

NEWSLETTER N. 31/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **MEF – Circolare del 14 ottobre 2021, n. 21: *Trasmissione delle Istruzioni Tecniche per la selezione dei soggetti PNRR.***

Al fine di supportare le Amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR nelle attività di presidio e vigilanza nell'esecuzione dei progetti o interventi di competenza che compongono le misure del Piano e di fornire indicazioni comuni a livello nazionale, sono state predisposte le "Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR". Il documento detta regole e principi a cui le richiamate Amministrazioni sono invitate ad attenersi, finalizzati a:

- individuare requisiti di ammissibilità ed eventuali cause di esclusione, attribuibili al Soggetto attuatore e/o alla proposta progettuale, il cui mancato soddisfacimento può comportare una criticità con impatto sul processo di attuazione dell'iniziativa, nonché in fase di controllo e rendicontazione della stessa;
- fornire elementi utili sui processi di attuazione che potranno essere ripresi nelle apposite sezioni delle procedure di selezione dei progetti (ossia negli atti amministrativi di varia natura, tra cui decreti ministeriali e bandi).

Tra i principi ai quali si richiamano le Istruzioni, evidenziamo quello del "Do No Significant Harm" (c.d. "DNSH", ai sensi del quale gli avvisi e i progetti devono ispirarsi ai principi espressi dal PNRR), del "Tagging clima e digitale" (finalizzato a richiamare, ove la riforma o l'investimento lo preveda, gli obiettivi climatici e digitali, riportando in allegato gli impegni presi e le relative disposizioni del PNRR per la valutazione di tale contributo) e dell'assenza del cd. doppio finanziamento (ai sensi dell'art. 9 del Reg. UE 2021/241, secondo il quale non ci deve essere una duplicazione del finanziamento degli stessi costi da parte del dispositivo e di altri programmi dell'UE).

Qui il [link](#) per la lettura integrale della circolare e del suo [allegato](#).

➤ **D.D.L. 13 ottobre 2021 A.C. 3179-A/R – "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali".**

Lo scorso mercoledì 13 ottobre la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge titolata "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali", nonché le abbinata proposte di legge (Meloni ed altri; Mandelli ed altri; Morrone ed altri; Bitonci ed altri; Di Sarno ed altri, e più precisamente A.C. 301-1979-2192-2741-3058).

Il provvedimento passa ora all'esame del Senato.

In sintesi: è previsto espressamente che anche la P.A. sia soggetta alle nuove disposizioni sull'equo compenso, con eccezione per gli agenti della riscossione e le società di cartolarizzazione (che potranno chiedere prestazioni ripetitive).

Da segnalare tuttavia il rischio che l'estensione alla P.A. venga neutralizzata dall'articolo 12 dell'AC 3179, che ripete la formulazione del comma 4, dell'articolo 13-bis, della legge 247/2012, in base al quale dall'attuazione delle disposizioni della legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Infatti, è proprio questa disposizione che è stata valorizzata di recente dal TAR Lazio (sentenza n. 9404/2021) per affermare l'esonero delle P.A. dall'applicazione del principio dell'equo compenso.

➤ **ANAC – Seduta 6 ottobre 2021: Chiarimenti in materia di subappalto e quota complessiva raggiungibile.**

Con la seduta del Consiglio del 6 ottobre, l'ANAC ha avuto modo di pronunciarsi sul tema del subappalto, fornendo dei chiarimenti ai fini del suo utilizzo.

Fino alla riforma del c.d. *Decreto Semplificazioni*, era consentita una quota specifica di subappalto, distinta e separata da quella generale del 30%, tale per cui la quota subappaltabile complessiva potesse arrivare al 70%. Ad oggi, il limite (complessivo) è stato rivisto e ricondotto al limite del 50%. Ad ogni modo, come specifica l'Autorità, *“il limite massimo di opere subappaltabili deve essere calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto, senza poter distinguere (come era precedentemente) tra categorie super specialistiche e altre categorie di lavorazioni”*.

Infatti, ai sensi della disciplina transitoria attuale, resta comunque esclusa la possibilità di subappaltare la percentuale ulteriore delle lavorazioni rientranti nella categoria delle lavorazioni c.d. *“super specialistiche”*.

Ad ogni modo, a partire dal 1° novembre 2021, eccezion fatta per le opere da realizzarsi esclusivamente dall'aggiudicatario che le stazioni appaltanti saranno chiamate ad indicare all'interno dei documenti di gara, si affermerà il regime della subappaltabilità integrale in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, garantendo un *“abbattimento di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto”*.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, ORD. 18 OTTOBRE 2021, n. 6959 – *All'Adunanza Plenaria la questione di modificabilità soggettiva dell'RTI in fase di gara per perdita requisiti ex art. 80 da parte del mandatario o della mandante.***

E' stata rimessa all'Adunanza Plenaria la questione se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 dello stesso Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara; in caso di risposta positiva alla prima domanda va precisata la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata

richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 12 OTTOBRE 2021, n. 6837** – *Legittimità della suddivisione in lotti per macroaree geografiche in assenza di un vincolo di aggiudicazione.*

La III Sezione è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della suddivisione di una procedura di gara in lotti afferenti a macroaree geografiche (accorpendo, nel caso di specie, più Aziende sanitarie), in assenza di un vincolo di aggiudicazione.

In via preliminare, il Collegio ha richiamato la propria giurisprudenza secondo la quale l'assenza del c.d. "vincolo di aggiudicazione" non determina *ex se* la violazione della concorrenza, violazione che si configurerebbe soltanto laddove "la strutturazione della gara" sia stata realizzata "in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della *lex specialis*, favorisca in modo indebito taluno dei concorrenti e gli consenta di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 3683). Del resto, l'utilizzo del vincolo di aggiudicazione "può propiziare, strategie anticoncorrenziali e intese illecite tra i singoli concorrenti, tese a favorire la spartizione dei singoli lotti messi a gara".

Pertanto, nonostante la suddivisione in lotti costituisca un istituto volto a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese, la previsione di vincoli di partecipazione resta comunque una prerogativa discrezionale dell'Amministrazione, come sottolineato anche dalla Direttiva 2014/24/UE, (così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 123/2018; Sez. III n. 1076/2020).

Tuttavia, al fine di valutare la legittimità della suddivisione, è la sua ragionevolezza intrinseca a rilevare e non la sua formale motivazione. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha condiviso l'analisi compiuta dal giudice di prime cure, il quale aveva sottolineato che "a fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura, non irragionevolmente la Stazione appaltante ha inteso recuperare l'eventuale deficit di diversificazione proconcorrenziale frazionando le procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta", "tenendo conto dell'ambito territoriale di riferimento per una adeguata organizzazione e gestione dei team residenti e non residenti".

Ove così non fosse, d'altro canto, "si avrebbe che l'amministrazione sarebbe costretta a scartare in alcuni lotti le offerte più convenienti, per il sol fatto di dover garantire una pluralità di imprese contraenti".

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 11 OTTOBRE 2021, n. 6824** – *Differenza tra cessazione della materia del contendere e improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse.*

Chiarimento sulla differenza tra cessazione della materia del contendere e difetto di improcedibilità derivante dal sopravvenuto difetto di interesse: mentre la prima postula la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere il bene della vita agognato, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse risulta, invece, riscontrabile qualora sopravvenga un assetto di interesse ostativo alla realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso, anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio (non per l'ottenimento ma) per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita ambito dal ricorrente.

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 11 OTTOBRE 2021, n. 842 – *Precisazioni sul potere di esclusione per grave illecito professionale.***

Attraverso un'attenta ricostruzione dell'istituto della discrezionalità tecnica, insieme alla sua commistione con quello della discrezionalità amministrativa, i giudici siciliani hanno avuto di modo di pronunciarsi sulle caratteristiche del potere di esclusione derivante da grave illecito professionale.

In particolare, il potere di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, *“disegna un potere discrezionale in una duplice prospettiva: è connotato da discrezionalità tecnica, specie nell'apprezzamento dei fatti (i precedenti contrattuali della società) e nella sussunzione dei medesimi nell'ambito dei gravi illeciti professionali, e da discrezionalità amministrativa, in particolare nella valutazione relativa alla conseguente, o meno, inaffidabilità dell'impresa, laddove occorra stabilire se i “gravi illeciti professionali” sono “tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”, non venendo in predicato, in tale caso, una scienza tecnica o giuridica (che invece soccorre nel sussumere le condotte poste in essere dall'operatore nella nozione di gravi illeciti professionali) ma una valutazione di opportunità circa il venir meno dell'affidabilità a cagione della precedente condotta dell'operatore”.*

Pertanto l'esclusione costituisce il riflesso della dimostrazione della stazione appaltante circa l'inaffidabilità dell'operatore economico: benché la disposizione individui i gravi illeciti professionali come causa della valutazione discrezionale di inaffidabilità, essa non stabilisce un rapporto di necessarietà fra le due situazioni, il verificarsi del grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità: una volta accertato il grave illecito professionale, l'Amministrazione adotta il provvedimento espulsivo solo laddove ritenga che la commissione di detto illecito abbia reso l'operatore economico inaffidabile (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367).

➤ **TAR TOSCANA, FIRENZE, SEZ. II, 29 SETTEMBRE 2021, n. 1232 – *In scadenza della validità dell'attestazione SOA, l'impresa deve stipulare un nuovo contratto per il rinnovo o attivarsi in tal senso.***

Con la sentenza in commento il giudice amministrativo è tornato ad affrontare la questione concernente il termine e le modalità di rinnovo della SOA prima della scadenza.

Il TAR Toscana ha preliminarmente richiamato l'art. 76, co. 5, D.P.R. n. 207/2020, ancora vigente in forza della previsione di cui all'art. 216, co. 14, D.Lgs. n. 50/2016, ove è stabilito che *“l'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 77, comma 5”* e che *“almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione”*.

Il TAR ha in proposito osservato che sebbene il disposto letterale della norma sia nel senso che almeno novanta giorni prima della scadenza del termine di validità dell'attestazione di qualificazione l'impresa interessata deve *“stipulare un nuovo contratto”* volto al rinnovo dell'attestazione medesima, *“l'interpretazione emersa in giurisprudenza, ferma restando la presenza del termine decadenziale di novanta giorni, mira a valorizzare, al pari della stipula del contratto, anche un più generale essersi attivato dell'operatore interessato nel suddetto termine, avviando contatti con la SOA aventi esplicito significato di richiedere e portare avanti il procedimento di rinnovo dell'attestazione in scadenza”* (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 7178/2020, ove è affermato che al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato, ai sensi dell'art. 76 co. 5, d.P.R. n. 207/2010, istanza di rinnovo nel termine di 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione).

Aderendo alla riferita *“lettura meno rigida del dato normativo ... a condizione che l'attivarsi dell'operatore economico presso la società di attestazione sia esplicito ed inequivoco”*, nella fattispecie sottoposta al suo esame il TAR Toscana ha ritenuto *“che questa attivazione ci sia stata nei termini richiesti dalla legge”* accertando per l'effetto la continuità della attestazione SOA della società ai sensi dell'art. 76, co. 5, DPR n. 207/2010. Tanto avendo ritenuto *“probante circa la sussistenza di contatti per rinnovare la qualificazione e la concretezza dell'attivazione della società”* controinteressata una mail in cui l'Istituto bancario ha trasmesso alla stessa *“la lettera di referenze “per attestazione SOA””*.

➤ **TAR EMILIA ROMAGNA, SEZ. II, 1° OTTOBRE 2021, n. 6542 – Durata dell'accordo quadro ed estensione temporale dei contratti esecutivi.**

Con la pronuncia in commento il T.A.R. Emilia-Romagna si è pronunciato sulla durata dell'accordo quadro e sull'estensione temporale dei contratti esecutivi.

Nel caso di specie, la Società ricorrente impugnava il disciplinare di gara, lamentando la presenza di clausole immediatamente lesive ed escludenti, che impedivano quindi una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta e deducendo di conseguenza la violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-bis del D. Lgs. 50/2016, nonché l'inosservanza dell'art.

30 commi 1 e 2 del Codice dei contratti pubblici, sulla base della considerazione che *“il valore indicato nella convenzione fosse del tutto aleatorio, frutto di una stima del fabbisogno presumibile che non vincola le Aziende pubbliche nei confronti dell’aggiudicatario”*.

In particolare, mentre la convenzione è valida 12 mesi (con facoltà di risoluzione immediata), gli ordinativi di fornitura avranno durata fino a 60 mesi, con conseguente aleatorietà del quadro di regole della competizione e, per l'impresa partecipante, incertezza sul fatturato, a fronte dell’invarianza delle spese fisse.

Il TAR ha ritenuto il ricorso infondato, specificando che la distinzione tra la durata dell'accordo quadro e l'estensione temporale dei contratti esecutivi è *“fisiologica”*. La determinatezza dell’oggetto, infatti, è validamente garantita dall’indicazione, se pur approssimativa, del fabbisogno, costruito sulla base dei dati storici. Di conseguenza, laddove fosse possibile stabilire con buona approssimazione i quantitativi sulla base della necessità che la singola azienda ha manifestato nel corso degli anni in rapporto ai servizi erogati, non si registrerebbe un’incertezza assoluta. In particolare, con riferimento al caso di specie, il TAR ha ritenuto che la stazione appaltante avesse fornito stime orientative adeguate relative all’arco temporale delineato.

Inoltre, dal momento che l’accordo quadro concluso tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici mira a stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo per ciò che concerne i prezzi ed eventualmente le quantità previste, il concorrente aggiudicatario stipulerà contratti specifici secondo le esigenze delle singole amministrazioni. Queste ultime, in ogni caso, *“mantengono la propria autonomia nella determinazione della durata del rapporto, che può essere differente da quella dell’accordo quadro a monte”*.

L’unico elemento dal quale non si può prescindere e che va necessariamente indicato in sintonia con la decisione della Corte di Giustizia UE sez. VIII – 19/12/2018 (causa C-216/2017), è il *“massimale”* che ogni Azienda può chiedere all’appaltatore e, quindi, il solo importo massimo, al fine di garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (cfr. *ex multis* C.G.A. Sicilia, 17 febbraio 2020, n. 127).

In collaborazione con gli Studi Legali

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa