizioni del Codice (in particolare agli artt. 80, 83, 85), le quali, come sottolineato, richiedono, invece, espressamente, ai fini della partecipazione alla gara e per le esigenze sopra indicate, la presentazione di apposita autodichiarazione (DGUE) in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale. Dall'altro lato, alla presentazione e sottoscrizione dell'autodichiarazione *de qua* consegue la piena assunzione di responsabilità del concorrente anche ai fini dell'eventuale imputabilità del falso ai sensi del D.P.R. n. 445/00 e delle correlate sanzioni previste nel Codice (articolo 80, commi 5 e 12 e articolo 213).

Diversamente opinando, si finirebbe col creare una forma di disparità di trattamento ingiustificata, tale per cui al concorrente al quale viene richiesta l'autocertificazione, in caso di dichiarazioni false, viene comminata l'interdizione dalla partecipazione alle gare fino a due anni (oltre che all'espulsione dalla gara e la sanzione pecuniaria prevista all'art. 213 del Codice), mentre, in assenza di autocertificazione, il concorrente privo dei requisiti di partecipazione subirebbe soltanto l'esclusione dalla gara.



**ANAC – DELIBERA N. 34 DEL 26 GENNAIO 2022 –
“INDAGINE GENERALE SULLA CORRETTA APPLICAZIONE
DEGLI ARTT. 35 E SS. DEL D.LGS. 50/2016 – AFFIDAMENTI
DISPOSTI MEDIANTE PROCEDURA NEGOZIATA AI SENSI
DELL’ART. 36 COMMA 2 LETT. B) DEL D.LGS. N. 50/2016 DA
ANAS SPA NELL’ANNO 2019”.**

L'ANAC ha condotto un'indagine nei confronti di ANAS S.p.A. finalizzata a verificare il rispetto delle disposizioni contenute nel Codice relative al metodo calcolo del valore stimato degli appalti di servizi e forniture e ad individuare eventuali ipotesi di frazionamento degli affidamenti, in elusione dell'obbligo di assegnazione degli stessi nel rispetto della normativa comunitaria.

In particolare, ANAS ha fornito dei chiarimenti relativi ad alcune procedure di affidamento di appalti di servizi, le quali, per via della territorialità dell'intervento, sono state gestite da Strutture Territoriali.

In ragione del valore stimato dell'appalto, le singole Strutture hanno avviato le procedure di affidamento dei servizi mediante procedura negoziata, con consultazione di almeno 5 operatori economici, ai sensi dell'art. 36, comma 2, l. b) del Codice.

ANAS avrebbe fatto ricorso a diverse procedure negoziate ex art 36, comma 2, lett. b) per importi inferiori alle soglie di rilevanza europea, piuttosto che ad un'unica procedura ordinaria (suddivisa in lotti) per via "dell'urgenza di far fronte ad esigenze, sorte in modo improvviso"; in particolare, l'urgenza sarebbe stata correlata all'attribuzione della gestione di tratti stradali che, in precedenza, sono stati di competenza di altro ente.

Tuttavia, secondo ANAC, la sussistenza di ragioni di necessità ed urgenza non consente alle stazioni appaltanti di suddividere in diverse procedure negoziate, senza previa pubblicazione di un bando di importo inferiore alle soglie europee, affidamenti che devono essere assegnati mediante un'unica gara ed il cui valore deve essere calcolato complessivamente.

Come noto, infatti, l'urgenza costituisce il presupposto per la riduzione dei termini nelle procedure ordinarie o per il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 63 comma 2 lett. c) del Codice, oltre che dell'avvio anticipato dell'esecuzione contrattuale, ma non giustifica il mancato rispetto delle regole sul calcolo dell'importo a base di gara.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE, 1° FEBBRAIO 2022, N. 3086 – *Sui limiti dell'accertamento peritale: fatti principali e onere della prova.*

Le Sezioni Unite hanno affermato che, in materia di consulenza tecnica d'ufficio, il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può:

- accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite il cui accertamento si renda necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio;

- acquisire, anche a prescindere dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio;

- acquisire, in materia di esame contabile, ex art. 198 c.p.c., anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni.

L'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni, salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti, è fonte di nullità relativa rilevabile ad iniziativa di parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso.

L'accertamento di fatti principali diversi da quelli dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni, salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, che il consulente accerti nel rispondere ai quesiti sottopostigli dal giudice, viola il principio della domanda ed il principio dispositivo ed è fonte di nullità assoluta rilevabile d'ufficio o, in difetto, è motivo di impugnazione ex art. 161 c.p.c..

CONS. STATO, SEZ. IV, ORDINANZA, 9 FEBBRAIO 2022, N. 945 – Rimessione all'Adunanza Plenaria della questione relativa all'azione risarcitoria se il ricorso è diventato improcedibile.

La IV Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito relativo alla possibilità di accertare - nel caso in cui la domanda di annullamento sia divenuta improcedibile - l'illegittimità di un atto o di un provvedimento con un'istanza generica ed espressiva dell'interesse ad un accertamento strumentale alla pretesa risarcitoria (anche futura), ovvero se occorra l'allegazione dei presupposti per la sua successiva proposizione, ovvero se sia necessaria la proposizione della domanda di risarcimento del danno nell'ambito del medesimo giudizio nel quale si prospetta la possibile improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse della domanda di annullamento o, in alternativa, in un autonomo giudizio .

Secondo il Collegio, in via preliminare, può dirsi oramai superata quell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. secondo la quale l'accertamento dell'illegittimità dell'atto dovrebbe essere compiuto anche d'ufficio dal giudice amministrativo, poiché la domanda d'accertamento dovrebbe considerarsi un *minus* rispetto a quella d'annullamento e già contenuta in quest'ultima.

Pertanto, la rimessione del quesito nasce da una divergenza degli orientamenti in seno al Consiglio di Stato: sulla base del primo (cd. "orientamento tradizionale"), per radicare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto sarebbe sufficiente la sola deduzione dell'interesse a voler proporre in un futuro giudizio la domanda risarcitoria; per il secondo (cd. "orientamento più recente"), per radicare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto sarebbe necessario allegare, unitamente all'istanza, i presupposti della successiva domanda risarcitoria.

CONS. STATO, SEZ. V, 8 FEBBRAIO 2022, N. 899 – Modifiche per addizione del RTI in corso di gara

Il Collegio ha affermato che, in una situazione di “collegamento negoziale” dato dalla contestuale presenza di una sostituzione interna (originaria mandataria con originaria mandante) e di una sostituzione esterna (originaria mandante con neo mandante), quand’anche si volesse ritenere ammissibile la prima sostituzione (mandataria originaria con mandante originaria e dunque interna al raggruppamento), non si potrebbe tuttavia giammai ammettere il secondo avvicendamento (originaria mandante con sopravvenuta ed esterna nuova mandante).

La regola dell’immutabilità soggettiva dei concorrenti, posta dall’art. 48, comma 9, del Codice dei contratti, soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la “mandataria”, la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo. Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l’impresa subentrante abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l’appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la “mandante”, la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma 17. La modificazione soggettiva deve avvenire soltanto “per sottrazione” (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai “per addizione” (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo). La sostituzione unicamente interna riguarda la figura sia del mandatario (comma 17) sia del mandante (comma 18).

CONS. STATO, SEZ. V, 2 FEBBRAIO 2022, N. 689 – Art. 105, comma 5 del Codice con riferimento alle cd. SIOS.

La *quaestio iuris* oggetto della sentenza in rassegna attiene alla legittimità degli atti di gara, in riferimento:

- a quanto previsto dall’art. 105, comma 2, del Codice, circa il limite generale del subappalto (*ratione temporis* fissato nella misura del 40%) dell’importo complessivo dei lavori;

- a quanto previsto dall’art. 105, comma 5, del Codice circa il limite del subappalto nella misura del 30% dell’importo delle opere di cui all’art. 89, comma 11, del Codice cioè quelle rientranti nelle categorie super specialistiche (c.d. SIOS).

Nella redazione degli atti di gara, infatti, la stazione appaltante aveva materialmente disapplicato dette norme, in quanto ritenute non conformi al diritto euro-unitario, richiamando piuttosto le corrispondenti norme della direttiva europea.

In fase di gara, un offerente aveva indicato la volontà di subappaltare il 100% di una categoria superspecialistica e, quindi, il ricorrente in primo grado ne chiedeva l’esclusione, per violazione di ambedue i limiti previsti dall’art. 105, commi 2 e 5 del

Codice. Il Consiglio di Stato, in riforma della pronuncia di primo grado (che aveva accolto il ricorso) ha chiarito che:

- non vi è dubbio alcuno che il comma 2 dell'art. 105 sia in contrasto col diritto e con i principi fondanti dell'Unione, atteso quanto statuito dalla ridetta sentenza della CGUE, Sez. V, 26 settembre 2019, C- 63/18;

- per le stesse ragioni, va reputata l'incompatibilità col diritto euro-unitario dell'art. 105, comma 5, del Codice: anche detta disposizione, secondo il Consiglio di Stato, pone *"un limite aprioristico al subappalto"*, che sottrae all'amministrazione aggiudicatrice il *quantum* di discrezionalità che le è riconosciuto come dovuto dalla giurisprudenza sopranazionale, secondo una valutazione da farsi caso per caso, tenuto conto, non della tipologia di lavori astrattamente considerata, bensì delle prestazioni e delle lavorazioni oggetto dello specifico affidamento, nonché delle caratteristiche di quest'ultimo;

- la generalità e l'astrattezza di detto limite non sono evitate dal riferimento normativo alle sole opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture impianti ed opere speciali, elencate nell'art. 2 del D.M. n. 248 del 10 novembre 2016;

- la disciplina attualmente vigente è uniforme per gli appalti sopra la soglia di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia e che *"poiché essa è entrata in vigore il 1° novembre 2021 non è applicabile ratione temporis alla procedura di gara in oggetto"*.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, 12 GENNAIO 2022, N. 32 – Protocolli di legalità, esclusione dalle gare pubbliche e poteri dell'Amministrazione.

Il C.G.A. per la Regione Siciliana ha chiarito che le previsioni contenute nei protocolli di legalità o di integrità, stipulati ai sensi dell'art. 1, comma 17, l. n. 190 del 2012, configurano specifiche cause di esclusione dalla procedura di gara, risultando idonee ad integrare il catalogo tassativo delle cause di esclusione contemplate dal Codice.

All'esito del giudizio innanzi al TAR, l'amministrazione annullava l'aggiudicazione di alcuni lotti di una procedura per l'affidamento di servizi di pulizia, servizi integrati e servizi accessori in ambito sanitario sulla base della presunta violazione da parte delle imprese aggiudicatrici del patto di integrità e degli artt. 30, 56, 59 e 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, con specifico riferimento alle notizie di stampa attinenti ad un procedimento penale pendente.

Le imprese escluse, di conseguenza, si appellavano al C.G.A. affermando che la valutazione dei patti sarebbe riservata all'Amministrazione, con conseguente preclusione per il Giudice amministrativo di sostituirsi ad essa. Il Collegio ha accolto il ricorso sulla base dell'assunto che la fattispecie della violazione del patto di integrità presuppone la titolarità in capo alla stazione appaltante del potere di valutazione della riferibilità di determinate condotte al perimetro espulsivo previsto dai protocolli.

Il C.G.A. ha chiarito che *“nei patti di integrità, agli obblighi comportamentali che, pur trovando la propria fonte nella clausola di leale collaborazione e nel principio di buona fede, oltre che nella normativa antimafia e dei contratti pubblici, sono circostanziati in modo tale da rendere agevole il relativo accertamento, si ricollegano conseguenze sfavorevoli in caso di violazione degli impegni assunti”*. Da ciò consegue che l’assunzione dei doveri comportamentali ivi previsti consente all’Amministrazione di esercitare agevolmente i poteri di accertamento ed i relativi poteri di irrogazione delle conseguenze sfavorevoli.

A fronte di ciò, il C.G.A. ha quindi affermato che *“i patti di integrità si inseriscono nel rapporto di diritto pubblico che si crea fra la stazione appaltante e il partecipante alla gara, individuando specifiche fattispecie “sanzionatorie” nell’ambito di un procedimento che si svolge con le garanzie tipiche del procedimento amministrativo, sicché viene meno la tutela della parte debole (del rapporto contrattuale), atteso che tutta la disciplina del procedimento amministrativo è volta ad assicurare la valorizzazione dei partecipanti al procedimento, così sostituendo la tutela preventiva (e formale) della specifica sottoscrizione con una più pregnante forma di apprezzamento della posizione privata”*.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – SENTENZA 10 FEBBRAIO 2022, N. 319 – Interruzione del processo nel giudizio amministrativo e nel giudizio civile

In tema di interruzione del processo, deve osservarsi che: i) il codice del processo amministrativo, pur rinviando al c.p.c. per la disciplina della “interruzione” (articolo 79, co. 2, c.p.a.), detta, ai sensi dell’articolo 80, comma 3, c.p.a., una regolazione completa ed autonoma del termine di riassunzione del processo interrotto, non coincidente con quella applicabile al processo civile; ii) in particolare, mentre in ambito amministrativo il *dies a quo* del termine di riassunzione viene ancorato alla “conoscenza legale dell’evento interruttivo, acquisita mediante dichiarazione, notificazione o certificazione” (articolo 80, co. 3, c.p.a.), in ambito civile, invece, detto termine decorre “dall’interruzione” del processo (articolo 305 c.p.c.); iii) sebbene entrambe le disposizioni, prescindendo dal provvedimento giudiziale di dichiarazione dell’interruzione, regolino l’interruzione del giudizio come conseguenza automatica dell’evento cui l’ordinamento collega il relativo effetto, in ambito amministrativo, il termine di riassunzione comincia a decorrere allorquando le altre parti abbiano avuto legale conoscenza dell’evento interruttivo, acquisibile mediante la relativa dichiarazione (ovvero, la certificazione o notificazione dell’evento).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, 8 FEBBRAIO 2022, N. 1255 – Non sussiste un divieto generalizzato per i raggruppamenti temporanei sovrabbondanti, ma solo divieto del loro utilizzo per finalità anticoncorrenziali.

Il Collegio romano, in linea con la giurisprudenza amministrativa di secondo grado e gli orientamenti dell’AGCM (cfr. *“Comunicazione avente ad oggetto l’esclusione dei*

raggruppamenti temporanei di imprese 'sovrabbondanti' dalle gare pubbliche" del 23 dicembre 2014), ha affermato che la partecipazione alle gare da parte di imprese riunite in RTI sovrabbondanti non è vietata in via generale dall'ordinamento, venendo in rilievo il *favor* del diritto europeo per la partecipazione alle gare da parte di soggetti riuniti, a prescindere dalla forma giuridica prescelta per l'aggregazione.

Tuttavia, ad essere vietato, non è *ex se* il sovradimensionamento del RTI, ma solo l'utilizzo di tale strumento giuridico per finalità anticoncorrenziali (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5067/2012; TAR Emilia-Romagna – Bologna, Sez. II, n. 518/2018). Vale, inoltre, ricordare, che la valutazione in ordine all'eventuale sussistenza di profili anticoncorrenziali di un RTI è demandata alla stazione appaltante ed è tesa ad appurare, nel caso concreto, se il sovradimensionamento sia macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con il divieto sancito dall'art. 101 TFUE e/o dall'art. 2 della legge n. 287/1990.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. II, 31 GENNAIO 2022, N. 639 – *Se la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente è particolarmente rilevante, la stazione appaltante deve esplicitare le ragioni sulla sua affidabilità.*

Secondo il TAR Campania, qualora la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti particolare pregnanza, per la rilevanza qualitativa e la consistenza quantitativa delle violazioni addebitate, la stazione appaltante non può esimersi dal rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile. In particolare, il TAR ha evidenziato che la regola per la quale la stazione appaltante che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incidente sulla sua affidabilità professionale non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, subisce un'eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti particolare pregnanza.

TAR ABRUZZO, PESCARA, SEZ. I, 26 GENNAIO 2022, N. 44 – *Esclusione in caso di divieto di aggiudicazione di più lotti.*

Il TAR Abruzzo ha affermato che in caso di gara di appalto suddivisa in più lotti, con divieto di aggiudicazione plurima allo stesso operatore, è possibile escludere le offerte che si ritiene siano provenienti da un "*unico centro decisionale*". In particolare, si trattava di una procedura per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere di un comune e della gestione delle attività connesse alla balneazione. Poiché la gara era suddivisa in cinque lotti, corrispondenti a servizi da svolgere su cinque tratti di spiaggia differenti, si discuteva della legittimità dell'esclusione prevista nel caso di cui all'articolo 80 comma 5, lett. m), del codice degli appalti pubblici. Sul punto il TAR ha stabilito che tale regola - e quindi l'esclusione - può trovare applicazione laddove i distinti lotti siano tra loro

collegati attraverso la previsione del divieto di aggiudicazione plurima di più di un lotto per operatore economico, *“in quanto ne riemerge la ratio di preservare condotte elusive anticoncorrenziali”*.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa