

**Deloitte.**  
Legal



The Public and  
Administrative  
Newsletter

ottobre 2024



# Indice

**TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 15 ottobre 2024 n. 1177**

in materia di categorie prevalenti e scorporabili

**TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 7 ottobre 2024, n. 3300**

in materia di grave illecito professionale

**TAR Lazio, Roma, Sez. V-ter, 2 ottobre 2024, n. 17112**

in tema di comunicazione dell'aggiudicazione

**TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 1° ottobre 2024, n. 17002**

in tema di false dichiarazioni

**TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 1° ottobre 2024, n. 773**

in tema di CCNL applicabili alla gara

**Consiglio di Stato, Sez. V, 23 settembre 2024, n. 7721**

in materia di cause di esclusione automatiche

**TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 23 settembre 2024, n. 3149**

in tema di accesso agli atti dell'esecuzione del contratto

**Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 26 settembre 2024, cause riunite C-403/23 e C-404/23**

in tema di riduzione del RTI e incameramento della garanzia provvisoria

**Corte costituzionale, ordinanza 7 ottobre 2024, n. 161**

Direttiva servizi e concessioni per piccole derivazioni idroelettriche: rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea

**Correttivo al Codice dei contratti pubblici, 21 ottobre 2024**

Consiglio dei ministri

**Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia – Ufficio Studi**

Osservazioni allo schema di decreto di modifica al Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021

**Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa**

Intelligenza artificiale e Giustizia amministrativa

# Giurisprudenza

**TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 15 ottobre 2024 n. 1177**

in materia di categorie prevalenti e scorporabili

**TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 7 ottobre 2024, n. 3300**

in materia di grave illecito professionale

**TAR Lazio, Roma, Sez. V-ter, 2 ottobre 2024, n. 17112**

in tema di comunicazione dell'aggiudicazione

**TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 1° ottobre 2024, n. 17002**

in tema di false dichiarazioni

**TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 1° ottobre 2024, n. 773**

in tema di CCNL applicabili alla gara

**Consiglio di Stato, Sez. V, 23 settembre 2024, n. 7721**

in materia di cause di esclusione automatiche

**TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 23 settembre 2024, n. 3149**

in tema di accesso agli atti dell'esecuzione del contratto

**Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 26 settembre 2024, cause riunite C-403/23 e C-404/23**

in tema di riduzione del RTI e incameramento della garanzia provvisoria

**Corte costituzionale, ordinanza 7 ottobre 2024, n. 161**

Direttiva servizi e concessioni per piccole derivazioni idroelettriche: rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea

### Massima



Risulta del tutto coerente con il quadro normativo vigente, immutato rispetto al precedente, la previsione del disciplinare di gara che consente agli operatori, in possesso di qualifica per le opere della categoria prevalente, di eseguire direttamente anche le opere della categoria scorporabile, se di valore inferiore alla soglia – stabilita dall'art. 108, co. 3, del d.P.R. n. 207/2010 – dei 150.000,00 euro e del 10% del valore dell'appalto.

### Caso di specie



A seguito dell'aggiudicazione di un appalto di lavori per la messa in sicurezza di una rupe sovrastante l'abitato cittadino e la riqualificazione dell'area verde nella località di Ripa, la seconda classificata ha proposto ricorso chiedendo in via principale l'annullamento della determina di aggiudicazione.

La ricorrente ha lamentato, in particolare, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, perché munita di qualificazione per la sola categoria prevalente di lavori (OS12-B) e non anche per l'ulteriore categoria (OS24).

A detta della seconda classificata, infatti, l'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, avrebbe modificato il quadro fino ad allora vigente ovvero sia la disciplina dettata dall'art. 12, comma 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, rimasta sostanzialmente inalterata con l'adozione del d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50. Quest'ultima disciplina consentiva infatti agli operatori economici di partecipare alle procedure di affidamento se *i)* in possesso dei requisiti relativi sia alla categoria prevalente di lavori, sia alle categorie "scorporabili", ovvero *ii)* se in possesso di qualificazione relativamente alla categoria prevalente e a una parte delle categorie scorporabili, o, infine, *iii)* se in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla sola categoria per l'importo totale dei lavori. Con la precisazione che, nella seconda e nella terza ipotesi, le opere scorporabili non rientrassero nel novero di quelle c.d. a qualificazione obbligatoria individuate dal citato art. 12, comma 2, lettera b), del d.l. n. 47/2014. Il concorrente che non si fosse trovato nelle condizioni di eseguire direttamente le opere scorporabili avrebbe, però, potuto subappaltare le relative lavorazioni a imprese munite delle necessarie qualificazioni (subappalto c.d. "necessario").

La ricorrente ha, al contrario, sostenuto che la legislazione vigente ammette la possibilità per un operatore economico di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro laddove lo stesso sia in possesso di qualificazione per tutte le categorie di opere interessate, salva la possibilità di subappaltare le lavorazioni per le quali il concorrente risulti sprovvisto di qualificazione.

Il Collegio ha ritenuto il ricorso infondato.

#### Motivi della decisione



Il TAR ha, in estrema sintesi, osservato che:

- l'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014 non può dirsi, neppure implicitamente abrogato;
- l'art. 30 dell'allegato II.12 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 relativo al sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori prevede espressamente che *“il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi”*;

- il disciplinare di gara, accanto alle opere della categoria prevalente OS12-B, individuava una categoria di opere scorporabili OS24, con la precisazione che queste ultime (singolarmente inferiori a 150.000,00 euro e di incidenza complessiva inferiore al 10% del valore della commessa) avrebbero comunque potuto essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente per l'intero valore dell'appalto, incluso quello delle opere scorporabili.

In forza di dette osservazioni, il Collegio ritenuto la *lex specialis* di gara coerente con il quadro normativo vigente e, per conseguenza, non ha ravvisato alcuna illegittimità nella scelta della stazione appaltante di non escludere dalla procedura l'aggiudicataria, la quale, ha invece dichiarato di volersi avvalere della facoltà consentita dal disciplinare, e dalla legge, di eseguire in proprio anche le lavorazioni della categoria scorporabile, sussistendone le condizioni.

### Massima



La richiesta di rinvio a giudizio del legale rappresentante di un concorrente per determinati reati è idonea a configurare la fattispecie di grave illecito professionale ex art. 98 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e a fondare la sua esclusione dalla procedura di gara. È tuttavia necessario che la stazione appaltante espleti un'esaustiva istruttoria attivando, in particolare, un procedimento in contraddittorio con l'impresa al fine di valutare compiutamente tutte le circostanze del caso, ivi incluse quelle astrattamente in grado di indurre l'amministrazione a non condividere la valutazione del pubblico ministero.

Al contrario la mera pendenza delle indagini preliminari – oltre a non essere sufficiente ai fini dell'esclusione – neppure rileva ai fini degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico, ben potendo l'interessato non averne alcuna conoscenza fino alla notifica di alcuni atti.

### Caso di specie



Il Comune di Catania ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento di lavori aventi ad oggetto la realizzazione di un parco giochi.

In sede di verifica del possesso dei requisiti, è emerso che il legale rappresentante della società prima classificata era stato attinto da una richiesta di rinvio a giudizio per il reato di turbata libertà degli incanti.

L'amministrazione, ritenendo che l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico fossero compromesse, lo ha escluso dalla procedura e, essendo le due rimanenti offerte economiche non convenienti, ha proceduto a rinnovare la gara.

L'impresa ha quindi impugnato l'esclusione lamentando che la stazione appaltante avesse erroneamente considerato tale circostanza quale causa di esclusione automatica dalla procedura. Al contrario, trattandosi di un'ipotesi di esclusione non automatica, il provvedimento di esclusione avrebbe dovuto essere adottato all'esito di un'esaustiva istruttoria, comprensiva di un contraddittorio con la società.

I giudici investiti della questione, ritenendo il ricorso manifestamente fondato, lo hanno accolto con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a.

## Motivi della decisione



Il Collegio ha preso le mosse dall'analisi del combinato disposto degli artt. 95 e 98 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. In tal senso il TAR ha ricordato che:

- l'art. 95 prevede, tra le cause di esclusione non automatica, la commissione di un illecito professionale grave, *“tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”* (secondo comma, lett. e);
- l'art. 98 contiene l'elencazione tassativa di tali condotte, nonché dei relativi mezzi di prova;
- l'esclusione di un operatore economico per grave illecito professionale può essere disposta al ricorrere delle seguenti condizioni: *“a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6”* (art. 98, comma 2);
- l'art. 98, settimo comma, impone alla stazione appaltante di valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali (ma anche la richiesta di rinvio a giudizio del p.m.) di cui al sesto comma motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente, precisando che l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Ebbene, tra i mezzi di prova idonei a dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 annovera – tra gli altri – gli atti di cui all'art. 407-bis, primo comma, c.p.p., tra cui rientra l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. Rilevano quindi i giudici che *“la richiesta di rinvio a giudizio risulta, secondo quanto espressamente stabilito dal legislatore, un mezzo di prova in linea di principio adeguato ai fini della dimostrazione della commissione del grave illecito professionale”* e deve, quindi, essere debitamente valutato dalla stazione appaltante.

Così ricostruito il quadro normativo, il Collegio, pur ritenendo il provvedimento di esclusione motivato adeguatamente, ha precisato che *“le decisioni amministrative e le relative motivazioni rese a supporto presuppongono un ulteriore requisito procedimentale, cioè che esse siano l'esito di una compiuta ed esaustiva istruttoria”*.

Per conseguenza, il provvedimento di esclusione da una procedura di gara per grave illecito professionale può essere adottato solo all'esito di un contraddittorio con l'impresa, circostanza che, nel caso di specie, non si è verificata.

Da ultimo, i giudici hanno invece precisato che la pendenza di indagini preliminari – oltre a non essere sufficiente ai fini dell'esclusione – neppure rileva ai fini degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico, ben potendo l'interessato non averne alcuna conoscenza fino alla notifica di alcuni atti.

### Massima



Il termine di cinque giorni per la comunicazione dell'aggiudicazione previsto dall'art. 76, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha natura acceleratoria ed è volto a garantire una più sollecita decorrenza del *dies a quo* al fine dell'eventuale proposizione di impugnazioni avverso l'atto conclusivo della gara. La sua violazione, quindi, non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione.

Per tale ragione e in via preliminare, il ricorrente ha chiesto il differimento dell'udienza pubblica di discussione a un momento successivo alla definizione del giudizio di appello sul provvedimento di esclusione dalla procedura di gara e, in subordine, la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione della controversia pendente dinanzi al Consiglio di Stato.

### Caso di specie



Un costituendo RTI ha impugnato il provvedimento con cui l'Agenzia del demanio ha disposto l'aggiudicazione della procedura di gara aperta *“per la conclusione di accordi quadro con più operatori ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura e di altri servizi tecnici relativi a lavori di ristrutturazione e manutenzione straordinaria sugli immobili statali e/o in uso alle amministrazioni dello Stato e sugli immobili di proprietà dell'Agenzia del demanio”*.

Il RTI ha, anzitutto, chiarito di aver partecipato alla procedura di cui sopra e di esserne stato escluso con provvedimento confermato dal medesimo TAR, ma tuttora *sub iudice* in sede di appello.

### Motivi della decisione

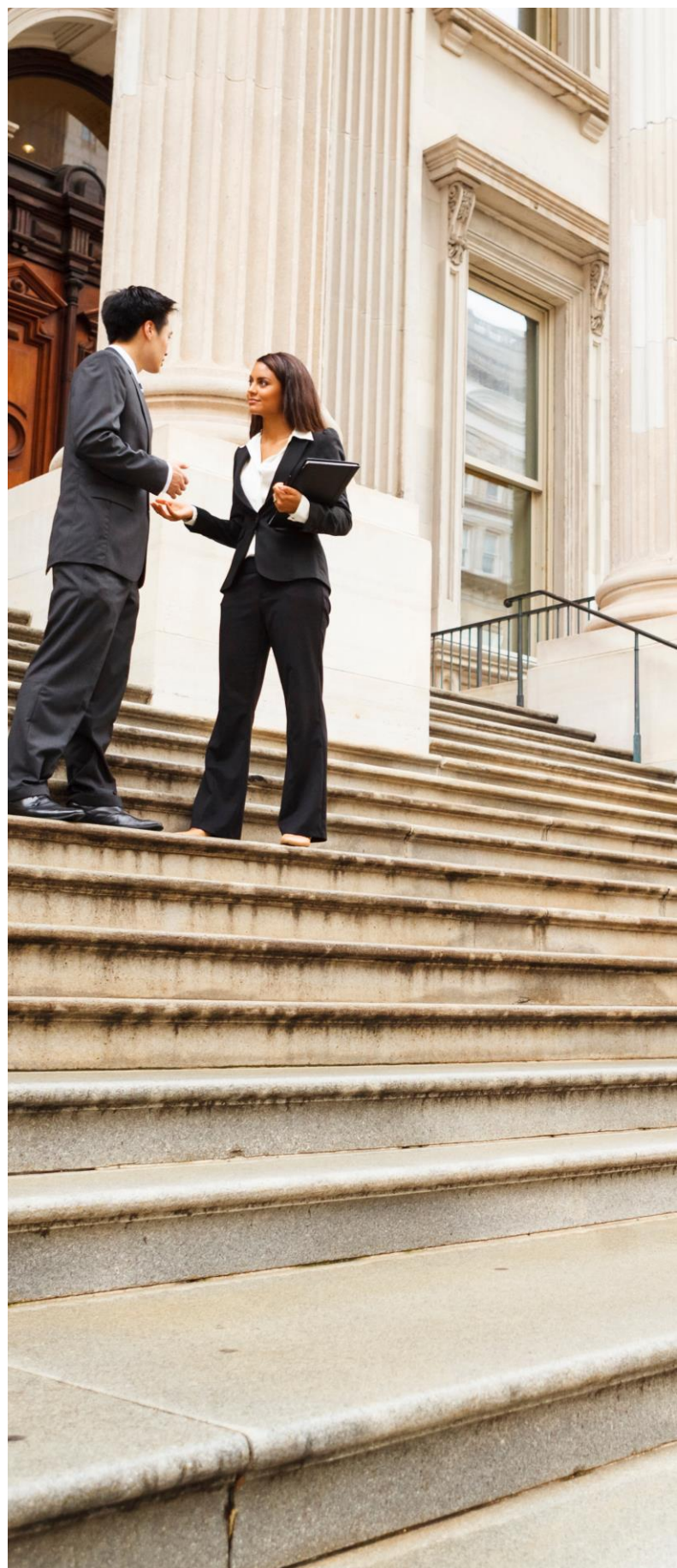


Preliminarmente, il TAR ha esaminato la richiesta del RTI relativa alla sospensione del giudizio in attesa della definizione dell'appello, in merito alla quale si è pronunciato in senso negativo. Nello specifico, i giudici hanno ritenuto che tale opportunità contrastasse con il principio di economia processuale, per i seguenti ordini di motivi:

- non risultava fissata l'udienza di discussione dell'appello;
- il rito sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici incentiva il sollecito esame dell'intera vicenda amministrativa in un unico giudizio; sicché, la sospensione del processo, in attesa della definizione dell'appello, contrastava con quell'esigenza di concentrazione e accelerazione, che può essere invece recuperata con la tempestiva decisione del ricorso;
- la controversia era di pronta soluzione.



In secondo luogo, il Collegio ha esaminato la censura sollevata dal RTI in merito all'asserita illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, giacché comunicato oltre il termine di cinque giorni di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. A tal riguardo, il TAR ha affermato che il suddetto termine è acceleratorio ed è *“imposto dal legislatore per la più sollecita decorrenza del dies a quo al fine dell'eventuale proposizione di impugnazioni avverso l'atto conclusivo della gara. La sua violazione non incide dunque sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma più semplicemente sul giudizio relativo alla tempestività dell'esercizio delle facoltà difensive correlate al provvedimento da comunicare. Del resto, l'invalidità consegue di norma a un vizio genetico e strutturale, mentre la comunicazione è un atto successivo ed esterno alla formazione del provvedimento”*. In ragione di quanto sopra, il TAR ha respinto il ricorso promosso dal RTI.



### Massima



Laddove intenda ricoprire il ruolo di ausiliaria e stipulare con un'impresa un contratto di avvalimento avente ad oggetto determinati macchinari di una propria consorziata, il consorzio stabile deve verificare con accuratezza l'effettiva disponibilità di tali macchinari in capo alla consorziata.

Il consorzio stabile non può infatti far affidamento sulle dichiarazioni rese dalla consorziata in fase di ingresso nel consorzio. Ciò soprattutto quando la disponibilità dei macchinari derivi da accordi intercorrenti tra la consorziata e un'impresa terza.

Quest'ultima era legata con una delle consorziate da un contratto di noleggio risalente al 2016, il quale concedeva l'utilizzo delle attrezzature esclusivamente *“presso i cantieri in opera della società noleggiatrice”*, oltre a prevedere un'espressa clausola di divieto *“di cessione del contratto”*. Avverso le sanzioni irrogate è insorto il consorzio, il quale ha sostenuto come, in fase di adesione della consorziata, esso avesse già svolto tutti i controlli necessari ad accertare che quest'ultima avesse effettivamente la disponibilità dei predetti macchinari. Il TAR ha respinto il ricorso.

### Caso di specie



Un consorzio stabile ha impugnato la delibera con cui l'Anac ha irrogato nei suoi confronti una sanzione pecuniaria di € 1.000 ai sensi dell'art. 213, comma 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché una sanzione pari a 15 giorni di interdizione, ai sensi dell'art. 80, comma 12 del medesimo decreto. Nell'ambito di una gara pubblica, la stazione appaltante ha rilevato che sia il consorzio (ausiliario di un'impresa concorrente), sia le sue consorziate non disponessero dei mezzi tecnici dichiarati nel contratto di avvalimento prodotto alla stazione appaltante e, che gli stessi macchinari, fossero di proprietà di un'impresa terza.

### Motivi della decisione



Anzitutto, il Collegio si è soffermato sulla natura giuridica del contratto di avvalimento stipulato tra il consorzio e la ditta concorrente. Più precisamente il TAR ha ritenuto di poter qualificare il contratto come di avvalimento tecnico-operativo avendo ad oggetto mezzi e attrezzature. Di conseguenza i giudici hanno dedotto che costituissero elementi centrali di tale tipologia contrattuale l'effettiva titolarità giuridica dei macchinari in capo al consorzio e il potere di disporre dei medesimi.

Sotto tale aspetto il TAR ha osservato che tra l'impresa terza (proprietaria dei macchinari) e il consorzio stabile non sussistesse un rapporto contrattuale diretto in forza del quale il consorzio potesse disporre validamente dei beni oggetto del contratto di avvalimento. Al contrario pareva configurabile un rapporto mediato dalla posizione della consorziata. Sul punto il Collegio ha altresì evidenziato che l'utilizzo dei predetti mezzi, di proprietà di altra impresa terza, è limitato *"presso i cantieri in opera della società noleggiatrice"* ovvero della consorziata.

Quanto poi all'elemento soggettivo, il TAR, ricordando preliminarmente che l'irrogazione delle sanzioni adottate nel caso di specie richiedono la sussistenza della colpa (art. 213, comma 13) e della colpa grave (art. 80, comma 12), ha precisato come, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, gli operatori economici devono improntare il loro operato ad *"un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media"*, attesa l'importanza degli interessi in gioco.

Per cui, il consorzio ricorrente, prima di stipulare il contratto di avvalimento, avrebbe dovuto verificare con accuratezza l'effettiva proprietà o, quantomeno disponibilità, dei macchinari messi a disposizione delle consorziate, dal momento che tali attività di verifiche, non essendo particolarmente gravose, erano esigibili da operatori economici *"a cui è richiesto un livello di diligenza particolarmente elevato"*.



### Massima



Un'impresa può continuare ad applicare il proprio CCNL, diverso da quello indicato dalla stazione appaltante nella documentazione di gara, a patto che:

- il trattamento economico dei lavoratori non sia significativamente inferiore a quello previsto dai CCNL contenuti nel bando;
- le mansioni del CCNL applicato dall'impresa siano almeno confrontabili con quelle richieste per le lavorazioni dell'appalto.

comparabile a quella indicata dalla *lex specialis* di gara.

Sulla scorta delle difese dell'operatore escluso, il Tribunale adito ha accolto parzialmente il ricorso, dichiarando illegittima l'esclusione e riconoscendo il diritto della società a un risarcimento per equivalente economico poiché, nel frattempo, i lavori erano già stati avviati.

### Caso di specie



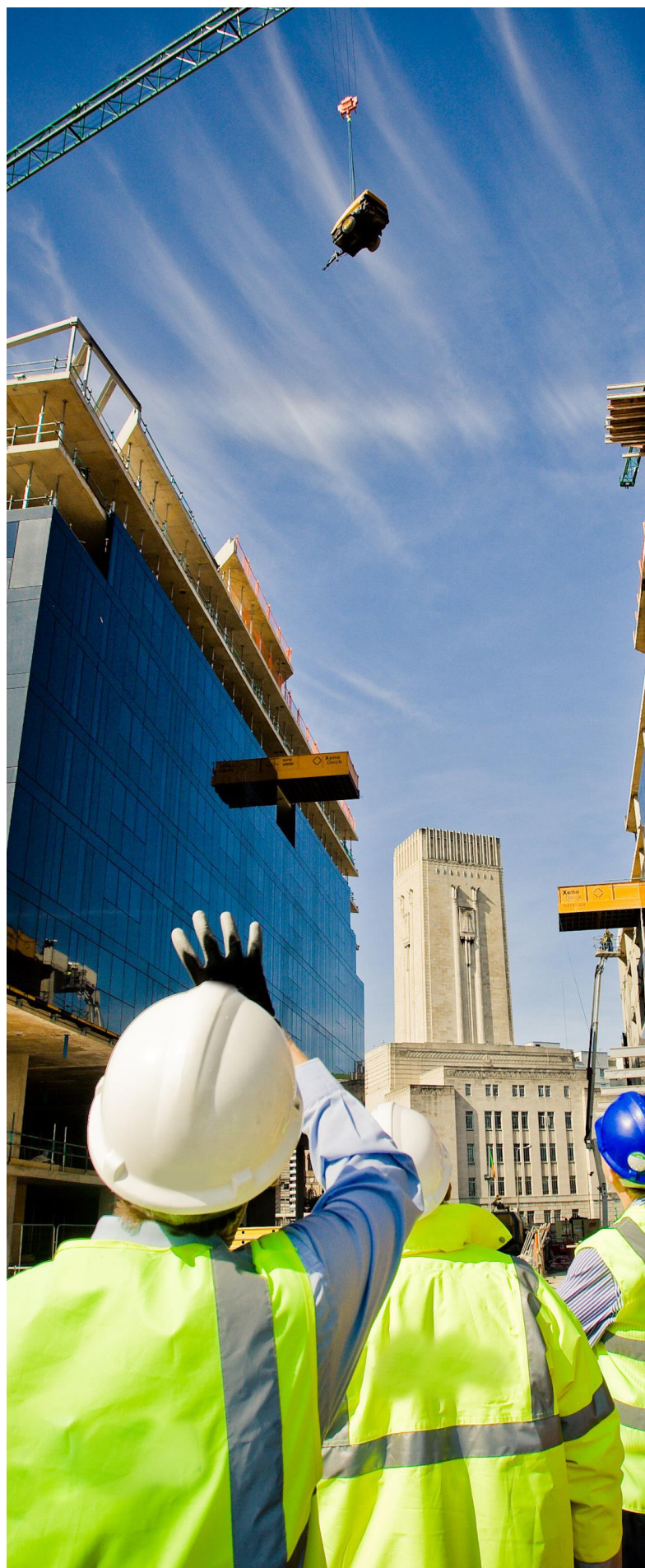
Una ASL ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di lavori relativi alla ventilazione e agli impianti di gas medicinali di una sala cardiocirurgica. L'impresa che ha presentato l'offerta con il ribasso maggiore è stata esclusa dalla stazione appaltante che ha contestualmente aggiudicato l'appalto a un'altra ditta concorrente. Il provvedimento di esclusione è stato motivato, tra l'altro, sulla base dell'asserita mancata equivalenza dei CCNL applicati ai propri lavoratori rispetto a quelli richiesti dalla documentazione di gara. La ditta esclusa ha quindi impugnato l'esclusione sostenendo, in particolare, che la propria contrattazione collettiva d'azienda fosse sostanzialmente

### Motivi della decisione



Il cardine della sentenza risiede nell'interpretazione dell'art. 11, commi 3 e 4 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in merito ai rapporti tra il CCNL individuato dalla stazione appaltante e quello concretamente applicato dall'operatore economico ai propri impiegati. Seguendo un approccio orientato a tutelare la concorrenza e il *favor participationis*, il TAR bresciano ha operato una lettura restrittiva della disposizione citata. Infatti, è stato affermato che la verifica dell'equivalenza dei CCNL non richiede l'assoluta parità di retribuzione ma una comparabilità generale delle condizioni, entro una certa fascia di oscillazione.

Più precisamente, richiedere la parità delle retribuzioni e delle mansioni sarebbe impraticabile a causa della diversità dei contenuti nei vari settori della contrattazione collettiva oltre ad essere discriminatoria, poiché imporrebbe l'uso esclusivo dei soli CCNL specificati negli atti di gara, comportando così un'eccessiva restrizione alla libertà di organizzazione aziendale. In aggiunta, un simile approccio riduttivo consistente nel limitare i CCNL applicabili avrebbe effetti anticoncorrenziali, riducendo così la partecipazione alle gare. Pertanto, è necessario che la stazione appaltante operi la valutazione di equivalenza con una certa flessibilità, affinché possano essere considerati anche CCNL non specificati nel bando. In questo senso, l'Amministrazione non sembra aver seguito questa impostazione, dato che i CCNL indicati nel disciplinare di gara presentavano a loro volta significative differenze di retribuzione quando si confrontano i vari livelli di inquadramento. In conclusione, il ricorso è stato parzialmente accolto. La decisione di escludere l'offerta della ricorrente è stata giudicata illegittima, ma, poiché i lavori erano già stati avviati d'urgenza, il TAR ha condannato la stazione appaltante ad un risarcimento per equivalente, comprendente il danno emergente, il lucro cessante e il danno curriculare.



## Massima



È illegittima l’esclusione automatica di un operatore economico per la mancata specificazione dei “costi Covid-19” nell’offerta economica, laddove tale causa di esclusione non sia esplicitamente prevista dalla normativa o dalla *lex specialis*.

## Caso di specie



Il Ministero dell’Interno ha indetto una procedura per la locazione temporanea di una sede concorsuale per l’espletamento del concorso pubblico per allievi agenti della Polizia di Stato. Alla procedura hanno partecipato due operatori economici, entrambi ritenuti in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

La stazione appaltante, tuttavia, ha in seguito aggiudicato la gara all’operatore con l’offerta economica meno vantaggiosa, ritenendo che l’offerta della prima classificata non potesse essere oggetto di valutazione di congruità, ai sensi dell’art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, in considerazione del mancato computo dei costi relativi alla gestione dell’emergenza Covid-19 sostenuti per garantire le misure precauzionali di distanziamento e sicurezza.

L’operatore economico escluso ha adito il TAR Lazio chiedendo l’annullamento del provvedimento di esclusione ma il Tribunale, ritenuti infondati i motivi proposti, ha respinto il ricorso.

In particolare, il TAR ha sostenuto che l’offerta economica del ricorrente fosse stata correttamente esclusa, non già per l’anomalia dell’offerta bensì a causa della sua incompletezza, ritenendo, dunque, di non doversi applicare l’art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ma l’art. 95, comma 10 del medesimo decreto. La società, pertanto, ha proposto appello sostenendone l’illegittimità e ritenendo che il TAR avrebbe dovuto avviare il subprocedimento istruttorio di verifica della congruità in contraddittorio, piuttosto che ammettere erroneamente una ipotesi di esclusione automatica non prevista né dalla normativa, né dalla *lex specialis* di gara.



## Motivi della decisione



Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'esclusione dalla gara disposta nei confronti del ricorrente, ha ritenuto l'appello fondato e la sentenza meritevole di riforma.

Nello specifico, il Collegio, aderendo alla ricostruzione proposta dal ricorrente:

- ha ritenuto, sulla base degli atti della procedura, che non vi fosse alcuna previsione concernente l'esclusione automatica per il caso in cui l'operatore non avesse indicato fin dall'inizio i "costi Covid-19" nell'offerta economica;
- ha affermato, conseguentemente, l'illegittima creazione *ex novo* di una causa di esclusione automatica non prevista dall'ordinamento, ad opera del TAR Lazio;
- ha chiarito che, sebbene il TAR abbia correttamente affermato, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che la carenza dell'offerta economica e/o tecnica non sia sanabile attraverso la procedura del soccorso istruttorio, ciò non rileverebbe nel caso di specie, che non caratterizza una situazione di carenza strutturale dell'offerta;
- ha ribadito infine che, tutt'al più, l'offerta economica del ricorrente avrebbe potuto essere oggetto di richiesta di chiarimenti e di certo non causa dell'esclusione automatica per carenza strutturale della stessa.

In ragione di quanto sopra argomentato, il Consiglio di Stato ha ritenuto l'appello fondato e lo ha accolto, annullando l'aggiudicazione e gli ulteriori atti impugnati.



# TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 23 settembre 2024, n. 3149

Accesso agli atti dell'esecuzione di appalto pubblico – verifiche sulla corretta esecuzione del servizio – interesse al subentro nel contratto (a cura di Beatrice Genco)

## Massima



È illegittimo il diniego all'accesso agli atti inerenti all'esecuzione di un appalto pubblico poiché le imprese titolari di un interesse qualificato possono ottenerne l'ostensione se l'istanza di accesso è strumentale per vagliare la possibilità di subentro della società non aggiudicataria a valle delle verifiche sulla non corretta esecuzione del contratto.

presso soggetti non iscritti al relativo elenco prefettizio.

Tuttavia, la Prefettura di Catania ha ritenuto l'istanza di accesso preordinata ad un controllo generalizzato sull'attività amministrativa nonché priva di oggetto determinato e, per questi motivi, ha respinto la relativa richiesta.

Avverso il diniego opposto sono insorte le società istanti proponendo ricorso ex art. 116 c.p.a. dinanzi al TAR Catania che ha accolto le censure avanzate.

## Caso di specie



A seguito di procedura di gara, le amministrazioni precedenti hanno aggiudicato e affidato il servizio di "custode acquirente" in favore di una società inserita nell'elenco prefettizio di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 571/1982. Senonché, talune società non aggiudicatarie – parimenti presenti nel prefato elenco – hanno presentato apposita istanza nei confronti della Prefettura di Catania e dell'Agenzia del Demanio con cui hanno chiesto alle amministrazioni di attivarsi per l'esperimento dei doverosi controlli sulle modalità di esecuzione del contratto, contestualmente formulando istanza di accesso agli atti concernenti le verifiche compiute nel corso di tale fase. In particolare, le società hanno espresso il loro interesse a conoscere se vi fosse saturazione del deposito con conseguente ricorso al subappalto non autorizzato ovvero a depositi temporanei

## Motivi della decisione



Il Collegio, dopo aver disposto, con ordinanza, l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle società aggiudicatarie, ha rilevato come l'interesse qualificato che soggiace alla richiesta di accesso agli atti è idoneo a condurre al suo accoglimento.

Difatti, il TAR ha osservato che le società ricorrenti risultano iscritte all'elenco prefettizio e che, perciò, in caso di irregolarità o anomalie nell'esecuzione del contratto risultanti dalle compulsate verifiche, esse avrebbero diritto a reclamare l'adozione degli opportuni rimedi in loro favore.

Nel caso di specie, il rimedio assume la forma della risoluzione del contratto, imposta dalla relativa clausola contrattuale ove le circostanze paventate si siano effettivamente verificate, con possibilità di affidamento del servizio ad altre società iscritte all'elenco.



Pertanto, l'istanza di accesso formulata è stata valutata come meritevole di accoglimento poiché strumentale alla tutela dell'interesse appena rappresentato.

Quanto alla specificità dell'istanza, anche in tale contesto il Collegio ha disatteso le motivazioni fornite dalla Prefettura sulla genericità della stessa, osservando come i documenti richiesti fossero stati adeguatamente individuati dalle ricorrenti e siano connessi alle finalità da queste illustrate.

In ragione di ciò, i giudici catanesi hanno accolto il ricorso e ordinato alla Prefettura l'ostensione della documentazione richiesta.



# Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 26 settembre 2024, cause riunite C-403/23 e C-404/23

(a cura di Matteo Di Lodovico)

I giudici del Lussemburgo hanno chiarito che la disciplina interna (e, segnatamente, le corrispondenti disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) sulle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese, nella parte in cui non consente la possibilità di ridurre la relativa originaria compagine, nonché la previsione relativa all'incameramento automatico della cauzione provvisoria non sono compatibili con il diritto eurounitario.

La sentenza in commento ha tratto origine da una controversia sorta tra un operatore economico – partecipante alla procedura di gara nella forma di RTI – e la Consip S.p.A., avendo la seconda escluso il primo in ragione della mancata conferma dell'offerta, da parte di alcune imprese mandanti, dopo la scadenza del termine di validità della stessa. Per conseguenza, il raggruppamento escluso era stato destinatario del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria. Nel contesto dei due procedimenti giurisdizionali avviati dai RTI partecipanti, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali, che hanno originato le cause C-403/23 e C-404/23, successivamente riunite e decise dalla Corte con la pronuncia in esame.

In particolare, secondo la CGUE, la disciplina interna (e, segnatamente, le corrispondenti disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) sulle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese, nella parte in cui non consente la possibilità di ridurre la relativa originaria compagine, è contraria alle normative europee, ed in particolare all'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità. Ciò, vale a maggior ragione in quanto la disciplina codicistica non prevede alcuna deroga nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte. Tale riduzione, ad avviso dei giudici, deve essere consentita *“purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”*. Inoltre, sulla seconda questione sollevata dal Consiglio di Stato, la CGUE ha affermato che la disciplina interna che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo, invece, è contraria ai principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché all'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18/CE.

# Corte costituzionale, ordinanza 7 ottobre 2024, n. 161

**Direttiva servizi e concessioni per piccole derivazioni idroelettriche: rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (a cura di Matteo Di Lodovico)**

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 161 del 2024, ha rivolto alla Corte di giustizia dell'Unione europea tre interrogativi, concernenti l'applicabilità della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) alle concessioni per piccole derivazioni idroelettriche.

La Corte era stata investita da un ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, che aveva impugnato l'art. 3 della legge della Regione Emilia-Romagna n. 17 del 2023.

Tale disposizione, in particolare, prevede la proroga della durata di concessioni per piccole derivazioni idroelettriche alle seguenti condizioni: *a)* che vi sia l'istanza del concessionario; *b)* che la proroga serva ad allineare la durata della concessione a quella necessaria a consentire al concessionario di fruire integralmente degli incentivi ottenuti per la produzione di energia da fonti rinnovabili; *c)* che la sommatoria fra la durata originaria della concessione e il periodo di proroga rispetti il termine massimo, pari a trent'anni, che sin dall'inizio può essere assegnato a concessioni di piccole derivazioni idroelettriche.

Il ricorso dello Stato contestava – oltre alla violazione del riparto di competenze fra Stato e regioni nelle materie “produzione, trasporto e distribuzione dell'energia”, nonché “tutela della concorrenza” – la lesione degli obblighi assunti nei confronti dell'Unione europea, in particolare con l'art. 12 della direttiva servizi.

Sicché, la Corte costituzionale ha ritenuto prioritario sciogliere il nodo interpretativo concernente l'applicabilità di tale direttiva allo specifico settore delle piccole derivazioni idroelettriche e, a tal fine, ha sottoposto alla Corte di giustizia tre quesiti. In particolare, la Corte ha domandato: 1) se la direttiva servizi debba ritenersi applicabile “anche a impianti che svolgono attività di mera produzione di energia elettrica”; 2) ove tale applicabilità sia riconosciuta, se la direttiva servizi osti alla disciplina di uno Stato membro, che si avvalga, quale criterio per distinguere l'attitudine o meno degli impianti di derivazione a rendere scarsa la risorsa idroelettrica, della differenza fra grandi e piccoli impianti; 3) infine, in caso di risposta affermativa al primo e al secondo quesito, se la direttiva servizi osti alla disciplina di uno Stato membro che preveda una proroga della concessione, motivata dall'esigenza di consentire l'utilizzo integrale degli incentivi ottenuti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, fermo restando il limite dei trent'anni che sin dall'inizio può essere assegnato a una concessione per piccola derivazione idroelettrica. In attesa della decisione della Corte di giustizia dell'Ue, la Corte costituzionale ha sospeso il giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri avverso la legge regionale in questione.

# Novità normative e altre segnalazioni di interesse

## **Correttivo al Codice dei contratti pubblici, 21 ottobre 2024**

Consiglio dei ministri

## **Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia –Ufficio Studi**

Osservazioni allo schema di Decreto di modifica al Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021 recante le “Regole tecniche-operative del processo amministrativo telematico”

## **Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa**

Intelligenza artificiale e Giustizia amministrativa: strategie di impiego, metodologie e sicurezza – 4 ottobre 2024

# Correttivo al Codice dei contratti pubblici, 21 ottobre 2024

Correttivo al Codice dei contratti pubblici, 21 ottobre 2024 - Consiglio dei ministri (a cura di Matteo Di Lodovico)

Approvato in Consiglio dei ministri il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Il testo è frutto di una consultazione che il MIT ha promosso lo scorso luglio e che ha coinvolto 94 *stakeholders*, di cui 77 operatori privati e 17 soggetti pubblici, che hanno presentato circa 630 contributi.

Il provvedimento introduce così alcune correzioni a sostegno degli investimenti pubblici, con un *focus* su diversi macro-temi principali, tra cui equo compenso, tutele lavoristiche, digitalizzazione, e revisione prezzi.

Di seguito, in pillole, alcuni dei punti salienti del decreto:

**Equo compenso:** vengono introdotti due meccanismi per garantire i principi dell'equo compenso al settore dei contratti pubblici. Per gli affidamenti diretti, è garantito un minimo dell'80% del corrispettivo previsto; per le procedure di gara, si tutela l'equo compenso con meccanismi di calmierazione del peso dei ribassi che possono essere formulati sul 35% del corrispettivo, con un risultato sostanziale assimilabile a quello degli affidamenti diretti.

**Requisiti di ordine speciale:** semplificazione dell'accesso al mercato; il fatturato globale potrà essere calcolato non sugli ultimi tre anni, ma sui migliori tre degli ultimi cinque anni e i servizi analoghi richiesti potranno riferirsi non agli ultimi tre anni, ma addirittura agli ultimi dieci.

**Tutele lavoristiche:** è confermata l'applicazione di un unico contratto collettivo nel bando di gara, con nuove linee guida per consentire alle stazioni appaltanti di individuare correttamente il contratto applicabile e per calcolare l'equipollenza delle tutele in caso di ricorso ad un diverso contratto.

**Revisione prezzi:** si chiarisce il rapporto tra revisione prezzi e principio dell'equilibrio contrattuale; si introduce inoltre un nuovo allegato per attuare, in maniera omogenea e con tempi certi, le clausole di revisione dei prezzi sia nel settore lavori che nel settore servizi e forniture.

**Incentivi ai dirigenti RUP:** esteso l'incentivo tecnico anche ai dirigenti responsabili del procedimento (RUP), superando la precedente limitazione.

**Consorzi:** razionalizzata la disciplina dei consorzi per evitare distorsioni nelle gare, per omogeneizzare la disciplina applicabile ai diversi tipi di consorzi stabili e per favorire la competitività.

**PMI:** introdotte misure per facilitare la partecipazione delle PMI, sia con contratti riservati sotto la soglia europea, sia con una soglia di subappalto del 20% dedicata.

**Finanza di progetto:** mantenuta la prelazione per il promotore, con una procedura di gara articolata in due fasi per garantire trasparenza e competitività.

**Garanzie fideiussorie:** semplificate le procedure per agevolare l'accesso al credito da parte delle imprese.

**Esecuzione contratti:** rafforzate le premialità e le penali per accelerare l'esecuzione delle opere; tipizzate le varianti, per creare certezza sulla fase di esecuzione; introdotto il nuovo istituto dell'accordo di collaborazione.

**CCT (Collegio Consultivo Tecnico):** promosso come strumento di prevenzione delle controversie, con nuove limitazioni ai costi e facoltà di ricorrere a lodi contrattuali; incrementate le sue funzioni nella gestione delle riserve.

**Progettazione digitale:** innalzata la soglia da 1 milione a 2 milioni di euro per la progettazione in modalità digitale, obbligatoria dal 1° gennaio 2025.

**Qualificazione delle stazioni appaltanti:** si apre il sistema di qualificazione, con incentivi alla qualificazione dei soggetti oggi non qualificati, nonché alla specializzazione dei soggetti aggregatori. Si parte anche con la qualificazione per l'esecuzione, attraverso meccanismi incentivanti che puntano sulla formazione.

# Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia – Ufficio Studi

Osservazioni allo schema di Decreto di modifica al Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021 recante le “Regole tecniche-operative del processo amministrativo telematico” (a cura di Francesca Rocchi)

Come noto, recentemente è circolata una bozza di modifica (attualmente in consultazione) del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021, recante le “Regole tecniche-operative del processo amministrativo telematico”, in cui si sviluppano diverse proposte di innovazione nell’ambito del PAT, tra le quali:

- la realizzazione di una APP della Giustizia amministrativa, che consentirà un accesso più agevole da dispositivi mobili;
- lo sviluppo di nuovi portali con caratteri di maggiore sicurezza, intuitività e accessibilità e con accesso per l’avvocato mediante SPID o CIE;
- la previsione di una nuova modalità di deposito on-line, attraverso la compilazione di varie schermate (in luogo dell’invio di PEC, previsto attualmente).

In data 11 ottobre 2024, il Consiglio Nazionale Forense (CNF) ha pubblicato un documento contenente le proprie osservazioni in merito allo schema di decreto sopra citato, le quali si concentrano sui seguenti punti principali:

- l’accesso al **portale dell’avvocato** unicamente mediante SPID o CIE appare critico in quanto verrebbe eccessivamente limitata la possibilità di delegare una serie di attività a collaboratori e sottoposti;
- l’**uniformazione dei modelli degli atti processuali**, al pari delle Corti Europee, sconta il rischio di limitare l’autonomia del difensore, interferendo così con il diritto di difesa;
- in merito al **deposito degli atti processuali**, il consiglio è quello di mantenere nel portale di Giustizia Amministrativa la funzionalità di salvataggio parziale al fine di consentire il deposito degli atti anche successivamente.

# Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa

Intelligenza artificiale e Giustizia amministrativa: strategie di impiego, metodologie e sicurezza –  
4 ottobre 2024 (a cura di Francesca Rocchi)

Il Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa ha recentemente condiviso una relazione illustrativa delle tecnologie di intelligenza artificiale introdotte nell'ambito della Giustizia Amministrativa.

L'obiettivo della relazione è quello di fornire un'iniziale informazione circa le evoluzioni attualmente in corso (finanziate anche dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e di quelle prospettabili nell'ambito del processo amministrativo telematico.

Gli ambiti di applicazione dei progetti di intelligenza artificiale adottati nell'ambito della Giustizia Amministrativa sono:

- l'implementazione della sicurezza informatica, al fine di migliorare la *cybersecurity* e rilevare attività sospette in tempo reale, prevenendo così possibili attacchi informatici;
- l'anonimizzazione dei dati sensibili contenuti all'interno di atti giuridici, con particolare riguardo alla conservazione della chiarezza dei relativi testi in modo da garantire il diritto alla riservatezza;
- il supporto ai giudici nella ricerca di precedenti giurisprudenziali e nella visualizzazione rapida di contenuti rilevanti, avendo comunque riguardo al principio del "*human in the loop*", a mente del quale il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana;
- le misure sostenibili volte alla riduzione dell'impatto energetico dell'intelligenza artificiale, come l'uso di *cloud computing*;
- i possibili utilizzi di un'intelligenza artificiale predittiva che sia in grado di anticipare le decisioni giurisdizionali, nei limiti del rispetto dell'integrità e della supervisione dell'essere umano;

La relazione conclude illustrando come – con l'introduzione di progetti di intelligenza artificiale – la Giustizia amministrativa ha dovuto evolvere la propria strategia di sicurezza *cyber*, attraverso l'adozione di cautele specifiche, suggerite anche da un nuovo settore di ricerca denominato "*Intelligenza artificiale spiegabile*" (*Explainable AI* o *XAI*), il quale mira a rendere trasparenti i complessi, e spesso oscuri, algoritmi di apprendimento automatico.



## Key Contacts

**Francesco Paolo Bello**

Head of Public and Administrative Law

Mail: [fbello@deloitte.it](mailto:fbello@deloitte.it)

**Giacomo Gargano**

Partner– Public and Administrative Law

Mail: [ggargano@deloitte.it](mailto:ggargano@deloitte.it)

**Piergiuseppe Otranto**

Senior Of Counsel – Public and Administrative Law

Mail: [potranto@deloitte.it](mailto:potranto@deloitte.it)

## Research & Editorial

**Sebastiano Santarelli**

**Emanuele Tanzarella**

**Francesca Rocchi**

**Matteo Di Lodovico**

**Maria Chiara Rinaldi**

**Beatrice Genco**

**Luigi Caccamo**

**Giulio Sgaraglia**

Clicca [qui](#) per scaricare l'e-book  
«**L'attuazione del principio del risultato e della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Il modello del collegio consultivo tecnico**»



# Deloitte.

## Legal

Il nome Deloitte si riferisce a una o più delle seguenti entità: Deloitte Touche Tohmatsu Limited, società a responsabilità limitata di diritto inglese (“DTTL”), le member firm aderenti al suo network e le entità a esse correlate. DTTL (denominata anche “Deloitte Global”) e ciascuna delle sue member firm sono entità giuridicamente separate e reciprocamente indipendenti. DTTL non fornisce servizi ai clienti. Si invita a leggere l’informativa completa relativa alla descrizione della struttura legale di Deloitte Touche Tohmatsu Limited e delle sue member firm all’indirizzo [www.deloitte.com/about](http://www.deloitte.com/about).

Deloitte Legal individua le entità del network Deloitte che forniscono consulenza legale professionale. In Italia, tale entità è denominata Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata.

La presente comunicazione contiene unicamente informazioni a carattere generale che possono non essere necessariamente esaurienti, complete, precise o aggiornate. Nulla di quanto contenuto nella presente comunicazione deve essere considerato esaustivo né alla stregua di una consulenza professionale o legale. A tale proposito Vi invitiamo a contattarci per gli approfondimenti del caso prima di intraprendere qualsiasi iniziativa suscettibile di incidere sui risultati aziendali. È espressamente esclusa qualsivoglia responsabilità in capo a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, alle sue member firm o alle entità ad esse a qualsivoglia titolo correlate, compreso Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata, per i danni derivanti a terzi dall’aver, o meno, agito sulla base dei contenuti della presente comunicazione, ovvero dall’aver su essi fatto a qualsiasi titolo affidamento.