

NEWSLETTER N. 38/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **UE – Regolamento 2021/1952: Nuove soglie comunitarie per gli appalti a partire dal 2022.**

A partire dal 1° gennaio 2022, si applicheranno le nuove soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti, così come previsto dal Regolamento 2021/1952, che modifica la Direttiva 2014/24/UE. Di seguito, si riportano i valori aggiornati al suddetto Regolamento:

◇ **Settori ordinari**

- € 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- €140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, la soglia si applica soltanto agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
- euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; la soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;

◇ **Settori speciali**

- € 5.382.000 per gli appalti di lavori;
- € 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

◇ **Difesa e sicurezza**

- € 5.382.000 per gli appalti di lavori;
- € 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

◇ **Concessioni**

- € 5.382.000.

➤ **MEF - Decreto 15 ottobre 2021 (GU Serie Generale n.284 del 29-11-2021): Criteri di ripartizione delle risorse del Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi per l'anno 2021**

Al fine di proseguire nell'attuazione del sistema dei soggetti aggregatori, consentendo lo svolgimento delle attività dirette alla realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa, il decreto stabilisce, per l'anno 2021, i requisiti di accesso e le modalità di

ripartizione delle risorse del fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi di cui all'art. 9, comma 9, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, con legge 23 giugno 2014, n. 89, istituito nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze (di seguito «Fondo»).

Le risorse del Fondo sono destinate a finanziare le attività svolte dai soggetti aggregatori, nei limiti e nel rispetto della normativa vigente. Gli organi deputati alla vigilanza e al controllo sul soggetto aggregatore, secondo quanto stabilito dalle disposizioni ad esso applicabili, verificano il corretto utilizzo delle predette risorse.

L'accesso al Fondo deve essere richiesto dai soggetti aggregatori entro il 31 gennaio 2022. Qui il [link](#) per la lettura integrale del testo del decreto.

➤ **MIMS – Parere 29 novembre 2021: Affidamento diretto ai sensi del decreto semplificazioni: chiarimenti in tema di pregresse e documentate esperienze analoghe.**

In data 2 agosto 2021, il MIMS ha ricevuto una richiesta di parere relativa alla modifica apportata in sede di conversione all'art. 51, comma 1, lett. a), del D.L. 77/2016, avente ad oggetto la richiesta agli operatori economici di documentare “esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento” ai fini dell'affidamento diretto.

Il MIMS ha chiarito che in base a quanto previsto dall'art. 1, comma 2 lett. a) del decreto 77/2021, come modificato dalla legge 108/2021, occorre che i soggetti affidatari siano “in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento”, comunque nel rispetto del principio di rotazione. Appare corretto il riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, co. 1 lett. c). La disposizione novella espressamente l'art. 1, comma 2 lett. a) del decreto 77/2021 e, dunque, per quanto riguarda i servizi, si applica a tutti gli affidamenti di importo compreso tra € 0 e € 139.000.

➤ **MIMS – Circolare 25 novembre 2021: “Modalità operative per il calcolo e il pagamento della compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi ai sensi dell'art. 1-septies del D.L. n. 73/2021, conv. con modificazioni dalla L. n. 106/2021”.**

Al fine di assicurare uniformità ed omogeneità nell'applicazione delle misure di compensazione dei prezzi, così come previste dal D.M. 11 novembre 2021, il MIMS ha emanato una circolare esplicativa recante le modalità operative di calcolo delle variazioni, in aumento o in diminuzione, dei materiali da costruzione più significativi, fornendo altresì due esempi pratici per la determinazione della compensazione.

Qui il [link](#) per prendere visione della circolare.

➤ **ANAC – Comunicazione 28 novembre 2021: “Whistleblower licenziato non tutelabile se non si tratta di ritorsione”.**

In data 18 novembre 2021, l'ANAC ha pubblicato due differenti delibere (nello specifico la Delibera del 22 settembre 2021 n. 673 e la Delibera del 20 ottobre 2021 n. 717) nelle quali ha chiarito come eventuali segnalazioni di condotte illecite, secondo le modalità stabilite dalla normativa relativa al cd. *whistleblowing*, non comportino l'illegittimità assoluta di ogni ipotesi di licenziamento. Infatti, qualora i successivi licenziamenti siano stati giustificati da ragioni estranee alla segnalazione, e pertanto non ritorsive, potranno essere legittimamente intimati nei confronti dei dipendenti.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, AD. PLENARIA, 29 novembre 2021, n. 21** – *Sulla responsabilità precontrattuale della stazione appaltante: legalità e correttezza dell'azione amministrativa.*

Con ordinanza del 6 aprile 2021, la II Sezione del Consiglio di Stato aveva deferito al supremo consesso amministrativo alcune questioni relative alla responsabilità della PA per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento di aggiudicazione, poi annullato a seguito di una pronuncia giudiziale.

Il Collegio ha chiarito, in via preliminare, come il provvedimento amministrativo può assurgere a fonte di *"legittimo e qualificato affidamento"*, la cui lesione legittima a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'Amministrazione. Tuttavia, ai fini dell'accertamento di una situazione giuridica tutelabile a titolo di responsabilità, è imprescindibile distinguere il piano della *"legittimità amministrativa"* rispetto a quel della *"correttezza"*: *"uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte"*. Oltre a rilevarne la distinzione, il Collegio conferma l'assenza di un rapporto di pregiudizialità tra gli stessi.

Sul punto, richiamando una precedente giurisprudenza, la sentenza ricorda che l'affidamento *«è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»* (così, Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011): pertanto, l'affidamento deve considerarsi quale canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo, sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo.

L'interpretazione è avvalorata dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale conferma che *«(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»*. Pertanto, *"la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi*

di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione".

Il Collegio, infine, si sofferma sull'orientamento della Cassazione Civile secondo cui l'affidamento del concorrente di un contratto pubblico è tutelabile *"indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto (...) a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante"*. Rilevando l'elasticità della massima, l'Adunanza plenaria ha condiviso l'orientamento volto a non conferire efficacia dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, preferendo pesare l'affidamento sulla base del grado di sviluppo raggiunto nella singola procedura al momento della revoca. Del resto, la Adunanza Plenaria aveva già chiarito che la responsabilità precontrattuale può insorgere *«anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede»*.

Alla luce di quanto sopra, l'Adunanza Plenaria ha pronunciato il seguente principio di diritto: *«nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa»*.

➤ **CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 29 novembre 2021 n. 19 – Eccezione di difetto di giurisdizione in appello**

La parte risultata vittoriosa di fronte al Tribunale Amministrativo Regionale sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo. Nel dare continuità all'orientamento definitivamente espresso nell'Adunanza plenaria del 28 luglio 2017, n. 4, la A.P. 19/2021 ha osservato che il duplice fondamento dell'inammissibilità della questione di giurisdizione proposta in appello mediante (auto)eccezione del ricorrente soccombente in primo grado, trova ulteriore base giuridica nell'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed immodificabile i dubbi sulla giurisdizione e, cioè, il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ..

Il mancato utilizzo – anche da parte dell'attore a fronte dell'altrui contestazione (in questo senso, di recente: Cass., SS.UU., ord. 22 aprile 2021 n. 10742; 5 novembre 2019, n. 28331; 13 giugno 2017, n. 14653) – dello strumento processuale appositamente previsto per risolvere la questione pregiudiziale di giurisdizione prima che la causa «sia decisa nel merito in primo grado» (così l'art. 41, comma 1, cod. proc. civ.), rende palese la

strumentalità della sua riproposizione in appello da parte di colui che avrebbe potuto farlo già in primo grado e che su tale questione non abbia nondimeno riportato alcuna soccombenza.

➤ **CONSIGLIO DI STATO - *Politica di prezzi ed imposizione sui test molecolari per l'identificazione del virus COVID 19***

Le Regioni non possono imporre prezzi calmierati per l'esecuzione di test molecolari per l'identificazione diretta del virus SARSCoV-2.

L'imposizione della tariffa si colloca al di fuori della dimostrata predicabilità di un nomenclatore regionale o nazionale e pur trattandosi di prestazioni da rendere senza oneri a carico del servizio sanitario pubblico. Pertanto, è illegittima la previsione regionale siccome in contrasto con le previsioni costituzionali di cui agli artt. 2, 23, 41. L'imposizione del costo di una prestazione privata *“si inserisce nell'ambito di scelte aziendali e nel contesto della libertà di concorrenza, rispetto alle quali solo la norma primaria può, eventualmente, prevedere evenienze di coattiva impostazione del prezzo del servizio, sempre nel rispetto e nel bilanciamento dei contrapposti interessi anche costituzionali”*.

➤ **TAR LAZIO, Sez. III-ter, 29 novembre 2021, n. 12322 – *Sulla motivazione per facta concludentia della ritenuta affidabilità di un Operatore economico in caso di intervenuta risoluzione di un diverso contratto***

Secondo il TAR Lazio non si ravvisa un onere motivazionale circa le ragioni alla base del giudizio discrezionale di affidabilità dell'operatore economico espresso dalla stazione appaltante, essendo sufficiente una motivazione implicita o per *facta concludentia* con l'ammissione dell'operatore alla gara. Nel caso in esame non è infatti mancato il momento valutativo da parte dell'Amministrazione circa l'affidabilità e integrità del controinteressato, avendo questa proceduto, in sede di verifica amministrativa dei primi due concorrenti graduati, a richiedere ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ogni documentazione utile relativa alle circostanze e pendenze giudiziarie menzionate dall'o.e., ritenendo poi sufficienti i chiarimenti forniti.

Si conferma l'orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, n. 2350/2021 e n. 1500/2021) per il quale la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva sulla sua moralità professionale, non è tenuta ad esplicitarne in maniera analitica le ragioni, mentre è il provvedimento di esclusione a richiedere l'assolvimento di tale precipuo onere.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, Sez. I, 1° dicembre 2021, n. 7714 – *Responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante e applicazione dei principi espressi dalla Adunanza Plenaria 21/2021*

Il TAR ha osservato che *“con una recentissima pronuncia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29 novembre 2021, n. 21) ha stabilito, tra l'altro, che l'affidamento del privato ai fini della*

configurazione della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione debba essere apprezzato senza "rigidi apriorismi, ma con criterio elastico" negando rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva".

Di talché, nella specie, è stato ritenuto di non poter ravvisarsi, nella condotta complessivamente tenuta dall'Amministrazione convenuta, alcuna oggettiva violazione dei doveri di correttezza e buona fede, ravvisandosi invece elementi che denotano concreti tentativi volti a superare la criticità dell'assenza di un sito per il conferimento dei sedimenti prelevati dall'area oggetto dell'intervento di bonifica conseguenti alla sopravvenuta indisponibilità del sito originariamente individuato. Ne consegue l'assenza degli elementi necessari a ravvisare un comportamento colpevolmente inerte dell'Amministrazione, che ha subito, come la ricorrente, un evento esterno alla propria sfera di controllo (indisponibilità del sito) tentando di porvi rimedio senza tuttavia riuscirci, senza che tale insuccesso sia stato addebitato da parte ricorrente alla condotta dell'Amministrazione convenuta.

➤ **TAR LOMBARDIA, MILANO, Sez. IV, 30 novembre 2021, n. 2641 - "Sull'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio".**

Il subappalto c.d. necessario o qualificatorio, positivamente previsto solo per i contratti di lavori, si applica anche ai contratti di servizi, anche qualora non sia espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara. L'unitarietà dell'oggetto contrattuale non esclude che per talune delle prestazioni comprese nello stesso l'impresa partecipante possa qualificarsi attraverso il subappalto necessario, attesa anche la portata generale di tale istituto e la sua finalità di promozione della concorrenza.

➤ **TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. II, 15 novembre 2021, n. 2439 – Nulla la clausola del bando che impone ai concorrenti l'iscrizione nella cd. "white list".**

È illegittima la *lex specialis* di gara che imponga l'iscrizione nella cd. "white list" al di fuori dei settori previsti per legge. L'elenco dei settori e delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa deve intendersi infatti tassativo e di stretta interpretazione. Viola il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione ex art. 83 comma 8 del D. lgs. 50/2016 la SA che obblighi i concorrenti a dimostrare l'iscrizione nella *white list* anche in settori non ricompresi in quelli tassativamente indicati dalla legge (cfr. in senso conforme T.A.R. Toscana, Sez. I, 8/03/2018, n. 356).

In collaborazione con gli Studi Legali

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa