

NEWSLETTER N. 9/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



Senato della Repubblica

SENATO DELLA REPUBBLICA – RIFORMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: APPROVATA LA DELEGA AL GOVERNO.

Con 197 voti favorevoli, 24 contrari e due astensioni, l'Assemblea del Senato ha approvato il disegno di legge delega al Governo in materia di contratti pubblici, che, adesso, sarà sottoposto al vaglio della Camera dei Deputati.

Ricordiamo che il PNRR ha previsto un calendario di impegni per il Legislatore, prevedendo che:

- entro giugno 2022 dovrà entrare in vigore la legge delega per la revisione del Codice dei contratti pubblici;
- entro marzo 2023 dovrà entrare in vigore il decreto legislativo attuativo della delega;
- entro giugno 2023 dovranno entrare in vigore tutte le leggi, i regolamenti e i provvedimenti attuativi per la revisione del sistema degli appalti pubblici;
- entro dicembre 2023 dovrà essere pienamente funzionante il sistema nazionale di *e-procurement*.



Mims

Ministero delle infrastrutture
e della mobilità sostenibili

MIMS – DECRETO 1° FEBBRAIO 2022, N. 23
“ISTITUZIONE DELL'OSSERVATORIO PERMANENTE
PER ASSICURARE IL MONITORAGGIO DELL'ATTIVITÀ
DEI COLLEGI CONSULTIVI TECNICI”.

Il Decreto n. 23/2022, in attuazione dell'art. 51, comma 1, del decreto-legge n. 77/2021, istituisce presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici l'Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio delle attività dei collegi consultivi tecnici. L'Osservatorio, composto da diverse amministrazioni fra cui 3 rappresentanti della Conferenza Unificata, svolge delle attività di cui al paragrafo 8 delle Linee Guida di cui

al D.M. n. 12/2022: cura la tenuta di un apposito elenco dei soggetti esperti che possono essere nominati presidenti dei CCT, garantisce l'accesso civico, riceve dati e documentazione da parte dei Presidenti dei CCT.



MIMS – DECRETO 17 GENNAIO 2022, N. 12
“ADOZIONE DELLE LINEE GUIDA PER L’OMOGENEA
APPLICAZIONE DA PARTE DELLE STAZIONI APPALTANTI
DELLE FUNZIONI DEL COLLEGIO CONSULTIVO
TECNICO”.

Il Decreto in rassegna, pubblicato nella GURI del 7 marzo 2022, reca in allegato le [Linee Guida](#) per garantire una rapida e omogenea applicazione, da parte delle Stazioni Appaltanti, dell'art. 6 del D.l. 16 luglio 2020 n. 76, con particolare riferimento all'ambito di applicazione, alla costituzione, all'obbligatorietà e facoltatività, alle competenze, alla responsabilità e ai compensi del Collegio Consultivo Tecnico (CCT).

Tale organo rende parere obbligatori ma non vincolanti o, nei casi e nel rispetto delle formalità previsti, determinazioni che possono assumere valore di lodo contrattuale.

Le Linee Guida prevedono che il ricorso alla costituzione del CCT (ai sensi dell'art. 6 del D.l. n. 76/2020) riguarda esclusivamente gli affidamenti di lavori, sopra la soglia comunitaria *ex art. 35* del Codice dei Contratti, diretti alla realizzazione di opere pubbliche, ivi inclusi i lavori di manutenzione straordinaria nonché i contratti misti per la parte dei lavori che supera la soglia comunitaria; i contratti stipulati attraverso accordi quadro con uno o più operatori economici; i lotti di importo pari o superiore alle soglie di comunitarie.

Sono esclusi gli affidamenti di forniture e servizi ed i lavori di manutenzione ordinaria. Viene altresì prevista la possibilità di nominare – a discrezione delle stazioni appaltanti – tale organo consultivo già nella fase antecedente l'esecuzione, per acquisire pareri di natura tecnica, sulla scelta dell'iter approvativo, sulla procedura di gara da adottare, sul bando e sullo schema di contratto.

Le Linee Guida raccomandano la costituzione *ante operam* per le opere finanziate con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale complementare (PNC).



ANAC – DELIBERA 23 FEBBRAIO 2022, N. 92 –
ANCHE LE UTILITY COMUNALI SONO TENUTE
AL RISPETTO DELLA NORMATIVA IN MATERIA
DI TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE.

A seguito di una segnalazione, con la quale veniva resa nota la possibile violazione da parte di una *utility* comunale degli obblighi di pubblicazione di cui al D.lgs. 33/2013, l'ANAC ha condotto una verifica sul sito istituzionale della società in questione, dalla quale è emerso che nella sezione "*Bandi di gara e contratti*" erano assenti gli atti di programmazione di cui agli artt. 21 e 22 del D.lgs. n. 50/2016, nonché nella sezione "*Disposizioni Generali – Atti Generali*" le delibere dell'assemblea dei soci successive alla data del 30 luglio 2018.

Pertanto, all'esito del Procedimento, l'ANAC irrogava un provvedimento d'ordine di pubblicazione di tutte le informazioni, documenti e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria all'interno della sezione "Amministrazione Trasparente" del proprio sito web istituzionale.

Qui il [link](#) per la lettura della Delibera.



**ANAC – DELIBERA 8 FEBBRAIO 2022, N. 63 –
AIUTI PREVISTI DAL DECRETO SOSTEGNI-BIS
FINO ALL'APPROVAZIONE DEL COLLAUDO
DELL'OPERA.**

Con la delibera n. 63 dell'8 febbraio 2022, l'ANAC ha chiarito che gli aiuti previsti dal decreto sostegni-bis a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche vanno riconosciuti anche a lavori terminati se la stazione appaltante non ha ancora approvato l'atto di collaudo o il certificato di regolare esecuzione. Da quest'ultimo punto di vista l'ANAC ha precisato che la sola emissione del certificato di collaudo non esaurisce il rapporto contrattuale, essendo invece necessaria anche la relativa approvazione.

Qui il [link](#) per la lettura della Delibera.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONS. STATO, SEZ. III, 10 MARZO 2022, N. 1713 – Sulla revocazione della sentenza ai fini della sospensione del giudizio in attesa di un pronunciamento della Corte Costituzionale.

L'azione revocatoria può essere esperita anche in relazione ad un errore di fatto che ha determinato la decisione di non sospendere il giudizio in attesa della pronuncia relativa alla legittimità costituzionale della norma regolante la fattispecie.

Secondo il Collegio, è vero che il provvedimento che decide sulla domanda di sospensione del giudizio è una pronuncia ordinatoria endoprocedurale, ma è altresì innegabile che esso ha determinato – a seguito di un errore – una altrimenti irrimediabile

preclusione della possibilità di far valere nel rapporto dedotto in giudizio gli esiti dell'incidente di costituzionalità. In questa prospettiva l'errore è risultato decisivo per il giudizio. Il richiamo all'orientamento giurisprudenziale che richiede, per la configurabilità dell'errore di fatto revocatorio, che *"in sua assenza la decisione sarebbe stata diversa"*, va qui inteso nel senso il giudice d'appello, in assenza del dedotto errore, non avrebbe certamente potuto emanare una pronuncia di irrilevanza della questione pendente desunta dalla diversità di fattispecie.

CONS. STATO, SEZ. III, 10 MARZO 2022, N.1697 – Sul ricorso per revocazione avverso una sentenza pronunciata in un ricorso per revocazione ex art. 106 c.p.a.

In forza di quanto previsto dall'art. 107, comma 2, del codice del processo amministrativo, una sentenza pronunciata dal G.A. in sede di ricorso per revocazione ex art. 106 c.p.a., non può essere oggetto di impugnazione per revocazione. La Sez. III ha ricordato che la ratio della preclusione introdotta dall'art. 107 c.p.a. si identifica nell'opportunità di evitare che, attraverso la riedizione del mezzo di impugnazione, si determini l'effetto dilatorio di differire la formazione del giudicato, con conseguente ricaduta sulla certezza dei rapporti giuridici, sulla ragionevole graduazione degli strumenti per il riesame del *decisum*, oltreché sull'economia dei mezzi stessi apprestati dall'ordinamento per la tutela dei diritti e degli interessi.

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 23 FEBBRAIO 2022, N. 5901 - Richiesta di maggior compenso e onere di iscrizione di riserve

L'appaltatore, il quale pretenda un maggior compenso o rimborso rispetto al prezzo contrattualmente pattuito, a causa di pregiudizi o maggiori esborsi sopportati per l'esecuzione dei lavori, ha l'onere d'iscrivere apposite riserve nella contabilità entro il momento della prima annotazione successiva all'insorgenza della situazione integrante la fonte delle vantate ragioni (e ciò anche con riferimento a quelle situazioni di non immediata portata onerosa, la cui potenzialità dannosa si presenti, fin dall'inizio, obiettivamente apprezzabile secondo criteri di media diligenza e di buona fede), nonché di esplicitarle nel termine di quindici giorni e poi di confermarle nel conto finale, dovendosi altrimenti intendere definitivamente accertate le risultanze della contabilità.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI, 21 FEBBRAIO 2022 N. 5624 – Sui rilievi critici delle parti alla consulenza tecnica d'ufficio.

In tema di consulenza tecnica d'ufficio, le contestazioni ed i rilievi critici delle parti, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento, ex artt. 156 e 157 c.p.c., costituiscono argomentazioni difensive, sebbene non di carattere tecnico-giuridico, che possono essere formulate per la prima nella comparsa conclusionale e anche in appello, purché non introducano nuovi fatti costitutivi, modificativi o estintivi, nuove domande

o eccezioni o nuove prove, ma si riferiscano alla attendibilità ed alla valutazione delle risultanze della C.T.U. e siano volte a sollecitare il potere valutativo del Giudice in relazione a tale mezzo istruttorio.

In tema di consulenza tecnica d'ufficio, il secondo termine previsto dall'ultimo comma dell'art. 195, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 2009, ovvero, se non applicabile la novella, l'analogo termine che il giudice abbia concesso alle parti ex art. 175 c.p.c., ha natura ordinatoria e funzione acceleratoria, esaurendo la sua funzione nel subprocedimento che si conclude con il deposito della relazione da parte dell'ausiliare; pertanto, la mancata prospettazione al consulente tecnico di osservazioni e rilievi critici non preclude alla parte di sollevarle, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento ex artt. 156 e 157 c.p.c., nel successivo corso del giudizio e, quindi, anche in comparsa conclusionale o in appello. In tale evenienza, il giudice può valutare, alla luce delle specifiche circostanze del caso, se tale comportamento sia stato o meno contrario al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. e, in caso di positiva valutazione, trattandosi di un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., in applicazione dell'art. 92, comma 1, ultima parte, c.p.c., tenerne conto nella regolamentazione delle spese di lite.

TAR LAZIO, SEZ. I, 7 MARZO 2022, N. 2611 – Concessioni di servizi. Limiti al subappalto?

Nel caso di gara per l'affidamento di un servizio pubblico in concessione, trova applicazione l'art. 174 del Codice dei contratti pubblici, che non prevede un limite percentuale per il subappalto e tale disposizione è applicabile alla fattispecie in quanto trattasi di concessione mentre l'art. 105 del predetto codice disciplina il subappalto con riferimento alla diversa disciplina degli appalti e non è, dunque, applicabile al caso, relativo all'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati. Né il richiamo all'art. 164, comma 2, del Codice degli appalti rende applicabile anche alla concessione il limite del subappalto previsto (al tempo della gara) negli appalti di cui all'art. 105.

Dalla piana lettura della norma si evince che la stessa fa riferimento a disposizioni relative a principi generali e ad altre fattispecie estranee al limite di subappalto e, inoltre, l'applicazione viene disposta solo in quanto le predette disposizioni siano compatibili mentre, nel presente caso, esistono due distinti articoli che regolano il subappalto, rispettivamente, nella parte II del codice, relativa ai contratti di appalto e nella parte III del predetto codice, relativa alle concessioni e tali due articoli (rispettivamente, l'art. 105 per la II parte e l'art. 174 per la III) regolano compiutamente l'istituto del subappalto nei due diversi ambiti. Non è pertanto fondata la tesi secondo cui l'art. 174 sarebbe integrato, sul punto del limite percentuale del subappalto, dall'art. 105 del medesimo codice degli appalti.

TAR LAZIO, SEZ. I, 7 MARZO 2022, N. 2611 – I comunicati del Presidente ANAC e il potere di adozione degli atti sanzionatori e di regolazione: profili di competenza.

Il TAR ha chiarito che la competenza generale in ordine all'adozione di tutti gli atti dell'Autorità, di ordine, di regolazione e sanzionatori, spetta al Consiglio, mentre al Presidente spetta la rappresentanza dell'Autorità nei rapporti con gli organi dello Stato e con le altre istituzioni nazionali e internazionali, la direzione dei lavori del Consiglio e la sottoscrizione dei provvedimenti dell'Autorità, oltre, eventualmente, all'adozione dei provvedimenti di necessità e di urgenza.

Di conseguenza i comunicati del Presidente, nella parte in cui modificano il contenuto delle Linee Guida allo scopo – nel caso di specie - di *“ridefinire gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento”*, devono ritenersi viziati da incompetenza.

Ciò anche ove il potere esercitato dovesse ritenersi rientrante nei poteri di vigilanza ex art. 213, commi 3, 8 e 9 del Codice, posto che per le funzioni di vigilanza, controllo e regolazione sui contratti pubblici non è prevista, sotto tale profilo, una differente disciplina, sicché le stesse rientrano nella generale competenza consiliare.

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 4 MARZO 2022, N. 1458 – Nullità del contratto di avvalimento tecnico-operativo

Nel caso in cui il disciplinare ponga tra i requisiti di capacità tecnico-professionale quelli che misurino la capacità del concorrente nell'eseguire le prestazioni, ove questi ricorra all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento c.d. *“tecnico operativo”* per il quale sussiste l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche per l'esecuzione dell'appalto da parte dell'ausiliaria, quanto meno individuando le esatte funzioni che essa andrà a svolgere e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione. E' pertanto nullo, ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, il contratto di avvalimento che sia privo dell'indicazione della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche con conseguente esclusione del concorrente che, avendo fatto ricorso ad un avvalimento nullo, non posseda i predetti requisiti.

TAR LAZIO, SEZ. III, 3 MARZO 2022, N. 2571 - Limiti di applicazione del c.d. “cumulo alla rinfusa” a seguito della modifica dell'art. 47, comma 2, D.lgs. 50/2016 ad opera del d.l. n. 32/2019.

A seguito della modifica dell'art. 47, comma 2 - ad opera del d.l. n. 32/2019 - il meccanismo del c.d. *“cumulo alla rinfusa”* deve intendersi limitato alla *“disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo”*, i quali sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

Invero, l'intervenuta modifica ha sancito il principio secondo cui, in caso di partecipazione alla gara di consorzi stabili, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis*, così ripristinando l'originaria perimetrazione di applicabilità di detto meccanismo. Ne consegue che - come affermato dalla Adunanza Plenaria n. 5/2021 (ancorché in un *obiter*) - la mancanza in capo ad una delle imprese consorziate di un requisito di qualificazione, diverso dalle attrezzature, mezzi d'opera e organico (come, nel caso di specie, la certificazione di qualità), comporta l'esclusione dell'intero consorzio. Il TAR aggiunge, infine, che, anche ove il meccanismo del cumulo non fosse stato circoscritto alle attrezzature e all'organico medio, ma estensibile agli altri elementi di capacità tecnica (come da formulazione ante d.l. n. 32/2019), resterebbe comunque l'impossibilità di avvalersi di detto meccanismo laddove la *lex specialis* di gara richieda espressamente il possesso di certificazioni di qualità in capo a tutte le imprese consorziate esecutrici.

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 22 FEBBRAIO 2022, N. 418 - *L'autovincolo dell'amministrazione operato mediante lex specialis non permette alcun margine di discrezionalità applicativa alla stazione appaltante.*

Il TAR Milano ha ritenuto che il bando e, più in generale, la *lex specialis* di una procedura di gara, devono essere interpretati in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato della stazione appaltante, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 1788; Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322; 20 aprile 2021, n.3180).

Pertanto, l'Amministrazione, quando nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'auto vincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502).

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa