



MINISTERO
DELL'INTERNO



Dipartimento dei Vigili del Fuoco
del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile

Maria Rosaria Di Mattia

Maria Barbara Freno

LE PRINCIPALI NOVITÀ IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI RECATE DAL DECRETO LEGGE 31 MAGGIO 2021, N. 77

Analisi dell'articolato normativo
Rassegna giurisprudenziale
Approfondimenti dottrinari

Maria Rosaria Di Mattia

Maria Barbara Freno

**LE PRINCIPALI NOVITÀ
IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI RECAE
DAL DECRETO LEGGE 31 MAGGIO 2021, N. 77**

Analisi dell'articolato normativo
Rassegna giurisprudenziale
Approfondimenti dottrinari

Aggiornato al mese di novembre 2021

Presentazione

Nell'incarico - che ricopro ormai da diversi anni - di Direttore dell'Ufficio Affari Legislativi e Parlamentari del Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile ho avuto modo di conoscere ed apprezzare le elevate qualità professionali e umane delle funzionarie che hanno predisposto questo testo, che sono ben lieto di presentare.

Nell'ambito dell'Ufficio Legislativo, le autrici hanno sviluppato nel tempo una specifica ed altamente qualificata competenza nella redazione degli atti normativi, di rango sia primario sia secondario, acquisendo, oltre alla conoscenza delle regole di tecnica redazionale, una spiccata e pronta capacità analitica ed esegetica dei dati normativi.

La laboriosa e articolata attività redazionale che ha ispirato questo progetto editoriale è frutto non soltanto dell'esperienza maturata in tanti anni di servizio nel Corpo nazionale - sia presso le strutture centrali sia presso quelle periferiche - ma anche, e soprattutto, della qualificatissima preparazione tecnico-giuridica, della serietà, della tenacia e dell'impegno che da sempre connotano il loro operato.

Tale meritevole approccio si coglie appieno in questa pubblicazione, che è incentrata su un'approfondita e sistematica disamina delle principali e più recenti novità normative introdotte nella materia dei contratti pubblici dal decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (cd. "Semplificazioni-bis"), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Come noto, la finalità del provvedimento è quella di individuare gli strumenti necessari per realizzare nuovi interventi strategici e, in tale ottica, operare una semplificazione delle procedure di affidamento per la realizzazione di opere che rientrano nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), allo scopo di velocizzarne i tempi di realizzazione.

Proprio in considerazione della complessità e della farraginosità della materia, si ritiene sicuramente utile, nella lettura e nella comprensione dell'articolato normativo, poter disporre della presente "guida", connotata da un'attenta percezione dei profili di maggiore criticità, da una particolare sensibilità giuridica e da una scrupolosa cura negli approfondimenti normativi e giurisprudenziali. Caratteristiche che concorrono ad offrire al lettore un valido e prezioso strumento operativo per orientarsi più agevolmente nella risoluzione delle molteplici problematiche applicative che possono insorgere nello svolgimento delle procedure di gara.

Vice Prefetto Francesco Laveglia
Direttore dell'Ufficio Affari Legislativi e Parlamentari

Quadro normativo

Nel nostro ordinamento, il quadro normativo in materia di contratti pubblici è sempre stato connotato da una intrinseca complessità, riconducibile alla sussistenza di una molteplicità di disposizioni disomogenee, non sempre coordinate tra loro.

La graduale formazione di un sistema più o meno organico di norme è stata realizzata sulla spinta riformatrice delle normative europee - poi recepite a livello nazionale - che hanno colto e riconosciuto l'importanza strategica dei contratti pubblici per lo sviluppo delle economie nazionali e dell'Unione europea nel suo complesso.

In tale ottica, il testo normativo di riferimento dei contratti pubblici – rappresentato per lungo tempo dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, attuativo delle direttive 2004/17/CE (sulle procedure di appalto nei settori speciali) e 2004/18/CE (sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari) – è ora costituito dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici”, con cui sono state recepite le direttive 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici nei settori ordinari) e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto nei settori speciali), sulla scorta dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

L'instabilità e l'irrequietezza normativa che hanno tradizionalmente caratterizzato il settore non si sono, tuttavia, placate e la convulsa evoluzione legislativa non ha trovato un punto di approdo nel 2016 con l'approvazione del Codice dei contratti pubblici; provvedimento che, dalla sua (non remota) entrata in vigore, è stato, infatti, reiteratamente modificato da una pluralità di provvedimenti legislativi.

A prescindere dal copioso avviso di rettifica pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 15 luglio 2016, n. 164 - necessario per porre rimedio a una serie di errori materiali e omissioni e avente ad oggetto circa la metà dei 220 articoli del testo normativo - si intende far riferimento al:

- a) decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”;
- b) decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, convertito in legge, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, legge 14 giugno 2019, n. 55 (cd. “decreto sblocca cantieri”);
- c) decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito in legge, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, legge 11 settembre 2020, n. 120 (noto come “decreto semplificazioni”);
- d) decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, “Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, convertito in legge, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, legge 29 luglio 2021, n. 108 (ribattezzato come “decreto semplificazioni-bis”).

La disordinata e incessante sequenza di modifiche introdotte nell’ultimo quinquennio – che ha dato vita a un vero e proprio groviglio normativo – ha ispirato questo progetto editoriale, con cui si intendono illustrare principalmente le novità recate nel settore dei contratti pubblici dal decreto legge da ultimo richiamato.

Nella guida che si propone, si è cercato, in particolare, di fornire una lettura analitica e sistematica degli articoli più significativi del provvedimento, con l’obiettivo di intraprendere un percorso interpretativo che, in aderenza al dato testuale, consenta di coglierne i profili di maggiore rilevanza.

L’intento di operare un’ esegesi razionale del dettato legislativo ha indotto a riportare il contenuto delle singole norme, seguito da una disamina ragionata e coordinata delle stesse; sono state, altresì, richiamate le disposizioni normative correlate, le più recenti e significative massime giurisprudenziali, i riferimenti alle linee guida, ai chiarimenti e agli atti di segnalazione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) e, per le tematiche di più spiccato interesse per il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, un’elencazione degli approdi dottrinari più significativi.

Si auspica che un approccio di tal fatta, sebbene non esaustivo, possa costituire

un valido supporto e uno strumento di ausilio e di orientamento ai colleghi che operano a vario titolo nell'area degli appalti, e dei contratti pubblici in generale, consapevoli che la complessità, l'oscurità, la mancanza di chiarezza e linearità della produzione normativa comportano inevitabilmente obiettive e serie difficoltà nell'individuazione dei principi ispiratori.

Si fa presente, peraltro, che il Consiglio dei Ministri, nella seduta n. 26/2021 del 30 giugno scorso, ha approvato un disegno di legge di delega al Governo per la disciplina dei contratti pubblici, il cui esame è già stato avviato in Senato, presso l'8^a Commissione Permanente (Lavori pubblici, comunicazioni).

La legge delega è finalizzata all'adozione di norme più semplici e chiare in grado di garantire efficienza e tempestività nell'affidamento, nella gestione e nell'esecuzione dei contratti pubblici e delle concessioni e di assicurare tempi certi per la conclusione delle procedure di gara, per la stipula dei contratti e per la realizzazione degli appalti, improntando, altresì, le opere pubbliche all'innovazione e alla sostenibilità.

Si intravede, dunque, in un futuro non troppo lontano, un nuovo sistema disciplinatorio che si spera riesca a dare maggiore stabilità e coerenza al settore dei contratti pubblici, senza ricorso a continui interventi di *restyling* o "rattoppo normativo", poco efficaci e risolutivi se considerati in una prospettiva di lungo periodo.

È fin troppo evidente, infatti, che un quadro regolatorio chiaro e univoco consente a ciascun operatore di agire prevedendo le conseguenze delle azioni proprie e di quelle altrui, laddove, al contrario, un quadro normativo pleorico e confuso, di difficile interpretazione a causa delle frequenti modifiche, determina incertezza nei comportamenti e sminuisce la valenza stessa delle regole, rendendone oltremodo difficile l'applicazione.

Il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77

Obiettivi e finalità

Nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 maggio 2021, n. 129, è stato pubblicato il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, “Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”.

Il provvedimento - entrato in vigore il 1° giugno 2021 - è stato integrato con le correzioni apportate dal comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 1° giugno 2021, n. 130, ed è stato convertito, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, della legge 29 luglio 2021, n. 108, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 30 luglio 2021, n. 181.

E’ strutturato in due Parti (che, come noto, a livello di tecnica normativa, costituiscono partizioni di terzo livello); ciascuna Parte è articolata in Titoli (partizioni di secondo livello), a loro volta comprendenti i Capi (partizioni di primo livello), e, a corredo del testo normativo, ci sono 4 diversi Allegati (che integrano il contenuto degli articoli 17 e 18, 31, 3, 44 del decreto).

La prima Parte – comprendente gli articoli da 1 a 16 – è dedicata alla *Governance*¹ del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR); la seconda Parte – articoli da 17 a 67 – contiene disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa. L’articolo 1, rubricato “*Principi, finalità e definizioni*”, stabilisce che il decreto “*definisce il quadro normativo*

¹ Nell’accezione di “insieme dei principi, dei modi, delle procedure per la gestione e il governo di società, enti, istituzioni, o fenomeni complessi, dalle rilevanti ricadute sociali”, il sostantivo aziendalistico-imprenditoriale *governance*, nell’italiano e nelle altre lingue europee, si impone, trasvolando l’Oceano Atlantico, a partire dagli anni Novanta del Novecento (il Dizionario diretto da Tullio De Mauro certifica il 1988 come data della prima attestazione nell’italiano scritto) (www.treccani.it).

L’anglicismo, che propriamente vuol dire “modo di dirigere, conduzione”, è stato abbinato, nel linguaggio aziendale, all’aggettivo (anch’esso anglosassone) *corporate* (aziendale): in tal senso, la locuzione *corporate governance* (in uso nel nostro Paese dal 1994) equivale “all’insieme di strumenti, regole e meccanismi preordinati alla migliore realizzazione del processo decisionale di un’impresa nell’interesse delle diverse categorie di soggetti che sono interessati alla vita societaria”.

nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018", e ascrive le disposizioni ivi contenute - in quanto direttamente attuative di normative europee - alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera a), della Costituzione.

Rispetto ai precedenti interventi normativi a vocazione semplificatrice, il provvedimento di cui trattasi ha, quindi, una connotazione peculiare, un *quid novi*, poiché si inserisce nell'ambito del "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" (PNRR).

Il PNRR italiano, a sua volta, si inquadra nel più generale programma europeo "Next Generation EU" (NGEU) - noto nel nostro Paese con i nomi informali di *Recovery Fund* o *Recovery Plan* - vale a dire nel pacchetto da 750 miliardi di euro varato dall'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica da COVID-19.

In tale ottica, l'intervento intende perseguire finalità riparatorie dei danni economici e sociali prodotti dalla pandemia in atto e concorrere a superare le debolezze strutturali dell'economia italiana, avviando, contestualmente, un percorso di transizione ecologica e ambientale improntato alla competitività, al potenziamento della formazione e a una maggiore inclusione sociale, territoriale e di genere.

Da uno studio sistemico dei più recenti interventi normativi è emersa, infatti, una pressante esigenza di revisione e di semplificazione del sistema degli appalti, che è apparso inidoneo, a causa della sua farraginosità, a far fronte alle esigenze di certezza e di pronta risposta degli operatori economici; profili, questi, imprescindibili per garantire efficienza, celerità, economicità e dinamismo al settore contrattuale, specie nel momento emergenziale che stiamo vivendo.

Seguendo l'impostazione dei precedenti provvedimenti normativi, il decreto legge n. 77/2021 conferma il meccanismo del "doppio binario", che prevede, accanto a una disciplina derogatoria a carattere transitorio, correlata alla situazione emergenziale, una regolamentazione a regime che incide, in via generale, sull'impianto codicistico recato dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Il sistema binario rappresenta innegabilmente un coefficiente di difficoltà per l'interprete: alla già intricata rete di provvedimenti normativi che afferiscono alla regolamentazione dei contratti pubblici, e ai regimi, in gran parte provvisori, introdotti dal decreto "sblocca cantieri" (decreto legge 18 aprile 2019, n. 32) e dal decreto "semplificazioni" (decreto legge 16 luglio 2020, n. 76), si aggiunge la disciplina del decreto "semplificazioni-bis" (decreto legge 31 maggio 2021, n. 77), che impatta anch'essa in maniera diversificata, con norme provvisorie e disposizioni a regime.

Il provvedimento, infatti, da un lato, proroga gran parte delle deroghe precedentemente introdotte nel settore e le rafforza, anche correlandone ai contratti legati all'attuazione del PNRR; dall'altro impatta strutturalmente sul Codice dei contratti pubblici, modificandone le ordinarie disposizioni.

È evidente che questa frammentazione della disciplina, mediante la previsione di norme extra codicistiche e la creazione di regimi intertemporali e settoriali diversi, ingenera - negli operatori del diritto e in chi, di fatto, è tenuto alla concreta applicazione delle norme - dubbi e incertezze interpretative, con notevoli difficoltà sia nella comprensione e nella collocazione sistematica dei diversi istituti nel contesto normativo di riferimento sia nella ricerca di principi ispiratori comuni.

Senza alcuna pretesa di esaustività, saranno, quindi, esaminate nei paragrafi successivi le principali novità introdotte dal decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, e dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'analisi sarà incentrata sulle norme che impattano più direttamente sulla materia degli appalti pubblici, quali, in particolare, gli articoli 11, da 44 a 46, da 47 a 53, che, come accennato, intervengono sia su profili specificamente legati alla realizzazione del PNRR sia sulla disciplina più generale del Codice dei contratti pubblici.

Last but not least, si è ritenuto utile – in considerazione della sua valenza trasversale e della indubbia correlazione con la contrattualistica pubblica – fornire qualche breve cenno ricostruttivo delle novità introdotte dal decreto legge in commento nella legge 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi". Con tale finalità, è stata inserita a fine guida una breve appendice normativa, corredata, come di consueto, di approfondimenti giurisprudenziali particolarmente significativi.

Il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77

Articolato normativo

Articolo 11

Rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti

1. Per aumentare l'efficacia e l'efficienza dell'attività di approvvigionamento e garantire una rapida attuazione delle progettualità del PNRR e degli altri interventi ad esso collegati, ivi compresi i programmi cofinanziati dall'Unione europea per il periodo 2021/2027, la società Consip S.p.A. mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico. Per le medesime finalità, la società Consip S.p.A. realizza un programma di informazione, formazione e tutoraggio nella gestione delle specifiche procedure di acquisto e di progettualità per l'evoluzione del Sistema Nazionale di e-Procurement e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica delle pubbliche amministrazioni. La società Consip S.p.A. si coordina con le centrali di committenza regionali per le attività degli enti territoriali di competenza. (1)

2. Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività effettuati dalla Sogei S.p.A., per la realizzazione e implementazione dei servizi delle pubbliche amministrazioni affidatarie in ottemperanza a specifiche disposizioni normative o regolamentari, nonché per la realizzazione delle attività di cui all'articolo 33-septies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, le cui procedure di affidamento sono poste in essere dalla Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 4, comma 3-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. (1)

3. Per realizzare le finalità di cui al presente articolo, il Ministero dell'economia e delle finanze stipula con la società Consip S.p.A. un apposito disciplinare, nel limite complessivo di spesa di 40 milioni di euro per gli anni dal 2021 al 2026. A tal fine è autorizzata la spesa di 8 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2022 al 2026. Ai relativi oneri si provvede ai sensi dell'articolo 16. (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108

L'articolo 11 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, introduce alcune disposizioni finalizzate a rafforzare la capacità amministrativa delle stazioni appaltanti. In particolare, per accrescere l'efficacia e l'efficienza dell'attività di approvvigionamento e garantire, nel contempo, una rapida attuazione delle progettualità del PNRR e degli altri programmi cofinanziati dall'Unione europea nel periodo 2021-2027, Consip S.p.A., sulla base di un disciplinare stipulato con il Ministero dell'economia e delle finanze, agisce secondo un duplice meccanismo operativo:

- mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni specifici contratti, accordi-quadro e servizi di supporto tecnico;
- realizza un programma di informazione, formazione e tutoraggio nelle procedure di acquisto e progettualità per l'evoluzione del sistema di e-procurement e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica delle pubbliche amministrazioni.

Tali disposizioni trovano, altresì, applicazione:

- 1) per l'acquisizione di servizi informatici e di connettività effettuati dalla Sogei S.p.A;
- 2) per la realizzazione e implementazione dei servizi delle pubbliche amministrazioni affidatarie, in ottemperanza a specifiche disposizioni normative o regolamentari;
- 3) per le attività di consolidamento e razionalizzazione dei siti e delle infrastrutture digitali del Paese, di cui all'articolo 33-septies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, le cui procedure di affidamento sono poste in essere da Consip S.p.A., ai sensi dell'articolo 4, comma 3-ter, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95.

In tale ottica, alla stregua delle recentissime informazioni pubblicate sul sito della Consip (www.consip.it), il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) adegua la sua documentazione al fine di facilitare le amministrazioni pubbliche negli acquisti connessi ai progetti del Piano Nazionale di Rilancio e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale per gli Investimenti Complementari (PNC).

In particolare, sono stati aggiornati i "Capitolati d'onori" di tutti i bandi del Mercato elettronico, con previsioni sulla pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, ai sensi dell'articolo 47 del decreto legge n. 77/2021, che verrà approfondito nel prosieguo della trattazione. La nuova documentazione è disponibile sul Portale degli acquisti (www.acquistinretepa.it)

Approfondimenti normativi

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Artt. 54 e ss.

L'utilizzo dei sistemi telematici nelle procedure di gara da parte delle pubbliche amministrazioni (e-Procurement) è disciplinato essenzialmente dagli articoli 54 e ss. del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l'articolo 58 del Codice, nel prevedere che le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, ribadisce che l'utilizzo di tali sistemi non deve alterare la parità di accesso agli operatori ovvero impedire, limitare, distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, così come definito dai documenti di gara.

Correlativamente, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) - ai sensi dell'articolo 58, comma 10, del Codice - ha predisposto la circolare 6 dicembre 2016, n. 3, recante “Regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione”, reperibile sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri/AGID all'indirizzo <https://www.agid.gov.it/index.php/it/piattaforme/procurement>

Decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, “Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea.”, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, legge 26 febbraio 2021, n. 21.

L'articolo 1, comma 11, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183 - nel modificare l'articolo 75 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, come convertito - ha prorogato al 31 dicembre 2021 il termine entro il quale le pubbliche amministrazioni sono autorizzate ad acquistare beni e servizi informatici e servizi di connettività, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e in deroga al Codice dei contratti pubblici e a ogni altra disposizione di legge che disciplina i procedimenti di approvvigionamento, affidamento e acquisto di beni, forniture, lavori e opere. Resta comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, “Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”, convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Ai sensi dell'articolo 33-septies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, la Presidenza del Consiglio dei Ministri promuove lo sviluppo di un'infrastruttura

ad alta affidabilità localizzata sul territorio nazionale per la razionalizzazione e il consolidamento dei Centri per l'elaborazione delle informazioni (CED), al fine di tutelare l'autonomia tecnologica del Paese, consolidare e mettere in sicurezza le infrastrutture digitali delle pubbliche amministrazioni garantendo, al contempo, la qualità, la sicurezza, la scalabilità, l'efficienza energetica, la sostenibilità economica e la continuità operativa dei sistemi e dei servizi digitali.

Al riguardo, rileva l'investimento Infrastrutture digitali (M1-C1-I.1.1) del PNRR, con una dotazione di 900 milioni di euro. L'obiettivo dell'investimento è garantire che i sistemi, le serie di dati e le applicazioni della pubblica amministrazione siano ospitati in centri dati affidabili, con elevati standard di qualità per la sicurezza, le prestazioni, la scalabilità, l'interoperabilità europea e l'efficienza energetica; secondo il principio del *Cloud First*². L'investimento è destinato a 200 amministrazioni centrali e a 80 autorità sanitarie locali. Le Amministrazioni possono scegliere di migrare verso una infrastruttura *cloud* nazionale pubblico-privata, il Polo Strategico Nazionale (PSN) o verso un *cloud commerciale* disponibile sul mercato (*cloud public*).

Entro il terzo trimestre 2022 si prevede il completamento del PSN e, nel secondo trimestre 2026, 280 pubbliche amministrazioni centrali e ASL saranno migrate sul *cloud*.

² Il *cloud computing*, più semplicemente *cloud*, è un modello di infrastrutture informatiche che consente di disporre, tramite internet, di un insieme di risorse di calcolo (ad es. reti, server, storage, applicazioni e servizi) che possono essere rapidamente erogate come un servizio.

Questo modello consente di semplificare drasticamente la gestione dei sistemi informativi, trasformando le infrastrutture fisiche in servizi virtuali fruibili in base al consumo di risorse.

In base al principio *Cloud First*, le pubbliche amministrazioni, in fase di definizione di un nuovo progetto o di sviluppo di nuovi servizi, devono, in via prioritaria, adottare il paradigma *cloud*, privilegiandolo rispetto a qualsiasi altra opzione tecnologica.

Il *Cloud First* è correlato, quindi, all'esigenza delle pubbliche amministrazioni di ricorrere a strumenti e tecnologie di tipo *cloud* - nelle sue diverse articolazioni *IaaS* (infrastructure-as-a-service), *PaaS* (platform-as-a-service) e *SaaS* (software-as-a-service) - nel momento in cui intendono acquisire sul mercato nuove soluzioni e servizi *ICT* per la realizzazione di un nuovo progetto o di nuovi servizi destinati a cittadini, imprese o utenti interni alla stessa amministrazione.

Per ulteriori approfondimenti, si rinvia al sito dell'Agenzia per l'Italia Digitale <https://www.agid.gov.it>.

Articolo 44

Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto

1. Ai fini della realizzazione degli interventi indicati nell'Allegato IV al presente decreto, prima dell'approvazione di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, commi 5 e 6, del medesimo decreto è trasmesso, a cura della stazione appaltante, al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'espressione del parere di cui all'articolo 48, comma 7, del presente decreto. Il Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici di cui all'articolo 45 verifica, entro quindici giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, l'esistenza di evidenti carenze, di natura formale o sostanziale, ivi comprese quelle afferenti gli aspetti ambientali, paesaggistici e culturali, tali da non consentire l'espressione del parere e, in tal caso, provvede a restituirlo immediatamente alla stazione appaltante richiedente, con l'indicazione delle integrazioni ovvero delle eventuali modifiche necessarie ai fini dell'espressione del parere in senso favorevole. La stazione appaltante procede alle modifiche e alle integrazioni richieste dal Comitato speciale, entro e non oltre il termine di quindici giorni dalla data di restituzione del progetto. Il Comitato speciale esprime il parere entro il termine massimo di quarantacinque giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica ovvero entro il termine massimo di venti giorni dalla ricezione del progetto modificato o integrato secondo quanto previsto dal presente comma. Decorsi tali termini, il parere si intende reso in senso favorevole. (1)

1-bis. In relazione agli interventi di cui al comma 1 del presente articolo per i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, è stato richiesto ovvero acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 215 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, tale parere tiene luogo di quello previsto dal medesimo comma 1, ferma restando l'applicazione dei commi 5 e 6 del presente articolo, in caso di approvazione del progetto da parte della conferenza di servizi sulla base delle posizioni prevalenti ovvero qualora siano stati espressi dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-quinquies, commi 1 e 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dei commi 7 e 8 del presente articolo, relativamente agli effetti della verifica del progetto effettuata ai sensi dell'articolo 26, comma 6, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, agli obblighi di comunicazione in capo alla stazione appaltante e ai termini di indizione delle procedure di aggiudicazione, anche ai fini

dell'esercizio dell'intervento sostitutivo di cui all'articolo 12 del presente decreto. Qualora il parere di cui al primo periodo del presente comma sia stato espresso sul progetto definitivo, le disposizioni dei commi 4, 5 e 6 si applicano in relazione a quest'ultimo, in quanto compatibili. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del secondo periodo del comma 8 del presente articolo e fuori delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6, terzo e quinto periodo, del medesimo articolo, la stazione appaltante comunica alla Cabina di regia di cui all'articolo 2, per il tramite della Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, e al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili l'avvenuta approvazione del livello progettuale da mettere a gara e il termine di novanta giorni comincia a decorrere dalla data di tale approvazione. (3)

1-ter. Al fine di accelerare la realizzazione degli interventi relativi ai sistemi di trasporto pubblico locale a impianti fissi e, in particolare, di quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR, in deroga all'articolo 215, comma 3, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici è obbligatorio esclusivamente con riguardo agli interventi il cui valore, limitatamente alla componente "opere civili", è pari o superiore a 100 milioni di euro. In relazione agli investimenti di cui al primo periodo del presente comma di importo pari o inferiore a 100 milioni di euro, si prescinde dall'acquisizione del parere previsto dal citato articolo 215, comma 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Al fine di ridurre i tempi di espressione del parere di cui al presente comma, la Direzione generale del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili competente in materia di trasporto pubblico locale a impianti fissi provvede, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, allo svolgimento dell'attività istruttoria e alla formulazione di una proposta di parere al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si pronuncia nei successivi trenta giorni. Decorso tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole. (3)

2. Ai fini della verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 25 del decreto legislativo n. 50 del 2016, il progetto di fattibilità tecnica ed economica relativo agli interventi di cui all'Allegato IV al presente decreto è trasmesso dalla stazione appaltante alla competente soprintendenza decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del progetto di fattibilità tecnica ed economica, ove questo non sia stato restituito ai sensi del secondo periodo del comma 1, ovvero contestualmente alla trasmissione al citato Consiglio del progetto modificato nei termini dallo stesso richiesti. Il termine di cui al comma 3, secondo periodo, dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è ridotto a quarantacinque giorni. Le risultanze della verifica preventiva sono acquisite nel corso della conferenza di servizi di cui al comma 4. (1)

3. In relazione agli interventi di cui all'Allegato IV del presente decreto, il progetto di fattibilità tecnica ed economica è trasmesso all'autorità competente ai fini dell'espressione della valutazione di impatto ambientale di cui alla Parte seconda

del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, unitamente alla documentazione di cui all'articolo 22, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, a cura della stazione appaltante decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del progetto di fattibilità tecnica ed economica ove questo non sia stato restituito ai sensi del secondo periodo del comma 1, ovvero contestualmente alla trasmissione al citato Consiglio del progetto modificato nei termini dallo stesso richiesti. Gli esiti della valutazione di impatto ambientale sono trasmessi e comunicati dall'autorità competente alle altre amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi di cui al comma 4. Qualora si sia svolto il dibattito pubblico di cui all'articolo 46, è escluso il ricorso all'inchiesta pubblica di cui all'articolo 24-bis del predetto decreto legislativo n. 152 del 2006. Le procedure di valutazione di impatto ambientale degli interventi di cui all'Allegato IV del presente decreto sono svolte con le modalità e nei tempi previsti per i progetti di cui al comma 2-bis dell'articolo 8 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006. (1)

4. In relazione agli interventi di cui all'Allegato IV del presente decreto, decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del progetto di fattibilità tecnica ed economica, ove non sia stato restituito ai sensi del secondo periodo del comma 1, ovvero contestualmente alla trasmissione al citato Consiglio del progetto modificato nei termini dallo stesso richiesti, la stazione appaltante convoca la conferenza di servizi per l'approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La conferenza di servizi è svolta in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e nel corso di essa, ferme restando le prerogative dell'autorità competente in materia di VIA, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi del secondo periodo del comma 1, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte secondo le modalità di cui all'articolo 46 del presente decreto, della verifica preventiva dell'interesse archeologico e della valutazione di impatto ambientale. La determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita. La variante urbanistica, conseguente alla determinazione conclusiva della conferenza, comporta l'assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio ai sensi dell'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica

8 giugno 2001, n. 327, e le comunicazioni agli interessati di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 241 del 1990 tengono luogo della fase partecipativa di cui all'articolo 11 del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001. Gli enti locali provvedono alle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto e non possono autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera. (1)

5. In caso di approvazione del progetto da parte della conferenza di servizi sulla base delle posizioni prevalenti ovvero qualora siano stati espressi dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-quinquies, commi 1 e 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la questione è posta all'esame del Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici e definita, anche in deroga alle previsioni di cui al medesimo articolo 14-quinquies, secondo le modalità di cui al comma 6.

6. Entro cinque giorni dalla conclusione della conferenza di servizi di cui al comma 4, il progetto è trasmesso unitamente alla determinazione conclusiva della conferenza e alla relativa documentazione al Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici, integrato, nei casi previsti dal comma 5, con la partecipazione dei rappresentanti delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza. Fatto salvo quanto previsto dal quarto periodo, entro e non oltre i quindici giorni successivi, il Comitato speciale adotta una determinazione motivata, comunicata senza indugio alla stazione appaltante, con la quale individua le eventuali integrazioni e modifiche al progetto di fattibilità tecnica ed economica rese necessarie dalle prescrizioni e dai pareri acquisiti in sede di conferenza di servizi. Nei casi previsti dal comma 5 e fatto salvo quanto previsto dal quinto periodo del presente comma, la determinazione motivata del Comitato speciale individua altresì le integrazioni e modifiche occorrenti per pervenire, in attuazione del principio di leale collaborazione, ad una soluzione condivisa e sostituisce, con i medesimi effetti di cui al comma 4, quella della conferenza di servizi. In relazione alle eventuali integrazioni ovvero modifiche richieste dal Comitato speciale è acquisito, ove necessario, il parere dell'autorità che ha rilasciato il provvedimento di VIA, che si esprime entro venti giorni dalla richiesta e, in tal caso, il Comitato speciale adotta la determinazione motivata entro i successivi dieci. In presenza di dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-quinquies, commi 1 e 2, della medesima legge n. 241 del 1990 e qualora non sia possibile pervenire ad una soluzione condivisa ai fini dell'adozione della determinazione motivata, il Comitato speciale, entro tre giorni dalla scadenza del termine di cui al secondo ovvero al quarto periodo, trasmette alla Segreteria tecnica di cui all'articolo 4 una relazione recante l'illustrazione degli esiti della conferenza di servizi, delle ragioni del dissenso e delle proposte dallo stesso formulate per il superamento del dissenso, compatibilmente con le preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR ovvero, in relazione

agli interventi finanziati con le risorse del PNC dal decreto di cui al comma 7 dell' articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59. La Segreteria tecnica propone al Presidente del Consiglio dei ministri, entro quindici giorni dalla ricezione della relazione di cui al quinto periodo, di sottoporre la questione all' esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni. Il Consiglio dei ministri si pronuncia, entro i successivi dieci giorni, se del caso adottando una nuova determinazione conclusiva ai sensi del primo periodo del comma 6 del predetto articolo 14-quinquies della legge n. 241 del 1990 con i medesimi effetti di cui al comma 4, terzo, quarto e quinto periodo del presente articolo. Alle riunioni del Consiglio dei ministri possono partecipare senza diritto di voto i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate. Restano ferme le attribuzioni e le prerogative riconosciute alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano dagli statuti speciali di autonomia e dalle relative norme di attuazione. Le decisioni del Consiglio dei ministri sono immediatamente efficaci, non sono sottoposte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti di cui all' articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e sono pubblicate, per estratto, entro cinque giorni dalla data di adozione, nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. (2)

7. In deroga all' articolo 27 del decreto legislativo n. 50 del 2016, la verifica del progetto definitivo e del progetto esecutivo condotta ai sensi dell' articolo 26, comma 6, del predetto decreto accerta altresì l' ottemperanza alle prescrizioni impartite in sede di conferenza di servizi e di VIA, nonché di quelle impartite ai sensi del comma 6 ed all' esito della stessa la stazione appaltante procede direttamente all' approvazione del progetto definitivo ovvero del progetto esecutivo. (1)

8. La stazione appaltante provvede ad indire la procedura di aggiudicazione non oltre novanta giorni dalla data di comunicazione della determinazione motivata del Comitato speciale ai sensi del comma 6 ovvero dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della decisione del Consiglio dei ministri di cui al medesimo comma 6, dandone contestuale comunicazione alla Cabina di regia di cui all' articolo 2, per il tramite della Segreteria tecnica di cui all' articolo 4, e al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In caso di inosservanza del termine di cui al primo periodo, l' intervento sostitutivo è attuato nelle forme e secondo le modalità di cui all' articolo 12. (2)

8-bis. Il quinto periodo del comma 290 dell' articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è sostituito dal seguente: “Alla società possono essere affidate le attività di realizzazione e di gestione, comprese quelle di manutenzione ordinaria e straordinaria, di ulteriori tratte autostradali situate prevalentemente nel territorio della regione Veneto nonché, previa intesa tra le regioni interessate, nel territorio delle regioni limitrofe, nei limiti e secondo le modalità previsti dal comma 8-ter dell' articolo 178 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. (4)
8-ter. Al comma 7-bis dell' articolo 206 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34,

convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, le parole: “30 giugno 2021” sono sostituite dalle seguenti: “31 dicembre 2021”. (4)

8-quater. All’ articolo 35, comma 1-ter, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: “Le tratte diverse da quelle previste dal secondo periodo sono assegnate, all’esito del procedimento di revisione della concessione di cui al terzo periodo, alla società ANAS Spa che provvede altresì alla realizzazione dell’intervento viario Tarquinia-San Pietro in Palazzi, anche attraverso l’adeguamento della strada statale n. 1 - Aurelia, nei limiti delle risorse che si renderanno disponibili a tale fine nell’ambito del contratto di programma tra il Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili e la società ANAS Spa relativo al periodo 2021-2025. Per la progettazione ed esecuzione dell’intervento viario di cui al precedente periodo, a decorrere dalla data di sottoscrizione del contratto di programma relativo al periodo 2021-2025 e fino al completamento dei lavori, l’amministratore delegato pro tempore della società ANAS Spa è nominato commissario straordinario, con i poteri e le funzioni di cui all’articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. Al commissario straordinario non spettano compensi, gettoni di presenza e indennità comunque denominate”. (4)

8-quinquies. Al fine di consentire l’ultimazione delle procedure espropriative e dei contenziosi pendenti nonché dei collaudi tecnico-amministrativi relativi alle opere realizzate per lo svolgimento dei XX Giochi olimpici invernali e dei IX Giochi paralimpici invernali svoltisi a Torino nel 2006 e delle opere previste e finanziate dalla legge 8 maggio 2012, n. 65, il termine di cui all’ articolo 3, comma 7, della legge 9 ottobre 2000, n. 285, come prorogato dall’articolo 2, comma 5-octies, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, è ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2023. (4)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Comma corretto dal comunicato 1° giugno 2021, e, successivamente, così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(3) Comma inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(4) Comma aggiunto dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L’articolo 44 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, contempla una serie di semplificazioni procedurali per la realizzazione di alcune opere pubbliche indicate nel PNRR o incluse nel cd. “Fondo complementare”.

Si tratta di 10 specifici interventi di particolare complessità o di rilevante impatto, individuati nell’Allegato IV al decreto legge, che ineriscono alla realizzazione di opere infrastrutturali (quali linee ferroviarie, dighe) o alla messa in sicurezza e all’ammodernamento del sistema idrico, oltre che al potenziamento di infrastrutture.

Nel meccanismo delineato nella norma, il Consiglio superiore dei lavori pubblici riveste un ruolo di particolare rilevanza, in quanto organo competente a esprimere valutazioni di natura tecnica sui progetti e a intervenire nella fase autorizzatoria. L'iter è scandito da diversi passaggi procedurali, che si riportano di seguito in maniera schematizzata, contrassegnando ciascuna fase con un numero progressivo, per consentire una più agevole lettura della norma e permetterne un'esposizione analitica.

Fase 1

La stazione appaltante trasmette il progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'espressione del parere di cui all'articolo 48, comma 7: si tratta del parere su progetti di lavori pubblici di competenza statale - o comunque finanziati per almeno il 50% dallo Stato - di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro. Il parere non riguarda la valutazione di congruità dei costi.

Fase 2

Ricevuto il progetto, il Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici verifica, entro 15 giorni, l'esistenza di evidenti carenze, di natura formale o sostanziale (comprese quelle che ineriscono agli aspetti ambientali, paesaggistici e culturali), che non consentono l'espressione del parere. In tal caso, il progetto viene restituito alla stazione appaltante, con l'indicazione dei profili che necessitano di integrazioni o modifiche, da effettuarsi - sempre a cura della stazione appaltante - entro i successivi 15 giorni.

Fase 3

Il parere è espresso dal Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici entro 45 giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica ovvero, in caso di richiesta di modifiche, entro 20 giorni dalla ricezione del progetto rettificato alla stregua delle indicazioni fornite. Decorsi infruttuosamente tali termini, il parere si intende comunque reso in senso favorevole.

Sempre per gli interventi individuati nell'Allegato IV, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici - richiesto o acquisito ai sensi dell'articolo 215 del Codice dei contratti pubblici - tiene luogo di quello espresso dal Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Fase 4

Si articola in due subprocedimenti:

- verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 25 del Codice dei contratti pubblici. In particolare, qualora sussista un interesse archeologico, la stazione appaltante rimette il progetto di fattibilità tecnica ed economica alla competente soprintendenza; la trasmissione avviene decorsi 15 giorni dal

prodromico invio al Consiglio superiore dei lavori pubblici ovvero contestualmente alla ritrasmissione del progetto al citato Consiglio qualora siano necessarie modifiche o integrazioni;

- valutazione di impatto ambientale (VIA) di cui al Codice in materia ambientale. Nel caso in cui sia richiesta la VIA, il progetto di fattibilità tecnica ed economica è trasmesso dalla stazione appaltante, entro i medesimi termini sopra indicati, all'autorità competente, unitamente alla documentazione acquisita all'esito dello svolgimento del dibattito pubblico. In tal caso è escluso il ricorso all'inchiesta pubblica, trattandosi, evidentemente, di analoghe forme di partecipazione procedimentale, in quanto tali rispondenti alla finalità del diretto coinvolgimento del soggetto pubblico nello svolgimento dell'iter procedimentale.

Fase 5

Entro 15 giorni, la stazione appaltante convoca una conferenza di servizi per l'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

La conferenza di servizi si svolge in forma semplificata e, nel corso della stessa, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici nonché gli esiti del dibattito pubblico con le osservazioni concernenti la verifica preventiva dell'interesse archeologico e la valutazione di impatto ambientale.

La determinazione conclusiva della conferenza - che deve tener conto dei pareri, dei nulla osta e delle autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento - perfeziona l'intesa tra Stato e Regione in ordine alla localizzazione dell'opera, e ha, altresì, l'effetto di "variante urbanistica". Tale connotazione comporta l'assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio e il conseguente obbligo, per gli enti locali, di provvedere alla messa in atto delle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto, non potendo essere autorizzati interventi edilizi incompatibili con la collocazione dell'opera. Nella determinazione conclusiva sono compresi, inoltre, il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, esplicitamente indicati.

In caso di approvazione non unanime, ovvero qualora siano espressi dissensi qualificati, la questione è posta all'esame del Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici per la definizione conclusiva.

Fase 6

Entro 5 giorni dalla conclusione della conferenza di servizi, il progetto, unitamente alla determinazione conclusiva della conferenza e alla relativa documentazione, è trasmesso al Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici; organo opportunamente integrato, in caso di determinazione non assunta all'unanimità, con i rappresentanti delle amministrazioni dissenzienti e di tutte le altre

amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza.

Decorso 15 giorni, il Comitato speciale adotta una decisione motivata, che deve essere comunicata immediatamente alla stazione appaltante, con la quale individua le eventuali integrazioni e modifiche al progetto di fattibilità tecnico-economica che si rendono necessarie all'esito delle prescrizioni e dei pareri acquisiti in sede di conferenza di servizi.

Nelle ipotesi di determinazione conclusiva della conferenza non unanime (assunta pertanto sulla base delle posizioni prevalenti), il Comitato speciale individua le integrazioni e le modifiche occorrenti per pervenire, in attuazione del principio di leale collaborazione, ad una soluzione condivisa e sostituisce la determinazione della conferenza.

In relazione alle integrazioni ovvero alle modifiche apportate da parte del Comitato speciale è acquisito, ove necessario, il parere dell'autorità che ha rilasciato il provvedimento di VIA, che si esprime entro 20 giorni dalla richiesta e, in tal caso, il Comitato speciale adotta la determinazione motivata entro i successivi 10 giorni. Ove non si pervenga ad una soluzione condivisa ai fini dell'adozione della determinazione motivata ed esclusivamente in presenza di dissensi qualificati, il Comitato speciale, entro 3 giorni dalla scadenza del termine dei 15 giorni assegnatogli per l'espressione del parere, rimette la questione al Consiglio dei Ministri, la cui deliberazione produce gli stessi effetti della decisione assunta dalla conferenza di servizi.

Fase 7

In deroga al Codice dei contratti pubblici, la verifica del progetto definitivo e del progetto esecutivo deve estendersi anche all'ottemperanza alle prescrizioni impartite in sede di conferenza di servizi e di VIA, nonché a quelle impartite dal Comitato speciale o dalla Cabina di regia.

All'esito della verifica, la stazione appaltante procede direttamente all'approvazione del progetto definitivo ovvero del progetto esecutivo.

La stazione appaltante ha, infine, l'obbligo di indire la procedura di aggiudicazione non oltre 90 giorni dalla data della determinazione motivata resa dal Comitato speciale ovvero, in caso di mancato accordo, dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della decisione del Consiglio dei Ministri.

Approfondimenti giurisprudenziali

Conferenza di servizi – Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Artt. 14 e ss.

“(…) il dissenso espresso da una amministrazione in sede di conferenza di servizi ex art. 14 quater della L. n. 241 del 1990, deve rispondere ai principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’articolo 97 della Costituzione, non potendo limitarsi ad una mera sterile opposizione al progetto in esame, ma dovendo essere costruttivo; in altri termini, esso deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell’assenso.”

T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 31 maggio 2021, n. 416

“(…) Ai sensi degli artt. 14 bis, 14 ter e 14 quater L. n. 241 del 1990, l’atto conclusivo dei lavori della conferenza di servizi si concreta in un atto istruttorio endoprocedimentale a contenuto consultivo, perché l’atto conclusivo del procedimento è il provvedimento finale a rilevanza esterna con cui l’Amministrazione cd. procedente decide a seguito di una valutazione complessiva, ed è contro di esso, in quanto atto direttamente e immediatamente lesivo, che deve dirigersi l’impugnazione.”

T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 1282

“La conferenza di servizi è quindi la sede istituzionalmente preordinata ad assicurare il confronto degli interessi potenzialmente confliggenti, con assegnazione all’autorità competente del compito di adottare la determinazione finale che di quel confronto è espressione. Prima di tale determinazione, le posizioni espresse dalle amministrazioni partecipanti non sono autonomamente impugnabili.

(…) in base all’attuale disciplina della conferenza di servizi, una posizione qualificata è riconosciuta alle sole amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità (art.14-quinquies, comma 1, della L. n. 241/1990), con possibile devoluzione del caso alla Presidenza del Consiglio.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha assegnato tale qualificazione alle sole amministrazioni statali.”

Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2020, n. 3931

“(…) costituisce insegnamento giurisprudenziale consolidato e posto a presidio della separazione dei poteri, quello che vuole il vaglio giudiziale sulle valutazioni tecnico-discrezionali confinato entro i noti limiti del sindacato estrinseco, volto al rilievo di vizi procedimentali o dell’eccesso di potere sotto i profili dell’errore

di fatto, del difetto di istruttoria, della manifesta illogicità o incongruità della scelta, o del difetto di motivazione, diversamente ricadendosi in un inammissibile riesame nel merito con sostituzione della valutazione giudiziale a quella affidata dal legislatore all'amministrazione. Non è sufficiente, pertanto, una contestazione di mera non condivisibilità del giudizio tecnico-discrezionale espresso dall'amministrazione, essendo, invece, necessario, per il superamento del sindacato giudiziale, dimostrarne la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità.”

T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 4 febbraio 2020, n. 124

Articolo 45

Disposizioni urgenti in materia di funzionalità del Consiglio Superiore dei lavori pubblici

1. Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, e' istituito, fino al 31 dicembre 2026, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'espressione dei pareri di cui all'articolo 44 del presente decreto, in relazione agli interventi indicati nell'Allegato IV al presente decreto, un Comitato speciale presieduto dal Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici e composto da:

- a) sei dirigenti di livello generale in servizio presso le amministrazioni dello Stato, designati dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai rispettivi Ministri, dei quali uno appartenente alla Presidenza del Consiglio dei ministri, uno appartenente al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, uno appartenente al Ministero della transizione ecologica, uno appartenente al Ministero della cultura, uno appartenente al Ministero dell'interno, uno appartenente al Ministero dell'economia e delle finanze;*
- b) tre rappresentanti designati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, scelti tra soggetti in possesso di adeguate professionalità;*
- c) tre rappresentanti designati dagli Ordini professionali, di cui uno designato dall'Ordine professionale degli ingegneri, uno designato dall'Ordine professionale degli architetti ed uno designato dall'Ordine professionale dei geologi;*
- d) tredici esperti scelti fra docenti universitari di chiara ed acclarata competenza;*
- e) un magistrato amministrativo, con qualifica di consigliere, un consigliere della Corte dei conti e un avvocato dello Stato.*

2. Al Comitato possono essere invitati a partecipare, in qualità di esperti per la trattazione di speciali problemi, studiosi e tecnici anche non appartenenti a pubbliche amministrazioni, senza diritto di voto. Per la partecipazione alle attività del Comitato non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati.

3. I componenti del Comitato speciale sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, durano in carica tre anni e possono essere confermati per

un secondo triennio e comunque non oltre il 31 dicembre 2026. I componenti del Comitato speciale non possono farsi rappresentare. Ai componenti del Comitato speciale e' corrisposta, anche in deroga alle previsioni di cui all'articolo 24, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e fermo il limite di cui all'articolo 23-ter, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, un'indennità pari al 25 per cento dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito presso l'amministrazione di appartenenza e comunque non superiore alla somma onnicomprensiva di 35.000 euro annui comprensiva degli oneri a carico dell'Amministrazione.

4. Per lo svolgimento dell'attività istruttoria del Comitato speciale e' istituita, presso il Consiglio Superiore dei lavori pubblici, nei limiti di una spesa pari a euro 391.490 per l'anno 2021 e pari a euro 782.979 per gli anni dal 2022 al 2026, una struttura di supporto di durata temporanea fino al 31 dicembre 2026, cui e' preposto un dirigente di livello generale, in aggiunta all'attuale dotazione organica del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, e composta da un dirigente di livello non generale e da dieci unità di personale di livello non dirigenziale, individuate tra il personale di ruolo delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ad esclusione del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico ed ausiliario delle istituzioni scolastiche. Il personale delle pubbliche amministrazioni e' collocato, ai sensi dell'articolo 17, comma 14 della legge 15 maggio 1997, n. 127, in posizione di fuori ruolo, comando, distacco o altra analoga posizione, secondo i rispettivi ordinamenti. La struttura di supporto può altresì avvalersi, mediante apposite convenzioni e nel limite complessivo di spesa di euro 500.000 per l'anno 2021 e di euro 1 milione per ciascuno degli anni dal 2022 al 2026, di società controllate da Amministrazioni dello Stato specializzate nella progettazione o realizzazione di opere pubbliche.

5. Agli oneri derivanti dai commi da 1 a 4 quantificati in euro 1.381.490 per l'anno 2021 e in euro 2.762.979 per ciascuno degli anni dal 2022 fino al 2026, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del Fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2021 - 2023, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali», della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2021, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 45 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 - nell'ottica del perseguimento degli obiettivi generali di coesione economica, sociale e territoriale e di quelli

più specifici inerenti all'attuazione delle riforme e dei piani per la ripresa e la resilienza di cui ai regolamenti (UE) 2021/240 e 2021/241 - prevede l'istituzione, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, di un Comitato speciale, quale organo consultivo a carattere temporaneo³, cui è rimessa la formulazione di pareri in relazione agli interventi indicati nell'Allegato IV, le cui procedure sono disciplinate, come si è detto, nell'articolo 44.

Si tratta, in particolare, di un organismo collegiale presieduto dal Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici e costituito da soggetti in possesso di adeguata ed elevata professionalità: in quanto tali, selezionati fra dirigenti di livello generale in servizio presso le amministrazioni dello Stato, rappresentanti designati dalla conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, rappresentanti designati dagli ordini professionali degli ingegneri, degli architetti e dei geologi, docenti universitari, magistrati amministrativi, consiglieri della Corte dei Conti e avvocati dello Stato.

Per la trattazione di profili particolarmente problematici è, inoltre, contemplata la possibilità di far partecipare ai lavori del Comitato - in qualità di esperti - studiosi e tecnici, anche non appartenenti a pubbliche amministrazioni, senza attribuzione, tuttavia, del diritto di voto e a titolo gratuito.

La nomina dei componenti del Comitato avviene con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili⁴.

L'incarico ha la durata di tre anni, prorogabili per un secondo triennio, ma non oltre il termine del 31 dicembre 2026, di durata del Comitato. Per lo svolgimento di tale mandato viene corrisposta un'indennità.

Per affiancare e supportare il Comitato nello svolgimento dell'attività istruttoria, è prevista l'istituzione, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, di una struttura di supporto temporanea. La struttura può avvalersi - mediante apposite convenzioni e nei limiti complessivi di spesa specificatamente individuati e suddivisi per anno - di società controllate da Amministrazioni dello Stato specializzate nella progettazione o nella realizzazione di opere pubbliche.

3 Fino al 31 dicembre 2026

4 La Corte dei Conti ha registrato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che definisce la composizione del Comitato: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/pnrr-operativo-il-comitato-speciale-del-consiglio-superiore-dei-lavori-pubblici>

Approfondimenti normativi

Consiglio superiore dei lavori pubblici

- 1) *Decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 2006, n. 204, “Regolamento di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici”*
- 2) *Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 10 luglio 2014, n. 315, recante l’organizzazione delle sezioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici*
- 3) *Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – art. 215*
- 4) *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 dicembre 2020, n. 190, “Regolamento recante l’organizzazione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili”*

Sotto l’egida del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è stato emanato il decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 2006, n. 204, recante la disciplina di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici, quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato che svolge attività di consulenza facoltativa per le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e per gli altri enti pubblici competenti in materia di lavori pubblici che ne facciano richiesta.

Il vigente Codice dei contratti pubblici ha confermato - all’articolo 215 - il ruolo di tale organismo nell’ambito delle organizzazioni tecniche dello Stato, ribadendone la piena autonomia funzionale e organizzativa nonché l’indipendenza di giudizio e di valutazione.

È, tuttavia, rimessa a un decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, l’attribuzione di nuovi poteri consultivi su materie identiche o affini a quelle rientranti già nella sua sfera di competenza.

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime parere obbligatorio sui progetti definitivi di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50% dallo Stato, di importo superiore ai 50 milioni di euro, nonché parere sui progetti delle altre stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni, sempre superiori a tale importo, ove esse ne facciano richiesta. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai Comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche.

Il termine per l’espressione del parere è di 90 giorni dalla trasmissione del progetto. Decorso tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole.

Il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (ora Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili) 10 luglio 2014 prevede una ripartizione analitica delle materie di competenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici

tra le 3 sezioni di cui esso si compone.

L'articolo 14 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 dicembre 2020, n. 190, prevede che presso il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili è incardinato, con piena autonomia organizzativa e funzionale, il Consiglio superiore dei lavori pubblici, il quale è organizzato ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 2006, n. 204, ed è articolato in 3 sezioni distinte per materie e compiti.

La normativa sopra richiamata è reperibile sul sito del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili all'indirizzo:

https://trasparenza.mit.gov.it/index.php?id_oggetto=13&id_cat=-1&id_doc=14291

Articolo 46
Modifiche alla disciplina del dibattito pubblico

1. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico di cui all'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono essere individuate, in relazione agli interventi di cui all'articolo 44, comma 1, nonché a quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste dall'Allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76. In relazione agli interventi di cui all'Allegato IV al presente decreto, il dibattito pubblico ha una durata massima di quarantacinque giorni e tutti i termini previsti dal citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 76 del 2018, sono ridotti della metà. Nei casi di obbligatorietà del dibattito pubblico, la stazione appaltante provvede ad avviare il relativo procedimento contestualmente alla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere di cui all'articolo 44, comma 1. In caso di restituzione del progetto ai sensi del secondo periodo dell'articolo 44, comma 1, il dibattito pubblico è sospeso con avviso pubblicato sul sito internet istituzionale della stazione appaltante e il termine di cui al secondo periodo del presente comma riprende a decorrere dalla data di pubblicazione sul medesimo sito internet istituzionale dell'avviso di trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica integrato o modificato secondo le indicazioni rese dal Comitato speciale del Consiglio superiore di lavori pubblici. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate nella conferenza di servizi di cui all'articolo 44, comma 4. Al fine di assicurare il rispetto dei termini di cui al secondo periodo del presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico provvede ad istituire, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un elenco di soggetti, in possesso di comprovata esperienza e competenza nella gestione dei processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione delle attività di programmazione e pianificazione in materia urbanistica o di opere pubbliche, cui conferire l'incarico di coordinatore del dibattito pubblico, come disciplinato dal decreto adottato in attuazione dell'articolo 22, comma 2, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016. In caso di inosservanza da parte della stazione appaltante dei termini di svolgimento del dibattito pubblico previsti dal

presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico esercita, senza indugio, i necessari poteri sostitutivi. Ai componenti della Commissione nazionale è riconosciuto, per il periodo dal 2021 al 2026 in caso di esercizio dei poteri sostitutivi, il rimborso delle spese di missione nei limiti previsti per il personale del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con oneri non superiori a 22.500 euro per l'anno 2021 e a 45.000 euro per ciascuno degli anni dal 2022 al 2026. (1)

2. Agli oneri di cui al comma 1, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del Fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2021 - 2023, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali», della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2021, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 46 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, apporta modifiche alla disciplina del dibattito pubblico che, parimenti all'inchiesta pubblica di cui all'articolo 44 del decreto in esame, rappresenta un modello di democrazia partecipativa finalizzato a coinvolgere direttamente le comunità locali interessate, stimolando il confronto sulle opere pubbliche e di interesse pubblico ubicate sui loro ambiti territoriali.

La regolamentazione del dibattito pubblico è contenuta nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 maggio 2018, n. 76.

Il Codice dei contratti pubblici ha, infatti, previsto - all'articolo 22, comma 2 - l'adozione, entro un anno dalla sua entrata in vigore, di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per l'individuazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, per cui è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, nonché per la disciplina delle sue modalità di svolgimento e del termine di conclusione.

In attuazione di tale articolo, è stato adottato il d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, che individua le modalità di svolgimento, le tipologie e le soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico.⁵

Nell'ambito del delineato quadro normativo, si colloca l'articolo 46 del decreto legge in analisi che, in relazione agli interventi di cui all'Allegato IV e a quelli

⁵ Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 maggio 2018, n. 76, è strutturato in 10 articoli - disciplinanti rispettivamente l'oggetto del dibattito pubblico, il suo ambito di applicazione, il ruolo, la composizione e le funzioni della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, le sue modalità di indicazione e di svolgimento e la conclusione - e di un Allegato, contenente le tipologie e le soglie dimensionali delle opere sottoposte obbligatoriamente a dibattito pubblico.

finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, demanda ad un apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili - da adottare, su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della disposizione in esame - l'individuazione delle soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste dall'Allegato 1 del d.P.C.M. del 2018. Tale provvedimento è stato adottato dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili il 12 novembre 2021⁶.

Nell'ottica della semplificazione procedurale e del contenimento dei tempi di svolgimento del dibattito pubblico è, inoltre, stabilita, in relazione alla tipologia di interventi di cui all'Allegato IV, la durata massima di 45 giorni e la riduzione della metà di tutti i termini indicati nel d.P.C.M. n. 76 del 2018.

La disposizione in esame descrive, infine, per i casi di ricorso obbligatorio al dibattito pubblico, i diversi momenti procedurali in cui esso si articola; momenti che, per un'agevole e lineare lettura analitica, si riportano schematizzati in 3 fasi.

Fase 1

La stazione appaltante provvede ad avviare il relativo procedimento contestualmente alla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere, di cui all'articolo 44, comma 1, del decreto legge in argomento.

Fase 2

In caso di restituzione del progetto, il dibattito pubblico viene sospeso, mediante avviso pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Il termine riprende a decorrere dalla data di pubblicazione sul medesimo sito istituzionale dell'avviso di trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica integrato o modificato secondo le indicazioni fornite dal Consiglio superiore di lavori pubblici.

Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate nell'ambito della conferenza di servizi di cui all'articolo 44, comma 4.

Fase 3

Nelle ipotesi di inosservanza dei termini di svolgimento del dibattito pubblico da parte della stazione appaltante, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico di cui all'articolo 4 del d.P.C.M. n. 76 del 2018 esercita i necessari poteri sostitutivi.

⁶ Per una breve analisi del decreto si rinvia alla sezione "Approfondimento normativo".

Approfondimenti normativi

Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 30 dicembre 2020, n. 627, recante l'istituzione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 maggio 2018, n. 76.

Il provvedimento, in attuazione dell'articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 maggio 2018, n. 76, istituisce la Commissione nazionale per il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, composta da rappresentanti delle amministrazioni coinvolte a vario titolo nei processi decisionali delle grandi infrastrutture nazionali, incluse Regioni ed enti locali. Il testo del decreto è consultabile sul sito del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili all'indirizzo

<https://mit.gov.it/index.php/normativa/decreto-ministeriale-numero-627-del-30122020>

Commissione nazionale per il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale - Raccomandazione n. 1 - Linee guida sul dibattito pubblico

<https://www.mit.gov.it/documentazione/approvata-la-raccomandazione-sulle-linee-guida-sul-dibattito-pubblico>

Commissione nazionale per il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale - Raccomandazione n. 2 - Linee guida sul procedimento abbreviato per le opere di cui all'allegato n. 4, per le quali è obbligatorio il dibattito pubblico

<https://www.mit.gov.it/raccomandazione-n-2-linee-guida-sul-procedimento-abbreviato-per-le-opere-di-cui-allallegato-n-4-per>

Decreto del Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili 12 novembre 2021

Con il decreto del Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili del 12 novembre 2021 sono state individuate le soglie dimensionali previste per sottoporre le opere del PNRR al dibattito pubblico.

Il testo del provvedimento è consultabile sul sito del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili all'indirizzo:

https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/notizia/2021-11/DM_modifica_soglie_dimensionali.pdf

Approfondimenti giurisprudenziali

Dibattito pubblico – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 22

“Non vi è dubbio che, come evidenzia anche il Consiglio di Stato nel proprio parere n. 855 del 1 aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, il dibattito pubblico sia uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto.

Esso configura, analogamente all’inchiesta pubblica prevista dall’art. 24-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione, rappresentata da un modello di procedimento amministrativo che abbia, tra i suoi passaggi ineliminabili, il confronto tra la pubblica amministrazione proponente l’opera e i soggetti, pubblici e privati, ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti, alimentandosi così un dialogo che, da un lato, faccia emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali, e, dall’altra, disinnesci il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio.

Ma proprio perché si è in presenza di un prezioso strumento della democrazia partecipativa, se ne devono evitare abusi e arbitrarie ripetizioni, in particolare con riferimento ai diversi piani (statale e regionale) su cui lo stesso deve svolgersi, pena un ingiustificato appesantimento dell’intera procedura.”

Corte Costituzionale, 9 ottobre 2018, n. 235

Approfondimenti dottrinari

V. Manzetti, Il “dibattito pubblico” nel nuovo codice dei contratti, in *Federalismi.it*, 2018.

M. Atelli, Dibattito pubblico, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, 2019.

G. Di Gaspare, Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in *www.amministrazioneincammini.it*, 2017.

C. Deodato, La tensione tra democrazia deliberativa e istanze di accelerazione delle grandi opere: il caso del dibattito pubblico, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020.

Articolo 47

Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC (1)

1. Per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, si applicano le disposizioni seguenti. (2)

2. Gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, producono, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del secondo comma del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

3. Gli operatori economici, diversi da quelli indicati nel comma 2 e che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta. La relazione di cui al primo periodo è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

3-bis. Gli operatori economici di cui al comma 3 sono, altresì, tenuti a consegnare, nel termine previsto dal medesimo comma, alla stazione appaltante la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali. (3)

4. *Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti. Fermo restando quanto previsto al comma 7, è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile. (2)*

5. *Ulteriori misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:*

a) *nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dell'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, degli articoli 35 e 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, ovvero dell'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151; (4)*

b) *utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;*

c) *si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali; (4)*

d) *abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;*

d-bis) *abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68; (5)*

e) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254.

6. I contratti di appalto prevedono l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore agli obblighi di cui al comma 3, al comma 3-bis ovvero al comma 4, commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'articolo 51 del presente decreto. La violazione dell'obbligo di cui al comma 3 determina, altresì, l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse di cui al comma 1. (2)

7. Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. (2)

8. Con linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, sono definiti le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dal presente articolo, indicate misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto. (2)

9. I rapporti e le relazioni previste dai commi 2, 3 e 3-bis sono pubblicati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e comunicati alla Presidenza del consiglio dei ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale. (2)

(1) Rubrica così sostituita dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(3) Comma inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(4) Lettera così modificata dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(5) Lettera inserita dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 47 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, è finalizzato a promuovere le pari opportunità - in correlazione al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246" - e l'inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC.

In tal senso, per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, sia generazionali che di genere, la norma impone l'adempimento di specifici obblighi, anche assunzionali, nell'ambito delle procedure di gara relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Dispositivo di ripresa e resilienza - di cui ai regolamenti (UE) 2021/240 e 2021/241 - e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari - di cui al decreto legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 1° luglio 2021, n. 101 - finalizzato ad integrare gli interventi del PNRR con risorse nazionali (PNC).

Segnatamente, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 - vale a dire le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti - devono produrre, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della conformità dello stesso a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

Gli altri operatori economici - vale a dire quelli che occupano un numero di dipendenti pari o superiore a quindici e inferiore a cento - sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una "relazione di genere" sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni, in relazione ad una serie di elementi indicati dalla disposizione, entro sei mesi dalla conclusione del contratto. Tali operatori - a seguito delle modifiche apportate dalla legge di conversione, con l'inserimento del comma 1-bis nell'articolo 47 in esame - sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante, nel termine previsto dal medesimo comma, la certificazione⁷ che attesti la regolarità con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

Nella stessa impostazione concettuale, le stazioni appaltanti contemplano nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento - quali requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta - criteri

⁷ Trattasi della certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", secondo cui le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengono rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani (con età inferiore a 36 anni) e donne. Il contenuto di tali clausole dev'essere uniformato ai principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione e raccordarsi armonicamente con l'oggetto del contratto e la tipologia e la natura del singolo progetto.

In funzione premiante, ulteriori misure possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato, al ricorrere di determinate circostanze (ad esempio, non essere risultato destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori nei tre anni antecedenti il termine per la presentazione delle offerte).

Nei casi di inosservanza da parte dell'appaltatore degli obblighi sopra illustrati, è prevista l'applicazione di penali commisurate alla gravità della violazione, nonché all'importo complessivo del contratto o delle singole prestazioni contrattuali.

Solo eccezionalmente - qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente specificati ne rendano l'inserimento impossibile o in contrasto con gli obiettivi di universalità, di socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio - le stazioni appaltanti possono escludere l'immissione delle suddette clausole nei bandi di gara o negli avvisi.

La definizione delle modalità e dei criteri applicativi delle misure previste e l'individuazione delle misure premiali sono rimesse a specifiche linee guida da adottarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge n. 77/2021. Con le medesime linee guida saranno, inoltre, predisposti clausole-tipo da inserire nei bandi di gara differenziate per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

In armonia con la normativa anticorruzione, e ai sensi dell'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici, è prevista la pubblicazione dei rapporti e delle relazioni sul profilo del committente e la comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale.

Approfondimenti normativi

Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, “Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246”.

In attuazione dell’articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, è stato adottato il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 3 maggio 2018, “Rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile”, pubblicato nel sito internet del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Approfondimenti giurisprudenziali

Trasparenza e obblighi di pubblicazione – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 29

“La pubblicazione degli atti di gara, ai sensi dell’art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, è invero funzionale a far decorrere il termine d’impugnazione per la parte che ne prospetta la lesività (...), sicché l’omissione di tale obbligo si riflette su tale onere di immediata reazione processuale con conseguente possibilità di contestare, in tal caso, gli atti sopravvenuti e non pubblicati in sede di impugnazione del provvedimento finale (sia esso di aggiudicazione o di esclusione dalla gara).”

T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 24 marzo 2021, n. 948

“ (...) l’individuazione della decorrenza del termine per ricorrere continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla informazione e alla pubblicizzazione degli atti, nonché dalle iniziative dell’impresa che effettui l’accesso informale con una richiesta scritta per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall’art. 76, 2 comma, del “secondo codice” applicabile per identità di ratio anche all’accesso informale. Più precisamente l’Adunanza plenaria ha modulato tale decorrenza nei termini che seguono:

a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara - comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell’art. 29, comma 1, ultima parte, D.Lgs. n. 50 del 2016;

b) dall’acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all’art. 76 D.Lgs. n. 50 del 2016 ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale;

c) dalla proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l’accesso se i motivi

di ricorso consegnano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.”

Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575

“Dalla mera comunicazione dell'elenco delle imprese che sarebbero state invitate alla gara non può farsi discendere la decorrenza del termine di impugnazione, posto che non costituisce ancora un invito (essendo pur sempre necessario un provvedimento formale in tal senso), e che comunque non è l'ammissione del r.t.i. concorrente ad essere stata impugnata, bensì l'aggiudicazione, facendosi valere un vizio che è preesistente all'invito ed all'ammissione dei concorrenti.

Ciò, nella prospettiva secondo la quale il rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni previsto dal comma 2-bis dell'art. 120 cod. proc. amm. costituisca eccezione al regime “ordinario” del processo appalti (a sua volta derogatorio rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 50 del 2016, e della necessità di intendere l'onere di immediata impugnazione limitato alle clausole che impediscono la partecipazione o la rendano incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (...).”

Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2019, n. 378

“Secondo l'interpretazione preferibile, conforme ai principi della Costituzione e del diritto comunitario, il termine per l'impugnazione dell'ammissione di altri concorrenti non può decorrere dalla data della seduta pubblica di gara, anche qualora risulti che il legale rappresentante della società ricorrente sia stato ivi presente, poiché l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. prevede espressamente che il dies a quo per l'impugnativa anticipata delle esclusioni e delle ammissioni decorra dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante, effettuata ai sensi dell'art. 29, del D.lgs. n. 50 del 2016.

Il nuovo comma 2-bis dell'art. 120 è norma processuale di stretta interpretazione, derogatoria dei principi tradizionalmente affermati nel contenzioso sui pubblici appalti. Pertanto, in difetto del contestuale funzionamento del meccanismo di pubblicità degli atti di cui si impone l'immediata impugnazione, la relativa decadenza processuale non può operare, a causa della carenza del presupposto adempimento pubblicitario che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa l'identità delle imprese ammesse e la decorrenza del termine accelerato per l'impugnativa (...). In presenza di dubbi esegetici sull'applicabilità del più rigoroso regime decadenziale, gli stessi devono essere risolti preferendo

l'opzione meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici secondo le direttive europee (...).”

T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262

“(…) l' onere di immediata impugnazione (...) risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività della disposizione che consente l'immediata conoscenza di tale ammissione da parte delle imprese partecipanti e, segnatamente, dell'art. 29 del D.lgs. n. 50 del 2016 (pubblicazione sul profilo del committente nella sezione “Amministrazione trasparente” con l'applicazione delle disposizioni in materia di accesso civico ex D.Lgs. n. 33 del 2013).

In proposito, il citato art. 120, comma 2 bis, prevede che “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11”.

Come affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa (...), in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.”

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843

“La vigenza dell'art. 29, D.Lgs. n. 50 del 2016 non reca motivi per discostarsi, anche nella materia della contrattualistica pubblica, dal consolidato principio per cui in difetto della formale comunicazione dell'atto e nel caso in cui il ricorrente viene ad aver contezza dell'atto prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato (...).”

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582

“(…) nel processo amministrativo, ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso, è sufficiente la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato, al fine di garantire l'esigenza di certezza

giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio ed il giusto processo, garantiti invece dalla congruità del termine temporale per impugnare, decorrente dalla conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali e dalla possibilità di proporre successivi motivi aggiunti (...). Costituisce, infatti, *jus receptum* nella giurisprudenza amministrativa l'orientamento secondo il quale nel processo amministrativo la decorrenza del termine per l'impugnazione deve essere ancorata al momento in cui in concreto si è verificata ed è stata apprezzata la situazione di lesività, atteso che la piena conoscenza del provvedimento causativo non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale, atteso che ciò renderebbe l'attività dell'Amministrazione e le iniziative dei controinteressati suscettibili d'impugnazione *sine die*, in aperta contraddizione con il limite temporale che la legge impone al soggetto di farsi parte diligente (...).”

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696

Articolo 47-bis

Composizione degli organismi pubblici istituiti dal presente decreto (1)

1. Salvo quanto espressamente stabilito dal presente decreto, la composizione degli organismi pubblici istituiti dal medesimo decreto, i cui membri non siano individuati esclusivamente tra i titolari di incarichi di Governo e di altre cariche istituzionali, nonché delle relative strutture amministrative di supporto, è definita nel rispetto del principio di parità di genere, fermo restando il numero di componenti previsto alla data di entrata in vigore del presente decreto.

(1) Articolo inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

Articolo 47-ter

Disposizioni urgenti in materia di affidamenti dei concessionari (1)

1. All'articolo 177, comma 2, primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le parole: "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2022".

(1) Articolo inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

Articolo 47-quater

Misure urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC (1)

1. Ai fini della tutela della libera concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

(1) Articolo inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

Gli articoli 47-bis, 47-ter e 47-quater del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, sono stati inseriti dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 47-bis ribadisce la definizione del principio di parità di genere nella composizione di tutti gli organismi pubblici istituiti con il medesimo decreto legge (salvo quelli i cui membri siano individuati esclusivamente tra i titolari di incarichi di Governo e di altre cariche istituzionali).

L'articolo 47-ter è da leggersi in combinato disposto con l'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici - decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In particolare, l'articolo 177, comma 1, del predetto Codice precisa sostanzialmente che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del provvedimento - non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea - sono obbligati ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Il comma 2 del medesimo articolo impone alle concessioni già in essere di adeguarsi alle disposizioni di cui al comma 1 entro un termine prestabilito, che l'articolo 47-ter del decreto legge n. 77/2021 proroga al 31 dicembre 2022.

L'articolo 47-quater ha la finalità di agevolare le piccole e medie imprese in sede di valutazione delle offerte, mediante la previsione di criteri premiali da inserire nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, fermo restando il rispetto dei principi di derivazione europea e di quelli di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Approfondimenti ANAC

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 177

L’Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera 4 luglio 2018, n. 614 - pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 2 agosto 2018, n. 178 - ha adottato le Linee guida n. 11, recanti: «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione europea».

Le predette Linee guida sono state aggiornate al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 - convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55 - con deliberazione ANAC 26 giugno 2019, n. 570, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 5 agosto 2019, n. 182.

Approfondimenti giurisprudenziali

Concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 177

“ (...) sono pertanto rilevanti (...) e non manifestamente infondate, con riferimento agli artt. 41, comma 1, 3, comma 2, e 97, comma 2, della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, lett. iii), della L. 28 gennaio 2016, n. 11, e dell’art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui stabiliscono l’obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere all’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione Europea, di affidare una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 Euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale e per la salvaguardia delle professionalità, prevedendo che la restante parte possa essere realizzata da società in house di cui all’art. 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.”

Cons. Stato, Sez. V, 19 agosto 2020, n. 5097

La questione di legittimità è stata oggetto di trattazione da parte della Corte Costituzionale nell’udienza pubblica del 5 ottobre 2021 - Comunicato dell’Ufficio Stampa della Corte Costituzionale del 28 settembre 2021, consultabile all’indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210928085904.pdf

La Corte Costituzionale - con sentenza n. 218 depositata in Cancelleria il 23 novembre 2021 - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, e dell'articolo 177, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.

Ciò in quanto “la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione – mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento – costituisce una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica (...).”

Il testo integrale della sentenza è consultabile sul sito della Corte Costituzionale all'indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2021:218

“Ritiene pertanto il Collegio che l'art. 177, nel demandare all'Anac l'individuazione delle “modalità” di “verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1”, abbia inteso affidare a tale Autorità il (solo) compito di precisare, con norme di carattere pratico e prima che si avviasse l'adeguamento delle concessioni, le basi per il calcolo delle percentuali, il momento cui fare riferimento per il rilievo dei parametri di calcolo e la cadenza delle verifiche, ed eventuali altri aspetti concernenti, in via diretta, solo le modalità di rilievo delle c.d. “situazioni di squilibrio”. Il legislatore, invece, nulla ha disposto, nell'ambito dell'art. 177, circa il fatto che l'ANAC potesse emanare direttive interpretative del comma 1 o riguardanti l'ammontare della sanzione, sulla quale pure il legislatore è intervenuto direttamente. Per tale ragione si deve escludere che tutta la parte I delle Linee Guida impugnate, deputata a delimitare l'ambito oggettivo e soggettivo nonché l'ambito temporale di applicazione delle nuove percentuali di esternalizzazione, possa ritenersi espressione del potere regolatorio effettivamente demandato all'Anac dall'art. 177, comma 3. (...)

Il Collegio osserva che è stato più volte affermato che “linee guida non vincolanti” (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo “Codice dei contratti”), lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiano soltanto quale strumento di “regolazione flessibile”, con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte (...).

Dunque, le “linee guida non vincolanti” non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei.”

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 15 luglio 2019, n. 9308

Articolo 48

Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC

- 1. In relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, si applicano le disposizioni del presente titolo, l'articolo 207, comma 1, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nonché le disposizioni di cui al presente articolo. (1)*
- 2. E' nominato, per ogni procedura, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. (1)*
- 3. Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.*
- 4. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. (1)*
- 5. Per le finalità di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 59, commi 1, 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la conferenza di servizi di cui all'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo. In entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. In ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell'approvazione del progetto definitivo partecipa anche*

l'affidatario dell'appalto, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi. A tal fine, entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il responsabile unico del procedimento avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto.

6. Le stazioni appaltanti che procedono agli affidamenti di cui al comma 1, possono prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui all'articolo 23, comma 1, lettera h), del decreto legislativo n. 50 del 2016. Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, sono stabilite le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti elettronici di cui al primo periodo, assicurandone il coordinamento con le previsioni di cui al decreto non regolamentare adottato ai sensi del comma 13 del citato articolo 23.

7. Per gli interventi di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 215 del decreto legislativo n. 50 del 2016, il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici è reso esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro. In tali casi, il parere reso dal Consiglio Superiore, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, non riguarda anche la valutazione di congruità del costo. In relazione agli investimenti di cui al primo periodo di importo inferiore ai 100 milioni di euro, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2026, si prescinde dall'acquisizione del parere di cui all'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Con provvedimento del Presidente del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le modalità di presentazione delle richieste di parere di cui al presente comma, è indicato il contenuto essenziale dei documenti e degli elaborati di cui all'articolo 23, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016, occorrenti per l'espressione del parere, e sono altresì disciplinate, fermo quanto previsto dall'articolo 44 del presente decreto, procedure semplificate per la verifica della completezza della documentazione prodotta e, in caso positivo, per la conseguente definizione accelerata del procedimento. (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 48 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, introduce misure di semplificazione nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC.

In tal senso, la norma dispone che alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, totalmente o parzialmente, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, si applica un regime connotato da elementi di specialità, derivante dall'applicazione di una serie di disposizioni:

- a) quelle recate dall'articolo 48 e, più in generale, dalle norme contenute nel Titolo IV - Contratti pubblici - del decreto in esame;
- b) l'articolo 207, comma 1, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34 (convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77), inteso ad assicurare la liquidità delle imprese appaltatrici.

Per ogni procedura viene nominato un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione, valida e approva le fasi progettuali o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, che individua i soggetti – distinti per soglia - deputati a svolgere l'attività di verifica preventiva della progettazione. Viene, altresì, circoscritto il perimetro applicativo delle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara: le stazioni appaltanti possono, infatti, ricorrere a tale procedure – disciplinate, per i settori ordinari, dall'articolo 63 del Codice dei contratti pubblici e, per i settori speciali, dall'articolo 125 del medesimo Codice – solo eccezionalmente, qualora, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili (ovviamente non imputabili alla stazione appaltante), l'applicazione dei termini previsti dalle procedure ordinarie possa compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR, del PNC e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.

Sotto il profilo processuale - per l'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento delle opere relative al PNRR o al PNC - si rinvia alle disposizioni sulle controversie relative alle infrastrutture strategiche, di cui all'articolo 125 c.p.a. (codice del processo amministrativo - decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

L'articolo 48 contempla, altresì, una deroga espressa all'articolo 59 del Codice dei contratti pubblici - disciplinante la scelta delle procedure e l'oggetto del contratto - stabilendo che è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del Codice, fermo restando che su tale progetto è sempre convocata la conferenza di servizi preliminare (delineata nell'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241).

L'affidamento, pertanto, avviene mediante acquisizione del progetto definitivo

in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo. In entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo deve indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori.

In ogni caso, alla conferenza di servizi indetta per l'approvazione del progetto definitivo partecipa anche l'affidatario dell'appalto, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi. A tal fine, entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il responsabile unico del procedimento avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto.

In funzione premiale, le stazioni appaltanti possono prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l'assegnazione di un punteggio per l'uso nella progettazione dei metodi e degli strumenti elettronici di cui all'articolo 23 del Codice dei contratti. Tali strumenti devono avvalersi di piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari; ciò al fine di assicurare massimamente il principio della libera concorrenza.

E' demandata a uno specifico provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili l'individuazione di regole e di specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e degli strumenti elettronici; e, a tal fine è stato adottato il decreto ministeriale 2 agosto 2021, n. 312.

Va da sé che tale regolamentazione sia in linea con il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 1° dicembre 2017, n. 560 - attuativo dell'articolo 23, comma 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - pubblicato nel sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in data 12 gennaio 2018.

Da ultimo, sono previste ulteriori misure di semplificazione procedurale in relazione al parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici, che è reso - come sopra già anticipato - esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale o comunque finanziati dallo Stato per almeno il 50% di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

Approfondimenti ANAC

Linee guida n. 8, “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” adottate con delibera del 13 settembre 2017, n. 950

“Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale, spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l’esistenza dei presupposti che giustificano l’infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l’impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l’infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard. Ne consegue, pertanto, che qualora questi ultimi siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all’art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell’operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all’art. 59 d.lgs. 50/2016, osservando quanto disposto dall’art. 68, comma 6, lgs. 50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere. Di contro, quando il rispetto di particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionale, determina l’impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti potranno utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, fermo restando l’obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.”

Parere del Consiglio di Stato 6 luglio 2017, n. 1708, sulle linee guida ANAC n. 8

“Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, questo Consesso si limita a richiamare i propri precedenti pareri sullo schema di codice e sulle linee guida in tema di OEPV, SIA e RUP, e ribadisce quanto affermato nel precedente parere interlocutorio. Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e dall’art. 213, codice, è da ritenere che le linee guida in esame appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti. Invero,

l'art. 63, codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi. Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, c. 2, codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando. (...)

Il testo delle nuove linee guida appare congruo con gli obiettivi perseguiti, assistito da appropriata consultazione e istruttoria, e non dà luogo a rilievi.

Resta ferma la necessità di un monitoraggio successivo da parte dell'ANAC sulla osservanza, da parte delle stazioni appaltanti, di tali linee guida, e, più in generale, sul fenomeno delle procedure negoziate senza bando, anche alla luce di quanto sopra esposto, in ordine a quella che sembra essere, a prima lettura, una lievitazione in aumento di 5 miliardi del valore degli affidamenti senza gara dal 2014 al 2016.”

Linee guida n. 4, “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”

Nelle more dell'adozione del nuovo regolamento governativo di attuazione del Codice dei contratti pubblici, le Linee guida n. 4 sono state più volte aggiornate, da ultimo, con deliberazione del Consiglio dell'Autorità del 10 luglio 2019.

I testi aggiornati sono reperibili sul sito dell'Autorità Anticorruzione all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/-/linee-guida-n.-4>

Approfondimenti giurisprudenziali

Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 63

“L'articolo 63 individua una procedura derogatoria rispetto alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti pubblici, che costituiscono presidio dei principi comunitari di massima trasparenza e concorrenzialità, e pertanto risulta legittima solo nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste da tale disposizione, che costituisce norma di stretta applicazione. (...). Determinando tale modalità di selezione del contraente una restrizione della concorrenza, nelle Linee guida n. 8 (Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili) ANAC ha sottolineato come il presupposto delle procedure de quibus sia l'infungibilità della fornitura o del servizio, che deve essere debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione. Spetta quindi alla stazione appaltante la verifica rigorosa dell'impossibilità di ricorrere a fornitori o a soluzioni alternative sul mercato, perché neppure un presunto più alto

livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Le stazioni appaltanti devono inoltre adottare tutte le misure necessarie per prevenire il rischio di "lock in" ovvero per evitare che siano le stesse decisioni di acquisto assunte in un certo momento a vincolare le decisioni future, rendendo difficile la scelta di un diverso fornitore alla scadenza del periodo contrattuale e determinando quindi l'infungibilità delle prestazioni.

Costituendo l'istituto della procedura negoziata senza pubblicazione del bando un'eccezione ai principi generali, la stessa giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (...)."

T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 aprile 2021, n. 372

"L'art. 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara), al comma 2, lett. b), prevede, tra i casi tassativi cui è possibile far ricorso a tale modalità di scelta del contraente, "Quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici".

È poi specificato che "Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto".

Per effetto di tale disposizione citata, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata - e nel caso di unico operatore presente sul mercato all'affidamento diretto - se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (...).

In tale condizione, infatti, per l'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (...)."

Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239

" (...) allorché il bando rechi una clausola impeditiva della partecipazione, lo stesso può essere impugnato senza che sia necessario gravare la successiva aggiudicazione.

Non occorre, infatti, impugnare l'aggiudicazione se sono stati impugnati gli atti, a monte, di indizione della gara, in quanto l'annullamento del bando travolge anche il provvedimento di aggiudicazione, comportando l'accoglimento dei motivi diretti alla caducazione di norme generali della *lex specialis* un effetto caducante dell'intera procedura.

(...) I chiarimenti della Stazione appaltante possono, infatti, costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale (...), meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (...): ciò

è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (...), in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono.

I chiarimenti non sono invece ammissibili allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante per la Commissione giudicatrice (...); dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante.

Con i chiarimenti non sono, dunque, possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la ratio, violandosi altrimenti il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (...).”
Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, n. 4758

“L'operatività del principio in tema di rinnovazione o di proroga di un appalto si rinverrebbe anche nell'articolo 63, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale l'affidamento diretto è possibile nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.”

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 1312

“ In tema di interpretazione delle clausole della *lex specialis* deve ritenersi che esse vincolino tanto i concorrenti quanto la stazione appaltante, in capo alla quale non sussiste alcun margine di discrezionalità per la loro concreta attuazione; ne consegue che essa non potrebbe disapplicare tali regole nemmeno qualora risultino formulate in modo inopportuno o incongruo, potendo, in tal caso, al più, ricorrere all'autotutela annullando il bando di gara (...).

Ne discende, parimenti, che a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita

l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (...) il giudizio espresso al riguardo dalla commissione di gara rappresenta tipica manifestazione della discrezionalità tecnica di cui è titolare la pubblica amministrazione, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale salvi i casi di macroscopica illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza e/o travisamento dei fatti (...)"

T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 59

"(...) pur costituendo la procedura negoziata un segmento procedimentale autonomo rispetto alla originaria gara pubblica, nel concreto caso di specie la lettera di invito alla stessa procedura non contiene una disciplina compiuta ed autosufficiente avente ad oggetto la puntuale regolamentazione dei relativi adempimenti concorsuali, ma è strutturata quale appendice della gara pubblica che è richiamata nelle premesse e di cui sostanzialmente viene rinnovata la disciplina. Vero è che nella lettera di invito alla procedura negoziata è esplicitamente richiamato soltanto il capitolato speciale della gara pubblica, ma è anche vero che la stessa lettera di invito è chiaramente concepita quale rinnovazione integrale della disciplina della gara pubblica, dal momento che, diversamente opinando, la stessa lettera di invito costituirebbe una sorta di "guscio vuoto" e non consentirebbe la presentazione di una offerta consapevole, né tanto meno lo svolgimento delle operazioni concorsuali. (...)

L'unico modo per attribuire un senso compiuto alla disciplina di cui alla lettera di invito, secondo un criterio di buona fede volto alla individuazione di una soluzione interpretativa logicamente sostenibile e del significato che il destinatario può ragionevolmente intendere (art. 1366 c.c.), è di ritenere che essa, in ossequio al criterio di cui all'art. 125, co. 1, lett. a), d.lgs. 50/2016, sia pedissequamente reiterativa delle condizioni essenziali della *lex specialis* della gara pubblica indicata nelle premesse della stessa lettera di invito (...)."

T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 31 maggio 2018, n. 1132

Approfondimenti dottrinari

S. Cocchi, "La motivazione adeguata nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: casi pratici e conseguenze", in *Azienditalia* 6/2021

Articolo 49
Modifiche alla disciplina del subappalto

1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto:

a) fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

E' soppresso l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55; (1)

b) all'articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

1) al comma 1, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: "A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.";

2) al comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: "Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.".

2. Dal 1° novembre 2021, al citato articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

a) al comma 2, il terzo periodo è sostituito dal seguente: "Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e

di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.”;

b) il comma 5 è abrogato;

b-bis) al comma 7, secondo periodo, le parole da: “la certificazione attestante” fino alla fine del periodo sono sostituite dalle seguenti: “la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81”; (2)

c) al comma 8, il primo periodo è sostituito dal seguente: “Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto.”.

3. Le amministrazioni competenti:

a) assicurano la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di cui all'articolo 81 del decreto legislativo n. 50 del 2016, come modificato dall'articolo 53 del presente decreto; (1)

b) adottano il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'articolo 105, comma 16, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 8, comma 10 - bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120;

c) adottano entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto il regolamento di cui all'articolo 91, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

4. Per garantire la piena operatività e l'implementazione della banca dati di cui al comma 3, lettera a), è autorizzata la spesa di euro 1 milione per l'anno 2021 e di euro 2 milioni per ciascuno degli anni dal 2022 al 2026. Ai relativi oneri si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

(1) Lettera così modificata dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Lettera inserita dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 49 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, nell'apportare modifiche alla disciplina del subappalto – delineata nell'articolo 105 del decreto legislativo

18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – introduce un sistema “misto”, che opera su tre diversi binari:

- un meccanismo transitorio (fino al 31 ottobre 2021) di immediata vigenza;
- un meccanismo a regime, con efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto;
- un meccanismo a regime, con efficacia a decorrere dal 1° novembre 2021.

In tale prospettiva, la norma interviene sia sulle disposizioni transitorie recate dal decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, (cd. “sblocca-cantieri”) sia su quelle “ordinarie”, modificando direttamente il Codice dei contratti pubblici, seppur con l’efficacia temporale differenziata di cui si è detto.

Nelle modifiche del primo tipo rientrano, in particolare, quelle che consentono il ricorso al subappalto fino al 50% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture, con conseguente esplicita abrogazione del regime transitorio del decreto “sblocca-cantieri” (che, fino al 30 giugno 2021, fissava il limite del 40% dell’importo complessivo del contratto per il ricorso a detto istituto). Nella stessa impostazione concettuale e metodologica, viene introdotta una deroga anche in relazione al limite del 30% recato dall’articolo 105, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, per le categorie cd. SIOS (Strutture impianti ed opere speciali). Rientrano, invece, nel regime di immediata vigenza (dalla data di entrata in vigore del provvedimento in commento, ossia dal 1° giugno 2021), le seguenti disposizioni:

1) divieto di cessione del contratto ovvero di affidamento dell’integrale esecuzione delle prestazioni o delle lavorazioni, nonché della prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera;

2) abrogazione del limite del 20% di ribasso per le prestazioni concesse dall’affidatario in subappalto. Tale previsione è, tuttavia, controbilanciata da una serie di garanzie:

- per le prestazioni affidate in subappalto, il subappaltatore deve comunque garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto;
- ai lavoratori deve essere riconosciuto un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l’applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l’oggetto dell’appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell’oggetto sociale del contraente principale.

Infine, a decorrere dal 1° novembre 2021, le stazioni appaltanti, previa motivazione da esplicitare nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, dovranno indicare nei documenti di gara le

prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario, in ragione:

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui alle categorie SIOS;
- dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e, più in generale, dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni lavorative e della salute e sicurezza dei lavoratori;
- della necessità di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle "white list" ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita per il SISMA 2016.

A decorrere dal 1° novembre 2021, quindi, verrà definitivamente meno ogni limite generale ed astratto per il ricorso al subappalto e verrà, invece, rimessa ad una valutazione delle stazioni appaltanti – effettuata "gara per gara" – un'eventuale limitazione del ricorso a tale istituto, motivata sulla base delle specifiche esigenze sopra indicate. Sempre a decorrere dal 1° novembre 2021, è prevista:

- l'abrogazione del divieto di subappalto oltre il 30% per le categorie SIOS;
- la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto, da parte del contraente principale e del subappaltatore.

In fase di conversione del decreto legge n. 77/2021, è stata, inoltre, introdotta - con analogia decorrenza differita dal 1° novembre 2021 - una modifica del comma 7 dell'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici: al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario ha l'onere di trasmettere la *dichiarazione* del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione e il possesso dei requisiti speciali; la stazione appaltante dovrà poi verificare la veridicità di tale dichiarazione tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

La novità apportata è evidente laddove si consideri che, ai sensi del (ormai) previgente comma 7 dell'articolo 105, al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario doveva trasmettere sia la *certificazione* attestante il possesso, da parte del subappaltatore, dei requisiti di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata sia la *dichiarazione* del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione (di cui all'articolo 80 del medesimo Codice dei contratti pubblici).

Con la riformulazione di cui si è detto, dal 1° novembre 2021, sarà sufficiente per l'affidatario trasmettere la dichiarazione del subappaltatore in merito al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, non essendo più necessaria la certificazione afferente ai requisiti speciali.

Infine, viene confermata l'immediata vigenza dell'obbligo per le amministrazioni competenti di:

- 1) assicurare la piena operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- 2) predisporre il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera;
- 3) adottare, entro 90 giorni, il regolamento ministeriale – di cui all'articolo 91, comma 7,⁸ del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (cd. Codice antimafia) – finalizzato a individuare le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali.

Per connessione tematica, è doveroso evidenziare, infine, che, ai sensi dell'articolo 53 del decreto legge n. 71/2021, è prorogata fino al 31 dicembre 2023 la sospensione dell'obbligo di indicazione in gara della terna dei subappaltatori, disposta dal decreto legge “sblocca-cantieri” .

⁸ Per una lettura agevolmente coordinata, si riporta testualmente l'articolo 91, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159: “ 7. Con regolamento, adottato con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, sono individuate le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all'articolo 67.”

Approfondimenti ANAC

Delibera n. 694 del 20 ottobre 2021 – Divieto di subappalto

Nella seduta del Consiglio del 20 ottobre 2021, l’Autorità nazionale anticorruzione ha ritenuto non conforme alla normativa di settore la clausola della *lex specialis* di gara che vieta indiscriminatamente il ricorso all’istituto del subappalto.

La delibera ANAC è consultabile all’indirizzo:

https://www.anticorruzione.it/-/subappalto-illegittime-le-clausole-di-divieto-nelle-gare?inheritRedirect=true&redirect=%2Frisultati-ricerca%3Fq%3Dsubappalto%26sort%3DpublishDate_sortable-

Chiarimenti in materia di subappalto del 15 ottobre 2021

Nella seduta del Consiglio del 6 ottobre 2021, l’Autorità nazionale anticorruzione ha fornito i seguenti chiarimenti in merito all’utilizzo del subappalto:

“Fino alla riforma del decreto Semplificazioni era consentita una quota specifica di subappalto, distinta e separata da quella generale del 30%, in modo tale che la quota subappaltabile complessiva poteva arrivare al 70%. Ora la quota subappaltabile è stata innalzata transitoriamente al 50%, ma tale limite risulta la quota massima complessiva raggiungibile. Pertanto, il limite massimo di opere subappaltabili deve essere calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto, senza poter distinguere (come era precedentemente) tra categorie super specialistiche e altre categorie di lavorazioni.

In tal senso, pur essendo innalzato il limite generale in subappaltabilità al 50%, risulta esclusa la possibilità di subappaltare la percentuale ulteriore delle lavorazioni rientranti nelle categorie super specialistiche. Questo vale nella fase transitoria attuale. Nel periodo definitivo, a partire dal 1° novembre 2021, si affermerà il regime della subappaltabilità integrale delle opere fatte salve le opere da eseguire a cura dell’aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto. Si assisterà, quindi, all’abbattimento di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto.

Le stazioni appaltanti saranno chiamate a indicare nei documenti di gara le prestazioni oggetto del contratto di appalti non subappaltabili da eseguire a cura dell’aggiudicatario. Pertanto, dal prossimo 1° novembre entra a regime la subappaltabilità integrale del contratto, salvo disposizioni speciali degli atti di gara per parti di opera singolarmente indicate.

L’impatto sul mercato di tale nuova disciplina è sensibile e particolarmente rilevante. Rappresenta un approdo cui il Legislatore nazionale giunge dopo trent’anni di travagliato rapporto con la Corte di Giustizia della Ue. La giurisprudenza recente della Corte di Giustizia (novembre 2019), infatti ha posto fine al problema con due pronunce, investendo la disciplina italiana.”

I chiarimenti dell'ANAC sono reperibili sul sito www.anticorruzione.it all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/-/chiarimenti-di-anac-in-materia-di-subappalto-cambia-la-quota-complessiva-raggiungibile?redirect=%2F>

Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019 concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Con l'atto di segnalazione in argomento⁹, l'ANAC ha formulato proposte per un

⁹ L'ANAC esercita il potere di segnalazione ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lett. d), del Codice dei contratti pubblici:

“Art. 213

1. *Omissis*

2. *Omissis*

3. Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità:

a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f-bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice;

b) vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario;

c) segnala al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore;

d) formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore;

e) predisporre e invia al Governo e al Parlamento la relazione prevista dall'articolo 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, come modificato dall'articolo 19, comma 5-ter, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, annuale sull'attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni;

f) vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori;

g) vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'articolo 163 del presente codice;

h) per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara;

h-bis) al fine di favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, provvede con apposite linee guida, fatte salve le normative di settore, all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, avvalendosi a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'ISTAT e degli altri enti del Sistema statistico nazionale, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, avvalendosi eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.”

organico intervento di modifica della disciplina del subappalto di cui all'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, alla luce della sentenza Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) del 26 settembre 2019 (causa C-63/18)¹⁰ che, nell'esaminare una domanda di pronuncia pregiudiziale del TAR Lombardia, ha statuito la non conformità al diritto europeo della norma nazionale che prevede un limite quantitativo al subappalto per prevenire rischi di infiltrazione criminale. Come si evince dalla lettura dell'atto di segnalazione, l'Autorità auspica una "opportuna compensazione" tra le esigenze di flessibilità imprenditoriale riconosciute a livello europeo e quelle di sicurezza pubblica nazionale, che devono rimanere impregiudicate malgrado il contenuto della pronuncia della Corte di Giustizia.

A parere dell'ANAC, la sentenza della CGUE non ha "liberalizzato" del tutto il subappalto, ovvero non ha sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrere illimitatamente al subappalto. Se da un lato, infatti, il giudice europeo ha censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, dall'altro non sembra aver previsto la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata.

Secondo l'Autorità, il giudice europeo lascerebbe in qualche modo intendere che la limitazione non è in sé inammissibile quanto, piuttosto, che l'entità del limite previsto (pari 30% al momento della decisione) appare eccessiva e sproporzionata rispetto allo scopo da perseguire.

L'Atto di segnalazione è consultabile all'indirizzo:

<https://www.anticorruzione.it/-/atto-di-segnalazione-n.-9-del-13-novembre-2019>

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "subappalto" 2017-2018

L'ANAC ha pubblicato un documento che commenta e riporta i pareri di precontenzioso in materia di subappalto formulati negli anni 2017 e 2018, con particolare riferimento alle condizioni e ai limiti del subappalto, alla terna dei subappaltatori e alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

La rassegna è disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione all'indirizzo:

https://www.anticorruzione.it/-/rassegna-raionata-delle-massime-di-precontenzioso-in-tema-di-subappalto-2017-2018?inheritRedirect=true&redirect=%2Frisultati-ricerca%3Fq%3Dsubappalto%26sort%3DpublishDate_sortable-

¹⁰ Il testo della sentenza della Corte di giustizia UE è consultabile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0063>

Approfondimenti giurisprudenziali

Subappalto – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 105

“ (...) va data continuità all’indirizzo giurisprudenziale secondo cui la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l’ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, e 27 novembre 2019, C-402/18 (...).

L’art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e con l’amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell’appalto non sono contratti di subappalto (l’incipit dell’art. 105, comma 3, cit. fornisce un’univoca indicazione testuale in tal senso: “Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto ...”). La norma in questione pertanto delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici, ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).

La distinzione tra le due figure contrattuali (subappalto e lavoro autonomo) si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l’amministrazione, sostituendosi all’affidatario; nell’altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell’aggiudicatario che le riceve, inserendole nell’organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all’amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un’alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall’appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all’interno dell’organizzazione imprenditoriale dell’appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale.

Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto (il che, nella concreta fattispecie, non risulta).”

Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150

“Nell’interpretazione dell’art. 105, comma 3, lett. c-bis), cit. (secondo cui “non si configurano come attività affidate in subappalto ... le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell’appalto”) si è affermato in giurisprudenza che le prestazioni oggetto di siffatti contratti sono rivolte a favore dell’operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest’ultimo come avviene nel caso del subappalto (...). È stato altresì affermato che l’istituto de quo, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all’impresa “convenzionata” (...). In questa prospettiva il difetto di qualsiasi elemento della fattispecie descritta all’art. 105, comma 3, lett. c-bis), comporterebbe l’applicazione integrale della disciplina sul subappalto; e in particolare di quanto previsto dall’art. 105, comma 4, lett. c) (secondo cui “i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché (...) all’atto dell’offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare”).

Tuttavia l’impostazione del problema in termini di deroga della norma sui contratti continuativi di cooperazione rispetto alla disciplina del subappalto non tiene conto della differenza specifica che intercorre tra i due tipi di contratti, che emerge anche dalle norme sopra richiamate. L’art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni (e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e di rapporti con l’amministrazione appaltante), giunge alla conclusione che i contratti continuativi di cooperazione non sono contratti di subappalto (l’incipit dell’art. 105, comma 3, cit. fornisce un’univoca indicazione testuale in tal senso: “Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto ...”). La norma sui contratti di cooperazione delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).”

Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2021, n. 2962

“(…) deve inferirsi l’illegittimità, per contrasto con l’art. 71 della direttiva 2014/24, delle sopra riportate disposizioni dell’art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e, in generale, delle ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati al subappalto delle prestazioni contrattuali, fermo restando il potere della stazione

appaltante di valutare e adeguatamente motivare, in relazione alla specificità del caso, la previsione di eventuali limiti proporzionati allo specifico obiettivo da raggiungere. Come noto, le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario. (...)

La norma comunitaria di cui la stazione appaltante ha disposto l'applicazione in luogo di quella interna (ad oggi non abrogata) non può tuttavia applicazione alla procedura di gara, poiché la prevalenza della prima sulla seconda ne presuppone l'applicabilità alla fattispecie concreta realizzandosi, in caso contrario, una violazione della legge nazionale vigente. La stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato (...) che, con riferimento all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (...).

Nel caso di specie, tuttavia, non solo ha espressamente disposto la diretta applicazione della direttiva 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero, così che, sotto tale dirimente profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 105 comma 5 D.Lgs. n. 50 del 2016, alla quale consegue l'accoglimento del ricorso, con riferimento alla domanda caducatoria, e così l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 8 febbraio 2021, n. 1575

“ (...) in una situazione di obiettiva incertezza dipendente dal fatto che le clausole della *lex specialis* risultano malamente formulate, si prestino comunque ad incertezze interpretative o siano equivoche, la risposta dell'amministrazione appaltante ad una richiesta di delucidazioni avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole della procedura, ma una sorta d'interpretazione autentica con la quale la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e riconducendo a sistema le confliggenti previsioni della disciplina di gara.

In queste ipotesi, i chiarimenti operano a beneficio di tutti e, laddove trasparenti, tempestivi e pubblici, non comportano, se giustificati da un oggettiva incertezza della *lex specialis*, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione.”

Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2021, n. 876

“L’articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l’amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l’obbligo, di escludere l’operatore economico che ha presentato l’offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell’appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell’offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l’articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione”.

Corte Giustizia Unione Europea, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 395/18

“ (...) Il subappalto dà infatti luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all’esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall’art. 105, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016 (...).”

Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389

Approfondimenti dottrinari

A. Pradella, Appalti pubblici tra “milleproroghe” e semplificazioni: “il punto e virgola” su affidamenti diretti, subappalto, anticipazione del prezzo e riconoscimento maggiori oneri da Covid- 19, 2021, in www.giustizia-amministrativa.it

C. Deodato, Il Subappalto: un problema o un’opportunità?, 2017, in www.giustizia-amministrativa.it

Articolo 50

Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC

1. *Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, in relazione alla esecuzione dei contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dai citati regolamenti, nonché dalle risorse del PNC, e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, si applicano le disposizioni del presente titolo, nonché le disposizioni del presente articolo.*

2. *Decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, la consegna dei lavori, la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all'articolo 5 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, il responsabile o l'unità organizzativa di cui all'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, titolare del potere sostitutivo in caso di inerzia, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. (1)*

3. *Il contratto diviene efficace con la stipulazione e non trova applicazione l'articolo 32, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.*

4. *La stazione appaltante prevede, nel bando o nell'avviso di indizione della gara, che, qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine ivi indicato, è riconosciuto, a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce imprevisti, nei limiti delle risorse ivi disponibili, sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte. In deroga all'articolo 113-bis del decreto legislativo n. 50 del 2016, le penali dovute per il ritardato adempimento possono essere calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al*

ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 20 per cento di detto ammontare netto contrattuale.

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 50 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, introduce semplificazioni procedurali volte ad accelerare l'esecuzione dei contratti pubblici rientranti nel PNRR e nel PNC.

In tale prospettiva, la norma stabilisce che - in caso di decorso infruttuoso dei termini per la stipulazione del contratto, per la consegna dei lavori, per la costituzione del collegio consultivo tecnico, per gli atti e le attività relativi alla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, nonché degli altri termini normativamente previsti per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC - il potere sostitutivo facente capo al responsabile o all'unità organizzativa adibita (ai sensi dell'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241)¹¹ viene esercitato entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto.

In tal modo, con la dimidiazione dei siffatti termini procedurali, si intende garantire il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR, del PNC e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

Nella medesima ottica semplificatrice, l'articolo in esame introduce un'importante disposizione derogatoria dell'articolo 32, comma 12¹², del Codice dei contratti pubblici: il contratto diviene, infatti, efficace con la stipulazione, senza necessità di essere sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti.

Infine, nei casi di anticipata ultimazione dei lavori, la stazione appaltante può riconoscere un "premio di accelerazione" determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale; così come, nei casi di ritardato adempimento, dispone l'innalzamento dell'importo delle penali.

11 Per un approfondimento del potere sostitutivo, di cui all'articolo 2, comma 9-bis, della legge n. 241/1990, modificato dall'articolo 61 del decreto legge n. 77/2021, si rinvia all'appendice normativa.

12 Ai sensi dell'articolo 32, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, "Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti". Secondo accreditato indirizzo dottrinale (M.S. Giannini), l'approvazione è una fattispecie integrativa dell'efficacia del contratto, sicché essa integra una *condicio juris* del contratto, in quanto preordinata a rendere efficace ed eseguibile un contratto già perfetto.

Approfondimenti giurisprudenziali

Fasi delle procedure di affidamento – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 32

“Il bando, costituendo la *lex specialis* del concorso, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l’operato dell’amministrazione pubblica, 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. (...) In altri termini, dai contenuti precettivi evincibili dalla legge di gara è possibile evincere come principio di fondo, ed in linea con la stessa dimensione ontologica di una procedura selettiva, l’ammissibilità di due sole tipologie di offerte, quelle migliorative o, eventualmente, le offerte prive di migliorie, ma evidentemente non anche offerte *in pejus*.”

Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2021, n. 5203

“Il particolare meccanismo di conclusione del contratto previsto dall’art. 1327 del codice civile (rubricato “Esecuzione prima della risposta dell’acceptante”) appare inapplicabile al sistema dei contratti pubblici, nei quali l’eventuale esecuzione anticipata in via d’urgenza della prestazione contrattuale non può assurgere ad avvenuta stipulazione del contratto, con tutte le conseguenze che ne derivano.

L’art. 32, comma 14, del codice impone infatti che il contratto sia stipulato con atto pubblico notarile o mediante scrittura privata “a pena di nullità” e la sanzione della nullità esclude che possano esistere forme equipollenti di stipulazione, fra cui quella di cui al citato art. 1327 del codice civile.

Il menzionato comma 14 consente altresì, per i casi di minore rilevanza economica, la stipulazione non attraverso un documento unitario e contestuale - come è ad esempio l’atto pubblico notarile - bensì attraverso lo scambio di lettere secondo l’uso del commercio ma anche per tale ipotesi non viene ammessa la stipulazione attraverso l’esecuzione senza risposta da parte del destinatario della proposta contrattuale, in base al più volte richiamato art. 1327 del codice civile.

D’altronde il contratto con la Pubblica Amministrazione, di cui al codice dei contratti pubblici, determina per le parti tali e rilevanti conseguenze che il legislatore impone che la volontà del contraente privato debba essere espressa e non desumibile dal semplice comportamento materiale del soggetto che esegue la prestazione richiestagli senza una preventiva risposta al proponente.”

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 luglio 2021, n. 1655

“(…) alla luce del quadro normativo vigente non è più possibile distinguere un provvedimento di aggiudicazione provvisoria autonomo rispetto a quello di aggiudicazione definitiva, prevedendosi soltanto, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 32, comma 5, e 33 D.Lgs. n. 50 del 2016, la proposta di aggiudicazione e - previa verifica della stessa - il provvedimento di aggiudicazione della gara.”
Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2021, n. 3709

“Se è vero, infatti, in via generale, che l’annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori, è anche vero che tale regola dev’esser armonizzata e coordinata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte (a tutela dell’imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti). Tale regola implica che - nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell’offerta tecnica e quella dell’offerta economica (come nel caso in esame, in cui la stazione appaltante ha scelto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa) - le offerte economiche devono restare segrete fino alla conclusione della fase relativa alla valutazione di quelle tecniche, a presidio della genuinità, della trasparenza e della correttezza delle operazioni valutative (che resterebbero irrimediabilmente compromesse e inquinate da un’anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche).”

Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2819

Articolo 51
Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76

1. Al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

1) al comma 1, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 2:

2.1. la lettera a) è sostituita dalla seguente: "a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione;"; (1)

2.2. alla lettera b), le parole "di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016" sono sostituite dalle seguenti: "di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016";

b) all'articolo 2:

1) al comma 1, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 2, le parole "agli articoli 61 e 62" sono sostituite dalle seguenti: "all'articolo 62";

b-bis) all'articolo 2-ter:

1) al comma 1, lettera a), le parole: "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 1, lettera b), le parole: "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023" e dopo le parole: "legati alla stessa funzione," è inserita la seguente: "anche"; (2)

c) all'articolo 3:

1) al comma 1, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 2, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2-bis) al comma 3, dopo le parole: "esiti delle interrogazioni" sono inserite le seguenti: ", anche demandate al gruppo interforze tramite il 'Sistema di indagine' gestito dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno," (3);

d) all'articolo 5:

1) al comma 1, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 2, le parole "su determinazione" sono sostituite dalle seguenti: "su parere";

e) all'articolo 6:

1) al comma 1, le parole "31 dicembre 2021", ovunque ricorrano, sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

2) al comma 2, secondo periodo, dopo le parole "ciascuna di esse nomi uno o due componenti" sono inserite le seguenti: ", individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal primo periodo,";

3) al comma 3, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile."; (1)

4) al comma 7, il secondo periodo è soppresso e, al quarto periodo, dopo le parole “fino a un quarto” sono inserite le seguenti: “e di quanto previsto dalle linee guida di cui al comma 8-ter”;

5) dopo il comma 8 è inserito il seguente: “8-bis. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, con provvedimento del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sono approvate apposite Linee guida volte a definire, nel rispetto di quanto stabilito dal presente articolo, i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell’opera, nonché all’entità e alla durata dell’impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflativi e contenziosi esistenti. Con il medesimo decreto, è istituito presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio dell’attività dei collegi consultivi tecnici. A tale fine, i Presidenti dei collegi consultivi provvedono a trasmettere all’Osservatorio gli atti di costituzione del collegio e le determinazioni assunte dal collegio, entro cinque giorni dalla loro adozione. Ai componenti dell’osservatorio non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati. Al funzionamento dell’Osservatorio si provvede nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie del Consiglio superiore dei lavori pubblici disponibili a legislazione vigente” (1);

f) all’articolo 8, comma 1, le parole “31 dicembre 2021” sono sostituite dalle seguenti: “30 giugno 2023”;

f-bis) all’articolo 10, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

“2-bis. In deroga alle disposizioni del decreto del Ministro per la sanità 5 luglio 1975, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18 luglio 1975, con riferimento agli immobili di interesse culturale, sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42:

a) l’altezza minima interna utile dei locali adibiti ad abitazione è fissata in 2,4 metri, riducibili a 2,2 metri per i corridoi, i disimpegni in genere, i bagni, i gabinetti e i ripostigli;

b) per ciascun locale adibito ad abitazione, l’ampiezza della finestra deve essere proporzionata in modo da assicurare un valore di fattore luce diurna medio non inferiore all’1 per cento e, comunque, la superficie finestrata apribile non deve essere inferiore a un sedicesimo della superficie del pavimento;

c) ai fini della presentazione e del rilascio dei titoli abilitativi per il recupero e per la qualificazione edilizia degli immobili di cui al presente comma e della segnalazione certificata della loro agibilità, si fa riferimento alle dimensioni legittimamente preesistenti anche nel caso di interventi di ristrutturazione e di modifica di destinazione d'uso"; (2)

g) all'articolo 13, comma 1, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

h) all'articolo 21, comma 2, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023".

2. La proroga di cui al comma 1, lettera b), numero 1), non si applica alle disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 2 del decreto-legge n. 76 del 2020.

3. Le modifiche apportate dal comma 1, lettera a), numero 2), numeri 2.1 e 2.2, all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b), del decreto-legge n. 76 del 2020 si applicano alle procedure avviate dopo l'entrata in vigore del presente decreto. Per le procedure i cui bandi o avvisi di indizione della gara siano pubblicati prima dell'entrata in vigore del presente decreto ovvero i cui inviti a presentare le offerte o i preventivi siano inviati entro la medesima data continua ad applicarsi il citato articolo 1 del decreto-legge n. 76 del 2020 nella formulazione antecedente alle modifiche apportate con il presente decreto. (4)

(1) Numero così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Lettera inserita dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(3) Numero inserito dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(4) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 51 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, apporta puntuali modifiche al decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", noto come "decreto semplificazioni"¹³.

Al fine di elencare (e commentare) in maniera schematizzata le novità normative, si farà riferimento di volta in volta agli articoli o ai commi novellati/integrati del decreto legge 76/2020.

Modifiche all'articolo 1 (Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia) del decreto legge 76/2020.

Comma 1: vengono prorogate dal 31 dicembre 2021 al 30 giugno 2023 le procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale

¹³ Il decreto *de quo* è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, legge 11 settembre 2020, n. 120.

in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia. Si tratta, in particolare, di procedure con modalità semplificate di affidamento, essendo previsto l'aumento della soglia che consente di procedere ad affidamenti diretti e la possibilità di utilizzo delle procedure negoziate senza pubblicazione del bando.

Comma 2, lettera a): viene confermato l'affidamento diretto per i lavori fino a 150.000 euro ed elevato a 139.000 euro il limite per l'affidamento diretto per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura.

Pur potendo omettere la consultazione di più operatori economici, la stazione appaltante deve imprescindibilmente osservare i principi di efficacia, efficienza ed economicità (di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici) e scegliere soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze (analoghe a quelle oggetto di affidamento), nel rispetto del principio di rotazione.

Comma 2, lettera b): il comma afferisce alla procedura negoziata, senza bando, con consultazione di almeno cinque operatori economici, per i lavori pari o superiori a 150.000 euro e fino a 1.000.000 euro, nonché per forniture e servizi da 139.000 euro fino alle soglie europee; e alle analoghe procedure, con consultazione di almeno dieci operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro e fino a soglia europea.

Modifiche all'articolo 2 (Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia) del decreto legge 76/2020

Comma 1: vengono prorogate fino al 30 giugno 2023 le disposizioni di semplificazione previste nell'articolo 2.¹⁴

Comma 2: è eliminato l'erroneo rinvio alle previsioni di cui all'articolo 61 del Codice dei contratti pubblici, limitandosi il richiamo all'articolo 62 del medesimo Codice.

Modifiche all'articolo 2-ter (Norme per favorire l'attuazione delle sinergie all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato italiane) del decreto legge 76/2020

¹⁴ Si fa presente che, ai sensi dell'articolo 51, comma 2, del decreto legge n. 77/2021, tale proroga non si applica, tuttavia, alle disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 2 del decreto legge n. 76/2020, che, limitatamente a specifici settori, autorizza le stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2021, a operare in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

Con le modifiche al comma 1, lettere a) e b), è sostanzialmente disposta la proroga al 30 giugno 2023 delle procedure, anche in deroga, ivi previste, nell'ottica di una più efficace realizzazione delle sinergie funzionali all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato italiane.

Modifiche all'articolo 3 (Verifiche antimafia e protocolli di legalità) del decreto legge 76/2020

Commi 1 e 2: sono prorogate fino al 30 giugno 2023 le disposizioni di semplificazione ivi previste inerenti al meccanismo funzionale delle verifiche antimafia.

In particolare, nei procedimenti avviati su istanza di parte, le pubbliche amministrazioni possono erogare benefici economici ai privati, anche in assenza della documentazione antimafia, con il vincolo della restituzione laddove in esito alle verifiche dovesse essere pronunciata un'interdittiva antimafia.

Analogamente, si possono stipulare contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sulla base di una informativa antimafia liberatoria provvisoria¹⁵, valida per 60 giorni, con il vincolo del recesso se le verifiche successive dovessero determinare un'interdittiva antimafia.

Comma 3: viene coinvolto il gruppo interforze gestito dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno negli accertamenti per l'acquisizione della documentazione antimafia.

Modifiche all'articolo 5 (Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica) del decreto legge 76/2020

Comma 1: in deroga al meccanismo delineato dell'articolo 107¹⁶ del Codice dei

15 L'informativa liberatoria provvisoria è immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e di tutte le ulteriori banche dati disponibili.

16 Si riporta il testo dell'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici":

"Art. 107 - Sospensione

1. In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.

contratti pubblici, è prorogata fino al 30 giugno 2023 la sospensione dell'esecuzione dei lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo Codice, nelle ipotesi tassativamente indicate:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella

2. La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti. Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

3. La sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.

4. Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

5. L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

6. Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.”

realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, se non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse.

Comma 2: nelle fattispecie contemplate dal comma 1, lettere b) e d), le stazioni appaltanti o le autorità competenti autorizzano nei successivi 10 giorni la prosecuzione dei lavori, sulla base del parere (non della determinazione) del Collegio consultivo tecnico, rispettando in ogni caso le esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

Modifiche all'articolo 6 (Collegio consultivo tecnico) del decreto legge 76/2020

Comma 1: si prorogano al 30 giugno 2023 tutte le previsioni ivi contenute, in scadenza al 31 dicembre 2021.

Comma 2: i componenti del Collegio consultivo tecnico possono essere individuati concordemente dalle parti contrattuali anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti.

Comma 3: nell'intento di rafforzare il valore e l'efficacia conformativa delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico, è previsto che, qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, nel periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato del contributo unificato dovuto. Si applicano, in ogni caso, le specifiche disposizioni del codice di procedura civile sulla condanna alle spese per singoli atti, sulla compensazione delle spese e sulla responsabilità aggravata.

Comma 7: si sopprime il secondo periodo del comma 7, secondo cui, in mancanza di determinazioni o pareri, ai componenti il Collegio spetta un gettone unico onnicomprensivo. Con la nuova disciplina, invece, ai componenti del collegio consultivo tecnico spetta un compenso a carico delle parti, proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte e, in caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni, è contemplata una decurtazione del compenso stabilito da un decimo a un terzo, per ogni ritardo.

Nella liquidazione del compenso, il Collegio consultivo tecnico tiene conto di quanto previsto dalle Linee guida di cui al comma 8-ter (*recte*: comma 8-bis).

Comma 8-bis: si prevede l'adozione di Linee guida - con provvedimento del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici - finalizzate a definire i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti. Infine, si stabilisce che con il medesimo decreto, è istituito, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio sull'attività dei collegi consultivi tecnici; in tale ottica, ciascun Presidente è tenuto a trasmettere gli atti di nomina e le determinazioni assunte dal collegio entro cinque giorni dall'adozione. Ai componenti dell'Osservatorio non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati.

Modifiche all'articolo 8 (Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici) del decreto legge 76/2020

Comma 1: è disposta la proroga fino al 30 giugno 2023 delle disposizioni di semplificazione recate dall'articolo 8, comma 1, di seguito indicate:

- consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, esecuzione del contratto in via d'urgenza, nelle more della verifica dei requisiti di partecipazione e di qualificazione;
- visita dei luoghi e consultazione sul posto dei documenti di gara, esclusivamente nei casi in cui tale adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;
- per le procedure ordinarie, riduzioni dei termini procedurali per motivi di urgenza;
- avviamento delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture anche nel caso in cui queste non siano stati preventivamente inseriti in programmazione (a condizione che si provveda ad aggiornare i documenti programmatori).

Modifiche all'articolo 10 (Semplificazioni e altre misure in materia edilizia) del decreto legge 76/2020

Comma 2-bis: sono introdotte disposizioni derogatorie al decreto del Ministro per la sanità 5 luglio 1975, con riferimento agli immobili di interesse culturale, sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio (decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42).

Modifiche all'articolo 13 (Accelerazione del procedimento in conferenza di servizi) del decreto legge 76/2020

Comma 1: sono prorogate fino al 30 giugno 2023 le semplificazioni procedurali della conferenza di servizi semplificata di cui all'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 (che le amministrazioni procedenti possono adottare in sostituzione di quella decisoria di cui all'articolo 14, comma 2, della medesima legge sul procedimento amministrativo).

In particolare, tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di sessanta giorni e, al di fuori dei casi di cui all'articolo 14-bis, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'amministrazione procedente svolge, entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni di competenza delle singole amministrazioni, una riunione telematica di tutte le amministrazioni coinvolte nella quale prende atto delle rispettive posizioni, procedendo senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi verso la quale può essere proposta opposizione dalle amministrazioni di cui all'articolo 14-quinquies della medesima legge. Si considera in ogni caso acquisito l'assenso incondizionato delle amministrazioni che:

- non abbiano partecipato alla riunione;
- pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione;
- abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Modifiche all'articolo 21 (Responsabilità erariale) del decreto legge 76/2020

Sono prorogate fino al 30 giugno 2023 le disposizioni di semplificazione in materia di responsabilità erariale.

Si tratta, in particolare, della norma afferente alla responsabilità erariale dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti per l'azione di responsabilità contabile di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti".

Tale responsabilità è limitata ai casi in cui la produzione del danno è eziologicamente riconducibile alla condotta dolosa (attiva) del soggetto agente; nondimeno, la limitazione di responsabilità non si applica ai casi di danni derivanti da omissione o inerzia. In tal modo, la norma introduce una temporanea ("limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023") attenuazione dell'elemento psicologico, essendo richiesto necessariamente il dolo, senza alcuna rilevanza alla colpa grave.¹⁷

¹⁷ L'articolo 1 della legge n. 20/1994, infatti, ancora l'esercizio dell'azione di responsabilità erariale al dolo e alla colpa grave.

Approfondimenti giurisprudenziali

Conferenza di servizi – Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Artt. 14 e ss.

La rassegna giurisprudenziale inerente alla conferenza di servizi è inserita negli approfondimenti dell'articolo 44 del decreto legge n. 77/2021, cui si rinvia.

Responsabilità erariale – Legge 14 gennaio 1994, n. 20, “Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti” – Art. 1

“Considerato inoltre che (...) è una società *in house* su cui il comune-socio unico esercita un *controllo analogo* a quello che ha sui propri uffici interni (avendo l'ente pubblico un controllo gestionale e finanziario stringente sulla società), il requisito della direzione e coordinamento deve ritenersi *in re ipsa*, in base al condivisibile orientamento della giurisprudenza contabile, secondo cui il controllo analogo determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'Ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della Società controllata (...)”

Tribunale Palermo, Sez. Spec. in materia di imprese, 28 aprile 2021

“Le decisioni del Consiglio di Stato (e, ovviamente, della Corte dei Conti), nel rispetto del paradigma di cui dell'art. 111 Cost., possono essere cassate o per motivi inerenti alla esistenza stessa della giurisdizione, ovvero quando il giudice amministrativo ne oltrepassi, in concreto, i limiti esterni, realizzandosi la prima ipotesi qualora il giudice eserciti la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (oppure, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale), verificandosi, invece, la seconda ove l'organo di giustizia amministrativa giudichi su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (oppure neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri), ovvero quando, per materie attribuite alla propria giurisdizione, compia un sindacato di merito pur essendo la propria cognizione rigorosamente limitata alla indagine di legittimità degli atti amministrativi (...);

l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore ricorre solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; l'ipotesi non ricorre quando il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche mediante il ricorso all'analogia, potendo tale operazione ermeneutica dare luogo, tutt'al più, ad un *error in iudicando* (...);

infine, è utile ricordare che, a insindacabile interpretazione del riparto della giurisdizione e dei limiti del sindacato di questa Corte, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 6/2018, dopo aver confermato il descritto assetto, ha escluso soluzioni intermedie, pur limitate ai casi in cui si sia in presenza di sentenze abnormi o anomale ovvero di uno stravolgimento, a volte definito radicale, delle norme di riferimento, poiché attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive; (...)”

Cass. Civile, Sez. Unite, 22 aprile 2021, n. 10741

“ (...) il ricorso per cassazione contro le decisioni della Corte dei conti è consentito, soltanto, per motivi inerenti alla giurisdizione, sicché il controllo di legittimità è circoscritto all’osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, non estendendosi agli *errores in procedendo* o agli *errores in iudicando*, il cui accertamento rientra nell’ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione (...). E’ ammissibile il sindacato, quindi, in caso di sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore o dell’amministrazione, così come nell’ipotesi in cui il giudice contabile si pronunci su materie che sono estranee alle sue attribuzioni giurisdizionali.

Nello specifico, tale orientamento risulta, condivisibilmente, seguito da Cass. Sez. Un. 22251/17 e n. 4886/19, in ipotesi di erronea individuazione del momento iniziale del termine quinquennale di prescrizione dell’azione di responsabilità L. n. 20 del 1994, ex art. 2, comma 2, e da Cass. Sez. Un. 17660/13, in ipotesi di omesso rilievo della prescrizione dell’azione erariale.

Infine, con riguardo al prospettato diniego di giurisdizione, va ribadito l’ulteriore principio (...) per il quale tale diniego risulta configurabile allorquando il Giudice speciale (amministrativo o contabile) abbia erroneamente ritenuto che una determinata controversia non rientri nell’ambito della propria giurisdizione, ipotesi questa del tutto estranea a quella prospettata in ricorso.”

Cass. Civile, Sez. Unite, 10 novembre 2020, n. 25208

“ (...) non appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, ma è riservata a quella del giudice ordinario, la cognizione delle controversie afferenti la responsabilità per *mala gestio* imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, restando quest’ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico (...). Ed in questo ambito sembra inserirsi la difesa del ricorrente che, anche nella discussione orale, ha richiamato un precedente di queste Sezioni Unite - Cass., S.U., 28 giugno 2018, n. 17188.

Ma queste stesse sezioni Unite hanno chiarito che, a diverso regime, in punto di giurisdizione, si perviene nell'ipotesi di danno erariale cagionato all'ente pubblico dall'amministratore di società privata. Questa Corte a Sezioni Unite - con sent. n. 26806 del 19 dicembre 2009 -, ha dunque chiarito che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste, invece, la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio (...).

Analogamente, la sentenza n. 10299 del 3 maggio 2013 di queste Sezioni Unite, ha escluso la giurisdizione della Corte dei conti, ritenendo quella del giudice ordinario, nelle controversie afferenti la responsabilità per *mala gestio* imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale. (...)

A ciò va aggiunto che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte sottolineato, quanto ai profili di responsabilità nascenti dalla condotta degli amministratori di società privata che l'inadempimento contrattuale della società non implica, di per sé, responsabilità degli amministratori nei confronti del contraente, ma è configurabile il concorso tra l'illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell'amministratore o di altro soggetto comunque estraneo al rapporto obbligatorio intercorrente tra società e terzo, purché tra l'inadempienza della società ed il comportamento di chi abbia esercitato (anche solo in via di fatto) le funzioni di amministratore di una società ed abbia con lui (a qualsiasi titolo) cooperato esista un nesso di causalità necessaria (...)"
Cass. Civile, Sez. Unite, 5 dicembre 2019, n. 31755

“L'errore relativo alla contabilizzazione dei lavori, infatti, deve essere, in primo luogo imputato al direttore dei lavori.

La disciplina della contabilità dei lavori pubblici prevista nel IX titolo del D.P.R. n. 207 del 2010 (regolamento appalti in vigore *ratione temporis*), che comunque ricalca quella prevista dal regolamento 554/1999, infatti, attribuisce al direttore dei

lavori l'accertamento e la registrazione di tutti i fatti producenti spesa, procedendo di pari passo all'avanzamento dei lavori.

L'art. 180 del regolamento 207/2010, infatti, stabilisce che "L'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa devono avvenire contemporaneamente al loro accadere, in particolare per le partite la cui verifica richiede scavi o demolizioni di opere, al fine di consentire che con la conoscenza dello stato di avanzamento dei lavori e dell'importo dei medesimi, nonché dell'entità dei relativi fondi, l'ufficio di direzione lavori si trovi sempre in grado di rilasciare prontamente gli stati d'avanzamento dei lavori ed i certificati per il pagamento degli acconti; di controllare lo sviluppo dei lavori e di impartire tempestivamente le debite disposizioni per la relativa esecuzione entro i limiti delle somme autorizzate; di promuovere senza ritardo gli opportuni provvedimenti in caso di deficienza di fondi".

La Procura ha ritenuto condivisibilmente di addebitare anche una parte del danno da errata contabilizzazione al convenuto F.A., nella sua funzione di Rup.

Come già evidenziato da questa Sezione nella sentenza n. 372/2017, l'evoluzione normativa che ha caratterizzato la materia degli appalti pubblici negli ultimi vent'anni, ha sempre più enfatizzato il ruolo e il coinvolgimento, anche in termini di responsabilità, del soggetto cui viene affidata la conduzione del procedimento.

L'art. 7 del regolamento 554/1999, ripreso sostanzialmente dall'art. 9 del regolamento 207/2010, infatti, dopo aver disposto che "Le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento" (comma 2) precisa che detta funzione organizzativa "provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi, e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori ed in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia" (comma 3).

Peraltro, dalla semplice lettura delle numerose competenze elencate minuziosamente, seppure non in modo esaustivo, nel successivo articolo 8 (o 10 del D.P.R. n. 207 del 2010), alle quali poi vanno aggiunte quelle previste in modo sparso all'interno del Regolamento stesso, si può comprendere che la figura del responsabile unico nel settore dei lavori pubblici non si pone solo come responsabile del procedimento amministrativo ma svolge anche funzioni di garante di tutte quelle attività che sono necessarie per giungere alla messa a disposizione della collettività dell'opera pubblica progettata.

E' stato infatti argutamente osservato che le plurime competenze tecniche e amministrative affidate a tale istituto rendono il RUP, nella materia degli appalti, l'asse portante di tutto lo sviluppo del processo di realizzazione dell'opera.

Tale figura, infatti, assume su di se l'onere di tutti gli adempimenti necessari (anche tecnici dunque) affinché, dalla progettazione preliminare al collaudo dell'opera, tutte

le fasi del processo si svolgano nel rispetto dei principi di legalità, dell'economicità, dell'efficienza e della trasparenza delazione amministrativa. (...)

Ora non è revocabile che la richiesta di condanna in via sussidiaria del RUP presuppone la condotta dolosa del Direttore dei lavori (...)

Come è noto, infatti, l'articolo 1-quinquies della L. n. 20 del 1994 ha sancito, nel caso di concorso di più condotte colpose nell'illecito, il principio della personalità e parziarietà della responsabilità amministrativa, espungendo così dall'ordinamento giuscontabilistico l'antitetico principio di solidarietà passiva recepito fino a quel momento dalla prevalente giurisprudenza contabile anche per il concorso di condotte colpose, limitandolo oggi alle sole eccezionali ipotesi di concorrenti che abbiano beneficiato di illecito arricchimento o che abbiano agito con dolo.

In questo contesto normativo, la giurisprudenza ha poi ipotizzato la possibilità di una responsabilità sussidiaria solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui concorrano comportamenti dolosi e colposi nella causazione del danno; solo in questo caso, infatti, la giurisprudenza avallata anche dalla Consulta sostiene l'aggregabilità del soggetto agente con colpa grave solo dopo l'infruttuosa escussione di chi abbia agito con dolo, quale responsabile principale (...)"

Corte dei Conti, Calabria, Sez. Giurisdiz., 27 dicembre 2018, n. 447

“(...) l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali prevista dall'articolo 1 della L. n. 20 del 1994, come modificato dal D.L. n. 543 del 1996 convertito nella L. n. 639 del 1996, non introduce un limite alla giurisdizione della Corte dei conti, ma enuncia un limite alla responsabilità amministrativa che si aggiunge a quelli indicati dallo stesso articolo 1 al fine di disegnarne le peculiari connotazioni distintive rispetto alla responsabilità di diritto comune.

Giova anche rammentare che la Corte di cassazione ha reiteratamente affermato che il limite di cui trattasi va posto in correlazione con l'articolo 1, comma 1, della L. n. 241 del 1990, il quale stabilisce che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi ai criteri di economicità e di efficacia, che costituiscono specificazione del principio enunciato dall'articolo 97, comma 1, della Costituzione e che hanno assunto rilevanza sul piano della legittimità dell'azione amministrativa.

In sostanza, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; e la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità della condotta costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) alla valutazione della colpevolezza del suo autore.

In sintesi, la Corte dei conti può verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità (...)"

Corte dei Conti, Sez. II, Appello, 30 gennaio 2017, n. 49

“(…) l’occultamento doloso del danno è assunto dalla legislazione contabile come causa di sospensione della prescrizione con riferimento ad ipotesi nelle quali a cagione di tale condotta non sia possibile esercitare il diritto al risarcimento del danno (cfr. art. 1, secondo comma, della L. 14 gennaio 1994, n. 20); tale norma, caratterizzata peraltro da un’identità di *ratio* rispetto all’art. 2941, n. 8, c.c., in materia di sospensione della prescrizione, presuppone un’attività consapevole del titolare del rapporto di servizio diretta ad occultare il fatto generatore del danno erariale ed un elemento obbiettivo dato da una situazione che precluda la scoperta del fatto stesso.”

Corte dei Conti, Sez. III, Appello, 12 luglio 2016, n. 308

“Secondo un preciso orientamento giurisprudenziale, che questo Collegio condivide (...), il doloso occultamento cessa allorquando l’amministrazione danneggiata acquisisce conoscenza del fatto dannoso, essendo previsti l’obbligo di denuncia da parte della stessa ed una specifica responsabilità, per il maturare della prescrizione, a carico di chi abbia omissso o ritardato la denuncia ex art. 1, comma 3, della predetta L. n. 20 del 1994 (Qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omissso o ritardato la denuncia. In tali casi, l’azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata).

Soltanto nell’ipotesi in cui all’illecito abbiano partecipato gli stessi soggetti su cui grava l’obbligo di denuncia, il *dies a quo* va ancorato alla data in cui il danno viene a conoscenza, da parte del p.m. contabile (...).”

Corte dei Conti, Sez. II, Appello, 1° giugno 2016, n. 579

Interdittiva antimafia - Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”.

“Negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il valore delle prestazioni già eseguite, da pagarsi all’esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, D.Lgs. n. 159 del 2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso. Nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, D.Lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi compresa

anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all'art. 115, D.Lgs. n. 163 del 2006.”

Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2021, n. 14

“Come più volte affermato dalla Sezione (...), pur essendo necessario che nell'interdittiva antimafia siano individuati (ed indicati) idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose, che sconsigliano l'instaurazione di un rapporto dell'impresa con la Pubblica amministrazione, non è invece necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendo l'interdittiva fondarsi su fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziario e con l'ausilio di indagini che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo.

La verifica della legittimità dell'informativa deve essere effettuata sulla base di una valutazione unitaria degli elementi e dei fatti che, visti nel loro complesso, possono costituire un'ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del “più probabile che non”, integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (quale è quello mafioso), e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (...).

Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento.

(...) il sistema della prevenzione amministrativa antimafia non costituisce e non può costituire, in uno Stato di diritto democratico, un diritto della paura, perché deve rispettare l'irrinunciabile principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale, sicché il giudice amministrativo, chiamato a sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale, come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie. La libertà “dalla paura”, obiettivo al quale devono tendere gli Stati democratici, si realizza anche, e in parte rilevante, smantellando le reti e le gabbie che le mafie costruiscono, a scapito dei cittadini, delle imprese e talora anche degli organi elettivi delle amministrazioni locali, imponendo la legge del potere criminale sul potere democratico, garantito e, insieme, incarnato dalla legge dello Stato, per perseguire fini illeciti e conseguire illeciti profitti.

La giurisprudenza della Sezione ha quindi enucleato – in modo sistematico a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016 e con uno sforzo “tassativizzante”

– le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti “indici” o “spie” dell’infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse, per la loro stessa necessaria formulazione aperta, costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus* in modo da poter consentire all’ordinamento di poter contrastare efficacemente l’infiltrazione mafiosa all’interno dell’impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli. Basti qui ricordare a mo’ di esempio, nell’ambito di questa ormai consolidata e pur sempre perfettibile tipizzazione giurisprudenziale, le seguenti ipotesi, molte delle quali tipizzate, peraltro, in forma precisa e vincolata dal legislatore stesso: a) i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”, in cui il ricambio generazionale mai sfugge al “controllo immanente” della figura del patriarca, capofamiglia, ecc., a seconda dei casi; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell’impresa, incluse le situazioni, recentemente evidenziate in pronunzie di questa Sezione, in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne, o simili, antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un volto di legalità idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici; i) l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.”

Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2021, n. 5723

“(…) la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che, a fronte di una circostanziata richiesta di aggiornamento da parte del soggetto interessato, il prefetto non possa sottrarsi all’obbligo di riesaminare il quadro indiziaro esistente alla luce dei nuovi dati segnalatigli (...) e di pronunciarsi, quindi, in via espressa sulla richiesta, ferma restando, naturalmente, la piena discrezionalità del suo potere valutativo in merito al perdurare del rischio di infiltrazione mafiosa (...).”

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 10 maggio 2021, n. 5411

“L’iscrizione nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cd. *white list*) è disciplinata dagli stessi principi che regolano l’interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure

volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione (...).

Ha chiarito la Sezione (...) che le disposizioni relative all'iscrizione nella cd. *white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia.

Anche in relazione al diniego di iscrizione nella *white list* - iscrizione che presuppone la stessa accertata impermeabilità alla criminalità organizzata - deve escludersi che il Prefetto possa legittimamente sottrarsi all'obbligo di pronunciarsi in via espressa sulla domanda di iscrizione nella *white list* presentatagli dall'impresa interessata, ferma restando, naturalmente, la piena discrezionalità del suo potere valutativo in merito alla sussistenza o meno del tentativo di infiltrazione mafiosa. (...)

Le norme a tutela della trasparenza nei rapporti tra P.A. e cittadino e quelle che regolano la durata del procedimento e la partecipazione allo stesso sono finalizzate a consentire al privato di tutelare i propri interessi legittimi già in fase procedimentale, nell'ottica di garanzia della libertà imprenditoriale, da un lato, e, dall'altro, sono volte a garantire una maggiore efficienza della stessa azione amministrativa.

Le garanzie procedurali, a partire da quelle degli artt. 7 e segg., l. n. 241 del 1990, sono poste a tutela di concreti interessi e sebbene non devono risolversi in inutili aggravii procedurali, rispondono all'esigenza di provocare l'apporto collaborativo da parte dell'interessato (...)

D'altra parte, anche ove, nel caso concreto, ricorressero ragioni di segreto istruttorio, connesse alla pendenza di accertamenti in sede penale, a giustificazione della non esternazione dei motivi ostativi alla facoltà di contrarre con la P.A., gli obblighi di legge e l'onere di trasparenza e celerità che ne derivano avrebbero comportato, comunque, la necessità dell'adozione di un provvedimento espresso e tempestivo da parte della Prefettura in ordine alla non iscrizione in lista e l'onere della sua comunicazione, nonché della preventiva comunicazione del rigetto.”

Cons. Stato, Sez. III, 9 aprile 2021, n. 2899

“(…) l'interdittiva antimafia attiene ad una valutazione del soggetto in quanto tale, al di là del singolo rapporto intrattenuto con l'amministrazione pubblica che, ove sopravvenuta, riverbera le proprie conseguenze *ab externo* su tale rapporto.”

Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2791

“(…) pare utile, su di un piano generale, rimarcare che secondo gli ormai consolidati approdi della giurisprudenza amministrativa, gli elementi raccolti ai fini dell'interdittiva antimafia non vanno considerati separatamente, dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento a carico dell'impresa attenzionata da parte della criminalità organizzata (...).

(...) per la sua natura cautelare e la sua funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, l'interdittiva non richiede la prova di un fatto, ma solo la presenza di una serie di indizi, in base ai quali non sia illogico o inattendibile

ritenere la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose o di un condizionamento da parte di queste.

Ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo occorre, pertanto, non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, ma soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata.

Quanto poi al delicato profilo dei rapporti di parentela, qui precipuamente rilevante, è affermazione ormai granitica nell'elaborazione giurisprudenziale quella secondo cui quanto ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose, l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del 'più probabile che non', che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto (...).”

T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 2 aprile 2021, n. 232

Approfondimenti dottrinari

A. Cariola, Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione, 2021, in www.giustizia-amministrativa.it

B. Desantis, L'applicazione della normativa antimafia ai provvedimenti autorizzatori e alle attività soggette a SCIA, 2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Articolo 52
Modifiche al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32,
e prime misure di riduzione delle stazioni appaltanti

1. Al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

1) al comma 1:

1.1 all'alinea, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

1.2. alla lettera a), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole " , limitatamente alle procedure non afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto - legge 6 maggio 2021, n. 59. Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia" (1);

2) il comma 2 è abrogato;

3) al comma 3, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023";

4) al comma 4, le parole "Per gli anni 2019, 2020 e 2021" sono sostituite dalle seguenti: "Per gli anni dal 2019 al 2023";

5) al comma 6, le parole "Per gli anni 2019, 2020 e 2021" sono sostituite dalle seguenti: "Per gli anni dal 2019 al 2023";

6) al comma 7, le parole "31 dicembre 2021" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2023" ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Restano ferme le disposizioni relative all'acquisizione del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente alla costruzione e all'esercizio delle dighe di ritenuta."; (1)

7) al comma 10, le parole “Fino al 31 dicembre 2021” sono sostituite dalle seguenti: “Fino al 30 giugno 2023”;

8) al comma 15, le parole “Per gli anni dal 2019 al 2022” sono sostituite dalle seguenti: “Per gli anni dal 2019 al 2023”;

9) al comma 18, secondo periodo le parole “Fino al 31 dicembre 2021” sono sostituite dalle seguenti: “Fino al 31 dicembre 2023”;

a-bis) all’articolo 4, comma 1, le parole: “30 giugno 2021” sono sostituite dalle seguenti: “31 dicembre 2021” (2).

l-bis. In caso di comprovate necessità correlate alla funzionalità delle Forze armate, anche connesse all’emergenza sanitaria, le misure di semplificazione procedurale di cui all’articolo 44 del presente decreto si applicano alle opere destinate alla difesa nazionale, di cui all’articolo 233, comma 1, lettere a), i), m), o) e r), del codice dell’ordinamento militare, di cui al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, individuate, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della difesa, sentito il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. (3)

(1) Numero così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Lettera aggiunta dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(3) Comma aggiunto dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L’articolo 52 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 - nell’incidere sul decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, cd. decreto “sblocca cantieri”¹⁸ - è finalizzato a prorogare l’efficacia di talune disposizioni ivi contenute (in particolare, quelle di cui agli articoli 1 e 4), prevedendo contestualmente la sospensione dell’efficacia delle norme di corrispondente contenuto del Codice dei contratti pubblici.

Le modifiche e le proroghe contemplate dal decreto legge n. 77/2021 in tale contesto normativo concernono, in particolare, le seguenti procedure.

Modifiche all’articolo 1, comma 1, lett. a), del decreto legge n. 32/2019

Innanzitutto, quelle a favore dei Comuni non capoluogo di provincia per acquisti di lavori, servizi e forniture, con esclusione degli acquisti per gli interventi contenuti nel PNRR e nel PNC.

La proroga è disposta fino al 30 giugno 2023.

¹⁸ Il decreto legge di cui trattasi è stato convertito in legge, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, legge 14 giugno 2019, n. 55

Per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, nelle more dell'adozione di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, i medesimi Comuni (non capoluogo di provincia) procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, secondo due modalità procedurali:

- ai sensi dell'articolo 37, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, "ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56";
- attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia.

Modifiche all'articolo 1, comma 3, del decreto legge n. 32/2019

Altra proroga – sempre fino al 30 giugno 2023 – afferisce alla procedura che dispone l'esame delle offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti partecipanti alla gara aperta, con applicazione anche ai settori ordinari della previsione per i settori speciali contenuta nell'articolo 133, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. Tale ultima norma prevede che, nelle procedure aperte, le offerte possono essere esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti: facoltà esercitabile – secondo decisione degli enti aggiudicatori – qualora tale condizione sia specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Laddove le amministrazioni aggiudicatrici agiscano in tal senso, devono garantire che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione siano effettuate in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 del Codice dei contratti pubblici o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Modifiche all'articolo 1, comma 4, del decreto legge n. 32/2019

Per i soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione, è contemplata la possibilità - per gli anni dal 2019 al 2023¹⁹ - di avviare le relative procedure di affidamento in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione (affidamento di progettazione ed esecuzione: cd. appalto integrato). Le opere la cui progettazione è stata realizzata secondo questa modalità sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione.

¹⁹ Nella formulazione originaria della norma erano previsti "gli anni 2019, 2020, 2021".

Modifiche all'articolo 1, comma 6, del decreto legge n. 32/2019

I contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria - ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti - possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal Codice dei contratti pubblici, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo. Tali disposizioni hanno valenza per gli anni dal 2019 al 2023.

Modifiche all'articolo 1, comma 7, del decreto legge n. 32/2019

5) Fino al 30 giugno 2023, il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime il parere obbligatorio di cui al comma 3 dell'articolo 215 del Codice dei contratti pubblici esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50% dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro.

Per i lavori pubblici di importo inferiore a 100 milioni di euro e fino a 50 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche.

Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro, si prescinde dall'acquisizione del parere di cui all'articolo 215, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

Restano ferme le disposizioni relative all'acquisizione del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente alla costruzione e all'esercizio delle dighe di ritenuta.

Modifiche all'articolo 1, comma 10, del decreto legge n. 32/2019

Fino al 30 giugno 2023, la verifica preventiva dell'interesse archeologico - di cui all'articolo 25 del Codice dei contratti pubblici - rientra tra le riserve in materia di accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo Codice.

Modifiche all'articolo 1, comma 15, del decreto legge n. 32/2019

Per le infrastrutture strategiche (di cui all'articolo 216, comma 1-bis, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore, anche ai fini della localizzazione e, ove necessario, previa convocazione da parte di quest'ultimo

della Conferenza di servizi, qualora non superino del 50% il valore del progetto approvato; in caso contrario sono approvate dal CIPE.

In caso di approvazione da parte del soggetto aggiudicatore, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rende una informativa al CIPE. La valenza temporale di tale disposizione inerisce agli anni dal 2019 al 2023²⁰.

Modifiche all'articolo 1, comma 18, del decreto legge n. 32/2019

Fino al 31 dicembre 2023²¹, continuano a essere sospese alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici riferite al subappaltatore. Ci si riferisce, in particolare, al:

- comma 6 dell'articolo 105 sull'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori;
- terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174;
- le verifiche in sede di gara (di cui all'articolo 80) sui motivi di esclusione dell'operatore.

Modifiche all'articolo 4, comma 1, del decreto legge n. 32/2019

Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2021 (essendo decorso infruttuosamente il termine del 30 giugno 2021), su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono individuati gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico - amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio - economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o il cui completamento si rende necessaria la nomina di uno o più Commissari straordinari che è disposta con i medesimi decreti.

Da ultimo, la legge 29 luglio 2021, n. 108²², ha esteso alle opere destinate alla difesa nazionale le misure di semplificazione procedurale in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto di cui all'articolo 44 del decreto legge n. 77/2021: ciò laddove sussistano “comprovate necessità correlate alla funzionalità delle Forze armate, anche connesse all'emergenza sanitaria”, rimettendone l'individuazione a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Difesa, sentito il Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili.

20 Nella formulazione originaria, la norma faceva riferimento agli “anni dal 2019 al 2022”.

21 Il termine originario era il 31 dicembre 2021

22 Legge 29 luglio 2021, n. 108, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”.

Approfondimenti normativi

Divieto di appalto integrato – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 59

Ai sensi dell’articolo 59, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici”, è vietato il ricorso all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione di lavori, ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, di finanza di progetto, di affidamento in concessione, di partenariato pubblico privato, di contratto di disponibilità, di locazione finanziaria e delle opere di urbanizzazione a scomputo.

La preclusione del ricorso all’affidamento congiunto della progettazione ed esecuzione dei lavori trova la sua logica dispositiva nell’esigenza di garantire l’affidamento dell’appalto, in via ordinaria, sulla base di un progetto esecutivo posto a base di gara. Il divieto si connota in termini particolarmente innovativi.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, era infatti contemplata la fattispecie del cd. “appalto concorso”, contratto caratterizzato dalla compresenza delle due fasi di progettazione ed esecuzione. Con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, è stata espunta la denominazione di “appalto concorso”, sostituita con quella di “appalto integrato”.

L’esigenza di richiedere agli offerenti anche la progettazione dell’opera era strettamente correlata ad aspetti sia tecnici sia organizzativi; infatti, le stazioni appaltanti – specie quelle di piccole dimensioni – non sempre possedevano uffici tecnici in grado di progettare opere pubbliche e tali carenze assumevano proporzioni ancora più rilevanti allorché si trattava di appalti particolarmente complessi.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha, invece, posto il divieto generalizzato cui si è fatto cenno, contemplando, nondimeno, alcune deroghe che rispondono a specifiche esigenze funzionali.

A titolo esemplificativo, con riferimento al partenariato pubblico privato, l’ammissibilità dell’appalto integrato si giustifica alla luce della particolare complessità dell’intervento da realizzare, che necessita di un considerevole coinvolgimento del privato in ogni sua fase. Il privato che dovrà finanziare e gestire l’intervento sarà posto, in tal modo, nelle condizioni di individuare le soluzioni progettuali che ritiene più in linea con gli scopi che intende perseguire e concretamente realizzare; tale modalità procedurale è pertanto in linea con l’esigenza dell’ottimale raggiungimento degli obiettivi programmati.

Il legislatore – con l’introduzione del comma 1-bis nell’articolo 59 del Codice dei contratti²³ - ha ulteriormente attenuato il rigore del divieto dell’appalto integrato

²³ Il comma 1-bis è stato inserito dall’articolo 38, comma 1, lett. c), decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 e, successivamente, modificato dall’articolo 1, comma 20, lett. m), n. 1), decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

prevedendo, tra l'altro, la possibilità di un affidamento congiunto di progettazione esecutiva e di esecuzione sulla base del progetto definitivo nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo sia nettamente prevalente rispetto all'importo del contratto: valutazione da operare in sede di predisposizione della determina a contrarre, mediante una puntuale motivazione della sussistenza dei presupposti tecnici che hanno portato all'affidamento congiunto, oltre che attraverso un confronto comparativo sull'eventuale incidenza dei tempi di realizzazione dell'opera tra la soluzione dell'affidamento congiunto e quella dell'affidamento della sola esecuzione.

Da ultimo, con la riformulazione del comma 1 dell'articolo 59, è stato ampliato il perimetro applicativo dei casi in cui è eccezionalmente ammesso il ricorso all'appalto integrato.

Approfondimenti ANAC

Delibera n. 437 del 9 maggio 2018 “Livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori”

Nella delibera di cui trattasi, l'ANAC opera una ricostruzione in chiave evolutiva dell'articolo 59 del Codice dei contratti pubblici, con una disamina dell'affidamento delle concessioni di lavori, quale fattispecie derogatoria al divieto di appalto integrato.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, “Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, ha enunciato – all'articolo 1, comma 1, lettera oo) - il principio della “valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture, limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, nonché, con riferimento all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta”.

In attuazione di tale norma, il Codice dei contratti pubblici, nella stesura originaria dell'articolo 59, aveva sancito che “gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo” e che è “vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità”.

Il decreto legislativo correttivo 19 aprile 2017, n. 56, ha previsto la possibilità di ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo redatto dall'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (articolo 59, comma 1-bis, Codice dei contratti pubblici). Il decreto correttivo ha, altresì, ampliato le ipotesi eccezionali di ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, includendo, in aggiunta alle ipotesi già indicate, anche quella della locazione finanziaria e delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Sulla base dell'analisi dei dati normativi di riferimento, l'ANAC ribadisce che la concessione di lavori possa essere affidata ponendo a base di gara il progetto definitivo o il progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Approfondimenti giurisprudenziali

Appalto integrato - Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” - Art. 59, comma 1

“(…) l'art. 59, comma 1-bis, del Codice dei contratti - reintroducendo l'appalto integrato per gli appalti di lavori in cui sia prevalente l'elemento tecnologico - ha previsto che le imprese in possesso della attestazione per prestazioni di sola costruzione possono dimostrare i requisiti per la progettazione secondo una delle modalità sopra richiamate (partecipare in raggruppamento con i soggetti qualificati o indicare il progettista in sede di offerta).

Il progettista indicato, pertanto, sebbene secondo l'Adunanza Plenaria 9 luglio 2020, n. 13, non offerente o concorrente, è il soggetto in possesso, in proprio, dei requisiti per la progettazione ed esegue le relative prestazioni dell'appalto integrato (sulla base di un contratto di «prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta», come assume l'Adunanza Plenaria nella pronuncia citata). Egli è comunque inserito nella struttura dell'offerta dell'operatore economico che partecipa alla procedura di gara sia perché i suoi requisiti sono valutati dalla stazione appaltante ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, sia perché egli partecipa (in caso di aggiudicazione)

alla esecuzione della progettazione (parte rilevante dell'oggetto del contratto di appalto integrato).

Ne discende che è errato equiparare il progettista indicato in sede di offerta al progettista chiamato, mediante contratto di avvalimento, a prestare i requisiti di cui è privo l'operatore economico (...).

Proprio per le note che ne differenziano la sua posizione, la stazione appaltante può valorizzare nella *lex specialis* le esperienze vantate dal progettista indicato, al pari di quelle del progettista che partecipa alla gara in raggruppamento (...)"

Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2021, 5447

“La stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (...).

Trattandosi di appalto integrato, poi, una delle prestazioni richieste all'aggiudicatario è la redazione della progettazione esecutiva, che necessariamente deve tenere conto di quanto rilevato dalla relazione geologica.

Infine è stato previsto che le prestazioni di progettazione e di esecuzione, in quanto strettamente connesse fra loro, debbano essere eseguite in un unico intervento, tanto da non essere stata ritenuta opportuna la divisione in lotti. (...)

Il punto centrale da cui prendere le mosse è la qualificazione giuridica del progettista indicato, tema sul quale si sono fronteggiate due posizioni interpretative, sviluppatasi in relazione alla questione della possibilità per il professionista di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza dei requisiti prescritti dalla legge di gara.

Muovendo dall'assunto che l'avvalimento è istituito riservato in esclusiva ai soggetti che rivestono la qualità di concorrenti nella gara e rappresenta una deroga rispetto al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara (...), un primo orientamento, risultato maggioritario (...), ha escluso la possibilità che il progettista indicato possa ricorrere all'istituto dell'avvalimento, essendo un mero prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura dell'operatore economico concorrente che si avvale della sua collaborazione. Un secondo orientamento, comunque minoritario (...), ha invece legittimato il ricorso all'avvalimento da parte del progettista indicato, facendo rientrare anche il professionista in una nozione ampia di concorrente.

In ragione della difformità tra le posizioni assunte dalla giurisprudenza sul tema dell'avvalimento da parte del progettista indicato, il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2331 del 9 aprile 2020, ha ritenuto di rimettere la questione all'esame

dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.
Con la decisione n. 13/2020 l'Adunanza Plenaria, confermando la posizione maggioritaria della giurisprudenza, ha affermato che il progettista indicato va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea in tema di contratti pubblici. Sicché il progettista indicato non rientra tra i soggetti legittimati a ricorrere all'istituto dell'avvalimento.”
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 gennaio 2021, n. 252

Approfondimenti dottrinari

T. Mathà, Innovazione negli appalti pubblici attraverso la professionalizzazione della committenza, 2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Articolo 53

Semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di e-procurement e acquisto di beni e servizi informatici

1. Fermo restando, per l'acquisto dei beni e servizi di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, lettera a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, così come modificato dal presente decreto, le stazioni appaltanti possono ricorrere alla procedura di cui all'articolo 48, comma 3, in presenza dei presupposti ivi previsti, in relazione agli affidamenti di importo superiore alle predette soglie, aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi informatici, in particolare basati sulla tecnologia cloud, nonché servizi di connettività, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste per la realizzazione dei progetti del PNRR, la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2026, anche ove ricorra la rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili tale da non consentire il ricorso ad altra procedura di affidamento. (1)

2. Al termine delle procedure di gara di cui al comma 1, le amministrazioni stipulano il contratto e avviano l'esecuzione dello stesso secondo le modalità di cui all'articolo 75, comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 32, commi 9 e 10, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Per le verifiche antimafia si applica l'articolo 3 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120. L'autocertificazione consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti relativi ai beni, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le verifiche successive ai fini del comprovato possesso dei requisiti da completarsi entro sessanta giorni.

3 La struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale esercita la funzione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera g), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, sentita l'AgID, in relazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 ritenute strategiche per assicurare il conseguimento degli specifici obiettivi di trasformazione digitale previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

4. Nell'esercizio della funzione di cui al comma 3, la struttura della Presidenza del

Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale detta anche prescrizioni, obbligatorie e vincolanti nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, relative alle modalità organizzative e ai tempi di svolgimento delle procedure di affidamento necessarie al fine di assicurare il conseguimento degli specifici obiettivi di trasformazione digitale previsti dal PNRR nel rispetto dei termini di attuazione individuati nel cronoprogramma relativo ai singoli progetti, nonché alla qualità e alla coerenza tecnologica complessiva delle architetture infrastrutturali. (1)

5. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante “ Codice dei contratti pubblici” sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 29:

1) al comma 1, primo periodo, dopo le parole “nonché alle procedure per l'affidamento” sono inserite le seguenti: “e l'esecuzione”;

2) il comma 2 è sostituito dal seguente: “2. Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.”; (2)

3) al comma 3, sono inserite, in fine, le seguenti parole: “anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9”;

4) il comma 4 è sostituito dal seguente: “4. Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all'articolo 44.”;

5) il comma 4-bis è sostituito dal seguente: “4-bis. L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di

unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti. Per le opere pubbliche si applica quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229.” (2).

b) all'articolo 36, comma 6-bis, secondo periodo, la parola “decreto” è sostituita dalla seguente: “provvedimento” e, al terzo periodo, le parole “Banca dati nazionale degli operatori economici” sono sostituite dalle seguenti: “Banca dati nazionale dei contratti pubblici.”;

c) all'articolo 77, comma 2, le parole “può lavorare” sono sostituite dalle seguenti: “di regola, lavora”.

d) all'articolo 81:

1) al comma 1, le parole “Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici” sono sostituite dalle seguenti: “Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all'articolo 213, comma 8”;

2) il comma 2 è sostituito dal seguente: “2. Per le finalità di cui al comma 1, l'ANAC individua, con proprio provvedimento, adottato d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, anche mediante la piattaforma di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della Banca dati. L'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, è assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida in materia.”; (2)

3) al comma 3, primo periodo, la parola “decreto” è sostituita dalla seguente: “provvedimento” e, al secondo periodo, le parole “, debitamente informata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,” sono soppresse;

4) il comma 4 è sostituito dal seguente: “4. Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici è istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico nel quale sono presenti i dati di cui al comma 2 per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, l'attestazione di cui all'articolo 84, comma 1, per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 83 che l'operatore economico carica. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle singole gare. I dati e documenti contenuti nel

fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse. In sede di partecipazione alle gare l'operatore economico indica i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli articoli 80, 83 e 84, contenuti nel fascicolo virtuale per consentire la valutazione degli stessi alla stazione appaltante.”;

5) dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: “4-bis. Le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni di cui all'articolo 80 realizzano, mediante adozione delle necessarie misure organizzative, sistemi informatici atti a garantire alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici la disponibilità in tempo reale delle dette certificazioni in formato digitale, mediante accesso alle proprie banche dati, con modalità automatizzate mediante interoperabilità secondo le modalità individuate dall'AgID con le linee guida in materia. L'ANAC garantisce l'accessibilità alla propria banca dati alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione di cui all'articolo 84, commi 1 e seguenti, limitatamente ai loro dati. Fino alla data di entrata in vigore del provvedimento di cui al comma 2, l'ANAC può predisporre elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse.” (2);

e) all'articolo 85, comma 7, la parola “decreto” è sostituita dalla seguente: “provvedimento”;

e-bis) all'articolo 111:

1) al comma 1:

1.1) al primo periodo, le parole: “con particolare riferimento alle” sono sostituite dalla seguente: “mediante”;

1.2) al secondo periodo, la parola: “decreto” è sostituita dalla seguente: “regolamento”;

2) al comma 2, secondo periodo, dopo la parola: “semplificazione” sono aggiunte le seguenti: “, mediante metodologie e strumentazioni elettroniche”;

3) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:

“2-bis. Le metodologie e strumentazioni elettroniche di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo garantiscono il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 213, comma 8, per l'invio delle informazioni richieste dall'ANAC ai sensi del citato articolo 213, comma 9”; (3)

f) all'articolo 213, comma 8, il quarto periodo è soppresso;

g) all'articolo 216, comma 13, la parola “decreto” è sostituita dalla seguente: “provvedimento”;

6. All'articolo 1 della legge 27 dicembre 2019, n. 160, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 593 è aggiunto, infine, il seguente periodo «Il superamento del

limite di cui al comma 591 è altresì consentito per le spese per l'acquisto di beni e servizi del settore informatico finanziate con il PNRR»;

b) i commi 610, 611, 612 e 613 sono abrogati.

7. L'ANAC provvede all'attuazione delle disposizioni del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(2) Numero così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

(3) Lettera inserita dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 53 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, introduce semplificazioni finalizzate ad accelerare gli acquisiti dei beni e dei servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR.

In tale prospettiva, contempla il ricorso all'affidamento diretto per tutti gli appalti – di importo inferiore alle soglie europee, la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia adottato entro il 31 dicembre 2026 – rivolti all'approvvigionamento dei suddetti beni e servizi informatici; il ricorso a tale procedura è sempre ammesso anche ove ricorra il presupposto della “rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili tale da non consentire il ricorso ad altra procedura di affidamento”.

Nella medesima impostazione concettuale, al termine delle procedure di gara, le amministrazioni possono stipulare immediatamente il contratto, e avviarne l'esecuzione, previa acquisizione di un'autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusione. Per le verifiche antimafia, si applica l'articolo 3 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, legge 11 settembre 2020, n. 120. L'autocertificazione consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti sotto condizione risolutiva, fermo restando le verifiche successive ai fini del comprovato possesso dei requisiti da completarsi entro 60 giorni.

L'esercizio del potere consultivo, mediante la formulazione di pareri obbligatori e vincolanti sugli elementi essenziali delle procedure di affidamento, è attribuito al Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri; ciò al fine di indirizzare le amministrazioni aggiudicatrici con prescrizioni riguardanti l'oggetto, le clausole principali, i tempi e le modalità di acquisto e, nel contempo, di coordinare gli acquisti ICT²⁴ strettamente finalizzati alla realizzazione del PNRR, garantendo il rispetto del cronoprogramma dei singoli progetti, nonché

24 Con l'acronimo *ICT* - dall'inglese Information and Communications Technology- si fa riferimento alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

la coerenza tecnologica e infrastrutturale dei progetti di trasformazione digitale. L'articolo in esame introduce, altresì, modifiche a singoli articoli del Codice dei contratti pubblici, che si riportano di seguito.

Modifiche all'articolo 29 (Principi in materia di trasparenza) del d.lgs. 50/2016

Nell'ottica della semplificazione procedurale e della tutela della trasparenza, tutte le informazioni che costituiscono atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori - relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, opere, servizi e forniture relativi all'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico - sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse. L'ANAC, attraverso la suddetta Banca dati, deve garantire la pubblicazione dei dati ricevuti, ad eccezione di quelli che riguardano i cd. contratti secretati di cui all'articolo 162 del Codice dei contratti. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229²⁵, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti.

Modifiche all'articolo 36 (Contratti sotto soglia), all'articolo 77 (Commissione giudicatrice) e all'articolo 85 (Documento di gara unico europeo) del d.lgs. 50/2016

Sono apportate puntuali modifiche di carattere meramente formale e lessicale.

Modifiche all'articolo 81 (Documentazione di gara) del d.lgs. 50/2016

La Banca dati nazionale degli operatori economici è sostituita con la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Al fine di acquisire la documentazione

²⁵ Decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, "Attuazione dell'articolo 30, comma 9, lettere e), f) e g), della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti".

comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, l'ANAC individua, con proprio provvedimento²⁶ - sentiti il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e l'AgID - i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della banca dati.

L'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, è assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida in materia.

Viene, inoltre, disciplinato il cd. "fascicolo virtuale" dell'operatore economico, istituito presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, con la precisazione che in esso devono essere presenti i dati necessari alla verifica dell'assenza di motivi di esclusione, l'attestazione SOA per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e i documenti relativi ai criteri di selezione che l'operatore economico è tenuto a caricare. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico può essere utilizzato per la partecipazione alle singole gare, fermo restando che i dati e documenti in esso contenuti, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse.

Le amministrazioni realizzano idonei sistemi informatici atti a garantire alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici la disponibilità in tempo reale delle suddette certificazioni in formato digitale, mediante accesso alle proprie banche dati, con modalità automatizzate mediante interoperabilità secondo le modalità individuate dall'AgID con le linee guida in materia.

L'ANAC garantisce l'accessibilità alla propria banca dati alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione di cui all'articolo 84, commi 1 e seguenti, limitatamente ai loro dati.

Modifiche all'articolo III (Controllo tecnico, contabile e amministrativo) del d.lgs. 50/2016

Nel comma 1, sono introdotte metodologie e strumentazioni elettroniche che garantiscono, ai sensi del comma 2-bis, il collegamento con la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, per l'invio delle informazioni richieste dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 9, del Codice dei contratti pubblici.

Sono apportate limitate modifiche all'articolo 1 della legge 27 dicembre 2019, n. 160 - legge di bilancio 2020 - che ineriscono alle spese per l'acquisto di beni e servizi del settore informatico finanziate con il PNRR.

²⁶ E' stato contemplato un regime transitorio che prevede che fino alla data di entrata in vigore di tale provvedimento, l'ANAC possa predisporre elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse.

Da ultimo, viene investita l'ANAC dell'attuazione delle disposizioni introdotte, con vincolo all'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Approfondimento normativo

Digitalizzazione delle procedure di gara – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 44

Ai sensi dell’articolo 44 del Codice dei contratti pubblici, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita l’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID) nonché dell’Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l’interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all’individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

In attuazione di tale disposizione è stato recentemente adottato il decreto ministeriale 12 agosto 2021, n. 148, “Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell’articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 26 ottobre 2021, n. 256.

Approfondimenti giurisprudenziali

Contratti secretati – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “Codice dei contratti pubblici” – Art. 162

“Con la pubblicazione del verbale della seduta (...), al termine della quale era elaborata la graduatoria con l’indicazione dei ribassi offerti, sono stati assolti – e non certamente violati – gli obblighi di pubblicità imposti dall’art. 29 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il quale, al primo comma stabilisce espressamente che “Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l’affidamento di appalti di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessione, compresi quelli tra enti nell’ambito del settore pubblico di cui all’articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell’articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell’articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l’applicazione delle disposizioni di cui decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.....”, così prevedendo l’obbligo generalizzato di pubblicazione sul profilo del committente, nella Sezione “Amministrazione

trasparente”, di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatari delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, con salvezza di quelli riservati ai sensi dell’art. 53 ovvero secretati ai sensi dell’art. 162 del codice. Non ricorrendo, nel caso di specie, le condizioni da ultimo indicate (la presenza di informazioni riservate o secretate) i verbali delle sedute di gara in cui la commissione ha valutato le offerte economiche dei concorrenti erano oggetto di dovuta pubblicazione.”

Cons. Stato, Sez. V, 09 settembre 2020, n. 5420

“ (...) a mente dell’art. 162 d.lgs. n. 50 del 2016, le disposizioni del vigente Codice dei contratti pubblici relative alle procedure di affidamento possono essere derogate: “a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative”.

Tale deroga, giustificata nel caso di specie dall’estrema sensibilità e delicatezza della materia delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, è funzionale ad assicurare il contemperamento di due interessi contrapposti entrambi di rilevanza fondamentale, ossia l’efficacia e la segretezza delle indagini volte all’accertamento di reati, nonché la riservatezza delle persone le cui conversazioni vengono intercettate.

Alla rilevanza dell’attività ed al contesto nel quale viene svolta, nonché al correlato sistema derogatorio all’affidamento ordinario corrisponde, sul piano dell’attività amministrativa, un esercizio della discrezionalità tecnica con ampi margini di valutazione sul piano concreto e sull’identità dell’offerente, sotto i profili cogenti e primari delle garanzie di sicurezza e affidabilità.

Per l’effetto, l’esercizio della discrezionalità tecnica risulta sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Sotto diverso ma concorrente profilo, va inoltre ribadito il principio di carattere generale (...) in base al quale ai fini dell’esclusione di un concorrente non è necessario l’accertamento della responsabilità per l’inadempimento relativo ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l’esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell’amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell’esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell’impresa, potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.”

Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2020, n. 3052

“ (...) l’affidamento dei servizi di intercettazione va ricondotto alla fattispecie di cui all’art. 162 (rubricato «Contratti secretati o che esigono particolari misure

di sicurezza») del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in base al quale le disposizioni del Codice dei contratti pubblici possono essere derogate per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative; e il contratto relativo ai servizi di intercettazione (...) rientra indubbiamente in quest'ambito disciplinare, trattandosi di servizi di estrema delicatezza poiché devono essere assicurate, da un lato, l'efficacia e la segretezza delle indagini volte all'accertamento di reati, dall'altro, la riservatezza delle persone le cui conversazioni vengono intercettate. Il comma 4 dell'art. 162 cit. prevede che l'affidamento dei servizi in questione possa avvenire previo esperimento di una gara informale, alla quale debbono partecipare almeno cinque operatori del settore, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

In tale contesto, connotato dall'ampia discrezionalità di cui dispone l'Amministrazione nel valutare le garanzie di sicurezza e affidabilità dei partecipanti, resta ferma la necessità le valutazioni espresse sull'affidabilità e la sicurezza offerte da ciascun candidato poggino su una puntuale e completa rappresentazione della situazione di fatto e sul vaglio critico di essa, affidato proprio all'Amministrazione che gestisce la procedura. Non solo, la valutazione deve essere, così come è proprio di ogni determinazione discrezionale, coerente e ragionevole rispetto ai dati emergenti dalla fattispecie concreta e deve essere supportata da un adeguato corredo motivazionale.”

T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 3 settembre 2019, n. 724

“L'esclusione dall'elenco delle imprese affidabili deve rispettare i principi in materia di appalti. Sono dunque applicabili le disposizioni dell'art. 80 del Dlgs. 50/2016. Quando però si tratta di appalti secretati, ossia di appalti nei quali l'esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, come è certamente il caso delle intercettazioni nell'ambito delle indagini penali, il riferimento all'art. 80 del Dlgs. 50/2016 si deve intendere come una soglia minima di affidabilità. Negli appalti secretati l'art. 162 del Dlgs. 50/2016 consente infatti la deroga alla disciplina ordinaria degli affidamenti.

Pertanto, se da un lato questi appalti non si sottraggono ai principi di economicità, trasparenza e parità di trattamento, dall'altro, in occasione dei singoli incarichi, la stazione appaltante è tenuta a controllare la persistente affidabilità dell'impresa, valutando ogni circostanza che possa incidere negativamente sulla corretta esecuzione dell'attività. Questo tipo di valutazione supera necessariamente le cause di esclusione codificate nell'art. 80 del Dlgs. 50/2016, e anche il livello di accertamento previsto da tale norma, in quanto non è possibile esporre a rischi gli interessi pubblici coinvolti in attesa della formazione di un giudicato.

Ne consegue che negli appalti secretati la presenza di indagini o di procedimenti

penali per fatti che riguardano l'esecuzione di attività analoghe a quelle oggetto di affidamento è sufficiente a far sorgere il dubbio circa l'integrità professionale di cui all'art. 80 comma 5, del Dlgs. 50/2016. A sua volta, il dubbio giustifica, in un meccanismo a rotazione, il rinvio dei nuovi incarichi fino al chiarimento della situazione dell'impresa indagata.”

T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 21

Appendice normativa

Come già si è avuto modo di evidenziare, si è inteso aggiungere un ultimo tassello ricostruttivo, analizzando, in questa breve appendice normativa, le modifiche introdotte dal decreto legge n. 77/2021, e dalla relativa legge di conversione, alla legge 7 agosto 1990, n. 241, “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”.

L’indubbio fascino teorico e, nel contempo, la spiccata rilevanza operativa dell’impianto disciplinatorio del procedimento amministrativo hanno suffragato questo ulteriore, laborioso, sforzo di elaborazione di un *framework* concettuale e di un inquadramento interpretativo, reputati, in ogni caso, imprescindibili in considerazione della indubbia correlazione della legge n. 241/1990 con le disposizioni in materia contrattuale.

Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77
Parte II – Disposizioni di accelerazione e snellimento delle
procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa
Titolo VI – Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Articolo 61
Modifiche alla disciplina del potere sostitutivo

1. All'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 9-bis:

1) il primo periodo è sostituito dal seguente: “L’organo di governo individua un soggetto nell’ambito delle figure apicali dell’amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia.”;

2) al terzo periodo, dopo le parole “l’indicazione del soggetto” sono inserite le seguenti: “o dell’unità organizzativa”;

b) il comma 9-ter è sostituito dal seguente: “9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l’unità organizzativa di cui al comma 9-bis, d’ufficio o su richiesta dell’interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.”

L’esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia – già disciplinato dall’articolo 2, comma 9-bis, della legge n. 241/1990 – è stato rivisitato dall’articolo 61 del decreto legge n. 77/2021, che ha inciso, altresì, con una riscrittura integrale, sul comma 9-ter del medesimo articolo.

Secondo il nuovo articolato, l’organo di governo ha il compito di individuare, nell’ambito delle figure apicali dell’amministrazione, un soggetto ovvero una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Qualora non si proceda all’individuazione, il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all’ufficio. Nell’ipotesi in cui non sussista un dirigente, il potere sostitutivo viene esercitato dal funzionario di più elevato livello presente nell’amministrazione.

Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento (o quello superiore per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni), il responsabile o l'unità organizzativa, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o nominando un commissario.

Approfondimenti giurisprudenziali

“ (...) il termine di conclusione del procedimento amministrativo, previsto dall’articolo 2 della legge n. 241/1990, non ha natura perentoria ed il suo mancato rispetto, pur dando luogo alle conseguenze previste dal medesimo articolo 2 e dal successivo articolo 2-bis della medesima legge n. 241/1990, non incide di per sé sulla validità del provvedimento successivamente adottato (...).”

Cons. Stato, Sez. IV, 13 settembre 2021, n. 6255

“Quanto alla durata del procedimento, va ricordato che in linea generale il termine per la conclusione dei procedimenti amministrativi di cui all’art. 2 della L. 241/1990 è pacificamente un termine meramente ordinatorio/acceleratorio, in mancanza di diversa espressa previsione di legge, e la sua violazione non produce l’illegittimità del provvedimento conclusivo (...).

In particolare, per quanto riguarda il subprocedimento di verifica dei requisiti in corso di gara, mentre è cogente il termine imposto ai concorrenti per produrre la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati, pena l’esclusione dalla gara (cfr. art. 48 D.lgs. 163/2006), viceversa l’Amministrazione non soggiace a termini perentori, ben potendo espletare l’attività istruttoria ritenuta necessaria (artt. 38 e 48 D.lgs. n. 163/2006).”

Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2021, n. 5517

“L’azione avverso il silenzio assume una natura giuridica mista, tendendo ad ottenere sia l’accertamento dell’obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare ai sensi dell’art. 2 Legge n. 241 del 1990, sia la condanna della stessa Amministrazione inadempiente all’adozione di un provvedimento esplicito (con possibilità, altresì, di formulare in sede giurisdizionale un giudizio di spettanza del bene della vita agognato dal ricorrente, qualora si controverta in tema di azione vincolata ed emerga la fondatezza sostanziale della pretesa azionata in giudizio).

Affinché possa configurarsi il silenzio inadempimento, contestabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 L. n. 241 del 1990, 31 c.p.a. e 117 c.p.a., occorre che sussista un obbligo di provvedere e che, decorso il termine di conclusione del procedimento, non sia stato assunto alcun provvedimento espresso, avendo tenuto l’Amministrazione procedente una condotta inerte.

In particolare, la giurisprudenza di questo Consiglio ha ritenuto che un obbligo di provvedere sussista in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano all’Amministrazione l’adozione di un provvedimento e, quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell’Amministrazione pubblica (...).

Ogniquale volta la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda dall'intermediazione del pubblico potere, l'Amministrazione, dunque, è tenuta ad assumere una decisione espressa, anche qualora si faccia questione di procedimenti ad istanza di parte e l'organo procedente ravvisi ragioni ostative alla valutazione, nel merito, della relativa domanda: l'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, L. n. 241 del 1990, pure in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità della domanda, impone l'adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte.

Il silenzio inadempiuto non può, invece, configurarsi in presenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, aventi ad oggetto un'utilità giuridico economica attribuita direttamente dal dato positivo, non necessitante dell'intermediazione amministrativa per la sua acquisizione al patrimonio giuridico individuale della parte ricorrente.

In particolare, l'azione avverso il silenzio presuppone la sussistenza di posizioni d'interesse legittimo (da tutelare dall'inerzia dell'amministrazione) e non già di diritto soggettivo. Tanto meno il procedimento avverso il silenzio può essere attivato per ottenere la tutela di diritti di credito nei confronti della Pubblica Amministrazione (...).

Come precisato da questo Consiglio, la fattispecie del del cd. silenzio-inadempiuto riguarda le ipotesi in cui, di fronte alla formale richiesta di un provvedimento da parte di un privato, costituente atto iniziale di una procedura amministrativa normativamente prevista per l'emanazione di una determinazione autoritativa su istanza di parte, l'Amministrazione, titolare della relativa competenza, omette di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge; di conseguenza, l'omissione dell'adozione del provvedimento finale assume il valore di silenzio-inadempiuto (o rifiuto) solo nel caso in cui sussisteva un obbligo giuridico di provvedere, cioè di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell'organo amministrativo destinatario della richiesta, attivando un procedimento amministrativo in funzione dell'adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico; presupposto per l'azione avverso il silenzio è, dunque, l'esistenza di uno specifico obbligo (e non di una generica facoltà o di una mera potestà) in capo all'amministrazione di adottare un provvedimento amministrativo esplicito, volto ad incidere, positivamente o negativamente, sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente (...).

I presupposti per l'attivazione del rito sono dunque sia l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, sia la natura provvedimentale dell'attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell'obbligo di agire in via provvedimentale sancita dall'art. 2 della L. n. 241 del 1990 (...).

L'insussistenza di un obbligo di provvedere osta, dunque, alla configurazione di un silenzio inadempimento censurabile con il rimedio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.”
Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2021, n. 4770

Articolo 62
Modifiche alla disciplina del silenzio assenso

1. All'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 2, è inserito il seguente:

“2-bis. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”. (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

Nell'ottica acceleratoria dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, è stato introdotto - dall'articolo 62 del decreto legge n. 77/2021 - il comma 2-bis nell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Tale articolo – come noto – prevede che, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, entro il termine prestabilito, il provvedimento di diniego. L'aspetto più pregnante del nuovo comma 2-bis è che il privato può chiedere una attestazione - che l'amministrazione è tenuta a rilasciare in via telematica - relativa al decorso dei termini del procedimento e, pertanto, significativa dell'intervenuto accoglimento della domanda secondo il meccanismo del silenzio assenso.

Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

Approfondimenti giurisprudenziali

“Il silenzio assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, per cui esso non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per l’attribuzione del bene della vita richiesto (...).”

T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 49

“Nel merito, quanto ai profili dedotti secondo i quali si sarebbe perfezionata l’istanza di sanatoria per silenzio assenso, ha chiarito la giurisprudenza che non è applicabile al procedimento sull’istanza di regolarizzazione dell’occupazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica il silenzio assenso ex art. 20 l. 241/90, attesa la natura concessoria e non autorizzatoria dell’assegnazione dell’alloggio (...).

In ogni caso, è principio pacifico in giurisprudenza che l’accoglimento tacito di una istanza presuppone la dimostrazione della sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge per il suo accoglimento, non essendo il silenzio assenso un istituto volto a perseguire la sanatoria di istanze che non erano accoglibili, ma solo a colmare l’inerzia dell’Amministrazione nel provvedere; così nel caso in cui un privato intenda avvalersi dell’avvenuta formazione di un provvedimento tacito, deve dimostrare la concorrenza dei presupposti di legge per il suo accoglimento.”

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II ter, 2 aprile 2019, n. 4319

“(…) l’articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici), introdotto dall’articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124, estende l’istituto del silenzio-assenso anche ai rapporti tra pubbliche amministrazioni, disponendo che gli atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati devono intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi trenta giorni dal ricevimento, da parte dell’Amministrazione procedente, dello schema del procedimento, corredato della relativa documentazione, senza che sia comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta della Amministrazione codecidente.

Il termine può essere interrotto una sola volta nel caso in cui si rappresentino esigenze istruttorie o richieste di modifica motivate e formulate in modo puntuale. In tal caso, l’assenso è reso nei trenta giorni successivi al ricevimento degli elementi istruttori richiesti o del nuovo schema di provvedimento. Scaduto inutilmente anche tale termine, l’assenso si intende comunque acquisito.

Si tratta di un silenzio-assenso endoprocedimentale, perché ha valenza all’interno di un procedimento. Esso, pertanto, si differenzia da quello previsto dall’art. 20 della legge n. 241/1990 nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, che è invece qualificabile come silenzio provvedimentale, consistendo in un fatto legalmente tipizzato dagli effetti equipollenti all’accoglimento dell’istanza

avanzata da un privato e perciò di definizione dell'assetto degli interessi coinvolti. (...) il Consiglio di Stato ha chiarito che, affinché operi la nuova norma, è necessario rispettare alcune condizioni oggettive e soggettive che devono essere puntualmente verificate nel corso dell'istruttoria da parte dell'Amministrazione procedente: lo schema di provvedimento deve essere presentato in merito a una fattispecie riconducibile a quelle per cui si applica il nuovo silenzio-assenso; inoltre l'Amministrazione che lo presenta deve essere legittimata a farlo ed esso deve essere presentato all'Amministrazione competente a riceverlo.

Infatti, secondo la giurisprudenza formatasi in relazione al meccanismo di silenzio-assenso ex art. 20 della legge n. 241/1990, non basta solo la presentazione della domanda da parte del privato e il decorso del tempo, ma è necessario altresì che l'istanza sia assistita da tutti i presupposti di accoglibilità, costituiti dai requisiti soggettivi e dalla documentazione allegata all'istanza, non determinandosi *ope legis* la regolarizzazione dell'abuso, in applicazione dell'istituto del silenzio assenso, ogni qualvolta manchino i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma, ovvero ancora quando l'oblazione autoliquidata dalla parte interessata non corrisponda a quanto effettivamente dovuto, oppure quando la documentazione allegata all'istanza non risulti completa ovvero quando la domanda si presenti dolosamente infedele. (...)

In tal senso, si è sostenuto che il termine iniziale per la formazione del silenzio-assenso (...) può decorrere solamente da quando la domanda sia completa di tutta la documentazione e di tutti i pareri necessari (...)

La giurisprudenza prevalente ritiene dunque necessario ai fini della formazione del silenzio assenso tra Amministrazione e privato, che la domanda sia corredata dalla indispensabile documentazione prevista dalla normativa, non implicando il meccanismo del silenzio-assenso alcuna deroga al poterdovere dell'Amministrazione di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost. e presupponendo quindi che l'Amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio dell'autorizzazione

In senso conforme alla giurisprudenza sopra richiamata, la Commissione Speciale ribadisce l'importanza che l'Amministrazione procedente effettui, anche nei casi in cui opera il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni di nuova introduzione, una attività istruttoria e preparatoria, sottolineando come la totale omissione della stessa ben potrebbe costituire indice di una radicale assenza di adeguata preparazione dell'esercizio del potere, con conseguente illegittimità del provvedimento finale emanato.

In tali casi, il Consiglio di Stato evidenzia come il silenzio assenso maturato, seppure di per sé idoneo al perfezionamento dell'atto, non sarebbe sufficiente per colmare un vizio essenziale del procedimento, vertendosi in ipotesi di sostanziale inidoneità dello schema di provvedimento inviato all'Amministrazione concertante, carente dei presupposti e delle condizioni per il formarsi del provvedimento finale.

Infatti, qualora l'istruttoria non sia stata effettuata o sia stata condotta in modo non corretto, il provvedimento finale emanato dopo l'assenso *per silentium* ben potrebbe risultare illegittimo, con conseguente responsabilità risarcitoria delle amministrazioni cui quest'ultimo è imputabile.

Va altresì aggiunto che il Consiglio di Stato, ha precisato che l'istituto non si applica ove la richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario dell'atto; in tali ipotesi viene in rilievo il rapporto verticale privato-PA e troverà applicazione l'art. 20 legge 241 che esclude l'applicazione del silenzio assenso agli interessi sensibili.

Parimenti, non dovrebbe potersi applicare la norma a quegli atti che presuppongano necessariamente un apprezzamento di carattere specialistico da parte dell'amministrazione, rispetto ai quali potrebbe dubitarsi della qualificabilità come atti di assenso in quanto la necessità di un'attività di carattere valutativo potrebbe assumere rilievo prioritario rispetto alle esigenze di semplificazione ed accelerazione e varrebbe così ad escludere la sostituibilità dell'atto con il silenzio significativo.

Sul punto può essere utile porre a confronto il nuovo art. 17 bis con gli artt. 16 e 17 della l. 241/90, i quali disciplinano, rispettivamente, l'acquisizione da parte delle amministrazioni procedenti di pareri e l'ottenimento di valutazioni tecniche da parte di altre amministrazioni.

Gli artt. 16 e 17 della l. 241/90 contengono ipotesi di silenzio procedimentale, ed in particolare l'art. 16, con specifico riguardo ai pareri obbligatori, attribuisce all'amministrazione procedente la facoltà (c.d. silenzio facoltativo) di prescindere dal parere laddove l'amministrazione tenuta a renderlo non vi abbia provveduto entro il termine di venti giorni dal ricevimento della richiesta; diversamente, in relazione ai pareri facoltativi, si prevede che in caso di inerzia l'amministrazione proceda in ogni caso in assenza del parere.

La norma trova applicazione nei confronti dei pareri obbligatori come nei confronti di quelli facoltativi, con la sola differenza relativa al termine decorso il quale è possibile attribuire rilevanza al silenzio.

Si tende invece ad escludere che l'art. 16 trovi applicazione nei confronti dei pareri vincolanti avuto conto che l'attribuzione del parere vincolante ad un'amministrazione vale a riconoscere a quest'ultima un potere sostanziale di scelta e di presidio di un interesse pubblico, cui consegue l'esclusione della possibilità, per l'amministrazione procedente, di prescindere dall'acquisizione del parere.”

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 5547

Articolo 63
Annullamento d'ufficio

1. All'articolo 21-nonies, comma 1 e comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la parola "diciotto" è sostituita dalla seguente: "dodici". (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 63 del decreto legge n. 77/2021 – modificato dalla legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108 – ha abbassato da 18 a 12 mesi il termine previsto dall'articolo 21-nonies della legge sul procedimento amministrativo, disciplinante l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo.

Alla stregua della nuova disciplina, l'annullamento di un provvedimento illegittimo può avvenire, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato secondo il meccanismo del silenzio-assenso, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

Approfondimenti giurisprudenziali

“(…) il potere sanzionatorio esercitato dall’Anac ha natura vincolata di talché, a fronte di eventuali imprecisioni o *deficit* formali rinvenibili nel percorso procedimentale e, soprattutto, nel provvedimento sanzionatorio, attesa la sopra dimostrata correttezza sostanziale della decisione assunta dall’Autorità nel caso di specie, tali irregolarità formali non possono condurre all’annullamento del provvedimento impugnato, in applicazione dell’art. 21-octies, comma 2, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241. (...)”

In materia di tempi dei procedimenti sanzionatori affidati all’Anac, il Consiglio di Stato ha avuto modo di considerare che l’esercizio di siffatta potestà non può restare esposta *sine die*, ciò ostando a elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei comportamenti e di sottolineare la necessità di evitare che i tempi dilatati del procedimento divengano ragione di insicurezza giuridica per gli interessi degli operatori economici coinvolti, sia nella fase iniziale, quando la vicinanza della contestazione al momento di commissione del fatto addebitato è indispensabile per consentire di apprestare al meglio la difesa, sia in riferimento alla durata complessiva del procedimento (...). Con particolare riferimento ai tempi di avvio del procedimento di cui trattasi, questo Consiglio di Stato ha posto in risalto come il loro carattere perentorio discende dalla natura affittiva delle sanzioni applicate al suo esito, e risponda all’esigenza di evitare che l’impresa possa essere esposta a tempo indefinito all’applicazione delle sanzioni stesse (...).

Del resto, il Regolamento unico di cui trattasi costituisce promanazione della norma primaria di cui all’art. 8, comma 4, d.lgs. 163/2006 (...).

L’art. 40, comma 2, del Regolamento fa emergere che, ai fini del rispetto del termine perentorio di sessanta giorni di cui al primo periodo, occorre avere riguardo, da un lato, alla acquisizione della documentazione e/o delle informazioni utili alla formulazione di una contestazione di addebiti (*dies a quo*), dall’altro, all’invio della comunicazione di avvio del procedimento in Consiglio per la necessaria approvazione (*dies ad quem*); nel secondo periodo la norma stabilisce poi che, in caso di approvazione, la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio va effettuata entro 30 giorni dal relativo deliberato.

La tempistica dell’articolato andamento procedimentale così come complessivamente delineato, nel soddisfare le esigenze “esterne” menzionate al capo che precede, riflette anche, segnatamente con il termine perentorio del primo periodo, una evidente esigenza “pura” di garanzia dell’efficienza dell’azione amministrativa.”

Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2021, n. 6119

“(…) la mera inerzia da parte dell’amministrazione nell’esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a

far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo e allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere legittimo in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.”

Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208

“Il fulcro intorno al quale ruota la disciplina dell'annullamento d'ufficio è la tutela dell'interesse pubblico all'autotutela amministrativa.

L'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 esclude una sovrapposibilità tra l'illegittimità dell'atto e la necessità di una sua rimozione, nel senso che un atto illegittimo non deve essere perciò solo necessariamente annullato d'ufficio. In altri termini, può accadere che l'atto illegittimo persegua, comunque, un interesse pubblico o che, addirittura, la sopravvivenza dell'atto illegittimo debba essere tollerata, nel caso in cui l'interesse alla rimozione dell'atto medesimo non superi il giudizio di prevalenza rispetto all'interesse pubblico di non molestare le posizioni giuridiche dei terzi fondate sul provvedimento illegittimo. Ai fini dell'esercizio del potere di auto-annullamento, quindi, il legislatore rimette alla P.A. il compito di svolgere una duplice valutazione: 1) in primo luogo, la P.A. dovrà verificare l'illegittimità del provvedimento alla stregua dell'art. 21-octies legge n. 241/1990, con la conseguenza che la stessa amministrazione dovrà considerare che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; 2) in secondo luogo, la P.A. dovrà verificare la presenza di un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione del provvedimento, comparando tale interesse all'entità del sacrificio imposto all'interesse privato (...). Logico corollario della disciplina dell'annullamento d'ufficio è la necessità che la P.A. provveda a motivare puntualmente la scelta in questo senso assunta. Strettamente connesso all'aspetto appena evidenziato è quello per cui l'annullamento d'ufficio deve essere esercitato tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.”

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 18 giugno 2021, n. 1051

“(…)per costante giurisprudenza(…), la nullità dei provvedimenti amministrativi per violazione/elusione del giudicato presuppone indefettibilmente il formale passaggio in giudicato del provvedimento giurisdizionale in rapporto al quale la successiva azione dell'Amministrazione risulterebbe elusiva. Onde non può essere configurata una violazione/elusione del giudicato allorquando il provvedimento amministrativo asseritamente affettone si collochi in una fase temporale antecedente al passaggio in giudicato della sentenza.”

T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 14 giugno 2021, n. 218

“Com’è noto, infatti, l’introduzione nell’ordinamento, con la L. 2005 n. 15, del preavviso di rigetto ha segnato l’ingresso di una modalità di partecipazione al procedimento, con la quale si è voluta anticipare l’esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all’interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l’Amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all’accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale. Così inteso, l’istituto *de quo* assolve la finalità di far conoscere alle Amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell’istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell’interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso tra le parti.

La giurisprudenza più recente interpreta la norma in maniera rigorosa, ritenendo che la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta l’automatica illegittimità del provvedimento finale in quanto la previsione di cui all’art. 10-bis, l. n. 241 del 1990 deve essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, il quale, nell’imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l’atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell’atto quando il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (...); è, dunque, necessario che sia data in giudizio la prova della utilità della partecipazione (mancata) in sede procedimentale, così che il vizio di omessa comunicazione del preavviso di rigetto può assumere rilievo soltanto nelle ipotesi in cui dalla omessa interlocuzione del privato nell’ambito del procedimento il contenuto dell’atto finale si assuma diverso da quello che sarebbe potuto essere sulla base della valutazione degli elementi ulteriori che il privato medesimo avrebbe potuto fornire all’Amministrazione al fine di superare i rilievi ostativi all’adozione dell’atto favorevole (...).”

T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 11 giugno 2021, n. 1444

“ (...) la revoca fondata su comportamenti scorretti dell’Impresa che si sono manifestati successivamente all’aggiudicazione si connota per il fatto che l’Amministrazione non è tenuta in tali casi a soppesare l’affidamento maturato dal privato sul provvedimento a sé favorevole, proprio perché tale revoca trae origine dalla stessa condotta dell’aggiudicatario (...).”

Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248

“(…) risulta corretto il richiamo dell’amministrazione all’art. 21-octies, secondo comma, della L. 241/1990, secondo cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la

natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che l'omissione della fase partecipativa attraverso la comunicazione di avvio del procedimento non cagiona l'automatica illegittimità del provvedimento finale, qualora possa trovare applicazione l'art. 21-octies l. n. 241 del 1990, secondo cui non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato (...).”

Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2021, n. 3906

SOMMARIO

Presentazione.....	5
Quadro normativo.....	7
Il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 – Obiettivi e finalità.....	10
Il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 - Articolato normativo.....	13
Articolo 11 - Rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti.....	13
Articolo 44 - Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto.....	17
Articolo 45 - Disposizioni urgenti in materia di funzionalità del Consiglio Superiore dei lavori... pubblici.....	28
Articolo 46 - Modifiche alla disciplina del dibattito pubblico.....	33
Articolo 47 - Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC	38
Articolo 47-bis - Composizione degli organismi pubblici istituiti dal presente decreto.....	47
Articolo 47-ter - Disposizioni urgenti in materia di affidamenti dei concessionari.....	47
Articolo 47-quater - Misure urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC.....	47
Articolo 48 - Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC.....	51
Articolo 49 - Modifiche alla disciplina del subappalto.....	60
Articolo 50 - Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC.....	72
Articolo 51 - Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76.....	76
Articolo 52 - Modifiche al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, e prime misure di riduzione delle stazioni appaltanti.....	96
Articolo 53 - Semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di e-procurement e acquisto di beni e servizi informatici.....	106
Appendice normativa.....	118
Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 - Parte II – Disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa - Titolo VI – Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241.....	119
Articolo 61 - Modifiche alla disciplina del potere sostitutivo.....	119
Articolo 62 - Modifiche alla disciplina del silenzio assenso.....	124
Articolo 63 - Annullamento d'ufficio.....	128

La dottoressa Maria Rosaria di Mattia e la dottoressa Maria Barbara Freno sono vicedirigenti del Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile del Ministero dell'Interno.

Laureate in Giurisprudenza, hanno maturato una pluriennale esperienza professionale presso le strutture territoriali del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; in quelle periferiche (rispettivamente, Direzione Regionale per la Toscana e Direzione Regionale per il Piemonte) e in quelle centrali (rispettivamente, Direzione Centrale per le Risorse Finanziarie e Direzione Centrale per le Risorse Logistiche e Strumentali).

Attualmente, svolgono le loro funzioni presso l'Ufficio Affari Legislativi e Parlamentari del Dipartimento.



MINISTERO
DELL'INTERNO



Dipartimento dei Vigili del Fuoco
del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile

