

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

**Dal 26 febbraio al 1°
marzo**

Provvedimenti e Atti Normativi

Il Decreto Milleproroghe è legge: tutte le misure di interesse per le opere pubbliche

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 49 del 28 febbraio 2024 è stata pubblicata la legge n. 18 del 23 febbraio 2024, di conversione con modifiche del decreto-legge 30 dicembre 2023, n. 215, recante “*Disposizioni urgenti in materia di termini normativi*”, c.d. Decreto Milleproroghe.

Di seguito, l’analisi del provvedimento da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

Articolo 8 – Proroga di termini in materie di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

- **Proroga delle procedure semplificate per gli appalti PNRR**

Per quanto di stretto interesse, l’articolo 8, comma 5, del decreto dispone **la proroga al 30 giugno 2024 di numerose misure sulle opere del PNRR**, di cui all’articolo 14, comma 4, del decreto c.d. “PNRR3”, decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 aprile 2023, n. 41, (cfr. NEWS ID N. 227818 DEL 28 febbraio 2023).

In particolare, fino al 30 giugno 2024, salvo che non sia previsto un termine più lungo, limitatamente agli interventi finanziati con le risorse PNRR e PNC, si applicano le disposizioni del DI n. 76/2020, di cui agli articoli 1, 2, ad esclusione del comma 4, 5, 6 e 8 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76. Si tratta delle previsioni relative alle **procedure sotto e sopra soglia (che, tra l’altro, prevedono termini massimi per l’espletamento delle gare e responsabilità erariale del Rup in caso di sfioramento degli stessi) – con esclusione dei poteri derogatori del comma 4 dell’articolo 2 – alle verifiche antimafia, alle sospensioni, al CCT e alle disposizioni acceleratorie di cui all’articolo 8 (ad esempio, consegna in via d’urgenza e applicazione dei termini d’urgenza)**. Agli stessi interventi si applicano, altresì, le disposizioni del decreto “sblocca-cantieri” (n. 32/2019), che prevedono la sospensione del divieto di appalto integrato e dell’albo ANAC dei commissari e l’applicazione anche ai settori ordinari dell’inversione procedimentale.

- **Proroga della previsione in tema di responsabilità erariale**

Con il nuovo comma 5-bis (introdotto in sede di conversione in legge del decreto), si dispone la proroga, fino al 31 dicembre 2024, dell’importante previsione di cui all’articolo 21 del decreto “Semplificazioni”, n. 76 del 2020, precedentemente prevista fino al 30 giugno 2024, **che limita la responsabilità**

erariale dei dipendenti pubblici ai danni cagionati dalle sole condotte poste in essere con dolo.

La previsione è volta a superare la c.d. “paura della firma” dei funzionari pubblici, **restringendo la rilevanza della colpa grave alle sole condotte omissive dei pubblici funzionari, con il condivisibile obiettivo di rendere più rischioso, per i pubblici dipendenti, il non fare (omissioni e inerzie) piuttosto che il fare**, sanzionabile solo sotto il profilo del **dolo**.

La proroga, recepita anche in accoglimento di una proposta dell’ANCE, appare quantomai opportuna, laddove la scadenza della previsione avrebbe rischiato di bloccare nuovamente l’azione delle stazioni appaltanti, soprattutto in un contesto in cui il proliferare della normativa di settore complica, per gli operatori, l’avvio delle procedure amministrative.

L’obiettivo è, dunque, quello di incentivare la politica del “fare” e porre fine alla “burocrazia difensiva”.

- **Proroga di disposizioni relative agli operatori economici in aree di crisi industriale**

Al comma 7 del medesimo articolo 8 (già presente nel testo del decreto legge entrato in Parlamento) si prevede, inoltre, per gli operatori economici con sede operativa collocata in aree di crisi industriale che abbiano acquistato, nei dodici mesi successivi alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, stabilimenti o aziende ubicate in dette aree, la proroga al **proroga al 30 giugno 2024 del termine** di cui all’art. 10, c. 8, del DL 198/2022, che a sua volta consente l’**applicazione dell’articolo 2, comma 3, ultimo periodo, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76** (procedura negoziata 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).

Articolo 9 – Proroga di termini in materi e di competenza del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale

Con il comma 3 dell’articolo 9 si consente alla **Regione Emilia Romagna**, in qualità di stazione appaltante, di continuare ad operare fino al 31 dicembre 2024 **in qualità di stazione appaltante con i poteri di deroga cui all’articolo 4, commi 2 e 3, del decreto legge 32/2019** (si tratta dei poteri di deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto), al fine di ultimare le opere, finanziate dal Ministero a valere sui fondi stanziati dall’articolo 48, comma 5, del decreto legge n. 34/2020, e in corso di realizzazione nell’ambito

del Tecnopolo di Bologna, volte al potenziamento della partecipazione italiana a istituzioni e progetti di ricerca europei ed internazionali.

Tali opere sono finalizzate a sostenere la candidatura dell'Italia a ospitare sedi di organizzazioni internazionali attive nell'ambito della ricerca scientifica e tecnologica, in particolare l'Università delle Nazioni Unite, per il cui stabilimento a Bologna il negoziato è oramai prossimo alla conclusione.

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

Gare d'appalto: non possono esserci penali se non per ritardo nell'esecuzione della prestazione

*"In una **gara d'appalto** non può essere prevista una **clausola penale** che scatta in caso di aumento del costo dell'opera rispetto al budget preventivamente stimato dall'amministrazione". Nell'ordinamento italiano, infatti, **"non sono ammesse ipotesi di penale svincolate dall'inadempimento della prestazione. Ogni penale deve essere collegata almeno al ritardo nell'esecuzione della prestazione"**.*

È quanto ha stabilito l'**Autorità Nazionale Anticorruzione** con la [delibera n. 73 del 17 gennaio 2024](#), intervenendo in merito agli affidamenti di progettazione dell'ampliamento dell'**aeroporto di Napoli Capodichino**. L'Autorità ha stabilito *"non conforme alla procedura di legge"* la decisione della **Società di gestione dei servizi aeroporti campani Spa** di applicare una penale alla società aggiudicataria dell'appalto per *"l'eventuale incremento dell'importo delle opere progettate"* rispetto al budget previsto.

La società campana aveva previsto a carico dell'affidatario *"l'applicazione di una penale pari all'uno per mille dell'importo del corrispettivo economico, previsto per la fase progettuale interessata per ogni incremento dell'uno per cento dell'importo delle opere progettate, fino al raggiungimento del 10% (dieci per cento) del corrispettivo complessivo del servizio"*.

Secondo **Anac** ciò **introduce un'ipotesi di penale non contemplata nell'ordinamento italiano**, e non coerente con la normativa degli appalti e civilistica. L'Autorità, poi, ricorda che *"la **clausola penale** disciplinata dall'articolo 1382 del Codice civile, è la clausola con cui si conviene il pagamento di una somma di denaro/l'esecuzione di una determinata prestazione in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, producendo l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione oggetto del contratto, ed assolvendo ad una **funzione risarcitoria**"*.

*"Secondo la giurisprudenza amministrativa, inoltre – continua **Anac** - la **clausola penale** soddisfa una **funzione sanzionatoria** comminando, in caso di inadempimento, una pena 'privata', in funzione di coercizione all'esatto adempimento (ex multis: Consiglio di Stato n. 6094/2014)"*.

*“Nell’ambito dei contatti pubblici, il **Codice appalti** dispone l’applicazione delle penali a carico dell’esecutore nel solo ed unico caso di ritardo nell’esecuzione delle prestazioni. In particolare, la penale deve essere commisurata ai giorni di ritardo e proporzionata rispetto all’importo del contratto o alle prestazioni oggetto dello stesso, e viene calcolata in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 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 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale”.*

Per questo **Anac** sottolinea che *“il connotato essenziale della clausola penale sia nei contratti pubblici, sia nel Codice civile riguardante tutti i contratti, sia rappresentato dall’inadempimento, essendo legata, la prima, al ritardo nell’esecuzione della prestazione contrattuale, mentre la norma civilistica fa menzione, in senso più ampio, all’inadempimento o ritardo nell’adempimento”.*

La penale, dunque, **non è configurabile qualora sia collegata all’avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all’obbligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall’autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale.** Ora **G.E.S.A.C. spa**, società di gestione dei servizi aeroporti campani ha trenta giorni di tempo per comunicare come intenda adeguarsi.

ANAC: anche in una indagine di mercato, il possesso dell’attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell’affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti

Con parere di precontenzioso adottato con Delibera n. 14 del 10.1.2024, l’ANAC ha ritenuto **illegittima la previsione** della *lex specialis* di una **procedura negoziata senza bando**, indetta per l’affidamento di lavori, **nella parte in cui richiedeva documentazione ulteriore rispetto alla certificazione SOA** a comprova del possesso dei requisiti speciali.

Secondo l’Autorità, la **previsione codicistica** (art. 100, co. 4, D.Lgs. n. 36/2023) che **vieta** alle Stazioni appaltanti (in caso di appalti di lavori) la possibilità di esigere, a pena di esclusione, **documentazione ulteriore per la dimostrazione del possesso dei requisiti deve**, in quanto norma cogente, **ritenersi applicabile anche alle indagini di mercato**, nonostante le stesse non assurgano a procedure di gara.

Pertanto, anche in un’indagine di mercato, l’attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto di affidamento è sufficiente ai fini della comprova dei requisiti richiesti.

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

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2024, n. 1263.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla fondatezza di una censura con cui veniva contestata **la nullità di un contratto di avvalimento c.d. “tecnico-operativo” per indeterminatezza dell’oggetto**.

Preliminarmente, il Supremo Collegio ha ricordato la **distinzione**, quanto al contenuto necessario, **tra il contratto di avvalimento c.d. “garanzia” e quello c.d. “tecnico-operativo”**, specificando, in particolare, che *“in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l’esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l’esecuzione dell’appalto che l’ausiliaria ponga a disposizione del concorrente”*.

Tuttavia, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito il principio in base al quale *“è ben possibile che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l’impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa)”*.

Infatti, ad avviso del Supremo Collegio, il contratto di avvalimento *“non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d’opera, all’esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale”*.

Ciò in quanto l’assetto negoziale deve esser **soltanto tale da consentire** *“l’individuazione delle esatte funzioni che l’impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all’impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione”*.

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