

NEWSLETTER N. 30/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **MIMS: definita la ripartizione del fondo compensazioni sul caro materiali.**

In attesa del decreto sugli scostamenti dei prezzi negli appalti pubblici, il MIMS ha determinato le regole per la ripartizione delle risorse del fondo compensazioni sul caro materiali. Il budget di 100 milioni è stato assegnato a piccole, medie e grandi imprese nella misura di un terzo per ciascuno.

Per un approfondimento sul tema si rinvia al seguente link:

<https://www.italiaoggi.it/news/cento-mln-per-il-caro-materiali-2536548>

➤ **PNRR: assegnati 2,8 miliardi di euro per l'ammodernamento dei porti.**

Sulla Gazzetta ufficiale n. 236 del 2 ottobre 2021 è stato pubblicato il Decreto del Ministero e della mobilità sostenibili 13 agosto 2021 recante *“Approvazione del programma di interventi infrastrutturali in ambito portuale sinergici e complementari al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”*.

Il Decreto contiene finanziamenti Interventi di ammodernamento ed efficientamento dei porti per oltre 2,8 miliardi di euro per gli anni dal 2021 al 2026 e dà attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), sul quale era stata acquisita l'intesa della Conferenza Unificata Stato-Regioni-Autonomie locali.

Per un approfondimento maggiore si rinvia al seguente link:

https://www.gazzettaufficiale.it/gazzetta/serie_generale/caricaDettaglio?dataPubblicazi oneGazzetta=2021-10-02&numeroGazzetta=236&elenco30giorni=true

➤ **Decreto-legge 27 settembre 2021, n. 130: “Misure urgenti per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale”.**

In data 27 settembre 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 231, il Decreto-legge del 27 settembre 2021 n. 130, recante *“Misure urgenti per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale”*.

Il testo in esame ha introdotto misure volte a contenere gli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale.

➤ **AgID – Determinazione del 15 settembre 2021, n. 529: “Approvate le linee guida dell'Indice Nazionale dei Domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese (INAD)”.**

Con la determina n. 529 del 15 settembre 2021 sono state approvate le Linee guida dell'Indice Nazionale dei Domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese (INAD), di cui all'art. 6-*quater* del Codice dell'Amministrazione Digitale-CAD.

Tali linee guida, predisposte da AgID, stabiliscono le modalità di realizzazione e gestione operativa dell'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese, nonché le modalità di accesso allo stesso, definendo le regole e le funzionalità disponibili per l'elezione, la modifica e la cancellazione del domicilio digitale nel predetto elenco.

Il domicilio digitale è l'indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata (PEC) o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera *n-ter* del CAD.

Qui il [link](#) per la lettura della Determinazione.

➤ **ANAC – Avvio consultazione pubblica del 1° ottobre 2021: Schema di Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali»**

L'Autorità è intervenuta, con una deliberazione assunta nella seduta del 28 settembre 2021, sull'affidamento dei servizi sociali stilando nuove linee guida utili per migliorare il rapporto fra gli enti del terzo settore e le imprese. Prima di arrivare all'adozione definitiva, le nuove linee guida sono sottoposte a consultazione online, consentendo a tutti i soggetti interessati operanti nel settore di poter inviare osservazioni entro il 15 novembre 2021.

Viste le più recenti modifiche normative al Codice volte a realizzare quel coordinamento con il testo unico del terzo settore finora mancato e la pronuncia della Corte Costituzionale in tema di terzo settore (sentenza n. 131 del 26 giugno 2020), il quadro normativo può definirsi stabilizzato, con conseguente possibilità di un intervento dell'Autorità volto ad agevolare le stazioni appaltanti nell'individuazione della normativa applicabile agli specifici affidamenti e nell'applicazione concreta delle indicazioni contenute nel Codice.

➤ **ANAC – Parere 8 settembre 2021, n. 609: Dovere della P.A. di dialogare con il concorrente se non è soddisfatta dei chiarimenti offerti in sede di soccorso istruttorio.**

Con il parere di precontenzioso in esame, l'Autorità - in linea con la giurisprudenza più recente - ha chiarito che, se in sede di soccorso istruttorio la Pubblica Amministrazione non è soddisfatta dei chiarimenti forniti dall'operatore economico, non può procedere

alla immediata esclusione dalla gara ma deve replicare chiedendo ulteriori delucidazioni e chiarimenti.

Nel caso di specie – si tratta di una rilevata incongruenza nella indicazione del valore della polizza – l'ANAC ha ribadito che la decisione di escludere l'operatore dalla competizione *“senza porre in essere un'adeguata attività interpretativa sulla base dei criteri normativi di interpretazione del contratto o, in subordine, senza chiedere ulteriori chiarimenti, appare in contrasto con i richiamati principi generali che informano la disciplina dei contratti pubblici”*.

➤ **ANAC – Delibera 8 settembre 2021, n. 628: Procedure di scelta del contraente e proroghe reiterate dell'affidamento per la gestione degli impianti di depurazione.**

Con la delibera in rassegna l'ANAC è stata chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità del frazionamento artificioso del contratto di appalto, con il conseguente ripetuto affidamento al medesimo esecutore.

Nella fattispecie esaminata, questo è avvenuto sia frazionando illecitamente un'unica prestazione continuativa in contratti annuali, sia scorporando attività intimamente connesse alla gestione dei depuratori (smaltimento dei fanghi, lavori di manutenzione, etc.), facendoli oggetto di separati affidamenti. Tale *modus operandi* del Comune, secondo l'ANAC, presenta varie anomalie e solleva diverse criticità.

In particolare, l'inclusione di una clausola di rinnovo tacito dell'affidamento, inserita nei contratti d'appalto, viola la normativa di derivazione eurounitaria a tutela della concorrenza, al pari di una procedura di gara avviata senza comunicazione pubblica.

Secondo l'Autorità, *“non risultano accoglibili le argomentazioni dedotte dal Comune per motivare, in deroga alle norme, la scelta di reiterare affidamenti di durata annuale allo stesso contraente, relativamente a una prestazione che sin dal principio prevedeva si dovesse estendere in diverse annualità in attesa del perfezionamento delle prescritte autorizzazioni”*.

Pertanto, il Comune avrebbe dovuto procedere con un contratto pluriennale congegnato con la previsione di adeguate penali per inadempimento e clausole rescissorie.

Qui il [link](#) per la lettura integrale della delibera.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 5 OTTOBRE 2021, n. 176 – Presupposti dell'udienza da remoto ex art. 7-bis, del d.l. n. 105 del 2021.**

Il Collegio siciliano ha chiarito che il regime derogatorio di cui all'art. 7-bis del d.l. n. 105/2021 non autorizza la discussione della causa da remoto a meno che non ricorrano i casi eccezionali richiamati dalla stessa norma.

In particolare, la discussione da remoto costituisce un'alternativa al rinvio della causa, legata ad ipotesi eccezionali che si giustificano in ordine ai provvedimenti governativi

adottati in connessione alla pandemia da COVID-19 e non dai casi di impedimento personale o professionale del difensore.

D'altronde, l'art. 7-bis fa infatti testualmente riferimento a "situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili e correlate a provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia da Covid-19".

Pertanto, il Presidente del Tribunale, al fine di autorizzare la discussione da remoto, è tenuto a verificare rigorosamente che: (a) esistano provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia; (b) che la situazione non sia altrimenti fronteggiabile; (c) che la situazione sia eccezionale.

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 17 SETTEMBRE 2021, n. 6347 – Profili di ammissibilità del cd. avvalimento "premiare".**

Secondo il Consiglio di Stato, l'avvalimento c.d. "premiare" evoca uno scenario in cui il suo utilizzo interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione, sia nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata, purché tenga in considerazione le competenze, le risorse, il personale e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata.

Tuttavia, deve considerarsi escluso l'avvalimento "meramente premiare", ovvero esclusivamente preordinato a far conseguire all'ausiliata - che non necessiti di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara - una migliore valutazione dell'offerta: in tal caso, infatti, la logica concorrenziale ne risulta alterata e non implementata.

La preclusione mira a evitare l'evidente abuso della facoltà di ricorrere all'avvalimento, che si trasformerebbe, nell'ipotesi, in un vero e proprio *escamotage* volto al mero incremento del punteggio, consentendo al concorrente di avvantaggiarsi rispetto agli altri mediante l'utilizzo delle esperienze pregresse o di titoli e di attributi dell'ausiliaria che non integrano l'offerta di elementi essenziali ai fini della partecipazione e quindi non la connotano neanche sotto il profilo operativo, in vista dell'attività esecutiva.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 6 SETTEMBRE 2021, n. 6220 – Limiti all'accesso civico generalizzato.**

Con la pronuncia in commento, la III sezione del Consiglio di Stato ha individuato i limiti entro i quali va perimetrata l'operatività dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, co.2, del D.lgs. 33/2013, che come noto prevede un diritto generico, *uti civis*, ad accedere ai dati e ai documenti in possesso della Pubblica Amministrazione.

Segnatamente, evidenziato che il perimetro dell'accesso civico resta delimitato dalla disponibilità delle informazioni richieste, il Consiglio di Stato ha chiarito come lo stesso possa essere escluso "ogni qualvolta l'Amministrazione debba impegnarsi in attività eccessivamente onerose e paralizzanti dell'ordinaria attività amministrativa, contrarie al principio

di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, per la raccolta di informazioni di cui non dispone direttamente e immediatamente e che, in ogni caso, sono già pubbliche".

➤ **TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, 4 OTTOBRE 2021, n. 6208 – Ritardo nel rilascio delle autorizzazioni funzionali all'apertura di un'attività e obbligo di risarcimento del danno.**

Con la sentenza in rassegna, il Collegio campano ha statuito che laddove venga fatta istanza per il rilascio di un'autorizzazione funzionale all'avvio di attività (nel caso di specie, quella di farmacia) il richiedente non può ritenersi, sin da subito, titolare di una situazione soggettiva giuridicamente tutelata, in quanto, nelle more del - eventuale - rilascio del titolo, si trova di fronte a una mera "possibilità" che la propria domanda venga accolta. Infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale "*per danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto*" (così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2020, n. 2543).

Di conseguenza, anche laddove la PA conceda l'autorizzazione in ritardo, tale comportamento non può intendersi lesivo della sfera dell'istante, non essendo questi da ritenersi titolare - al momento della domanda - di alcun bene della vita (la cui violazione eventualmente determinerebbe l'obbligo di risarcimento del danno subito).

➤ **TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, 22 SETTEMBRE 2021, n. 5971 – Il canone ermeneutico letterale riveste il primato nell'interpretazione delle prescrizioni della disciplina di gara.**

Nell'ambito di una procedura aperta volta alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, del Codice, la *lex specialis* di gara, oltre a prevedere l'applicazione dell'art. 133, comma 8, disponente l'inversione procedimentale, ovvero sia la valutazione delle offerte prima della verifica dell'idoneità dei concorrenti, la stazione appaltante consentiva a questi ultimi di presentare la propria offerta per più lotti, stabilendo nel disciplinare di gara, quale requisito speciale di accesso alla procedura, che i concorrenti avessero svolto, nel triennio precedente la gara, forniture analoghe per un importo non inferiore al 50 % del valore complessivo presunto di ciascun lotto per la cui aggiudicazione intendevano concorrere. Il medesimo articolo precisava, altresì, che "*qualora il fatturato specifico dichiarato e posseduto del concorrente non sia sufficiente a garantire il rispetto del requisito di cui al presente paragrafo per tutti i lotti per i quali abbia dichiarato l'intenzione di concorrere, sarà ammesso a gara limitatamente ai Lotti per i quali il requisito è soddisfatto, dando priorità ai Lotti di maggior importo*".

Sebbene il concorrente avesse formulato offerta per tutti i lotti e dichiarato il fatturato pregresso, la stazione appaltante ne limitava la partecipazione a un solo lotto. Il concorrente proponeva ricorso promuovendo quale motivo principale di impugnazione

del provvedimento adottato la violazione di legge per violazione degli artt. artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 30, 51 e 83 del Codice, e degli articoli interessati del disciplinare di gara. Il Collegio ha accolto il gravame in quanto, richiamando giurisprudenza consolidata sul punto, il canone ermeneutico letterale ha il primato nell'interpretazione delle prescrizioni connotanti la disciplina di gara, le quali vincolano non solo i concorrenti ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, dovendosi garantire, unitamente alle esigenze di certezza, l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Da ciò scaturisce il corollario secondo cui, solo in presenza di un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, può ammettersi un'interpretazione diversa da quella letterale.

In ogni caso, a fronte di una clausola cui si riconnette una portata escludente ed a fronte del carattere non univoco della disposizione in essa racchiusa, l'interprete deve conformare la propria attività interpretativa al criterio del *favor participationis*, consentendo la massima partecipazione possibile alla procedura (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2020 n. 2400).

➤ **TAR LOMBARDIA, SEZ. I, 8 SETTEMBRE 2021, n. 1972** – *Accesso agli atti "defensionale" promosso dal subappaltatore in relazione ad atti relativi alla fase di esecuzione.*

Nel caso in esame il TAR Lombardia ha ritenuto legittimo l'accesso promosso, ai sensi degli artt. 22 e ss. della L.n. 241/1990, dal subappaltatore (che non aveva ricevuto il pagamento per i lavori svolti) in relazione ad atti inerenti alla fase esecutiva del contratto, funzionali a dimostrare in giudizio l'avvenuta esecuzione delle opere e consentirne la quantificazione.

Infatti, partendo dalla disamina della nozione di "*documento amministrativo*" suscettibile di formare oggetto di istanza di accesso, il TAR lombardo ha statuito che i documenti richiesti, essendo detenuti da una pubblica Amministrazione ed essendo attinenti ad una procedura finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico (l'esecuzione di lavori oggetto di un appalto affidato a seguito di apposita gara) dovevano ritenersi senz'altro accessibili.

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