

NEWSLETTER N. 11/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



DECRETO LEGGE 21 MARZO 2022, N. 21 RECANTE “MISURE URGENTI PER CONTRASTARE GLI EFFETTI ECONOMICI E UMANITARI DELLA CRISI UCRAINA”

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 67 del 21 marzo 2022 il decreto legge n. 21 del 21 marzo 2022, recante “*Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*”.

Il provvedimento affronta diversi ambiti: I) Contenimento prezzi gasolio e benzina; II) Misure in tema di prezzi dell'energia e del gas; III) Sostegno alle imprese; IV) Rafforzamento dei presidi per la sicurezza; V) Accoglienza e potenziamento della capacità amministrativa.

In materia di contratti pubblici, si segnala l'art. 23, recante “*Revisione prezzi*”, che, al di là della dicitura, disciplina il diverso istituto della compensazione, al fine di mitigare gli effetti economici derivanti dagli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici.

Il decreto è entrato in vigore il 22 marzo 2022. Qui il [link](#) per una lettura del testo.



NOTA DEL PRESIDENTE ANAC SULL'IMPORTANZA DEI RESPONSABILI DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E DELLA TRASPARENZA

Il Presidente ANAC Giuseppe Busia ha firmato una nota in cui viene ricordato che “*il quadro operativo per l'attuazione del Pnrr si innesta su un sistema amministrativo di prevenzione della corruzione delineato con la Legge Severino*”. Quindi “*si pone l'esigenza di un efficace coordinamento che possa garantire il migliore perseguimento degli obiettivi di prevenzione, sia in termini generali sia con mirato riferimento all'attuazione del Pnrr*”.

ANAC intende supportare le amministrazioni pubbliche di fronte all'attuazione del PNRR, favorendo la semplificazione e razionalizzazione degli adempimenti a carico degli enti, sia a livello centrale che locale. A tal fine, l'Autorità ha promosso un questionario rivolto ai Responsabili per la prevenzione della corruzione e trasparenza (Rpct), per acquisire informazioni sui loro rapporti con le strutture dedicate agli interventi del PNRR

all'interno della singola amministrazione e sulle modalità attraverso cui vengono coordinate le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza.

L'indagine, avviata da ANAC su un campione significativo di Rpct di amministrazioni direttamente interessate dalla gestione dei fondi del PNRR (Ministeri, Regioni, Città metropolitane, ed individuate Province e Comuni), avrà termine il 14 aprile 2022, data entro la quale andrà compilato il questionario. Sostanzialmente viene chiesto agli Rpct se presso la propria amministrazione sia stata già individuata la struttura che si dovrà occupare della gestione, del monitoraggio, della rendicontazione e del controllo degli interventi previsti dal PNRR. E, in caso di risposta affermativa, se sia previsto un coordinamento tra Rpct e tale struttura.

Il decreto 77/2021 (Decreto Semplificazioni) infatti ha stabilito che ciascuna amministrazione centrale, titolare di interventi previsti nel PNRR per il controllo e l'anticorruzione, individui tra le strutture esistenti quella dirigenziale di riferimento, o istituisca un'apposita unità di missione fino al completamento del PNRR.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CONS. STATO, SEZ. V, 24 MARZO 2022 N. 2160 – Sulla puntuale individuazione dei limiti di applicazione del principio di rotazione nelle gare di appalto

L'applicazione del principio di rotazione nelle gare di appalto, deve intendersi limitato alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, prefigurandosi nel sistema degli affidamenti disciplinato dal Codice dei contratti pubblici (e dalle sue recenti integrazioni/modificazioni con il d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, nonché col d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021) una chiara contrapposizione tra procedure aperte, da un lato, e procedure negoziate e affidamenti diretti, dall'altro (anche a seguito delle modifiche di cui all'art. 51 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021), che impone il rispetto del principio di rotazione soltanto per tali ultime modalità di scelta del contraente.

Dal momento che il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare, esso non trova applicazione quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA - ORD. 22 MARZO 2022 N. 351 – Sulla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità sull'obbligo di vaccino Covid-19 per i sanitari

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, d.l. n. 44 del 2021 (convertito in l. n. 76 del 2021), nella parte in cui prevede, da un lato l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 Cost., sotto il profilo che il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini anti-Covid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili"; dell'art. 1, l. n. 217 del 2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, d.l. n. 44 del 2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 Cost..

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA - ORD. 21 MARZO 2022 N. 319 - *Sui motivi aggiunti impropri e istanza di fissazione di udienza e sulla interruzione del termine di perenzione*

L'istanza di fissazione dell'udienza estende i suoi "effetti propulsivi" ai motivi aggiunti impropri proposti, nel senso cioè che, proposti motivi aggiunti impropri, il ricorrente, anche per ragioni di economia processuale legate al carattere unico e unitario del processo, non è tenuto a presentare istanze di fissazione separate e autonome per ciascuno dei motivi aggiunti predetti.

Per interrompere il maturare del termine di perenzione di un giudizio non basta un qualsivoglia atto di impulso processuale – nemmeno se si tratti dei motivi aggiunti di ricorso – essendo sempre indispensabile l'atto specifico a ciò deputato, che è l'istanza di fissazione dell'udienza; come il deposito del solo ricorso, senza istanza di fissazione, non impedisce la perenzione, così non la impedisce il deposito dei motivi aggiunti, se l'istanza di fissazione (che è unitaria) è tardiva.

CONS. STATO, SEZ. VI, 22 MARZO 2022 N. 2066 – *Sulla compatibilità comunitaria della normativa nazionale sul finanziamento dell'AGCOM che è posto integralmente a carico dei fornitori del servizio postale.*

Il Consiglio di Stato ha invitato la Corte di Giustizia dell'UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sui seguenti quesiti:

- 1) *"se l'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, quarto trattino, e paragrafo 3, nonché l'articolo 22 della direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, come modificata dalla direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, quale quella rilevante nell'ordinamento italiano (espressa dagli articoli 1, commi 65 e 66, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e 65 decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 giugno 2017, n. 96), che consente di porre esclusivamente a carico dei fornitori del settore postale, inclusi quelli che non forniscono servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale, l'obbligo di contribuire finanziariamente ai costi operativi dell'autorità di regolamentazione per il settore postale, in tale modo ammettendo la possibilità di escludere qualsiasi forma di cofinanziamento pubblico a carico del bilancio statale";*
- 2) *"se l'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, quarto trattino, e l'articolo 22 della direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, come modificata dalla direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, devono essere interpretati nel senso di consentire di annoverare tra i costi operativi finanziabili dai fornitori di servizi postali anche i costi da sostenere per attività di regolamentazione riguardanti servizi postali esulanti dall'ambito di applicazione del servizio universale, nonché i costi per strutture amministrative e di indirizzo politico (c.d. strutture "trasversali") la cui attività, pur non essendo direttamente destinata alla regolamentazione dei mercati dei servizi postali, risulta comunque funzionale allo svolgimento di tutte le competenze istituzionali dell'Autorità, con conseguente possibilità di una sua attribuzione in via indiretta e parziale (pro quota) al settore dei servizi postali";*
- 3) *"se il principio di proporzionalità, il principio di non discriminazione, l'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, quarto trattino, e terzo comma, nonché l'articolo 22 della direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, come modificata dalla direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, ostino ad una normativa nazionale, quale quella italiana (espressa dagli articoli 1, commi 65 e 66, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e 65 decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 giugno 2017, n. 96), che impone di porre a carico dei fornitori del settore postale l'obbligo di contribuire al finanziamento dell'autorità di regolamentazione per il settore postale, senza possibilità di distinguere la posizione dei fornitori dei servizi di corriere espresso dalla posizione dei fornitori del servizio universale e,*

dunque, senza possibilità di valorizzare la diversa intensità dell'attività di regolamentazione svolta dall'ANR in relazione alle differenti tipologie di servizi postali".

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 21 MARZO 2022 N. 2003 – *Sulla illegittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti di un o.e. che ha omissso di allegare all'offerta l'elenco dettagliato di tutti i prodotti offerti*

Nel caso in cui il tenore letterale di una previsione della lex specialis di una gara di appalto di forniture, non lasci spazio a dubbi interpretativi sull'obbligo, nei confronti dei concorrenti di allegare all'offerta, pena la esclusione, l'elencazione dei singoli prodotti offerti, non può ritenersi conforme a tale fondamentale requisito la predisposizione di un'offerta tecnico-economica per un determinato presidio ospedaliero mancante della indicazione di taluni prodotti. Non può quindi ritenersi nemmeno configurabile l'errore materiale della offerta, in quanto quest'ultimo deve essere tale da poter essere rettificato d'ufficio senza ausili esterni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 14 MARZO 2022, N. 1768 - *Sulla legittimazione del promissario acquirente ad impugnare atti in materia edilizia*

Non può ritenersi legittimato ad impugnare il provvedimento con il quale un Comune ha annullato in autotutela un piano di lottizzazione, il promissario acquirente del terreno interessato dal medesimo piano di lottizzazione, ove questi, nonostante la stipula del contratto preliminare di compravendita dell'area, non abbia acquisito la effettiva e materiale disponibilità del terreno stesso, che si potrebbe configurare in caso di preliminare c.d. "ad effetti anticipati", con il quale quantomeno si anticipa l'effetto della consegna dell'immobile.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III, 24 MARZO 2022, N. 3344 – *Risoluzione automatica del contratto e sentenza di condanna passata in giudicato*

La risoluzione automatica del contratto di appalto opera solo in presenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016. Infatti, l'art. 108, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 prevede l'automatismo della risoluzione contrattuale solo in presenza di sentenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati di cui all'art. 80 del citato d.lgs..

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 24 MARZO 2022 N. 668 – *Sulla legittimità dell'aggiudicazione ad un o.e. che ha omissso di dichiarare precedenti risoluzioni contrattuali, ove i relativi fatti siano comunque già noti alla P.A. appaltante procedente*

Non può essere considerata illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto, per il solo fatto che il concorrente risultato vittorioso non ha dichiarato alcune esclusioni subite in precedenti gare di appalto, ove i fatti relativi a tale esclusione siano, comunque, a

conoscenza della P.A. appaltante. I provvedimenti di esclusione subiti dall'operatore economico in altre procedure di gara vanno dichiarati allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale sono stati adottati, al fine di consentirle di valutare se il concorrente abbia o meno commesso un grave illecito professionale incidente sull'affidabilità professionale, valendo quali adeguati mezzi di prova per le circostanze ivi rappresentate e la documentazione cui è fatto rinvio per dirle provate. Se questa è la *ratio* dell'obbligo dichiarativo dei provvedimenti di esclusione, non può quindi ritenersi che un tale obbligo si estenda a ogni provvedimento di esclusione intervenuto a fronte di una medesima vicenda, ove di questa la stazione appaltante sia stata già pienamente informata: un provvedimento di esclusione basato su fatti già noti non incide sul processo decisionale della stazione appaltante, laddove – come accade nel caso di specie – non apporti alcuna informazione ulteriore.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I, ORD. 24 MARZO 2022 N. 143 – *Sulla illegittimità dell'ordine di demolizione di alcuni pannelli di legno appena infissi nella sabbia, motivato con riferimento al difetto del preventivo rilascio del permesso di costruire*

Appare illegittimo l'ordine di demolizione di alcuni manufatti consistenti in pannelli di legno, di altezza compresa tra metri 1 e metri 1,20, aventi soltanto una funzione di 'minimale' difesa della struttura turistica della proprietà (nella specie, si trattava di un lido balneare), nel periodo invernale, che siano appena infissi nella sabbia e non comportino, dunque, alcuna modifica allo stato dei luoghi. Si tratta di manufatti che potrebbero essere considerati come rientranti nella casistica dell'attività edilizia libera ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. e-bis d.P.R. n. 380/2001.

TAR TOSCANA, SEZ. I, 24 MARZO 2022 N. 380 – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario di revoca dell'aggiudicazione*

Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario una controversia avente ad oggetto l'impugnazione in s.g. del provvedimento con il quale la P.A. ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui si tratti di provvedimento adottato successivamente alla stipula del contratto. La stipula segna, infatti, lo spartiacque fra la giurisdizione amministrativa sul procedimento di affidamento e quella ordinaria sul rapporto contrattuale; dopo di essa l'amministrazione perde il potere di revocare la aggiudicazione e l'eventuale atto che porti tale *nomen juris* deve essere qualificato come recesso sulla cui validità ha cognizione il G.O..

TAR TOSCANA, SEZ. III, 24 MARZO 2022, N. 385 -*Sulla difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara.*

Secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara può risolversi in un *aliud*

pro alio e giustificare, pertanto, l'esclusione dalla procedura anche in assenza di espressa previsione della sanzione espulsiva (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Id., 5 maggio 2016, n. 1809).

Nondimeno, l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di un'esplícita comminatoria di esclusione, può operare soltanto nei casi in cui la *lex specialis* prevede caratteristiche e qualità dell'oggetto dell'appalto che possano essere qualificate con assoluta certezza come caratteristiche minime, perché espressamente definite come tali, oppure perché se ne fornisce una descrizione che ne rivela in modo certo ed evidente il carattere essenziale.

Laddove manchi una tale certezza e permanga un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, *"riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della lex specialis maggiormente rispettosa del principio del favor participationis e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione"*.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III, 23 MARZO 2022 N. 406 – È legittima l'esclusione dalla gara per responsabilità derivante dal fatto altrui?

È illegittima la esclusione, ex art. 80, comma 5, lett. f-bis d.lgs. 50/2016, da una gara indetta per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro ex art. 54, co. 4, lett. a) del d.lgs. 50/2016, di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di recupero e smaltimento fanghi), disposta perché il concorrente interessato ha effettuato una falsa dichiarazione, ove: a) il bando contempra la possibilità di partecipare alla procedura selettiva in qualità di gestore in proprio di impianti di smaltimento o, in alternativa, nella qualità di intermediario, ex art. 183, c.1 lett. l del d.lgs. 152/2006 e s.m.i.; b) la dichiarazione risultata falsa sia stata resa dal gestore dell'impianto e non dall'intermediario; in tal caso deve ritenersi che la dichiarazione non veritiera resa dall'impresa detentrica di un impianto di smaltimento di fanghi non può provocare in alcun modo l'esclusione dalla gara del soggetto che ad essa partecipa in qualità di intermediario, non potendosi porre a carico di quest'ultimo l'onere di vigilare sul corretto *modus operandi* del terzo nel segmento di mercato oggetto di appalto pubblico; e ciò sul rilievo che la sanzione espulsiva non può in alcun modo trovare applicazione nei riguardi dell'intermediario, perché essa introdurrebbe una ipotesi di responsabilità per fatto altrui, di carattere eccezionale nel nostro ordinamento e, dunque, insuscettibile di interpretazione analogica ai sensi dell'art. 14 disp. prel. al codice civile.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I, 23 MARZO 2022 N. 124 – Esclusione per omessa dichiarazione della pendenza di un procedimento penale e del successivo rinvio a giudizio

È legittima la esclusione da una gara, *ex art.80*, commi 5 e 6, D. Lgs. n. 50 del 2016, che sia disposta perché la società interessata ha omesso di dichiarare la pendenza di un procedimento penale nei confronti degli amministratori (nella specie, per il reato di corruzione in una gara d'appalto) e il successivo rinvio a giudizio, a nulla rilevando che la conoscenza di tale rinvio a giudizio sia avvenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione. Le informazioni dovute alla P.A. comprendono, infatti, ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'Amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura, con obbligo dichiarativo, quindi, onnicomprensivo. Se è vero, pertanto, che il rinvio a giudizio, nella specie, è stato concretamente conosciuto solamente dopo la presentazione dell'offerta, è innegabile come ben prima il legale rappresentante fosse a conoscenza dell'indagine in corso e dunque dell'informativa di P.G., dei verbali di perquisizione, dei sequestri e degli interrogatori, come emerge dallo stesso decreto di rinvio a giudizio, informazioni non oggetto di comunicazione al Soggetto pubblico; in ogni caso l'obbligo dichiarativo in capo ai concorrenti non è delimitabile temporalmente con riferimento al termine per la presentazione delle offerte, permanendo per tutto il corso della gara, in aderenza al principio del possesso continuativo dei requisiti di partecipazione ed al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità dei concorrenti.

TAR TOSCANA, SEZ. III, 22 MARZO 2022, N. 369 - Sulla decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara.

Il tema della decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti e provvedimenti afferenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come disciplinata dall'art. 120 co. 5 c.p.a., è stato recentemente affrontato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 12/2020, ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 è idonea a far decorrere il termine, al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario o delle giustificazioni rese nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia: il computo della c.d. "dilazione temporale" risponde alla regola generale della piena conoscenza e conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi, ed è conforme al diritto eurounitario, che non ammette l'obbligo di proporre impugnazioni "al buio" ("in abstracto").

Il meccanismo, così ricostruito, rientra nel novero delle letture dell'art. 120 co. 5 cit. compatibili con l'art. 24 Cost. ed implica che, qualora la stazione appaltante neghi l'accesso agli atti di gara, il termine per impugnare non decorra con riferimento a quei vizi non altrimenti percepibili dal concorrente (cfr. Corte Cost., 28 ottobre 2021, n. 204), ovvero cominci a decorrere solo da quando l'accesso sia consentito o sia dimostrata la piena conoscenza di quegli atti da parte dell'interessato.

TAR UMBRIA, SEZ. I, 22 MARZO 2022 N. 133 – Sulla inammissibilità di un ricorso giurisdizionale avverso la esclusione da una gara di appalto, disposta in ragione di una precedente risoluzione contrattuale da parte della stessa P.A., nei confronti del concorrente interessato, in forza di clausola risolutiva espressa

È inammissibile un ricorso giurisdizionale proposto innanzi al G.A., tendente ad ottenere l'annullamento in s.g. della esclusione da una gara di appalto di forniture, nel caso in cui si tratti di esclusione disposta in forza di apposita clausola risolutiva espressa ex art. 1456 cod. civ., dalla medesima Amministrazione, in ragione della intervenuta risoluzione di un precedente contratto, stipulato tra le stesse parti, per il grave inadempimento del concorrente interessato, consistente nel non aver adempiuto all'obbligo di presentare idonea copertura assicurativa entro 10 (dieci) giorni dalla data di conclusione del contratto, facendo così venir meno il vincolo fiduciario necessario per l'affidamento, a causa dell'inaffidabilità dimostrata nell'aver disatteso un impegno contrattualmente assunto.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II, 21 MARZO 2022 N. 405 – Sulla illegittimità della scelta della P.A. appaltante di aggiudicare una gara di appalto di forniture e servizi, secondo il criterio del prezzo più basso

È illegittima la scelta della P.A. appaltante di aggiudicare una gara di appalto di forniture e servizi, secondo il criterio del prezzo più basso, nel caso in cui la prestazione effettivamente richiesta agli operatori economici non costituisca una mera fornitura di apparecchiature (nella specie si trattava di apparecchi elettromedicali), con le annessi attività di installazione e di manutenzione, bensì un vero e proprio servizio sanitario. A tal fine rileva non solo e non tanto la previsione della redazione del "Piano di Gestione del paziente", ma soprattutto la previsione della formazione per il personale sanitario e non e le Linee Guida regionali in conformità alle quali, secondo il capitolato, deve essere svolto il servizio e che, dunque, integrano per *relationem* la *lex* di gara. In tal caso l'aggiudicazione deve essere disposta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, trattandosi di un servizio sanitario non standardizzato.

TAR ABRUZZO, L'AQUILA, SEZ. I, 17 MARZO 2022 N. 92 - Sulla posizione del privato aggiudicatario in ordine alla stipulazione del contratto di appalto e sul "controllo analogo" nelle società in house

La posizione del privato aggiudicatario in ordine alla stipulazione del contratto di appalto può qualificarsi come di interesse legittimo, con la conseguenza che l'impresa può esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante. Ciò in quanto le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto a causa di valide e motivate ragioni di interesse pubblico.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea il c.d. "controllo analogo" deve consentire all'autorità pubblica concedente di influenzare le decisioni sul soggetto concessionario. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (sentenza 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Parking Brixen). Ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, ma che la "possibilità di influenza determinante" è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere - in coerenza con la giurisprudenza comunitaria - tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione. Inoltre, il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi "sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house". Detti pareri, dunque, non possono che avere carattere obbligatorio e vincolante in quanto solo se si connota in tali termini può assicurarsi quell'"influenza determinante" sulle scelte gestionali della società affidataria del servizio tipica espressione del potere di controllo analogo, fermi restando i poteri gestionali dell'affidatario *in house*.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa