

**ANCE** | ASSOCIAZIONE NAZIONALE  
COSTRUTTORI EDILI

**Direzione  
Legislazione  
Opere Pubbliche**

**Principali novità  
normative e  
giurisprudenziali**

**Dal 2 al 6 ottobre**

## Provvedimenti e Atti Normativi

### ANAC: Violazione principio di rotazione e divieto di frazionamento

*“Violazione del divieto di frazionamento dell’appalto e del principio di rotazione degli inviti, **stabiliti al fine di favorire la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese**”.*

Questa la motivazione che ha spinto l’ANAC a muovere una contestazione nei confronti di un Comune campano, in merito all’affidamento di appalti pubblici di lavori e di servizi di ingegneria e architettura.

L’azione, giunta al termine di una vasta attività di vigilanza e controllo sugli appalti nel periodo compreso tra il 2017 e il 2021, si è tradotta in un atto a firma del presidente del 13 settembre 2023.

Secondo l’ANAC, è emerso *“un quadro di irregolarità e violazioni. Tra queste, **la scelta strumentale di metodi di calcolo, fatta con l’intenzione di sottrarsi all’applicazione del Codice degli Appalti e l’utilizzo non consentito del frazionamento di un appalto, aggirando un divieto avente la finalità di sottrarre da indebite e arbitrarie scelte di ‘comodo’ l’affidamento diretto di commesse che richiedono procedure di evidenza pubblica**”.*

ANAC sottolinea che le *“Pubbliche Amministrazioni devono garantire l’effettiva possibilità di partecipazione alle micro, piccole e medie imprese, evitando lo stabilizzarsi di rendite di posizione in capo ad alcuni operatori, cui possono derivare vantaggi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti non è elevato”.*

Per maggiori dettagli, cliccare [qui](#).

### ANAC: compensazioni anche per l’aumento dei costi di sicurezza.

*“Anche **l’aumento dei costi per garantire la sicurezza dei lavoratori, se legato all’utilizzo di particolari materiali da costruzione per i quali il MIT abbia rilevato scostamenti di prezzo rilevanti, può essere suscettibile di compensazione da parte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dalle norme di emergenza (Dl 73/2021 e 4/2022)**”.*

Lo ha precisato l’Anac con il parere 42/2023, approvato il 19 settembre 2023, in risposta ad una richiesta di chiarimenti al riguardo avanzata dall’associazione dei costruttori di Roma.

L’Autorità, pur indicando che la modifica dei contratti pubblici e la revisione dei prezzi è consentita solo in casi tassativi e fissati dalla legge, e che le disposizioni

derogatorie introdotte sono di stretta interpretazione («tanto che ne è stata esclusa l'estensione ai contratti pubblici di servizi e forniture, in quanto non espressamente citati dalle norme stesse»), ha tuttavia ritenuto che **la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori sia di tale rilevanza, anche costituzionale, da consentire un'apertura importante su questo fronte.**

Per maggiori dettagli, cliccare [qui](#).

## Focus Giurisprudenza

### TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 20 settembre 2023, n. 1068.

Il TAR Puglia si è pronunciato **sull'annullamento d'ufficio dei certificati di pagamento straordinari**, inizialmente riconosciuti in favore della ditta ricorrente a titolo di adeguamento dei prezzi regionali per l'aumento straordinario dei costi dei lavori pubblici ex art 26. D.L. 50/2022.

Nel caso in esame, l'ente appaltante, dopo aver inizialmente riconosciuto all'appaltatore il corrispettivo incrementale attraverso una determina di approvazione dei relativi certificati di pagamento, con successiva determina **procedeva all'annullamento d'ufficio** della precedente, **giustificando** tale ultimo provvedimento **per mancanza dei presupposti per l'applicazione della norma speciale, trattandosi di un appalto per il quale l'offerta era pervenuta successivamente al 31 dicembre 2021.**

Lo stesso veniva dunque impugnato dall'Appaltatore davanti al giudice amministrativo.

Il TAR Puglia, nel respingere il ricorso, ha ribadito che **il tenore letterale dell'art. 26 del D.lgs. 50/2022** non lascia dubbi sul fatto che l'ambito applicativo della norma sia **limitato agli appalti per i quali le offerte siano state presentate entro il 31 dicembre 2021 e conseguente che le lavorazioni siano state contabilizzate nel 2022.**

Per il TAR, infatti, non avrebbe alcun fondamento la tesi della ricorrente che richiama la possibile applicazione del comma 3 relativa all'aggiornamento dei prezzi. Tale tesi *“considera il comma 3 una previsione a sé stante di carattere generale che legittimerebbe il riconoscimento del compenso revisionale anche agli appalti le cui offerte siano state presentate dopo il 31 dicembre 2021”.*

Secondo i giudici, invece, previsione del comma 3 va letta in stretto coordinamento con quella contenuta al comma 1, costituendo le due disposizioni un insieme

inscindibile che trova applicazione solo agli appalti le cui offerte sono state presentate entro il 31 dicembre 2021.

Sulla base delle precedenti affermazioni il TAR Puglia conclude che, *“essendo state le somme a titolo di compensazione corrisposte in mancanza dei presupposti di legge, correttamente il Comune ha annullato in autotutela la precedente determinazione che le riconosceva e conseguentemente ha preteso la restituzione di tali somme”*.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

### **Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2023, n. 8382.**

Il Supremo Consesso si è pronunciato sul tema dell'accesso all'offerta tecnica di un operatore economico partecipante alla gara.

In particolare, la Stazione Appaltante indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, invitando alcuni soggetti che avevano manifestato interesse a presentare la propria candidatura.

Una delle società invitate, ma che non aveva presentato alcuna offerta, proponeva all'Amministrazione una domanda di accesso, sia ai fini difensivi, sia come accesso civico generalizzato, chiedendo l'ostensione di tutta la documentazione di gara. L'Amministrazione accoglieva parzialmente la suddetta richiesta, concedendo l'ostensione della documentazione di gara e negando, invece, l'accesso all'offerta tecnica dell'unico operatore offerente ai sensi dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, al fine di proteggere il *know-how* dell'Impresa.

L'operatore impugnava il diniego parziale di accesso dinanzi al TAR Veneto, in quanto doveva ritenersi, rispetto all'accesso difensivo, che le esigenze di riservatezza della controinteressata fossero recessive, mentre, con riferimento all'accesso civico generalizzato, evidenziava l'insussistenza di ragioni ostative.

Il TAR, invece, rigettava il ricorso proposto avverso il diniego parziale, ma la Società appellava la relativa pronuncia dinanzi al Consiglio di Stato, evidenziando che l'istanza di accesso all'offerta tecnica fosse stata presentata *“al fine di verificare le condizioni economiche proposte dalla [omissis], a seguito della successiva procedura negoziata indetta dopo che la prima gara a evidenza pubblica [fosse] risultata deserta”*.

Il Consiglio di Stato ha rigettato le censure proposte dall'appellante confermando la sentenza impugnata.

Nel dettaglio, la Sez. V del Consiglio di Stato, nel richiamare i principi espressi dalle sentenze n. 19, n. 20 e n. 21 del 2020, nonché dalla sentenza n. 4/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha ritenuto di condividere la soluzione di maggior rigore secondo cui *“deve esservi un **giudizio di stretto collegamento** (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale*

*controversa: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intellegibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. Ciò anche attraverso una indicazione, anche espressa in modo sintetico, delle 'deduzioni difensive potenzialmente esplicabili' (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472)".*

Il Collegio ha altresì ribadito che in caso di domanda di accesso all'offerta tecnica sussiste *"un sistema motivazionale c.d. 'a doppia mandata', una dell'istanza e una dell'opponente, che la Stazione appaltante sarà tenuta a ponderare **ogniquale volta emerge un potenziale contrasto tra riservatezza tecnica e necessità difensive**"* (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2023, n. 787). Difatti, la *ratio* sottesa alle previsioni di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 è quella di **escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al Know how** del singolo concorrente, costituito dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento.

Fatte tali doverose premesse, il Collegio ha poi evidenziato che, nel caso di specie, il ricorrente, pur avendo ottenuto accesso a tutta la documentazione amministrativa di gara, nonché a tutti i verbali della commissione giudicatrice ed al provvedimento finale di aggiudicazione, **non aveva impugnato alcuno di tali atti**, né aveva allegato alle proprie istanze ragioni che avrebbero consentito di ritenere l'illegittimità della procedura.

Di conseguenza, è stata ritenuta **non sussistente una effettiva esigenza di difesa**, né un indizio di prova riguardo al fatto che, in assenza dei documenti di cui si è negato l'accesso, non sarebbe stato possibile tutelare adeguatamente i propri diritti.

Pertanto, dopo aver rigettato anche le censure dirette a contestare l'esclusione del diritto all'accesso civico generalizzato, il Consiglio di Stato ha rilevato che: **"l'Amministrazione ha correttamente negato il diritto di accesso, apparendo la richiesta avere la finalità di volersi giovare 'di specifiche competenze industriali o commerciali' detenute dalla società controinteressata, idonea a nuocere alla segretezza industriale o commerciale"**, evidenziando che *"occorre evitare, mediante un uso distorto del diritto di accesso, che la partecipazione ai pubblici appalti si tramuti in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla **indiscriminata divulgazione dei propri segreti di carattere industriale e commerciale**"*.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).