

NEWSLETTER N. 4/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **Legge di conversione del cd. "Decreto Milleproroghe" – Novità in tema di appalti pubblici ed edilizia.**

Nella G.U. n. 51 del 1° marzo 2021, è stata pubblicata la legge di conversione del cd. "Decreto Milleproroghe" (D.L. 183/2020), Legge 26 febbraio 2021, n. 21.

Il provvedimento reca, oltre a numerose disposizioni di proroga di termini legislativi, diverse misure per fronteggiare la perdurante emergenza sanitaria. Si segnalano in particolare:

- ◇ la proroga dal 30 giugno 2021 al 31 dicembre 2021 del termine entro il quale avviare le procedure di gara disciplinate dal D. Lgs. n. 50/2016 per le quali l'anticipazione a favore dell'appaltatore prevista dall'art. 35, comma 18, del Codice dei contratti pubblici può essere incrementato fino al 30%;
- ◇ il differimento al 31 dicembre 2021 del termine di cui all'art. 1, c. 10, del D.L. n. 32/2019 cd. "Sblocca cantieri", che consente la riserva sugli aspetti progettuali già verificati sul piano dell'interesse archeologico ex art. 25 del D. Lgs. 50/2016, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'art. 205 del suddetto D. Lgs. 50/2016;
- ◇ la proroga al 31 dicembre 2021 delle semplificazioni previste dallo "Sblocca cantieri" per l'affidamento dei contratti di progettazione e dei contratti per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria (articolo 13, comma 2, lettere a e b);
- ◇ la proroga al 30 giugno 2021 della previsione che stabilisce di non superare la soglia del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture in materia di subappalto e fino al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di gara per gli affidamenti di appalti e concessioni pubbliche;
- ◇ il differimento per i concessionari autostradali del termine previsto per l'adeguamento delle tariffe autostradali anche all'anno 2021 e del termine per la definizione dei procedimenti di aggiornamento dei piani economico-finanziari al 31 luglio 2021 (articolo 13, comma 5);
- ◇ **la proroga di un anno della disciplina transitoria che consente di iscriversi nell'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori a coloro che abbiano maturato i requisiti in conformità alla previgente normativa;**

- ◇ la proroga “*nelle aree del cratere sismico di cui agli allegati 1, 2 e 2-bis al decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*” dell’*“affidamento diretto delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, compresa l’attività di progettazione, di importo inferiore a 150.000 euro, fino al termine delle attività di ricostruzione pubblica previste dall’articolo 14 del citato decreto-legge n. 189 del 2016”*;
- ◇ la proroga fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e comunque non oltre il 30 aprile 2021 delle disposizioni di cui all’art. 73 d.l. n. 18/2020 (Decreto Cura Italia) che consentono lo svolgimento in videoconferenza delle sedute dei “*consigli comunali, provinciali e metropolitani e delle giunte comunali, degli organi collegiali degli enti pubblici nazionali, degli organi degli enti e organismi del sistema camerale e degli organi di associazioni private, delle fondazioni nonché delle società (comprese quelle cooperative e i consorzi) e degli organi collegiali delle istituzioni scolastiche ed educative di ogni ordine e grado*” e delle disposizioni di cui all’art. 6 c. 4 d.l. n. 22/2020 relative allo svolgimento degli esami di Stato di abilitazione all’esercizio delle professioni e dei tirocini professionalizzanti e curricolari.

➤ **ANAC – Invito all’aggiornamento annuale del prezzario regionale**

Con un comunicato stampa del 17.2.2021 il Presidente dell’ANAC ha invitato le Regioni a provvedere tempestivamente all’aggiornamento annuale del prezzario regionale così come previsto dal Codice dei contratti pubblici (art. 23, comma 16) e in rispondenza dei Criteri Ambientali Minimi.

Dal monitoraggio eseguito, è emerso come in diversi casi le Regioni non provvedano tempestivamente all’aggiornamento annuale del prezzario regionale, limitando di fatto la validità del prezzario definita dalla norma al 31 dicembre di ogni anno.

Pertanto, al fine di consentire alle Stazioni appaltanti di definire un computo metrico aggiornato ai reali prezzi di mercato, oltre che per scongiurare l’attivazione del potere sostitutivo del MIT, è opportuno che le Regioni provvedano tempestivamente all’aggiornamento dei prezzari. Qui il [link](#) per la consultazione del comunicato stampa.

➤ **ANAC – Rapporto sul 2° quadrimestre 2020 sul mercato dei contratti pubblici**

Dopo la fisiologica flessione dovuta all’insorgere dell’emergenza sanitaria, il Rapporto dell’ANAC sul II quadrimestre 2020, incentrato sulle procedure di affidamento perfezionate nel periodo maggio-agosto 2020, di importo pari o superiore a 40.000 euro ha evidenziato la ripresa del mercato dei contratti pubblici. Qui il [link](#) per la consultazione del rapporto.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 2 MARZO 2021, n. 1773** – *Correzione dell'errore materiale percepibile ictu oculi commesso dal concorrente alla procedura di gara.*

La sentenza conferma l'orientamento per cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, l'errore materiale commesso dal concorrente è direttamente emendabile – senza incorrere in una violazione del principio della *par condicio competitorum* – quando percepibile *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto e senza la necessità di un'attività manipolativa di adattamento dell'offerta.

Nel caso di specie il concorrente aveva, per errore, invertito le buste inserite all'interno dei plichi presentati con riferimento a distinti lotti della stessa procedura di gara.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 15 FEBBRAIO 2021, n. 1313** – *Certificazioni di qualità in lingua straniera quale causa di esclusione.*

Secondo il Collegio, né l'utilizzo della lingua inglese nelle certificazioni di qualità, né il fatto che le stesse fossero state rilasciate da organismi non affiliati ad Accredia, giustificava l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria.

In particolare, con riguardo al primo profilo, il Collegio ha posto in rilievo che, in assenza di divieti puntuali, l'obbligo di utilizzo della lingua italiana previsto dalla normativa di gara non ha portata tale da comportare, con l'automatismo preteso dall'appellante, l'esclusione del concorrente per avere incluso nella sua offerta un documento non in lingua italiana. A parere del Collegio, l'interesse sotteso alla regola dell'uso della lingua italiana risulta soddisfatto in caso di conoscenza personale della lingua inglese da parte dei componenti della commissione giudicatrice, conoscenza che il Consiglio di Stato ha ritenuto ragionevole poter presumere per via della sua diffusione.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I-QUATER, 24 FEBBRAIO 2021, n. 2257** – *Clausola risolutiva espressa e giurisdizione del giudice ordinario*

Il TAR Lazio ha aderito al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel caso in cui l'Amministrazione pubblica disponga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa convenuta tra le parti e contenuta nella lettera di commessa, *ex art. 1456 cod. civ.*, la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria, per essere l'atto risolutivo “*esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'amministrazione pubblica nei confronti del privato*” (in tal senso, Cons. Stato Sez. III, 12/2/2020, n. 1084).

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I, 22 FEBBRAIO 2021, n. 2150 – Partecipazione alle gare pubbliche e istanza di concordato “in bianco”.**

In riferimento alla possibilità di partecipazione alle gare pubbliche dell’operatore economico che ha presentato istanza di concordato “in bianco”, cioè riservandosi la facoltà di produrre successivamente il piano concordatario e il progetto di risanamento dei debiti, il TAR, pur sottolineando come la questione sia stata recentemente sottoposta all’Adunanza Plenaria con ordinanza della V Sezione n. 309 dell’8 gennaio 2021 (v. Newsletter CAR n. 2/2021), ritiene di condividere l’orientamento secondo cui la partecipazione alla gara dell’impresa in concordato “con riserva” è consentita nei limiti in cui l’autorizzazione del Tribunale fallimentare, che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l’appalto, intervenga nel corso della procedura di gara.

Tale orientamento muove dal presupposto che l’art. 186-bis della legge fallimentare si possa applicare anche all’ipotesi di concordato in bianco e, pertanto, *“la partecipazione alla gara dell’impresa in concordato ‘con riserva’ è consentita nei limiti in cui l’autorizzazione del Tribunale fallimentare, che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l’appalto, intervenga nel corso della procedura di gara”* e non oltre la fine della fase ad evidenza pubblica.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. I, 19 FEBBRAIO 2021, n. 2014 – Obbligatorietà del meccanismo di esclusione automatica per offerta anomala**

Il TAR Lazio ha avuto modo di chiarire che il meccanismo di esclusione automatica previsto dall’art. 1, c. 3, d.l. n. 76/2020, così come convertito con modificazioni dalla L. n. 120/2021, a mente del quale *“Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell’articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*, opera obbligatoriamente, a prescindere da una specifica previsione della *lex specialis* di gara, per quanto concerne le procedure di gara indette nell’arco temporale di efficacia della disposizione normativa in questione (dal 17.7.2020 fino al 31.12.2021).

Di conseguenza, come avvalorato dal tenore letterale della norma, il suddetto meccanismo non costituisce una facoltà discrezionalmente esercitabile da parte della Stazione Appaltante.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II, 15 FEBBRAIO 2021, n. 1815 – Istanza di accesso agli atti e dilazione temporale dei termini per l’impugnazione**

Il Collegio ha ribadito l’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 12 del 2 luglio 2020, secondo cui *“la proposizione dell’istanza di*

accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' (dei termini per impugnazione) quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta", atteso che solo in questo caso "rileva (...) il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario".

In altri termini, la comunicazione dell'aggiudicazione priva dell'esposizione completa delle ragioni di preferenza per l'offerta dell'aggiudicatario può determinare uno slittamento del termine di impugnazione solo se giustificata dall'esigenza dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara, al fine di poter esaminare compiutamente il loro contenuto e verificare la sussistenza di eventuali vizi. L'impugnazione, proposta oltre i trenta giorni, deve contenere la formulazione di specifiche doglianze formulate nei confronti dell'aggiudicazione proprio in ragione di quelle ulteriori circostanze o elementi dell'offerta conosciuti soltanto in sede di ostensione degli atti di gara.

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