

## NEWSLETTER N. 14/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **OICE – Proposta al Governo: avviare le gare per gli interventi del PNRR tramite il ricorso ad accordi quadro.**

Dai dati dell'osservatorio Oice/Informatel emerge la continua crescita del mercato pubblico delle gare di progettazione, che nel primo quadrimestre 2021 ha raggiunto i 1.583 bandi con un valore di 305,9 milioni di euro, +33,5% in numero e +51,9% in valore sull'analogo periodo del 2020.

Per quanto riguarda i dati della domanda pubblica di aprile, le gare di progettazione pubblicate sono state 449 gare, per un valore pari a 92,1 milioni di euro, con una diminuzione del -8,9% rispetto a marzo, ma un aumento del valore pari al +11%.

Inoltre, gli accordi quadro conclusi nel mese di aprile sono stati 19 per un valore di 10,7 milioni di euro, mentre a marzo non si era andati oltre gli otto per un valore pari a 25,2 milioni di euro.

È sulla base di questi dati che l'Oice propone al Governo di avviare sin d'ora le procedure di selezione dei progettisti e delle strutture che potranno supportare le amministrazioni nella gestione degli interventi del PNRR.

Per il Presidente dell'Associazione delle società di ingegneria e architettura, Gabriele Scicolone, considerato che i progetti degli interventi del PNRR sono noti, ci sarebbero tutti gli strumenti per organizzare i relativi affidamenti. In particolare, attraverso gli accordi quadro si potrebbe aumentare la "potenza di fuoco" progettuale, a beneficio degli enti attuatori ed entro tre mesi gli operatori dell'ingegneria e dell'architettura potrebbero essere pronti ad operare.

Qui il [link](#) per la lettura del comunicato.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ ***CONS. STATO, SEZ. IV, DECRETO, 18 MAGGIO 2021, n. 826 – Competenza del Collegio ad autorizzare lo sfioramento dei limiti dimensionali dopo il deposito dello scritto difensivo.***

Con il decreto in esame il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi in materia di limiti dimensionali degli scritti difensivi (cfr. *Cons. Stato, sez. VI, ordinanza, 13 aprile 2021, n. 3006, in Newsletter CAR n. 9/2021*).

In questa occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che "è improcedibile la domanda di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali degli atti di giudizio ex artt. 5 e 6 del decreto del Presidente del Consiglio del Stato del 22 dicembre 2016, n. 167 atteso che il procedimento di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali di cui al citato art. 6, come

*modificato dal decreto del medesimo Presidente n. 127 del 16 ottobre 2017, ha carattere preventivo e l'autorizzazione successiva può essere disposta solo dal Collegio".*

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., SEZ. I, 12 MAGGIO 2021, n. 420** – *Ammissibilità della richiesta di pubblicazione del dispositivo con note di udienza sostitutive della discussione*

Con la sentenza in epigrafe il Collegio siciliano ha osservato che, sebbene la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 119 c.p.a. richieda espressamente, ai fini della richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo, una dichiarazione resa in udienza di discussione e l'attestazione della medesima nel verbale di udienza, la legislazione emergenziale ha equiparato la trattazione cartolare a quella orale da remoto.

In ragione di siffatta equiparazione, il Collegio ha ritenuto ammissibile l'istanza di pubblicazione anticipata del dispositivo contenuta nelle note di udienza *"perché, altrimenti argomentando, si obbligherebbe la parte processuale che ha interesse a formulare tale richiesta a dovere sempre e comunque chiedere la discussione orale, il che, invece, costituisce mera eventualità rimessa alla discrezionale valutazione della strategia defensionale."*

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 3 MAGGIO 2021, n. 3481** – *Dichiarazioni dell'o.e. in caso di cessione d'azienda: casi in cui può realizzarsi una violazione degli obblighi dichiarativi.*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 non indica, tra i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione in ordine all'assenza di cause di esclusione, gli amministratori del ramo d'azienda ceduta, per cui la violazione dell'obbligo dichiarativo può verificarsi soltanto nel caso in cui sussistano chiari indizi in ordine al fatto che, pur intervenuta la cessione, in realtà sussista una continuità (di fatto) tra la precedente gestione e la nuova gestione imprenditoriale.

In questo caso, infatti, il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente nell'ambito della partecipazione alle gare pubbliche, allo stesso modo risente anche delle conseguenze di eventuali responsabilità del soggetto cedente e dei suoi amministratori.

➤ **TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 7 MAGGIO 2021, n. 1147** – *Deterioramento o illeggibilità dei file – Grava sull'o.e. l'onere di verificarne l'integrità e apertura.*

Nella pronuncia in esame, il TAR Lombardia ha chiarito che, nelle ipotesi in cui non si siano verificati malfunzionamenti alla procedura di gara telematica, grava sull'operatore economico l'eventuale impossibilità di visualizzare correttamente un file informatico.

Quest'ultimo ha infatti l'onere di verificare *"l'integrità e la leggibilità"* dei files, utilizzando il criterio dell'ordinaria diligenza *"in considerazione del possibile verificarsi di inconvenienti legati al deterioramento dei documenti digitali trasmessi."*

Inoltre, nelle ipotesi in cui le regole della piattaforma di gara stabiliscano che i *files* debbano essere inviati in formato PDF, senza tuttavia esplicitare il programma da adoperare, *“le regole dell’ordinaria diligenza impongono che i files che compongono l’offerta siano apribili con tutti i programmi in comune commercio.”*

In conclusione *“tali regole impongono all’offerente (...), nel caso in cui i files inviati possano aprirsi solo con programmi diversi, di specificare in sede di offerta le procedure che la stazione appaltante deve svolgere per l’apertura dei vari files”*.

➤ **TAR LAZIO, LATINA, SEZ. I, 6 MAGGIO 2021, n. 293** – *La sopravvenuta perdita di un requisito soggettivo di un’impresa mandante in fase di gara non determina l’esclusione dell’intero RTI.*

Pronunciandosi in conformità ad un precedente orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (*Cons. di Stato, sez. IV, 2 aprile 2020, n. 2245*), il TAR di Latina ha dichiarato che la sopravvenuta perdita di un requisito soggettivo da parte di un’impresa mandante non comporta, di per sé, l’esclusione dell’intero raggruppamento temporaneo di imprese (in senso contrario, cfr. *Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833*).

Infatti, per effetto dell’articolo 48, comma 19-ter del Codice dei Contratti Pubblici, le modifiche soggettive contemplate dal comma 18 della medesima disposizione si applicherebbero anche alla fase di gara, determinando in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti soggettivi da parte di un’impresa mandante solo la sua esclusione, non quella di tutto il raggruppamento.

➤ **TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I, 29 APRILE 2021, n. 1069** – *Esclusione di un o.e. a seguito dell’applicazione di misure cautelari personali nei confronti del proprio legale rappresentante.*

Nella sentenza in esame, il TAR ha riconosciuto la possibilità di escludere un operatore economico, ai sensi dell’art. 80, comma 5 lett. c), qualora, nei confronti del proprio legale rappresentante, vengano applicate misure cautelari personali, scaturenti da un procedimento penale per condotte illecite in gare d’appalto.

In merito, il Giudice adito ha denotato come la norma sopracitata non introduca né un elenco tassativo, né un *numerus clausus* di gravi illeciti professionali; pertanto, *“spetta alle stazioni appaltanti declinare, caso per caso, la condotta dell’operatore economico “colpevole di gravi illeciti professionali”*.

Inoltre, è stato chiarito dal T.A.R. come *“la valutazione di affidabilità cui è tenuta la stazione appaltante investe l’operatore economico dal momento della presentazione della domanda di partecipazione; pertanto, la circostanza che prima dell’esclusione, ma dopo la presentazione dell’offerta, il rappresentante legale sia allontanato dalla compagine societaria integra un dato irrilevante ai fini della valutazione della sussistenza di un grave errore professionale, riferibile alla*

*società, siccome commesso da uno dei suoi rappresentanti ed espressivo dell'inaffidabilità della società stessa".*

Infine, è stato affermato che in tali ipotesi, neppure l'adozione di un modello di gestione aziendale ex D.lgs. n. 231/2001 e la presenza di un organismo di vigilanza, esclude un legame fra le condotte del legale rappresentato e quelle della società.

➤ **TAR LOMBARDIA, SEZ. I, SENTENZA, 29 APRILE 2021, n. 1071** – *La normativa sull'equo compenso non trova applicazione laddove il professionista sia stato posto nella condizione formulare un'offerta economica per la prestazione da svolgere.*

Con la sentenza in rassegna il TAR Lombardia ha fornito nuovi spunti di riflessione sull'applicabilità della norma sull'equo compenso di cui agli articoli 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, e 19-quaterdecies, comma 3, del D.l. 16 ottobre 2017, n. 148. Secondo i giudici di primo grado, la disciplina dell'equo compenso è volta alla protezione del professionista che ricopre la posizione di parte debole del rapporto con un cliente in grado di imporre il suo potere economico e di mercato mediante la proposta di convenzioni unilateralmente predisposte.

Tale disciplina non trova però applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti o, nelle fattispecie di formazione della volontà dell'amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, ove l'amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare. Nel caso di specie, ossia di gara in cui l'amministrazione chiede ai professionisti concorrenti di formulare un'offerta economica per una prestazione professionale, il cui oggetto è stato dettagliatamente individuato mediante l'invio del ricorso e di tutte le informazioni relative al suo oggetto, si crea un confronto concorrenziale finalizzato all'individuazione del compenso professionale.

I concorrenti sono stati pertanto posti nella condizione di calcolare liberamente, secondo le dettagliate informazioni fornite dall'Amministrazione, la convenienza economica del compenso in relazione all'entità della prestazione professionale richiesta, senza subire condizionamenti, limitazioni o imposizioni da parte del cliente.

Pertanto, il TAR ha rigettato il ricorso proposto da uno degli offerenti.

Qui il [link](#) alla pronuncia.

➤ **TAR TOSCANA, SEZ. I, 27 APRILE 2021, n. 597** – *Responsabilità della P.A. derivante da mancata stipula della convenzione per una concessione di servizi – Profili di giurisdizione.*

Il TAR Toscana si è espresso in merito alla responsabilità della pubblica Amministrazione derivante dalla mancata stipula della convenzione relativa all'aggiudicazione di una concessione di servizi.

*In primis*, è stato chiarito come tali controversie, nonostante insorgano in un momento successivo all'aggiudicazione, non possiedono una natura civilistica, ma si riferiscono ad una fase ancora connotata da poteri di natura pubblicistica, rientrando, dunque, nella giurisdizione esclusiva, sull'affidamento dei contratti pubblici, del giudice amministrativo.

Infine, il T.A.R. ha chiarito che - rispetto alla stipula della convenzione di concessione - non sorge una responsabilità della Pubblica Amministrazione di carattere contrattuale, non essendo fonte di un'obbligazione civilistica: tuttavia, sarà possibile per l'affidatario presentare una domanda risarcitoria reclamando il ristoro del danno emergente, in considerazione delle spese sostenute per le attività propedeutiche alla stipula della convenzione.

➤ **TAR TOSCANA, SEZ. I, 27 APRILE 2021, n. 601** – *Le prestazioni del collaboratore continuativo devono essere rese nei confronti dell'affidatario e non nei confronti della Stazione Appaltante.*

Con la sentenza in epigrafe, il TAR Toscana non ha ritenuto condivisibile una lettura restrittiva dell'art. 105, comma 3, lett. c), D.lgs. n. 50/2016, secondo cui le prestazioni contrattuali rese dal collaboratore continuativo dovrebbero essere svolte nei confronti dell'affidatario del contratto e non – come avviene per il subappalto – direttamente a favore della stessa Amministrazione aggiudicatrice.

Il Collegio, pur consapevole che una parte della giurisprudenza ha fatto propria tale impostazione ermeneutica, ha aderito ad una diversa linea interpretativa.

In particolare, Collegio toscano ha chiarito *“che la necessità di garantire l'effetto utile della menzionata previsione non consente di attribuire ad essa, ai fini della delimitazione del suo perimetro applicativo, un significato tale da abbracciare prestazioni che, in mancanza della stessa, sarebbero state comunque acquisibili dal soggetto affidatario”*.

Tale risultato si otterrebbe, appunto, circoscrivendo l'utilizzazione del suddetto istituto alle sole prestazioni *“secondarie” e/o “sussidiarie”*, ovvero a quelle non direttamente rivolte alla Stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto: prestazioni che, anche a prescindere dalla previsione suindicata, sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili *ab externo* dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori, indipendentemente dall'epoca di stipula dei relativi contratti e senza essere tenuto al deposito degli stessi presso la stazione appaltante (cfr. *Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3211; Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068*).

A ciò si aggiunga che la spendibilità del contratto di collaborazione in sede di gara non può essere neppure inficiata dalla mancanza di data certa, atteso che la norma non

richiede che i contratti continuativi di cooperazione servizio e/o fornitura abbiano data certa, ma prescrive solo che essi siano stati sottoscritti *“in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell’appalto”* (Cons. Stato, Sez. III, 29.1.2021, n. 879).

➤ **TAR TOSCANA, SEZ. I, 27 APRILE 2021, n. 602** – *Dichiarazione di possesso del requisito di qualificazione può essere documentata dall’Impresa che disponga del Certificato di Esecuzione dei Lavori (CEL) al momento della presentazione della domanda.*

Il TAR ha dichiarato l’annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore di un’impresa per non avere quest’ultima comprovato, al momento della presentazione della domanda, il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara mediante la produzione del relativo CEL. In particolare, il Collegio ha confermato che, dalla lettura sistematica delle disposizioni normative sul Certificato di Esecuzione Lavori e, segnatamente, 1) dell’art. 86, comma 5-bis, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50; 2) dell’art. 79, comma 6, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 210 e 3) dell’art. 83, comma 4, d.p.r. cit., *“soltanto l’impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del CEL, può dichiarare il possesso del requisito, poiché solo quell’impresa è in grado di provarlo, coincidendo perciò il requisito dell’esecuzione dei lavori con quello del possesso del Certificato di Esecuzione dei Lavori”*.

Inoltre, il TAR. ha poi ritenuto di non dover vagliare la fondatezza dell’assunto del ricorrente in ordine all’ammissibilità dell’istanza di soccorso istruttorio per la produzione di tale CEL, evidenziando come, nel caso in esame, *“anche se la stessa fosse valida, la documentazione acquisibile in sede di soccorso istruttorio dovrebbe comunque riferirsi a requisiti di cui l’impresa era già in possesso al momento della presentazione della offerta, cosa che, nel caso di specie, non si è verificata”*.

---

In collaborazione con gli Studi Legali  
*Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa*