

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 8 al 12 aprile

Provvedimenti e Atti Normativi

Tutte le norme d'interesse per le Opere pubbliche su DI Milano Cortina

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 80 del 5 aprile 2024, è stata pubblicata la legge del 27 marzo 2024 n. 42, di conversione, con modifiche, del decreto-legge 5 febbraio 2024, n. 10, recante "Disposizioni urgenti sulla governance e sugli interventi di competenza della Società «Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.A.»".

Di seguito, un riepilogo delle disposizioni di interesse da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

Le norme del decreto-legge appena convertito hanno l'obiettivo di consentire il completamento in tempi certi delle opere necessarie allo svolgimento dei Giochi olimpici e paralimpici invernali Milano-Cortina 2026, attraverso la revisione complessiva delle attribuzioni commissariali.

Le novità sono introdotte mediante modifica del decreto-legge n. 16 del 2020 (relativo alla costituzione della Società Milano-Cortina ed alla definizione degli interventi di sua competenza).

Ai sensi di quanto disposto dall'articolo 1, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto, ossia dal 6 febbraio 2024, ANAS S.p.a. è individuata quale soggetto attuatore e subentra nei rapporti giuridici attivi e passivi, nonché nei procedimenti amministrativi pendenti, per i seguenti interventi, indicati all'allegato A:

- SS 38 – allargamento tratti saltuari dal km 18+200 al km 68+300;
- SS 36 – adeguamento a tre corsie del Ponte Manzoni a Lecco;
- SS 36 – consolidamento galleria "Monte Piazze";
- SS 36 – potenziamento svincolo in località Piona;
- SS 36 – messa in sicurezza tratta Giussano-Civate.

Il medesimo articolo 1, fa salvi gli atti e i provvedimenti adottati, gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti antecedentemente alla sua data di entrata in vigore.

All'amministratore delegato di ANAS, ai sensi dell'articolo 3, sono inoltre attribuiti i poteri di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, per la realizzazione dell'intervento relativo alla strada statale SS 36 – messa in sicurezza della tratta Giussano-Civate.

(Si ricorda che l'articolo 3 del decreto n. 16/2020 attribuisce all'organo di amministrazione della società Milano-Cortina (soggetto attuatore degli interventi

non affidati ad ANAS), i poteri e le facoltà previsti dall'articolo 61, commi 4, 5, 7 e 8, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, ossia:

- nel rispetto degli artt. 37, 38 e 39 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, affidare mediante convenzione le funzioni di stazione appaltante per lo svolgimento di singole procedure di gara ad altri soggetti;
- fare ricorso alle procedure, anche semplificate, di cui agli articoli 59 e seguenti del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- fare ricorso a una delle forme di partenariato pubblico privato di cui agli articoli 180 e seguenti del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- individuare il responsabile unico del procedimento tra persone dotate di adeguata professionalità in rapporto di servizio con gli enti territoriali coinvolti.)

I nuovi commi 1-bis ed 1-ter dell'articolo 1, introdotti in sede di conversione, prevedono che, a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del DL in esame, ossia dal 6 aprile 2024, RFI S.p.A. e Ferrovie Nord siano individuati quale soggetti attuatori degli interventi, rispettivamente, di cui all'Allegato A-bis (contestualmente inserito nel provvedimento in esame) nonché di quelli relativi alla "Sede T2 MPX-Collegamento alla rete ferroviaria nazionale", subentrando alla Società «Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.A.» nei relativi rapporti giuridici e procedimenti amministrativi.

L'articolo 2 del decreto prevede, inoltre, alla revisione della governance della società Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.a., distinguendo i compiti e delle responsabilità tra i diversi membri dell'organo di amministrazione, anche in considerazione delle attribuzioni commissariali su opere connesse non affidate ad ANAS.

In particolare, si prevede che l'organo di amministrazione della Società Milano Cortina sia composto da cinque membri, dei quali tre (il presidente, l'amministratore delegato e un consigliere con attribuzioni in materia di monitoraggio e coordinamento delle attività di *internal auditing* e rendicontazione) designati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con l'Autorità di Governo competente in materia di sport, uno designato dalla Regione Lombardia e uno designato congiuntamente dalla Regione Veneto e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano. Rimane ferma la possibilità di partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni dell'organo di amministrazione da parte dell'amministratore delegato della Fondazione "Milano-Cortina 2026".

All'amministratore delegato della Società rimangono le funzioni di Commissario straordinario per la realizzazione dei seguenti interventi, di cui all'Allegato 1:

- SS 36 – completamento percorso ciclabile Abbadia Lariana;
- SS 38 – tangenziale sud di Sondrio;
- SS 42 “del Tonale e della Mendola” – lotto 1 (comune di Trescore Balneario) e lotto 2 (comune di Entratico);
- SS 639 – variante di Vercurago;
- SS 51 – variante di Cortina;
- SS 51 – variante di Longarone.

Per quanto ancora di interesse, con il comma 2-bis dell’articolo 3, inserito durante l’esame al Senato, si prevede altresì che l’amministratore delegato pro tempore di RFI S.p.A. subentri quale commissario straordinario per la realizzazione degli interventi di soppressione passaggi a livello insistenti sulla strada statale 38, che vengono sottratti alla competenza dell’Amministratore delegato della Società Milano Cortina sopraelencate.

L’articolo 4, infine, autorizza ANAS S.p.a. alla spesa ritenuta necessaria per garantire l’accessibilità complessiva dei territori interessati dagli eventi sportivi connessi ai Giochi Milano-Cortina 2026.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Partenariato pubblico-privato: il ricorso all’istituto è riservato a soggetti qualificati e deve essere preceduto dalla valutazione di convenienza e fattibilità

1. Premessa

Con il parere in commento, l’Autorità nazionale anticorruzione (funz. Cons. n. 9/2024) ha fornito taluni chiarimenti in merito ai presupposti di utilizzo dello schema del partenariato pubblico-privato, soffermandosi in particolare sulla qualificazione richiesta, a tale scopo, alle stazioni appaltanti.

Di seguito, l’analisi della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

2. I quesiti

In particolare, nel caso di specie rimesso all’esame dell’Autorità, la stazione appaltante richiedente ha rappresentato l’intendimento di voler ricorrere al partenariato pubblico-privato per la realizzazione di taluni lavori, pur non essendo in possesso della necessaria qualificazione e ancorché l’iniziativa in questione non fosse stata inserita nel programma triennale, come previsto dall’art. 175, comma 1, d.lgs. 36/2023.

In particolare, sono stati sollevati i seguenti quesiti:

a) *“se è preliminare ad ogni ulteriore atto della procedura in esame, la valutazione di convenienza e fattibilità del ricorso al PPP, prevista dall’art. 175, comma 2, del Codice”;*

b) *“in caso di conclusione positiva del procedimento di valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del ricorso al PPP, se è consentito all’Amministrazione, pur non potendo rivestire la qualifica di ente concedente, sollecitare i privati ai sensi dell’art. 193, comma 11, del d.lgs. 36/2023 a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all’articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel Titolo IV del d.lgs. 36/2023, ovvero mediante avvisi pubblici, al fine di consentire al maggior numero possibile di operatori economici di valutare la possibilità di formulare proposte”;*

c) *“in caso di risposta affermativa al quesito sub b), se vi siano specifici adempimenti che potrebbero essere ancora nella titolarità dell’Amministrazione richiedente, ferma restando la competenza a tutti i successivi incumbenti (valutazione delle proposte, procedura di gara, eventuale stipulazione del contratto di PPP) da parte di ente qualificato al momento non ancora individuato”.*

3. La disciplina di riferimento

Nel dare risposta ai suddetti quesiti, l’Anac ha preliminarmente ricostruito la disciplina di riferimento, così come prevista nel nuovo Codice e nella Relazione illustrativa.

Per quanto di specifico interesse, è stato evidenziato quanto segue:

– nel nuovo impianto normativo, il partenariato pubblico-privato viene definito – all’art. 174 d.lgs. n. 36/2023 – come un’operazione economica, nozione questa attraverso la quale vengono messi in evidenza la complessità del fenomeno – che comprende diverse figure contrattuali – nonché gli importanti riflessi economici ad esso collegati. Invero, il partenariato pubblico-privato *“indica un fenomeno di cooperazione fra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un’attività che è rivolta a coniugare il perseguimento di finalità di interesse generale, la salvaguardia di vincoli di bilancio e la valorizzazione del contributo di soggetti privati in termini di apporto finanziario e di competenze specifiche”* (cfr. Relazione illustrativa);

- proprio in ragione di tale complessità, anzitutto l’art. 174 sopra citato prevede che i contratti di partenariato pubblico-privato debbano essere stipulati da enti concedenti qualificati;
- con riguardo ai predetti contratti, gli artt. 62, comma 18 e 63 del Codice e l’Allegato II.4 richiedono, anzi, che il procedimento sia svolto nel suo

complesso – per le fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione – da un soggetto in possesso almeno della qualificazione intermedia o avanzata (al riguardo, cfr. anche parere MIT n. 2114/2023);

- in proposito, il Codice ha quindi previsto un regime di qualificazione speciale rafforzato (parere MIT n. 2114/2023);
- inoltre, il successivo art. 175 d.lgs. n. 36/2023 prescrive alle pubbliche amministrazioni di adottare il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato e di far precedere il ricorso al partenariato pubblico-privato da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. In particolare, quest'ultima *“è volta a garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del partenariato pubblico-privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine alla sua convenienza e fattibilità, per evitare, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e dall'altro, che, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica (idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, ottimizzazione del rapporto costi e benefici, efficiente allocazione del rischio operativo, capacità di indebitamento dell'ente e disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale) dette iniziative risultino non convenienti per l'amministrazione”* (cfr. Relazione illustrativa);
- pertanto, precisa sul punto l'Anac, da quanto sopra discende che la suddetta valutazione di convenienza e fattibilità del progetto non è riconducibile alla mera attività di programmazione degli acquisti ma coincide con la vera e propria attività di progettazione, comportando la valutazione di complessi aspetti giuridici, contabili ed economico finanziari dell'operazione.

4. Le conclusioni dell'Autorità nazionale anticorruzione

Muovendo dalle suddette premesse, l'Anac ha conseguentemente formulato le seguenti conclusioni:

- la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto da finanziare con risorse private costituisce – anche alla luce delle finalità di interesse generale sottese a tale atto – un adempimento necessario e non derogabile, per il ricorso alla procedura di PPP, da svolgere secondo le indicazioni contenute nella normativa di riferimento;
- per la valutazione delle proposte di PPP è necessaria la qualificazione per tutte le fasi relative alla progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- gli enti concedenti non qualificati o non in possesso di una qualificazione adeguata non possono svolgere direttamente attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti di PPP e sono tenuti a rivolgersi ad

una centrale di committenza o ad una stazione appaltante qualificata ai sensi dell'art. 62 d.lgs. n. 36/2023. In caso di risposta negativa da parte del soggetto qualificato interpellato, la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata. Eventuali inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio possono essere sanzionate (cfr. parere MIT n. 2114/2023).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Appalti pubblici e affidamenti sottosoglia: chiarimenti del Mit sull'autonomia regolamentare degli Enti Locali

Il Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con il [Parere n. 2316/2024](#) ha fornito, con riferimento ai contratti sottosoglia, importanti chiarimenti relativi ai limiti dell'autonomia regolamentare degli Enti locali.

Di seguito, l'analisi della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

La richiesta di parere è stata presentata da un Ente locale che ha richiamato le disposizioni del nuovo Codice dei contratti (D.Lgs. 36/2023, Allegato II.1, art. 1) che prevedono, nell'ambito dei contratti sotto la soglia comunitaria, che *"le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento"* relativo a:

- modalità di conduzione delle indagini di mercato
- modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici da invitare alle procedure di affidamento
- criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta
- organizzazione dell'elenco per categoria e fascia anche ai fini dell'applicazione del principio di rotazione.

Ciò premesso, è stato richiesto dall'Ente locale se:

a) il riferimento al regolamento debba intendersi rientrante nella potestà normativa del Consiglio Comunale, come stabilito dall'art. 7 del T.U.E.L. (D.lgs. 267/2000) ovvero nelle competenze organizzative dell'Ente, con conseguente spettanza di emanazione dello stesso regolamento alla Giunta, ai sensi dell'art. 48, comma 3, del T.U.E.L.;

b) le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 1 dell'allegato II.1 del nuovo Codice dei contratti, fissano i limiti della potestà regolamentare in materia di sottosoglia o, se,

invece, l'ente locale possa esercitare potestà regolamentare anche per disciplinare ulteriori segmenti del procedimento, quali ad esempio:

- l'individuazione di soglie più basse rispetto a quelle dell'art. 50, comma 1, lett. a) e b) del codice per gli affidamenti diretti,
- la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto prevedendo l'obbligo in capo al RUP di consultare almeno due o più operatori economici;
- i criteri di campionamento di cui all'art. 52, comma 1 del Codice;
- i casi in cui è possibile non richiedere la garanzia definitiva;
- se tali questioni rientrano nel potere discrezionale del RUP da esercitare caso per caso e non siano suscettibili di regolamentazione in via generale e astratta.

Il MIT, relativamente ai quesiti, ha risposto specificando che ogni ente si potrà dotare di regolamento interno nel rispetto del proprio ordinamento. E a tale proposito, per gli Enti locali, ha proseguito, la normativa di riferimento deve essere quella di cui al T.U.E.L. (d.lgs. 267/2000).

I regolamenti in materia di contrattualistica pubblica, incidendo anche su posizione soggettive di terzi operatori economici, rientrano tra quelli di competenza del Consiglio comunale, a norma dell'art. 7 T.U.E.L. e non possono disciplinare gli appalti sopra la soglia comunitaria.

Con tale richiamo, ad avviso dell'ANCE, il Ministero sembrerebbe rammentare che il regolamento dell'ente debba rispettare sia i principi fissati dalla legge e dallo statuto sia limitarsi a disciplinare l'esercizio delle funzioni affidate, incidendo sull'organizzazione e sul funzionamento degli organi e degli uffici interni.

Infine, con riferimento agli appalti di importo sottosoglia Ue, il supporto giuridico del MIT conclude che il Comune ha *"facoltà di regolare ad es. la richiesta di preventivi, le verifiche a campione etc. ossia tutto quello che può essere strumentale all'affidamento secondo le indicazioni del Codice"*.

Con ciò, ad avviso dell'ANCE, il Ministero sembrerebbe sottolineare che, anche per gli appalti di minore importo, l'amministrazione non possa comunque discostarsi dalle norme del Codice, in relazione ai quesiti sopra elencati, perché può solo intervenire, negli spazi lasciati aperti da quest'ultimo su quanto *"strumentale all'affidamento"*.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

CS: beneficio dell'incremento del quinto senza limitazioni per la mandataria

- **Premessa**

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato (sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227) fornisce rilevanti chiarimenti in ordine all'operatività del beneficio del c.d. incremento del quinto relativamente ai raggruppamenti temporanei di imprese a seguito della decisione della Corte di giustizia, 28 aprile 2022, C-642/20, con riguardo sia alla disciplina previgente, che a quella contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Il riferimento all'art. 68 del d.p.r. n. 207/2010 e all'allegato II.12 al predetto regolamento, contenuto nella pronuncia del Consiglio di Stato, si ritiene debba essere, infatti, inteso come riferito al d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, la sentenza si sofferma anche sulla sorte dei provvedimenti amministrativi nazionali contrari al diritto europeo.

Di seguito l'analisi della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

- **Il caso di specie**

Nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, bandita nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016 e finanziata con risorse PNRR, il raggruppamento temporaneo di imprese risultato inizialmente aggiudicatario dell'appalto veniva successivamente escluso a causa della perdita, da parte dell'impresa mandataria, dei requisiti in relazione alla percentuale di partecipazione al raggruppamento dichiarata al momento della presentazione dell'offerta.

In sede di verifica, era infatti emerso che la suddetta impresa, in occasione del rinnovo dell'attestazione SOA, aveva subito un declassamento nella categoria di lavorazione richiesta nella gara in contestazione, ragione questa per la quale l'amministrazione aveva avviato il procedimento di esclusione, pur a fronte della richiesta dell'operatore economico di poter rimodulare le quote interne al raggruppamento.

La decisione di esclusione veniva impugnata, in primo grado, dinnanzi al tribunale amministrativo territoriale (T.a.r. per la Sardegna sez. II, 27 luglio 2023, n. 584), che respingeva il ricorso, e in sede di appello dinnanzi al Consiglio di Stato, il quale ha invece ritenuto fondata l'impugnativa.

- **La decisione dei giudici amministrativi**

3.1 I profili di diritto sostanziale

La posizione assunta dai giudici amministrativi di secondo grado si fonda, essenzialmente, sull'applicazione nel caso di specie rimesso al loro esame del beneficio del c.d. incremento del quinto il quale, ancorché formalmente escluso dalla normativa regolamentare vigente *ratione temporis*, si ritiene “*debba ormai poter essere utilizzato anche dalla mandataria senza alcuna limitazione, alla luce della decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020)*”.

Con tale sentenza, ricorda il Consiglio Stato, i giudici europei hanno affermato che “*l’articolo 63 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.lgs. 50/2016 n.d.r.) secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria*”.

Più nel dettaglio, si è ritenuto che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina rigorosa imponendo indistintamente, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, non fosse compatibile con la disciplina europea e che eventuali limitazioni potessero essere ammesse solo però nell’ottica di un approccio qualitativo e non meramente quantitativo.

Venendo ora all’istituto dell’incremento del quinto, la disciplina di riferimento prevede quanto segue.

Con riguardo a quella contenuta nel d.p.r. n. 207/2010, ancora applicabile alle procedure di gara bandite nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016:

– in via generale, l’art. 92, comma secondo, d.P.R. n. 207/2010 prevedeva che “*per i raggruppamenti temporanei [...] di tipo orizzontale i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l’impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria [...] nella misura minima del 40 per cento*”;

– in base all’art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 “*La qualificazione in una categoria abilita l’impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 92, comma 2*”.

Con riguardo, invece, a quanto previsto nel d.lgs. n. 36/2023 e nei relativi allegati:

– ai sensi dell’art. 68, comma 11, d.lgs. n. 36/2023 *“I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l’esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell’allegato II.12”* al Codice;

– a sua volta, il citato allegato II.12 stabilisce all’art. 2, comma 2, che *“La qualificazione in una categoria abilita l’operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 30, comma 2”* del medesimo allegato;

– l’art. 30, comma 2, da ultimo richiamato, stabilisce che *“Per i raggruppamenti temporanei [...] le quote di partecipazione al raggruppamento [...] possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall’associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”*.

Tanto premesso, concludono i giudici del Consiglio di Stato, in conseguenza delle statuizioni dei giudici europei, sono da disapplicare sia i limiti (puramente quantitativi) imposti dagli art. 92, comma 2 e 61, comma 2 del d.p.r. n. 207/2010, sia quelli di cui all’art. 2, comma 2, ultimo capoverso dell’allegato II.12 al nuovo Codice.

3.2 I profili di carattere processuale

In aggiunta alla questione di diritto sostanziale sopra ricostruita, la sentenza in commento assume rilievo anche sotto il profilo processuale, soprattutto in considerazione di altre recenti pronunce dei giudici amministrativi di contenuto non del tutto coincidente.

In un breve ma significativo passaggio della sentenza del Consiglio di Stato n. 2227/2024, nell’accertare la corretta instaurazione del giudizio da parte dell’impresa ricorrente, si precisa infatti che quest’ultima non avrebbe dovuto preventivamente impugnare la disposizione del disciplinare di gara che – in aderenza alla normativa regolamentare interna allora in vigore – di per sé escludeva l’utilizzo di tale istituto dell’incremento del quinto da parte della mandataria “l’illegittimità della stessa discendendo direttamente dall’applicazione di una norma nazionale contrastante con la direttiva 2014/24/UE”.

Nel ragionamento dei giudici amministrativi, tale affermazione poggia in particolare sulla circostanza che la direttiva europea, come interpretata dalla Corte di giustizia, “necessariamente prevale sulla normativa nazionale con essa contrastante, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., con conseguente potere-dovere dell’amministrazione e dei giudici nazionali di disapplicare d’ufficio la seconda, senza dover attendere un impulso di parte (ex multis, Cons. Stato, VI, 11 novembre 2019, n. 7874; 3 maggio 2019, n. 2890)”.

Nella sentenza del Consiglio di Stato n. 321/2024 ([su cui cfr. news ANCE del 19 Gennaio 2024](#)), i giudici amministrativi hanno invece affermato – seppur con riferimento ad una prescrizione di gara ritenuta immediatamente escludente, ma anch’essa incidente sulle modalità di composizione dei raggruppamenti – che in ipotesi di provvedimento nazionale illegittimo per contrasto con il diritto europeo, lo stesso “va impugnato e non può essere soltanto disapplicato”, e ciò nel rispetto delle regole sul processo amministrativo, ivi comprese quelle relative ai termini decadenziali.

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