

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 21 al 26 agosto

Provvedimenti e Atti Normativi

Convertito in Legge il DI 69/2023 (cd “Salva infrazioni”).

Il DI 69/2023 (cd “Salva Infrazioni”), pubblicato sulla GU Serie Generale n.136 del 13 giugno 2023, è **stato convertito dalla legge 10 agosto 2023, n. 103.**

La pubblicazione giunge a conclusione dell'iter parlamentare di esame del relativo disegno di legge di conversione, approvato dal Senato il 19 luglio 2023 e, in via definitiva, dalla Camera dei Deputati il 2 agosto 2023.

Per quanto riguarda le **procedure di infrazione**, il decreto legge interviene, inter alia, sulla numero 2018/2273, in materia di contratti pubblici e, all'articolo 24-ter, inserito durante l'esame al Senato, **modifica la disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 48 del decreto-legge n. 77 del 2021**, recante l'utilizzo della **procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara** per gli affidamenti PNRR e PNC.

Il nuovo comma 3 dispone:

*“Per la realizzazione degli investimenti di cui al comma 1 le stazioni appaltanti **possono altresì ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125 del medesimo decreto legislativo, per i settori speciali, qualora sussistano i relativi presupposti.** Trova applicazione l'articolo 226, comma 5, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali. Ferma restando la possibilità, per gli operatori economici, di manifestare interesse a essere invitati alla procedura, **la pubblicazione di cui al periodo precedente non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta**”.*

Per una lettura integrale del provvedimento, cliccare [qui](#).

Publicato in Gazzetta il DI 104/2023, Investimenti strategici.

Sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 186 del 10 agosto scorso, è stato pubblicato il decreto legge 10 agosto 2023, n. 104, recante *“disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici”.*

Il provvedimento è entrato in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione, ossia l'11 agosto 2023, ed è attualmente all'esame del Senato per la relativa conversione.

Per quanto di interesse per il settore, vengono introdotte talune **misure finalizzate ad accelerare e semplificare la realizzazione di opere infrastrutturali strategiche**, anche nell'ottica di favorire il potenziamento delle reti autostradali e di una maggiore efficienza dei rapporti concessori in essere (cfr. premesse al decreto legge).

Inoltre, vengono adottate **disposizioni funzionali alla realizzazione di progetti di investimento di infrastrutture ferroviarie finanziati con risorse del PNRR**, PNC o da programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea al fine di **garantire il rispetto del relativo cronoprogramma**, nonché alla messa in sicurezza delle stesse (cfr. premesse al decreto legge).

Di seguito si riportano le disposizioni d'interesse:

Articolo 16 - Disposizioni urgenti in materia di concessioni autostradali.

Sotto il primo profilo, l'art. 16 del DL. n. 104/2023, modificando l'art. 44-bis del DL. "semplificazioni bis" n. 77/2021, recante nello specifico "*Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto*", **interviene sul procedimento di approvazione dei progetti esecutivi degli interventi autostradali** di cui all'allegato IV-bis al citato DL. n. 77/2021.

Articolo 18 - Misure urgenti per la realizzazione degli interventi PNRR di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

L'articolo in oggetto introduce disposizioni volte a garantire il rispetto del cronoprogramma dei progetti di investimento di infrastrutture ferroviarie finanziati con risorse PNRR, PNC o da programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea. In particolare, prevede **misure semplificatorie e acceleratorie di modifica del DL. 31 maggio 2021, n. 77**, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, e come successivamente modificato dal decreto-legge n. 13/2023.

Inoltre, il comma 2 detta **disposizioni urgenti di carattere finanziario per consentire la realizzazione degli interventi ferroviari finanziati**, anche in parte, sulle risorse previste dal PNRR e affidati a contraente generale dalle società del gruppo Ferrovie dello Stato in corso di esecuzione alla data del 1° giugno 2021. Tale norma prevede che **ai maggiori oneri derivanti dalla realizzazione dei predetti interventi si provveda, nel limite massimo di 157 milioni di euro per l'anno 2023 e 841 milioni di euro per l'anno 2024**, sulle somme, anche nel conto dei residui, del '*Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche*', istituito nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, fino a concorrenza delle somme ivi stanziata a legislazione vigente.

Per una lettura integrale del provvedimento, cliccare [qui](#).

ANAC: se il file dell'offerta tecnica è danneggiato la responsabilità ricade sull'operatore economico.

Se in una gara telematica il file contenente **l'offerta tecnica risulta danneggiato e non sono stati riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico**. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini. È quanto ha stabilito Anac con il Parere di precontenzioso N. 235 del 30 maggio 2023, intervenendo sulla gara di affidamento del primo lotto dell'Impianto pluvirriguo di trasformazione irrigua su 1.200 ettari nei comuni di Bassano del Grappa, Rosà e Cartigliano in Provincia di Vicenza.

“Non essendosi riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente infatti di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini”.

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

Focus Giurisprudenza

TRGA Trentino Alto Adige, 7 agosto 2023, n. 130.

Il Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige si è pronunciato in tema di sub procedimento di **verifica delle offerte anomale**, ricordando come questo abbia **natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta** nel suo insieme, aggiungendo che tale **giudizio possa essere la conseguenza dell'analisi delle singole voci di costo presentate e delle relative giustificazioni**.

Anzitutto il TRGA ricorda come la giurisprudenza **sottrae al sindacato del giudice amministrativo**, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, **la congruità dell'offerta ritenuta dalla stazione appaltante**, ad eccezione dei casi, non riscontrabili nella fattispecie in esame, **di macroscopica illogicità o irragionevolezza**, erroneità fattuale o difetto di istruttoria, che rendano palese l'inattendibilità, si badi complessiva, dell'offerta.

Sarebbe poi *ius receptum* che la valutazione circa la sospetta anomalia dell'offerta implica una “valutazione sull'insieme dell'offerta” ed altresì un “bilanciamento interno” tra le diverse voci, e che il principio per il quale necessita dare una valutazione globale dell'offerta sottoposta a verifica di anomalia neppure è smentito dall'analisi di singole e specifiche voci di costo essendo *“evidente che l'analisi delle singole voci è servita alla stazione appaltante a maturare il convincimento relativo alla complessiva inattendibilità dell'offerta per aver eccessivamente inciso al ribasso sul costo della manodopera per*

l'esecuzione dell'appalto" (cfr. C.d.S., sez. V, n. 911/2021). Del resto, come precisato da consolidata giurisprudenza, *"pur avendo il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, ciò non toglie che tale giudizio possa essere la conseguenza dell'analisi delle singole voci di costo presentate e delle relative giustificazioni."* (cfr., ad es., TAR Veneto, sez. I, n. 318/2018; TAR Liguria, sez. I, n. 157/2020).

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

Consiglio di Stato, sez. V, 17 agosto 2023, n.7787.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in tema di diritto di accesso, ricordando come questo trovi un limite (che è ad un tempo di ordine materiale e di ordine giuridico) nella disponibilità che l'Amministrazione abbia della documentazione di cui si chiede l'ostensione.

La possibilità di acquisire (anche tramite visione od estrazione di copia) i documenti **postula la materiale detenzione dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza** (e ciò sia allorché alla stessa sia giuridicamente imputabile la relativa formazione, sia allorché, come nella specie, la stessa sia stata destinataria del relativo trasferimento).

Siffatto presupposto va acquisito in termini di fatto costitutivo della pretesa ostensiva, sicché – giusta l'ordinaria cadenza dell'onere probatorio: cfr. art. 2697 c.c. – la sua **dimostrazione grava sulla parte che intenda far valere il diritto**, la quale può, beninteso, assolvervi anche attraverso presunzioni ovvero in via indiziaria. Deve, in altri termini, **negarsi** che, sotto un profilo formale, **sia l'indisponibilità del documento a concretare fatto impeditivo** (la cui dimostrazione graverebbe, assecondando le premesse dell'appellante, sulla parte resistente): e ciò se non altro perché, come intuito dal primo giudice, il fatto costitutivo è, in via di principio e salvo giustificate ragioni, di ordine positivo e non negativo.

D'altra parte, secondo i giudici – sotto un convergente profilo sostanziale – è anche esatto che *ad impossibilia nemo tenetur*: sicché, **in assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile erogare una ingiunzione alla relativa ostensione**, che risulterebbe per definizione insuscettibile di essere eseguita.

Orbene, nel caso di specie, il TAR ha ritenuto di rigettare il ricorso in considerazione del fatto che l'onere della prova in ordine alla detenzione dei documenti da parte di della società pubblica cui era rivolta l'istanza, non era stato adeguatamente assolto.

In particolare, sotto un profilo indiziario, ha valorizzato il dato per cui – a fronte della dichiarazione, resa dalla medesima società, di non aver mai ricevuto in consegna la

documentazione de qua – **non potesse rilevare l’insistito riferimento agli obblighi nascenti dal contratto di cessione intercorso tra le parti**, dal quale era dato evincere solo l’obbligo a consegnare alle acquirenti, entro la data convenuta, gli impianti, i beni e la documentazione necessari ai fini della prosecuzione dell’attività, ma non “la documentazione relativa alle attività conclusesi parecchi anni addietro”.

A fronte di tali risultanze, si deve ribadire che *“ove l’amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l’esercizio dell’accesso. Al cospetto di una dichiarazione espressa dell’amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l’accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come inutiliter data”* (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, n. 2142/2020).

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