

NEWSLETTER N. 37/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

- **MIMS – Decreto ministeriale 11 novembre 2021, pubblicato in G.U.R.I. 23.11.2021: "Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi".**

Con decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili dell'11 novembre 2021, pubblicato in GURI 23 novembre 2011, sono stati rilevati i prezzi medi, per l'anno 2020, relativi ai materiali da costruzione più significativi, nonché le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8%, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, rispetto ai prezzi medi rilevati con riferimento all'anno 2020.

Gli appaltatori che nel corso dell'esecuzione della commessa hanno dovuto affrontare spese per materiali da costruzione il cui prezzo ha subito un aumento pari o superiore all'8% rispetto alla data di presentazione dell'offerta potranno presentare, ai sensi dell'art. 1-septies, comma 4, del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, un'istanza di compensazione alla stazione appaltante entro il termine perentorio di 15 giorni dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale **e dunque entro il giorno 8 dicembre 2021.**

Per le variazioni in diminuzione, invece, la procedura di compensazione verrà avviata d'ufficio dalla stazione appaltante, entro 15 giorni dalla predetta data.

La compensazione dei prezzi andrà determinata applicando, alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021, le variazioni rilevate dal decreto ministeriale, eccedenti l'8% se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed eccedenti il 10% complessivo se riferite a più anni.

Qui il [link](#) per la lettura integrale del decreto.

- **MiTE - ANAC – Protocollo di collaborazione del 25 novembre 2021 in ordine alla attività di monitoraggio e vigilanza sui contratti pubblici riguardo i temi ambientali e di riconversione ecologica.**

In data 25 novembre 2021 è stato firmato il nuovo protocollo di collaborazione fra Anac e il Ministero della Transizione ecologica. L'accordo rilancia l'attività di monitoraggio e vigilanza sui contratti pubblici riguardo i temi ambientali e di riconversione ecologica. Le Parti si impegnano a collaborare, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, al fine di garantire il rispetto delle norme di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. in materia ambientale.

La collaborazione riguarda, in particolare, i seguenti ambiti: a) monitoraggio e vigilanza sull'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi; b) attività regolatoria e di indirizzo; c) attività di formazione: collaborazione alla realizzazione di iniziative formative.

Le modalità della collaborazione di cui ai punti precedenti sono stabilite dalle Parti con successivi atti attuativi.

➤ **MIMS – Decreto ministeriale 19 novembre 2021: Riduzione delle soglie per le opere di cui al PNRR.**

“Gli interventi di cui all’articolo 44, comma 1, del decreto-legge 31 marzo 2021, n.77, nonché quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, che rientrano nelle soglie dimensionali di cui all’allegato al presente decreto, sono sottoposti obbligatoriamente al dibattito pubblico”, così dispone l’art. 1 del decreto ministeriale firmato dal Ministro Giovannini con il quale si amplia l’ambito delle opere sulle quali dovrà obbligatoriamente svolgersi il dibattito pubblico per consentire un maggiore coinvolgimento delle realtà territoriali nella condivisione dei progetti.

I dibattiti pubblici potranno svolgersi anche per lotti funzionali, sebbene riferiti ad una stessa opera. In particolare, questa eventualità si riferisce a quelle infrastrutture ferroviarie in capo a RFI che, pur riguardando un'unica linea di collegamento, andranno ad incidere su più territori regionali.

Qui il [link](#) per la lettura integrale del Decreto.

➤ **ANAC – Parere 27 ottobre 2021, n. 1: “Nell’assegnazione del servizio di raccolta, trasporto e gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani non va invitato l’operatore uscente se si utilizza la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando”.**

Chiamata a pronunciarsi mediante un parere in funzione consultiva, l’Autorità è intervenuta in merito all’attività di gestione dei rifiuti di un Comune del sud Italia, sottolineando come l’esigenza di assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie può essere soddisfatta, nelle procedure negoziate, soltanto attraverso il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Il richiamo di ANAC mira a garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità per più operatori economici. A tal fine è necessario non invitare l’operatore uscente, se non si procede a gara pubblica – che resta, comunque, la via maestra - ma si opta per una procedura negoziata. *“L’affidamento o il reinvitto all’operatore uscente hanno carattere eccezionale”,* osserva ANAC *“e richiedono un onere motivazionale più stringente”.*

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE COSTITUZIONALE, 23 novembre 2021, n. 218 – Illegittimità costituzionale dell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui imponeva in capo ai concessionari individuati senza gara l'obbligo a valle di esternalizzare a terzi i contratti di lavori, servizi e forniture**

La Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzione dell'art. 177 del D.lgs. 50/2016 per violazione degli artt. 3, comma 1, e 41, comma 1, della Costituzione.

Viene dunque meno l'obbligo di cui all'art. 177 del Codice, il quale imponeva a carico dei titolari di concessioni affidate senza procedura ad evidenza pubblica, di affidare all'esterno mediante appalto a terzi l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture oggetto della concessione (di ammontare pari o superiore a 150.000 euro), assegnando il restante 20% a società *in house* o comunque controllate o collegate.

Il giudizio che ha originato l'incidente di costituzionalità *de quo* verte, tra l'altro, sulla legittimità delle Linee guida ANAC n. 11, delibera del 4 luglio 2018, n. 614 recanti "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea". Secondo il giudice *a quo*, l'obbligo di esternalizzazione pressoché totalitaria previsto dalle disposizioni di legge censurate, anche se finalizzato a sanare l'originario contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza determinatosi in occasione dell'affidamento senza gara della concessione, si traduce in un impedimento assoluto e definitivo a proseguire l'attività economica privata - intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo -, secondo le disposizioni di legge all'epoca vigenti, con conseguente violazione dell'art. 41 Cost.

La Suprema Corte, ripercorrendo le principali tappe dell'evoluzione della disciplina comunitaria in materia di concessioni, ha evidenziato come le stesse restituiscano "l'immagine di una disciplina in costante oscillazione, ma comunque piuttosto stabile nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate".

Il ragionamento della Corte si è dunque focalizzato sulla misura in cui la libertà di iniziativa economica possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, la quale, se da un lato è funzionale al libero esplicarsi dell'attività d'impresa, dall'altro trova il suo fondamento costituzionale proprio nell'art. 41 Cost..

Tuttavia, quest'ultimo consente al legislatore di limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza (in questo caso, sanando a posteriori il "vulnus" degli originari affidamenti diretti avvenuti senza procedura di gara), ma non di svuotarne del tutto il contenuto. Uno dei tratti caratterizzanti della libertà di iniziativa economica consistendo proprio nelle facoltà di scelta dell'imprenditore in ordine a quale

attività svolgere, come reperire i capitali, come organizzare e gestire l'attività e le tipologie di corrispettivo.

In tale prospettiva, secondo la Corte, l'obbligo generalizzato di esternalizzare l'attività oggetto di concessione previsto dall'art. 177 rappresenta una misura irragionevole e sproporzionata, in contrasto con gli artt. 3 e 41, comma 1, Cost.

Diversamente opinando, l'imprenditore concessionario perderebbe ogni potere operativo, finendo per trasmutarsi in una sorta di stazione appaltante, preposta ad attività esclusivamente burocratiche di affidamento di commesse. Secondo la Consulta non è poi da tralasciare che i concessionari, nonostante ricoprono una posizione di favore per la concessione ottenuta in passato, *"esercitano un'attività d'impresa per la quale hanno sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo un relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente"*.

➤ **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 25 novembre 2021, n. 7891 – Appalto di fornitura di un dispositivo con elevato grado di automazione**

Il *thema decidendum* del giudizio concerne l'esatta perimetrazione della nozione di "algoritmo di trattamento" nell'ambito e nel contesto di una procedura nazionale di gara per la fornitura di pacemaker di alta fascia.

La nozione comune e generale di algoritmo riporta alla mente *"semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato"*, secondo la definizione fornita dal giudice di prime cure. Nondimeno tale nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare.

Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale"), ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.

Nel caso di specie, per ottenere la fornitura di un dispositivo con elevato grado di automazione non occorre che l'amministrazione facesse espresso riferimenti a elementi di intelligenza artificiale, essendo del tutto sufficiente – come ha fatto – anche in considerazione della peculiarità del prodotto (pacemaker dotati, per definizione, di una funzione continuativa di *"sensing"* del ritmo cardiaco e di regolazione dello stesso) il riferimento allo specifico concetto di algoritmo, ossia ad istruzioni capaci di fornire un efficiente grado di automazione, ulteriore rispetto a quello di base, sia nell'area della prevenzione che del trattamento delle tachiaritmie atriali. I pacemakers moderni e di alta

fascia sono infatti dotati di un numero sempre maggiore di parametri programmabili e di algoritmi specifici progettati per ottimizzare la terapia di stimolazione in rapporto alle caratteristiche specifiche del paziente. L'amministrazione ha espresso preferenza per la presenza congiunta di algoritmi di prevenzione e trattamento delle "tachiaritmie atriali". Il Collegio nel decidere ciò ha ricordato che l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative (così, tra le tante, Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014 n. 72); con la conseguenza che *"la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione"* (cfr. Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3811; 12 settembre 2017, n. 4307).

È stato tuttavia rimarcato che, nel caso di specie, non si tratta di una clausola che stabilisce condizioni di partecipazione o regole per la competizione, ma di un criterio di attribuzione del punteggio tecnico che costituisce chiara espressione delle preferenze dell'amministrazione rispetto alle caratteristiche funzionali e tecniche del bene da reperire sul mercato. Le esigenze dell'amministrazione sono il *prius*, sia dal punto di vista funzionale che logico, dal quale il procedimento di gara si dipana e non possono certamente essere pretermesse o prevaricate da interpretazioni che alla luce del principio di massima partecipazione finiscano per imporre all'amministrazione un bene che essa non vuole o non ha chiesto. Diversamente ragionando si darebbe la stura ad un processo di eterogenesi dei fini, suscettibile di tramutare la procedura da strumento servente a vincolo condizionante lo stesso fabbisogno della stazione appaltante.

Nel caso di specie l'amministrazione ha dichiarato espressamente, a mezzo degli atti a base di gara, di volere acquisire dispositivi di "alta fascia" e di preferire, fra questi, quelli dotati di "Algoritmo di prevenzione+trattamento delle tachiaritmie atriali" (premiati con punti 15) rispetto a dispositivi dotati "del solo algoritmo di prevenzione o del solo trattamento delle tachiaritmie atriali" (valorizzati con punti 7). Non c'è quindi dubbio che essa si sia orientata (preferibilmente) verso un apparecchio tecnologicamente avanzato, dotato di un grado di automazione capace di coprire sia l'area della prevenzione che quella del trattamento.

L'amministrazione, quando si rivolge al mercato quale acquirente pubblico, ha il dovere di imparzialità che le impedisce di far prevalere preferenze meramente soggettive, ma rimane pur sempre un acquirente, in nulla dissimile rispetto ad un privato, abilitato a soddisfare i suoi bisogni attraverso prodotti di gamma alta e con prestazioni avanzate, se offerti a prezzi ragionevoli (in ciò l'essenza del criterio del miglior rapporto qualità prezzo).

➤ **TAR LOMBARDIA MILANO, SEZ. I, 25 novembre 2021, n. 2606** – *La modifica della consistenza dei lotti di Gara post aggiudicazione si sostanzia in un illegittimo affidamento diretto*

La modifica contrattuale posta in essere da una S.A. che consiste nell'inversione di due contratti afferenti due distinti lotti di gara originariamente affidati al medesimo operatore economico, determinano la violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione che governano la scelta del contraente nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Non può dunque invocarsi l'applicazione dell'art. 106 del D.lgs. 50/2016, posto che, nella relazione al progetto di gara a supporto della scelta della suddivisione in 3 lotti di gara del servizio di elisoccorso, si possono riscontrare le peculiarità proprie delle basi con servizio h 24, parzialmente differenti da quelle diurne. I servizi oggetto dei due lotti invertiti non si connotano per una mera diversa collocazione geografica, ma contemplano una diversa tipologia di servizio.

Il TAR meneghino ha dunque ritenuto che non è comunque consentito affidare quel servizio ad un soggetto individuato con riferimento ad un lotto diverso, nell'ambito del quale le dinamiche dell'offerta sono state regolate da requisiti prestazionali diversi. Nella sostanza vi è stata una radicale alterazione dell'esito della gara, addivenendo alla stipula di contratti di contenuti diversi rispetto a quelli aggiudicati, risolvendosi l'operazione posta in essere dalla S.A. in un affidamento diretto ad un operatore individuato come aggiudicatario di un differente affidamento. Ciò si pone quindi in contrasto con i principi fondamentali in materia di concorrenza e *par condicio* nell'affidamento delle commesse pubbliche, in un mercato peraltro, quello del servizio di elisoccorso, popolato da un ristretto bacino di operatori e, per le specializzate prestazioni richieste, poco elastico alla possibilità di nuovi ingressi.

➤ **TAR LAZIO, ROMA, Sez. I Quater, 24 novembre 2021 n. 12107** - *Interpretazione dell'offerta economica ambigua*

Nella disamina dell'offerta economica di gara la S.A. può svolgere, anche tramite richiesta di chiarimenti – che non si sostanzia per ciò solo in un non ammesso soccorso istruttorio – un'attività interpretativa della volontà dell'impresa offerente, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti

certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti. E ciò soprattutto allorquando la *lex specialis* presenti obiettive distonicità e divergenze.

➤ **TAR CALABRIA, REGGIO CALABRIA, 15 novembre 2021, n. 878 – Il subappalto necessario si applica a prescindere dal suo richiamo nel bando di gara.**

L'istituto del subappalto necessario, o qualificante, sopravvissuto limitatamente ai commi 1 e 2 del D.l. 47/2014, consente la partecipazione a gare per l'affidamento di lavori pubblici anche a concorrenti privi delle qualificazioni relative a parte delle lavorazioni, che i predetti prevedono di affidare a imprese in possesso delle qualificazioni richieste. Come evidenziato anche dalla sentenza, l'istituto persegue un chiaro obiettivo di apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici. In definitiva, la tesi della validità dell'istituto del subappalto necessario anche in costanza del nuovo Codice dei contratti è stata confermata da numerose pronunce amministrative, in cui si afferma che "*tale tipo di subappalto, previsto in vigore del d.lgs. n. 163/2006, non appare incompatibile con la nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 50 del 2016*" e che "*restano in vigore i primi due commi (dell'art. 12, d.l. n. 47 del 2014) che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di subappalto necessario in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni*".

Pertanto, dalla lettura dei commi 1 e 2 e dell'art. 12 del D.l. 47/2014 emerge la regola, confermata dall'Adunanza plenaria del 2 novembre 2015, n. 9, in forza della quale per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili; al contrario, le lavorazioni relative alle opere scorporabili non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria), con la conseguenza che il concorrente dovrà subappaltare l'esecuzione di queste ultime lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione.

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