

## NEWSLETTER N. 20/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente: “Indicazioni interpretative sulla previsione contenuta nell’articolo 183, comma 9, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con riferimento alle società di revisione ai sensi dell’articolo 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1966.**

Attraverso un Comunicato emesso in data 23 giugno 2021, il Presidente Busia ha fornito indicazioni interpretative sulla previsione contenuta nell’art. 183, comma 9, del Codice dei contratti pubblici. La disposizione riserva il potere di asseverare il PEF, oltre agli istituti di credito e alle società di servizi costituite dagli stessi, alle “società di revisione ai sensi dell’articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966”.

Posto che allo stato attuale convivono nel sistema le “società fiduciarie e di revisione”, iscritte ad un elenco tenuto dal MISE, abilitate unicamente all’attività di revisione “non obbligatoria”, e le “società abilitate alla revisione legale dei conti”, iscritte nel registro tenuto dal MEF, autorizzate alla revisione legale ma con possibilità di svolgere attività di revisione aziendale di rilievo privatistico, il Comunicato chiarisce che l’art. 183, comma 9, vada inteso nel senso che l’attività di asseverazione del PEF può essere svolta, oltre che dalle società autorizzate ai sensi dell’art. 1 della l. 1966/1939, anche dalle società iscritte nel registro dei revisori legali e delle società di revisione attualmente tenuto dal MEF.

➤ **Commissione UE – “Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (II edizione)”.**

Sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea n. C 237/1 del 18 giugno 2021, è stato pubblicato un documento della Commissione europea in tema di “Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (II edizione)”.

La guida mira a sensibilizzare gli acquirenti pubblici in merito ai possibili benefici degli appalti pubblici socialmente responsabili, nonché a spiegare in modo pratico le opportunità offerte dal quadro giuridico dell’UE.

I capitoli affrontano tutti gli aspetti della procedura di appalto, descrivendo nel dettaglio in che modo sia possibile affrontare aspetti sociali lungo tutto il processo dell’appalto, e forniscono numerosi esempi tratti da pratiche effettivamente messe in atto da acquirenti pubblici in tutta l’UE. Nei capitoli da 2 a 5, la maggior parte delle sezioni è seguita da un elenco di “buone pratiche”.

Si tratta comunque di un documento non vincolante, non idoneo a pregiudicare i diritti e gli obblighi stabiliti nella legislazione dell’UE e soggetto all’evoluzione della pratica degli appalti e alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, che

rimane l'unico organismo competente a interpretare autorevolmente il diritto dell'Unione. Qui il [link](#) per una lettura integrale della Guida.

➤ **Corte dei Conti – Deliberazione 7 giugno 2021, n. 10: “Applicabilità degli incentivi tecnici disciplinati dall’art. 113, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 ai contratti di rendimento energetico.”**

La Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, con deliberazione 7 giugno 2021, n. 10, si è pronunciata sulla questione relativa all’applicabilità degli incentivi tecnici *ex art. 113, co. 2, del Codice ai contratti di rendimento energetico (EPC)*.

Secondo l’interpretazione fornita dalla Corte, il contratto di rendimento energetico è da ricomprendere nelle fattispecie di partenariato pubblico privato (PPP) disciplinate dall’art. 180 e ss. del Codice, in quanto la principale caratteristica di tali contratti è l’assenza di oneri finanziari immediati per il cliente (contratto che resta a titolo oneroso perché il cliente cede i risparmi futuri) e nel trasferimento dei rischi in capo alle Energy Service Company (ESCO).

Pertanto, dalla qualificazione del contratto di EPC come fattispecie di partenariato pubblico privato, discende l’esclusione dell’applicazione del sistema di incentivazione tecnica previsto dall’art. 113, co. 2, del Codice dei contratti pubblici.

Qui il [link](#) al testo integrale della Delibera.

### **NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI**

➤ **CONS. STATO, SEZ. VI, 30 GIUGNO 2021, n. 4923 - E' legittimo il ricorso allo strumento di tutela di valori storico-artistici (vincolo indiretto) per finalità di tutela paesaggistica.**

Secondo il Collegio, è legittimo il ricorso allo strumento di tutela di valori storico-artistici (vincolo indiretto) per finalità di tutela paesaggistica, atteso che l’estensione del vincolo non trova giustificazione nell’esigenza di preservare i valori del contesto territoriale in sé considerato (pur in sé dotato di valore), bensì i valori che lo stesso esprime in funzione del bene culturale (Castello del Catajo) e delle sue pertinenze, a cui è inscindibilmente correlato.

L’estensione del vincolo trova allora nel caso di specie una logica spiegazione nell’imponenza e nell’ubicazione del complesso monumentale da tutelare, in quanto nel perimetro del vincolo diretto sono incluse anche la collina che fiancheggia il Castello e alcune aree agricole, così che sussiste una logica congruenza tra l’ampia estensione del vincolo indiretto e l’ampia estensione del vincolo diretto da tutelare. Ne deriva che non è il solo bene in sé (Castello del Catajo) a costituire oggetto della tutela, ma l’intero ambiente potenzialmente interagente con il valore culturale, che può richiedere una

conservazione particolare. In questo senso il canone di verifica del corretto esercizio del potere deve avvenire secondo criteri di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità, criteri che, come la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893) ha già avuto modo di precisare, sono tra loro strettamente connessi e si specificano nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta funzionalità dell'esercizio del potere, che deve essere congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto.

In tale ambito, infatti, la valutazione dell'amministrazione è per lo più insindacabile, se non sotto il riferito profilo della congruità e della logicità della motivazione ed in particolare per difetto o manifesta illogicità della motivazione o errore di fatto (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2005, n. 3305; id., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4923; id., sez. IV, 9 febbraio 2006, n. 659).

➤ **CORTE CASS., SEZ. II, ORD. 22 GIUGNO 2021, n. 17819** – *Responsabilità dell'appaltatore in caso di realizzazione dell'opera sotto le istruzioni del committente.*

Con l'ordinanza in rassegna, la Suprema Corte si è espressa sulla responsabilità dell'appaltatore in caso di adempimento alle istruzioni impartite dal committente.

L'appaltatore, dovendo assolvere al proprio obbligo di osservare i criteri generali della tecnica relativi al particolare lavoro affidatogli, è tenuto a controllare, nei limiti delle sue cognizioni, la bontà del progetto o delle istruzioni impartite dal committente. Se discorde con le indicazioni impartite dal committente, può essere esente da responsabilità solo qualora dimostri di aver manifestato il proprio dissenso e di averle eseguite quale *nudus minister*.

Di contro, in mancanza di tale prova, l'appaltatore si vedrà escussa l'intera garanzia per le imperfezioni o i vizi dell'opera a titolo di responsabilità contrattuale.

È esclusa, inoltre, per l'appaltatore, la facoltà di invocare un concorso di colpa del progettista, del committente, o del direttore dei lavori.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 15 GIUGNO 2021, n. 4641** – *Le informazioni false o fuorvianti, al fine di determinare l'esclusione dell'operatore, devono essere idonee a influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione della stazione appaltante.*

Come da costante giurisprudenza, il Consiglio di Stato ha chiarito che la stazione appaltante, venuta a conoscenza della mancata informativa, può escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che sussistano fondati dubbi sulla integrità o affidabilità dell'operatore stesso (così Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196).

Richiamando i principi dell'Adunanza Plenaria, espressi nella sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, la quale ha chiarito che l'esclusione per omissioni dichiarative del

concorrente in relazione a reati c.d. “non ostativi” non può mai essere automatica, il Collegio ha specificato che in caso di informazioni “false o fuorvianti” l’esclusione non può essere disposta se non previa valutazione della loro idoneità ad “influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione” della stazione appaltante. Alle informazioni “false o fuorvianti” sono equiparate quelle “omissioni” che riguardano “informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”, dovendo, a maggior ragione, anche per esse escludersi ogni automatismo espulsivo.

Secondo quanto precisato dalla citata sentenza dell’Adunanza Plenaria “L’elemento comune alle fattispecie dell’omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell’amministrazione concernenti l’ammissione, la selezione o l’aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l’automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis”.

➤ **TAR LAZIO, SEZ. III, 18 GIUGNO 2021, n. 7305 – Il divieto di cui all’art. 48, comma 7, del Codice non si applica alle gare con suddivisione in lotti.**

Con la sentenza in commento il TAR Lazio ha affermato l’irrifiribilità del divieto, previsto dall’art. 48, comma 7, del Codice, di partecipare alla medesima procedura, sia quale componente di un raggruppamento, sia in forma individuale o in altra forma, alle gare con suddivisione in lotti.

Quindi “un imprenditore può partecipare a RTI diversamente composti a distinti lotti ed in realtà gli RTI sono stati formati in diversa composizione al fine di poter eseguire le prestazioni che sono parzialmente diverse in ciascun lotto. Ogni operatore economico, pertanto, ha assunto l’esecuzione delle prestazioni di cui si compone l’appalto del relativo lotto e per il quale è risultato in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti.”

➤ **TAR LIGURIA, SEZ. I, 18 GIUGNO 2021, n. 557 – Diritto di accesso: il parametro di “stretta indispensabilità” si applica soltanto ai cd. “dati particolari”, tra i quali non rientra il segreto commerciale.**

In materia di gare pubbliche, il bilanciamento tra tutela del segreto industriale e commerciale e l’accesso ai documenti è regolato dall’art. 53, ultimo comma, del Codice che stabilisce: “In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”.

Tale norma costituisce per un verso deroga e per altro specificazione dell’art. 24, comma 7, della L. 241/90 che stabilisce: “Deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l’accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall’articolo 60

*del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.*

Pertanto, il parametro della “*stretta indispensabilità*” quale fondamento della prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla riservatezza deve essere limitato ai soli dati sensibili, con esclusione del segreto tecnico e commerciale in relazione al quale la norma di cui all’art. 53 ritiene sufficiente la mera finalizzazione alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura.

I “*dati sensibili*”, a tenore dell’art. 4 D.lgs. 196/03, erano “*i dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*”. Tale norma è stata, tuttavia, abrogata dall’art. 27, comma 1, lett. a), n. 1 D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

In tal senso, la categoria dei “*dati sensibili*” è stata sostituita da quella dei “*dati particolari*” che sono individuati dall’art. 9 paragrafo 1 del regolamento UE 27 aprile 2016 n. 679 che stabilisce “*E’ vietato trattare dati personali che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona*”.

Pertanto, la previsione dell’art. 24, comma 7, L. 241/90, deve essere ora riferita ai “*dati particolari*” di cui all’art. 9 regolamento UE 679/16. Tuttavia, anche nell’ambito dei “*dati particolari*” non rientra il segreto commerciale. Inoltre, subordinare l’accesso alle offerte tecniche alla dimostrazione della stretta indispensabilità del documento alla deduzione e alla prova di specifici motivi di impugnazione realizza una inversione logica non potendosi, in assenza della conoscenza della offerta tecnica dedursi motivi di ricorso se non nella forma generica e inammissibile del cd. “ricorso al buio”, con inaccettabile compressione del diritto di difesa.

➤ **TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, 14 GIUGNO 2021, n. 4021** – *Nelle fasi intermedie tra aggiudicazione e successiva esecuzione la giurisdizione è del giudice ordinario.*

Nella sentenza in esame, il TAR Campania ha fornito indicazioni in merito alla giurisdizione competente relativamente alle fasi intermedie fra l’aggiudicazione del contratto e la successiva esecuzione dello stesso.

In considerazione dei contrasti giurisprudenziali ancora sussistenti in materia, poiché anche in tali fasi può intervenire l’anticipata esecuzione del contratto per ragioni di urgenza, il Collegio campano ha chiarito come in tali ipotesi debba ritenersi competente il giudice ordinario.

Pertanto, con riferimento al caso oggetto delle eventuali controversie giuridiche, potranno verificarsi le seguenti situazioni:

*“a) ove l’Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di “coda autoritativa” della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);*

*b) ove l’Amministrazione “receda” dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 D.lgs. n. 50/2016 e 21 sexies L. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);*

*c) ove, infine, l’Amministrazione si determini – non già per l’inadempimento alle “prestazioni” oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l’inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della lex specialis di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell’aggiudicazione, legittimando il “rifiuto di stipulare” il contratto) spetterà ancora al giudice amministrativo” (per tutte, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498, ripreso da TAR Sicilia, Sez. II, 8 novembre 2019, n. 2574)”.*

---

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