



Public Sector Newsletter n. 2/2020

Tax & Legal

Febbraio - Marzo 2020

kpmg.com/it

In primo piano

[D.L. 'Cura Italia': le norme in materia di affidamenti e contratti pubblici per fronteggiare l'emergenza](#) - Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

[I nuovi meccanismi di ritenuta a carico delle imprese: i chiarimenti dell'Agazia dell'Entrate](#) - Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 1/E del 12 febbraio 2020

[Avvalimento: al vaglio della Corte di Giustizia l'esclusione automatica del concorrente per le false dichiarazioni dell'ausiliaria](#) - Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza n. 2005 del 20 marzo 2020

[Il divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche rimesso all'Adunanza Plenaria](#) - Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza non definitiva, n. 1920 del 17 marzo 2020

[Appalti sotto soglia: incostituzionali le norme della Regione Toscana che consentono l'inversione dell'apertura delle buste di gara](#) - Corte Costituzionale, n. 39 del 6 marzo 2020

[Quando l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non è causa di esclusione dalla gara](#) - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1631 del 5 marzo 2020

[Emergenza epidemiologica: misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale](#) - Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

[Strutture sanitarie: la tutela della salute è l'interesse primario](#) - T.A.R. Campania, Sez. I, n. 952 del 2 marzo 2020

[Sulla natura giuridica delle società in house](#) - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020

[Sulla natura di organismo di diritto pubblico](#) - Consiglio di Stato, Sez. V, n. 964 del 7 febbraio 2020

[L'istanza di accesso civico generalizzato deve essere strumentale alla tutela di un interesse generale](#) - Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1121 del 12 febbraio 2020

[Emergenza epidemiologica: sospensione dei procedimenti pendenti presso le Pubbliche Amministrazioni](#) - Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

[Emergenza epidemiologica: misure urgenti in materia di giustizia amministrativa](#) - Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

[Giurisdizione del G.A. in caso di rivalutazione dell'aggiudicazione nella fase esecutiva del contratto](#) - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1084 del 12 febbraio 2020

[Sulla validità di una clausola sociale forte in tema di trasporto pubblico](#) - Consiglio di Stato, Sez. V, n. 973 del 7 febbraio 2020

Contratti Pubblici

Norme

D.L. 'Cura Italia': le norme in materia di affidamenti e contratti pubblici per fronteggiare l'emergenza

Il Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, c.d. Decreto 'Cura Italia', detta, tra l'altro, una serie di disposizioni in materia di contratti pubblici al fine di consentire alle stazioni appaltanti di far fronte alle problematiche determinate dalla diffusione del COVID-19.

In particolare, il Decreto:

- dispone che, fino al 31 dicembre 2020, i contratti di forniture, lavori e servizi, relativi ad interventi rientranti tra le misure per la internazionalizzazione del sistema Paese e la promozione straordinaria del *Made in Italy*, possono essere aggiudicati con la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, di cui all'art. 63, comma 6, del Codice dei contratti pubblici (art. 72, comma 2);
- prevede che, al fine di agevolare la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese, le Amministrazioni aggiudicatrici e le Autorità Amministrative indipendenti sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020, ad acquistare beni e servizi informatici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ex art. 63, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, tra cui almeno una *start-up* innovativa o una piccola e media impresa innovativa; inoltre, le Amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l'esecuzione anche in deroga ai termini di cui all'art. 32 del Codice dei contratti pubblici (art. 75, commi 1 e 3);
- autorizza, fino al 31 dicembre 2020, l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'articolo 163 del Codice dei contratti pubblici, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea (art. 86, comma 2);
- modifica il comma 18 dell'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, precisando che l'anticipazione del prezzo del 20% del valore del contratto di appalto è consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice (art. 91);
- consente alle istituzioni scolastiche di acquistare le piattaforme e i dispositivi per la didattica a distanza mediante ricorso agli strumenti delle convenzioni-quadro e al MePA o ad altri mercati elettronici, e, qualora non sia possibile ricorrere ai predetti strumenti, di provvedere anche in deroga alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici (art. 102).

Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

Legge di conversione del Decreto c.d. 'Milleproroghe': affidamento ed estinzione delle concessioni

La L. n. 8 del 28 febbraio 2020, di conversione del Decreto c.d. 'Milleproroghe', è intervenuta, tra l'altro, in materia di concessioni e concessioni autostradali.

In particolare, nell'ambito dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici:

- è prorogato al 31 dicembre 2021, il termine entro il quale i titolari di concessioni, già in essere alla data di entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, ma non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare l'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore ad Euro 150.000 tramite procedura ad evidenza pubblica;



— è prorogato al 31 dicembre 2020, il termine entro il quale i titolari di concessioni autostradali devono adempiere all'obbligo sopra descritto.

Inoltre, sempre in materia di concessioni autostradali, è stato disposto che:

- in caso di revoca, decadenza o risoluzione di concessioni di strade o autostrade, nelle more delle procedure per l'individuazione di un nuovo concessionario, ANAS S.p.A. può occuparsi della gestione delle stesse e svolgere le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelle di investimento finalizzate alla loro riqualificazione o adeguamento;
- qualora l'estinzione della concessione sia dovuta ad inadempimento del concessionario, si applica la disciplina prevista dall'art. 176, comma 4, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, e, quindi, spettano al concessionario il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti.

Legge n. 8 del 28 febbraio 2020, di conversione, con modificazioni, Decreto Legge n. 162 del 30 dicembre 2019

Prassi

Interviene il MIT sulla sospensione dei termini amministrativi disposta dal c.d. 'Cura Italia'

Mediante circolare del 23 marzo 2020 il MIT ha chiarito l'ambito di applicazione dell'art. 103, del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, c.d. "Cura Italia", in materia di sospensione dei termini amministrativi, precisando che lo stesso si applica a tutti i procedimenti amministrativi e, dunque, anche alle procedure di appalto o di concessione disciplinate dal Codice dei contratti pubblici.

Circolare del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 23 marzo 2020

Contenimento della diffusione del COVID-19: pubblicate le linee guida sulla sicurezza nei cantieri edili

È disponibile sul sito del MIT il Protocollo di regolamentazione condiviso con Anas S.p.A., RFI, ANCE, Feneal Uil, Filca - CISL e Fillea CGL, contenente indicazioni operative finalizzate a incrementare l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di COVID-19.

Le misure riguardano i titolari del cantiere, i subappaltatori e i subfornitori presenti in cantiere e hanno ad oggetto le regole di comportamento da osservare, le modalità di accesso dei fornitori esterni, la pulizia e la sanificazione del cantiere, le precauzioni igieniche personali, i dispositivi di protezione personale, la gestione degli spazi comuni, l'organizzazione del cantiere (turnazione, rimodulazione dei cronoprogramma delle lavorazioni), la gestione di una persona sintomatica e la sorveglianza sanitaria.

Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri edili, del 19 marzo 2020

Provincia autonoma di Trento: approvate le linee guida per l'applicazione del principio della rotazione negli appalti pubblici

La Giunta provinciale di Trento ha approvato le "Linee guida per l'uniforme applicazione del principio di rotazione ai sensi degli articoli 4 e 19 ter della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2" che rivestono carattere vincolante per le Amministrazioni aggiudicatrici del territorio provinciale ed il cui rispetto costituisce condizione per il finanziamento degli interventi e delle prestazioni oggetto di affidamento.

Le Linee guida, in particolare, individuano le finalità del principio di rotazione, ne specificano l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione e individuano le relative deroghe.

Provincia autonoma di Trento, deliberazione della Giunta provinciale, n. 307 del 13 marzo 2020



Interviene il Sottosegretario di Stato per l'Economia e le Finanze sul DURF

A seguito di interrogazione a risposta immediata, il Sottosegretario del MEF ha chiarito che i requisiti e le tempistiche per ottenere il DURF sono specificati nel provvedimento dell'Agenzia dell'Entrate del 6 febbraio 2020 e che altri chiarimenti sono presenti nella circolare n. 1/E resa dallo stesso Ente il 12 febbraio 2020.

Per quanto riguarda i tempi di rilascio del Documento – nelle more della realizzazione di una applicazione automatizzata - il Sottosegretario ha evidenziato che l'Agenzia delle Entrate ha implementato una procedura con la quale gli uffici territoriali possono produrre 'a vista' la certificazione.

Camera dei Deputati, interrogazione a risposta immediata del 26 febbraio 2020

La Provincia Autonoma di Trento sulla disciplina del subappalto dopo la presa di posizione della CGUE

A seguito della pronuncia adottata dalla CGUE, con la quale sono stati ritenuti non compatibili con la normativa europea i limiti in materia di subappalto previsti dal Codice dei contratti pubblici, la Giunta della Provincia di Trento ha rilasciato apposite Linee Guida, aventi carattere vincolante per tutte le amministrazioni aggiudicatrici del territorio provinciale.

La Giunta ha chiarito che la disciplina nazionale, alla luce del rinvio operato dalla normativa provinciale, deve essere disapplicata e che le eventuali limitazioni al subappalto - comunque non del tutto escluse dal Giudice Europeo - debbano trovare adeguata motivazione alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Provincia Autonoma di Trento, Deliberazione della Giunta Provinciale n. 220 del 21 febbraio 2020

L'AGID e lo stato dell'arte in tema di appalti innovativi

Con riferimento al periodo 2013-2019 l'AGID ha verificato che le Pubbliche Amministrazione hanno dato luogo a 80 gare innovative per un valore pari ad oltre Euro 470 milioni.

Tali interventi si sono avuti in particolare nel settore della sanità e dell'alimentazione (38%), a cui ha fatto seguito energia e ambiente (21%), mobilità intelligente, *smart communities* e agenda digitale (25%), turismo patrimonio culturale (10%), aerospazio e difesa (6%).

AGID, notizia del 18 febbraio 2020

I nuovi meccanismi di ritenuta a carico delle imprese: i chiarimenti dell'Agenzia dell'Entrate

Con apposita Circolare, l'Agenzia delle Entrate ha provato a chiarire alcuni degli aspetti più problematici relativi alle novità introdotte dalla Legge di conversione del c.d. 'Decreto Fiscale' (L. n. 157/2019), in materia di deleghe di pagamento delle ritenute ed eliminazione della possibilità di operare compensazioni.

In particolare, l'Agenzia ha chiarito:

- il profilo cronologico: la disciplina trova applicazione anche con riferimento ai contratti stipulati prima del 1° gennaio 2020;
- l'ambito soggettivo di applicazione: vengono identificati sia i soggetti inclusi (trova applicazione nei confronti di coloro che sono residenti ai fini delle imposte sui redditi nel territorio dello Stato, pubblici e privati) che esclusi (vengono identificati una serie di parametri);
- l'ambito oggettivo di applicazione: contratti di appalto o subappalti di valore superiore ad Euro 200.000 caratterizzati da prevalente utilizzo di manodopera, da svolgersi presso le sedi del committente, con l'utilizzo di beni strumentali di proprietà di quest'ultimo;
- gli obblighi: si tratta in particolare del divieto di compensazione, dell'obbligo di rilasciare al committente copia delle deleghe di pagamento relative al versamento delle ritenute e della sospensione dei pagamenti da parte del committente al ricorrere di determinati presupposti;
- i profili sanzionatori: trovano applicazione sanzioni amministrative non tributarie.

Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 1/E del 12 febbraio 2020



L'ANAC e le proposte migliorative: la relativa valutazione è frutto di discrezionalità tecnica

L'ANAC, riprendendo propri precedenti, ha ribadito che nelle proposte migliorative può essere incluso tutto ciò che è in grado di rendere il progetto meglio rispondente alle esigenze dell'Amministrazione, senza intervenire sui profili essenziali delle prestazioni.

Le valutazioni espresse dalla commissione in sede di valutazione delle offerte tecniche, essendo espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, possono essere oggetto di sindacato soltanto se irragionevoli.

ANAC, Deliberazione n. 130 del 12 febbraio 2020

L'interdittiva antimafia e gli appalti: la rassegna ragionata degli atti dell'ANAC

L'ANAC ha pubblicato sul proprio sito la rassegna ragionata degli atti dalla stessa adottati con riferimento ai riflessi che l'interdittiva antimafia determina sulla partecipazione alle gare e sull'esecuzione dei contratti pubblici.

Nello specifico il documento riporta, avendo riguardo al periodo 2015-2019, i provvedimenti adottati relativamente agli obblighi dichiarativi, all'incidenza che l'interdittiva assume in fase sia di affidamento che di esecuzione, e al rapporto tra la stessa e l'annotazione nel casellario informatico.

ANAC, 4 febbraio 2020, "Rassegna ragionata degli atti dell'Autorità in tema di riflessi dell'interdittiva antimafia sulla partecipazione alle gare e sull'esecuzione dei contratti pubblici 2015-2019"

Giurisprudenza

Avvalimento: al vaglio della Corte di Giustizia l'esclusione automatica del concorrente per le false dichiarazioni dell'ausiliaria

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione concernente la compatibilità con la normativa eurounitaria, in particolare con l'art. 63 della direttiva 2014/24, dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dalla gara del concorrente che, in sede di avvalimento, ha indicato un'impresa ausiliaria che abbia reso indicazioni non veritiere (dichiarazioni relative alla sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale), senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come previsto nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'imprenditore intende avvalersi non soddisfino i criteri di selezione.

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza n. 2005 del 20 marzo 2020

Quando l'offerta economica non sottoscritta è ammissibile

L'offerta economica, anche se priva di sottoscrizione digitale, va considerata valida se, in base alle circostanze concrete, risulta con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico.

Nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato sono stati ritenuti rilevanti, ai fini della validità dell'offerta non firmata digitalmente, elementi quali l'accreditamento dell'impresa presso il portale di gara e la compilazione e il successivo inoltro del modulo dell'offerta economica, previa apposizione della marca elettronica, da parte del legale rappresentante. Trattasi di circostanze che rendono l'offerta inviolabile, integra e certa circa la sua provenienza e univocamente associata alla manifestazione di volontà del legale rappresentante, rendendo dunque legittima la regolarizzazione postuma dell'offerta economica medesima.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1963 del 19 marzo 2020



Il divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche rimesso all'Adunanza Plenaria

In materia di clausole di esclusione c.d. atipiche, il Consiglio di Stato rimette all'Adunanza Plenaria un duplice ordine di questioni:

- se rientrino nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del Codice dei contratti pubblici, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 89 del Codice, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;
- se, in particolare, possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore ad Euro 150.000, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA solo da parte di soggetti che già possiedono una propria attestazione SOA.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza non definitiva, n. 1920 del 17 marzo 2020

Invalicabilità tra requisiti soggettivi di partecipazione e oggettivi di valutazione, ormai tramontata

Il Consiglio di Stato, nel confermare il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta, specifica che ne è ammessa un'applicazione attenuata - secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza - quando sia dimostrato, nel caso concreto, che in sede di valutazione dell'offerta i profili di carattere soggettivo introdotti consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta medesima.

In tale ottica, viene confermato il principio per cui è possibile ricorrere all'avvalimento solo per accedere/partecipare alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1916 del 17 marzo 2020

Sul valore probatorio della pubblicazione del bilancio di esercizio

Con riferimento ai mezzi di prova della capacità economico finanziaria dell'operatore economico, il combinato disposto dell'art. 86 del Codice dei contratti pubblici e dell'Allegato XVII allo stesso, ammette la presentazione del bilancio di esercizio nelle ipotesi in cui l'ordinamento nazionale ne preveda l'obbligatorietà della pubblicazione.

Ciò dipende dal fatto che solo con l'avvenuta pubblicazione il bilancio di esercizio perde il valore di atto societario meramente interno e diviene idoneo a provare all'esterno la situazione economico-finanziaria della società.

Solo dal momento della pubblicazione, quindi, il bilancio produce l'effetto di affidamento / conoscibilità / verificabilità da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, ai fini della valutazione della solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, e degli altri operatori economici concorrenti.

T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, n. 329 del 16 marzo 2020

Calcolo della soglia di anomalia e taglio delle 'ali': operazione virtuale che non comporta l'esclusione automatica

Il meccanismo 'antiturbativa' del c.d. 'taglio delle ali' mira, in via prudenziale, ad accantonare le offerte estreme', cioè, con maggiore e minore ribasso, ai fini della determinazione della soglia di anomalia.

L'operazione è virtuale, in quanto non comporta *de plano* l'esclusione automatica dalla gara degli operatori economici che abbiano presentato offerte che si trovino sulle 'ali', ma solo l'accantonamento temporaneo delle stesse. Secondo il T.A.R., se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte ai margini delle c.d. 'ali' avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente.

T.A.R. Sicilia, Catania Sez. I, Sent., n. 610 del 9 marzo 2020



Non è possibile colmare la carenza dell'iscrizione ad un albo mediante l'avvalimento

Il requisito dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi come requisito soggettivo connesso all'idoneità professionale del candidato, ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici e, pertanto, non può formare oggetto di avvalimento.

L'avvalimento è finalizzato a soddisfare i requisiti connessi alla prova della capacità economico finanziaria o tecnico professionale, mentre l'iscrizione ad un albo - nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, all'albo delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico - è strettamente collegata al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità del candidato, e, in quanto tale, non è 'trasferibile' da un operatore economico all'altro.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1667 del 9 marzo 2020

Appalti sotto soglia: incostituzionali le norme della Regione Toscana che consentono l'inversione dell'apertura delle buste di gara

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della L.R. Toscana n. 46/2018 e dell'art. 2 della L.R. Toscana n. 3/2019 che hanno, rispettivamente, introdotto e modificato l'art. 35-ter della L.R. n. 38/2007, con cui veniva disciplinata l'inversione procedimentale nelle procedure negoziate sotto soglia, regolate dal criterio di aggiudicazione del minor prezzo, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. ovvero per contrasto con l'art. 133, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

L'inversione procedimentale della verifica dell'idoneità dei concorrenti, cioè la possibilità di posticiparla rispetto all'esame delle offerte economiche, secondo il Codice dei contratti pubblici è ammissibile solo per le procedure aperte.

La scelta di consentire o meno l'inversione procedimentale implica un bilanciamento fra le esigenze di semplificazione delle procedure di gara e quelle di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle procedure stesse. Questo bilanciamento non può che essere affidato al legislatore nazionale, nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia.

Corte Costituzionale, n. 39 del 6 marzo 2020

Quando l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non è causa di esclusione dalla gara

Il Consiglio di Stato, in conformità al principio elaborato dalla Corte di Giustizia con sentenza del 3 maggio 2019, resa nella causa C-309/18, chiarisce che l'omessa indicazione e quantificazione, nell'offerta economica, degli oneri per la sicurezza costituisce causa di esclusione dalla gara.

Secondo la Corte di Giustizia, nella sola ipotesi in cui le disposizioni della gara di appalto non consentano agli offerenti di indicare i costi in questione nelle proprie offerte economiche, il soccorso istruttorio sarebbe allora ammissibile.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1631 del 5 marzo 2020

Il malfunzionamento della piattaforma telematica di negoziazione determina il ricalcolo della soglia di anomalia

La riammissione in gara di un operatore, escluso a causa di un'anomalia della piattaforma di negoziazione, che impediva la corretta apertura dell'offerta economica, determina il ricalcolo della soglia di anomalia e quindi la formazione di una nuova graduatoria.

In tale ipotesi, non trova applicazione il c.d. principio di invarianza della soglia di cui all'art. 95, comma 15, del Codice dei contratti pubblici, in quanto la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, di cui al citato comma 15, può reputarsi conclusa soltanto con l'aggiudicazione definitiva.

L'adozione della mera proposta di aggiudicazione, pertanto, non preclude all'Amministrazione eventuali operazioni di ricalcolo delle medie.

T.A.R. Lombardia, Sez. IV, n. 401 del 2 marzo 2020



Gare telematiche: l'apertura delle offerte in seduta pubblica non è necessaria

Con riferimento alla richiesta di integrazione della documentazione amministrativa, aperta e verificata dalla commissione in seduta riservata, i giudici amministrativi hanno sancito che, nell'ambito delle procedure di gara telematiche, non sono necessarie le sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come previsto dall'art. 58 del Codice dei contratti pubblici.

Il principio di pubblicità delle sedute va riadattato alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche. In questi casi, infatti, le operazioni compiute dalla stazione appaltante sono ritualmente tracciate dal sistema elettronico, a garanzia dell'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e dell'incorruttibilità di ciascun documento.

T.A.R. Campania, Sez. II, n. 957 del 2 marzo 2020

Sulla competenza dei membri della Commissione

L'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, nel delineare il profilo che deve possedere un commissario di gara, nelle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, richiede un'esperienza nello 'specifico settore' dell'oggetto del contratto.

Sul punto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'esperienza deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non a singole e specifiche attività oggetto dell'appalto.

Di conseguenza, la legittima composizione di una commissione presuppone la prevalente, seppur non esclusiva, presenza di membri esperti nello specifico settore dell'appalto, per cui, secondo il T.A.R. Campania il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi soddisfatto ove almeno due dei tre membri siano dotati di competenza specifica nel settore di riferimento e il terzo abbia una competenza generale nell'ambito delle procedure di gara.

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 890 del 27 febbraio 2020

Limiti alla discrezionalità del CCNL da applicare

Ai sensi dell'art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni si applica il contratto collettivo che risulti coerente con l'oggetto dell'appalto.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha chiarito che la suddetta libertà di scelta non è assoluta ma deve tener conto della necessità di garantire l'opportuna tutela giuridica ed economica dei lavoratori, la corretta esecuzione della prestazione e il rispetto della concorrenza.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1406 del 25 febbraio 2020

Sull'ammissibilità di una modifica estensiva del perimetro di gara

Ha chiarito il Consiglio di Stato che l'esigenza di un aumento o diminuzione delle prestazioni contrattuali (nei limiti di un quinto) è ammissibile ove derivi da esigenze sopravvenute in corso di esecuzione.

La modifica estensiva ex art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici non è ammissibile per colmare un vizio genetico proprio della legge di gara (i.e. un sottodimensionamento).

È stato inoltre specificato che le modifiche estensive già previste nei documenti di gara sono attivabili solo qualora non siano essenziali.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1394 del 25 febbraio 2020



Il C.E.L. e la dimostrazione dei requisiti

Il Consiglio di Stato ha chiarito che il C.E.L. certifica la corretta esecuzione dei lavori ovvero il possesso del requisito di idoneità tecnica-organizzativa dell'impresa e non l'affidabilità di quest'ultima; l'impresa può richiederne al committente il rilascio anche durante l'esecuzione del contratto di appalto per la parte di lavori portati a compimento.

Visto che la dimostrazione del possesso dei requisiti deve essere fornita al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, il C.E.L., quale documento probatorio, deve essere presentato al momento della partecipazione e non può essere oggetto di integrazione nel corso della procedura.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1320 del 21 febbraio 2020

Circa la legittimità dei criteri di aggiudicazione 'on/off'

Ha chiarito il T.A.R. che non sussiste uniformità di vedute della giurisprudenza in merito alla compatibilità dei criteri di aggiudicazione 'on/off', basati appunto sull'indicazione 'si/no' o sullo sbarramento di caselle a contenuto predeterminato, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevede, invece, un esame concreto delle singole componenti dell'offerta.

Ove sia previsto un solo criterio c.d. 'on/off', sfumato oltretutto dalla compilazione di una griglia valutativa, i Giudici amministrativi hanno ritenuto che ciò non sia idoneo a snaturare i profili di valorizzazione degli elementi qualitativi di un'offerta.

T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, n. 52 del 20 febbraio 2020

L'ammissione al controllo giudiziario e la partecipazione alle procedure di gara

Il TAR ha chiarito che la sospensione *ex lege* degli effetti dell'informazione interdittiva, a seguito dell'ammissione alla misura del controllo giudiziario, sebbene sospenda il divieto di contrarre con la P.A., non ha carattere retroattivo.

In ragione di ciò, non è possibile pretendere che l'amministrazione aggiudicatrice annulli la precedente esclusione e riammetta alla gara il partecipante.

La sospensione degli effetti dell'informativa antimafia opera solo *pro-futuro*, consentendo all'impresa di partecipare alle procedure di appalto successivamente indette.

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 805 del 19 febbraio 2020

L'omessa dichiarazione di una condanna penale quale illecito professionale

La mancata dichiarazione di tutte le condanne penali giustifica l'esclusione dalla gara. La completezza delle dichiarazioni costituisce un valore autonomo da perseguire.

Il Consiglio di Stato ribadisce che non è significativa l'assenza di dolo o colpa nell'omissione dichiarativa, rilevando, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, esclusivamente il fatto materiale e oggettivo del falso, a prescindere dall'*animus* che lo ha ispirato.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1212 del 17 febbraio 2020

Il collegamento tra imprese: l'onere della prova in capo a chi ne afferma l'esistenza

Ha chiarito il T.A.R. Lazio che, dopo la pronuncia della Corte di Giustizia europea del 19 maggio 2009, l'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla Stazione appaltante o su chi ne afferma l'esistenza.

Ai fini dell'esclusione dalla gara, la dimostrazione deve fondarsi su elementi di fatto univoci relativi sia alla struttura imprenditoriale, sia al contenuto delle offerte, non essendo sufficiente una generica ipotesi priva di riscontri. A tal fine, è irrilevante che le imprese partecipino al medesimo contratto di rete.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II ter, n. 2078 del 17 febbraio 2020



Appalti di servizi e forniture: non è necessaria la corrispondenza tra qualificazione e quota della prestazione

Dopo la recente presa di posizione dell'Adunanza Plenaria sul punto, il Consiglio di Stato ha ribadito che il principio di piena corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di esecuzione della prestazione e requisiti di partecipazione si applichi solo agli appalti aventi ad oggetto lavori.

Con riferimento agli appalti di servizi e forniture, la Stazione appaltante può discrezionalmente stabilire tale corrispondenza ovvero tra il fatturato specifico (requisito di partecipazione) e le quote di esecuzione di ciascun partecipante al RTI.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1101 del 12 febbraio 2020

Sui profili di incompatibilità dei commissari

Il Codice dei contratti pubblici, all'art. 77 comma 4, al fine di garantire l'imparzialità dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, vieta la partecipazione di commissari che hanno ricoperto responsabilità gestionali in relazione al contratto oggetto dell'affidamento.

L'incompatibilità non va valutata in relazione al singolo contratto ma alla tipologia di prestazione al fine di verificare anche soltanto in astratto l'idoneità del commissario.

La disposizione ha una portata generale e si applica sia agli appalti che alle concessioni.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, n. 1942 del 12 febbraio 2020

Il quinto d'obbligo non rientra nel valore stimato dell'appalto

Il quinto d'obbligo costituisce una prestazione aggiuntiva e dunque una sopravvenienza che si sottrae al calcolo del valore stimato dell'appalto, ai sensi dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

Questa interpretazione è supportata dal fatto che il quinto d'obbligo rientra tra le modifiche contrattuali oggetto di variante e quindi si differenzia dai patti aggiunti che si inseriscono nella fase di formazione del contratto e sono inclusi nel valore stimato dell'appalto.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, n. 284 del 10 febbraio 2020

L'avvalimento plurimo o frazionato non è ammesso con riferimento al c.d. requisito di punta

Non è possibile ricorrere all'avvalimento plurimo o frazionato per il requisito di punta che deve essere posseduto da una singola impresa, in quanto espressione di una qualifica funzionale non frazionabile.

Tale divieto discende dal fatto che il requisito di punta è espressione dell'esperienza qualificata dell'impresa nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara.

La non frazionabilità del requisito non significa che ciascun componente del RTI deve possedere il requisito per intero: ciò snaturerebbe la funzione e la logica del raggruppamento stesso. In questi casi è allora sufficiente che il requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento.

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 603 del 7 febbraio 2020



Diritto sanitario e farmaceutico

Norme

Emergenza epidemiologica: misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale

Il Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 prevede, tra gli altri, i seguenti principali interventi per il settore sanitario:

- stanziamento di risorse economiche aggiuntive per lo straordinario dei dipendenti del SSN impiegati nell'attività di contrasto e contenimento del COVID-19, anche nelle Regioni e Province autonome;
- reclutamento di dirigenti e tecnici per potenziare le attività ispettive del Ministero della Salute in porti e aeroporti;
- stanziamento di fondi ulteriori per l'acquisto di prestazioni *extra*, anche da parte di cliniche private accreditate, al fine di fronteggiare la situazione emergenziale e incrementare la dotazione dei posti letto in terapia intensiva;
- attivazione, fino al termine dello stato di emergenza nazionale, di aree sanitarie temporanee sia all'interno che all'esterno di strutture di ricovero, cura, accoglienza e assistenza, pubbliche e private, o di altri luoghi idonei, anche in deroga a requisiti di autorizzazione e accreditamento;
- erogazione di contributi a fondo perduto per i produttori di dispositivi medici e di protezione personale da fornire prioritariamente a medici e operatori sanitari;
- possibilità di requisire, dietro indennizzo, immobili e macchinari per fronteggiare l'emergenza;
- potenziamento delle risorse umane dell'INAIL e dell'Istituto Superiore di Sanità;
- permanenza in servizio del personale sanitario, fino al termine dello stato di emergenza nazionale, anche in deroga ai limiti previsti dalle disposizioni vigenti per il collocamento in quiescenza;
- abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo per effetto del conseguimento della laurea magistrale a ciclo unico in Medicina e Chirurgia.

Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)



Prassi

Emergenza epidemiologica: il Garante Privacy sulle iniziative 'fai da te' nella raccolta dei dati

Il Garante Privacy ha chiarito che i datori di lavoro non possono raccogliere dati e informazioni su eventuali sintomi influenzali e contatti relativi alla sfera extra lavorativa dei lavoratori.

Le attività di prevenzione di qualsiasi natura devono essere realizzate da soggetti che sono preordinati istituzionalmente all'esercizio di tali funzioni; in particolare l'accertamento e la raccolta di informazioni sono attribuite agli operatori sanitari e al sistema attivato dalla protezione civile. I lavoratori sono comunque obbligati a segnalare al datore di lavoro qualsiasi situazione di pericolo per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro.

Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Comunicato del 2 marzo 2020

Giurisprudenza

Strutture sanitarie: la tutela della salute è l'interesse primario

In tema di prosecuzione del Piano di rientro dal deficit sanitario, non sussiste alcuna restrizione della libera concorrenza in caso di esclusione di strutture che non raggiungono le soglie previste per l'inclusione.

L'identificazione di una rete di strutture sanitarie, uniche legittimate a effettuare determinati interventi, risponde all'esigenza di garantire l'operatività delle sole strutture sanitarie in possesso dei requisiti minimi per garantire l'adeguatezza ed appropriatezza delle prestazioni. Nell'ambito dell'attività sanitaria, la libertà di iniziativa economica recede rispetto all'esigenza di tutela, al massimo livello possibile, del diritto alla salute.

Le autorizzazioni ed abilitazioni acquisite dalle strutture sanitarie possono, pertanto, essere modificate nel tempo, ai fini dell'erogazione di prestazioni sempre caratterizzate da elevati *standard* qualitativi e di efficacia, anche se a scapito dell'interesse imprenditoriale.

T.A.R. Campania, Sez. I, n. 952 del 2 marzo 2020

I militari e le patologie tumorali: il nesso di causalità

Quando le conoscenze scientifiche non consentono di ricostruire con precisione e certezza il nesso di causalità tra malattia e condizioni di lavoro, è sufficiente una dimostrazione in termini di probabilità legata a situazioni di fatto specifiche.

Nel caso in cui ad invocare la causa di servizio sia un militare, è necessario che individui i fattori di rischio legati alle attività svolte che potrebbero aver determinato la malattia, facendo leva su significative risultanze statistiche. L'Amministrazione è tenuta a considerare e motivare su ciascun elemento prodotto dal militare operando un confronto tra elementi di rischio e patologia manifestata.

T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, n. 92 del 13 febbraio 2020

L'attività di programmazione nella distribuzione dei centri diabetologici

L'attività di accorpamento di distretti ai fini dell'erogazione di prestazioni sanitarie in favore di pazienti diabetici, in forza di una soluzione basata sulla comparazione tra l'interesse al contenimento della spesa pubblica e la tutela della salute, non risulta illogica se non vi sono elementi in grado di dimostrare l'insufficienza della programmazione operata.

Risulta pertanto legittima l'eventuale scelta di interrompere i rapporti convenzionali con strutture private se ciò non incide sul servizio reso ai pazienti.

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 608 del 7 febbraio 2020



Le incompatibilità per i gestori delle farmacie al vaglio della Corte Costituzionale

Ha chiarito la Corte Costituzionale che le cause di incompatibilità previste per i gestori delle farmacie non si estendono ai soci di società di capitali titolari di farmacie e privi di poteri gestori.

Dal momento che, con il nuovo assetto normativo, la titolarità di una farmacia (privata) può riconoscersi anche in capo ad una società di capitali, con soci non farmacisti, l'incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato non è dunque riferibile ai soggetti che sono solo titolari di quote di capitale, senza essere coinvolti nella gestione della farmacia e della società.

Corte Costituzionale, n. 11 del 5 febbraio 2020



Servizi pubblici locali e società pubbliche

Norme

D.L. 'Cura Italia': nuove norme di svolgimento delle assemblee di società, anche a controllo pubblico

L'art. 106 del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 detta nuove norme in materia di assemblee di società, al fine di non limitare l'operatività societaria. In particolare, la norma citata:

- dilata a 180 giorni, dalla chiusura dell'esercizio, il termine per la convocazione dell'assemblea ordinaria, in deroga alla normativa civilistica;
- disciplina lo svolgimento e la partecipazione alle assemblee, ordinarie e straordinarie, autorizzando, anche in deroga alle disposizioni statutarie, l'uso di mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro effettiva partecipazione e l'esercizio del diritto di voto.

Le richiamate previsioni sono applicabili anche alle società a controllo pubblico, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 106 del D.L. n. 18/2020, nell'ambito delle risorse finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

Prassi

I servizi pubblici locali: una ricostruzione ad opera della Camera dei Deputati

La Camera dei Deputati ha pubblicato un apposito *dossier* in materia di servizi pubblici locali.

Nella prima parte è stata esaminata la disciplina relativa a tali servizi con particolare riferimento al Codice dei contratti pubblici e all'affidamento *in house*; la seconda parte, invece, è incentrata sulle società a partecipazione pubblica in tale settore. Da ultimo sono stati esaminati ambiti specifici: (i) acqua e rifiuti, (ii) trasporto pubblico locale nel mezzogiorno e (iii) energia elettrica e gas.

Camera dei Deputati, i servizi pubblici locali, dossier n. 100 del 21 febbraio 2020

Gli Enti pubblici e i controlli sulle ritenute: i chiarimenti dell'Agenzia dell'Entrate

Ha chiarito l'Agenzia delle Entrate che, tra i soggetti esclusi dall'ambito di applicazione della nuova disciplina introdotta dal c.d. 'Decreto Fiscale' (D.L. n. 124/2019) in tema di controlli sul versamento delle ritenute, occorre ricomprendere anche gli enti non commerciali (enti pubblici, associazioni, trust, etc.) limitatamente all'attività svolta di carattere istituzionale di natura non commerciale.

Al contrario, rientrano nell'applicazione della nuova disciplina gli appalti e i subappalti relativi all'area commerciale: mese, asili nido, parcheggi, etc.

Agenzia dell'Entrate, Circolare n. 1/E del 12 febbraio 2020



La riduzione del costo del personale, le società controllate e gli Enti controllati: la Corte dei Conti sul punto

In materia di riduzione di spesa del personale, si rileva che agli organismi partecipati (*rectius* aziende speciali e istituzioni) non si applicano i vincoli assunzionali previsti per le amministrazioni pubbliche partecipanti.

Le società partecipate non sono più tenute a conformarsi alle limitazioni in capo agli enti controllanti, i quali sono tuttavia tenuti a stabilire delle regole volte a contenere il costo del personale alla luce delle limitazioni che gli stessi subiscono.

Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Lombardia, n. 7 del 7 febbraio 2020

Giurisprudenza

Affidamento *in house* legittimo per la gestione della farmacia comunale, ma è necessaria la verifica di congruità

L'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato deve essere disposto all'esito della verifica di congruità prevista dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, norma che - pure se rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per il vaglio della sua compatibilità con l'ordinamento euro-unitario - continua ad essere pienamente applicabile.

Il Codice impone infatti che il predetto affidamento sia sottoposto a una duplice condizione: 1) l'indicazione della motivazione che ha portato all'esclusione del ricorso al mercato; 2) l'indicazione dei benefici per la collettività connessi all'adozione dell'affidamento *in house*.

In ragione di quanto sopra, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità dell'utilizzo, da parte di un Comune, della modalità *in house* per l'affidamento del servizio di gestione della farmacia comunale.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1564 del 3 marzo 2020

Sulla natura giuridica delle società *in house*

Chiamato a pronunciarsi sul merito della valutazione di una prova scritta sostenuta dal ricorrente, il Consiglio di Stato coglie l'occasione per tornare sulla natura giuridica delle società *in house*.

Sul punto, secondo un orientamento della Corte di cassazione, la società *in house* non potrebbe qualificarsi come un vero soggetto giuridico mancando l'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica; secondo altro orientamento, invece, seguito dalla dottrina, la società *in house* dovrebbe considerarsi come una vera e propria società di natura privata, dotata di un'autonoma soggettività giuridica.

Per completare il quadro, occorre richiamare il TUSP che in materia di società a partecipazione pubblica ha precisato che le società *in house* sono regolate dalla disciplina che regola le società partecipate, ad eccezione della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale dei dipendenti.

Ciò significa che, sostenere che una società *in house* sia sempre una società pubblica non può definirsi corretto in modo assoluto ed esclusivo.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020



Sulla natura di organismo di diritto pubblico

Il Consiglio di Stato, nel precisare che sono ricompresi nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, come tale tenuta all'applicazione del Codice dei Contratti, anche gli organismi di diritto pubblico, richiama i tre requisiti cumulativamente richiesti ai fini della individuazione di tali enti.

In particolare, tali organismi devono essere costituiti per soddisfare esigenze di interesse generale e non individuale o commerciale (requisito teleologico); devono essere dotati di personalità giuridica (requisito personalistico); e da ultimo, l'attività deve essere finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico.

Per l'individuazione del requisito teleologico è possibile fare ricorso a indici presuntivi ma occorre comunque non discostarsi dal dato normativo ovvero dai compiti assegnati a tale organismo al momento della sua istituzione.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 964 del 7 febbraio 2020



Anticorruzione e Trasparenza

Prassi

Whistleblowing: il parere del Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida ANAC

Nell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione dello schema di Linee Guida ANAC sul *whistleblowing*, il Consiglio di Stato ha rilevato che l'art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001 contiene un elenco delle Pubbliche Amministrazioni non coincidente con quello previsto dalla L. n. 190/2012, in materia di anticorruzione, evidenziando quindi la necessità di precisare i soggetti ulteriori alle Amministrazioni, parimenti destinatari delle Linee Guida.

Con riguardo ai soggetti tutelati, lo schema sottolinea la necessità di un regime a parte per le magistrature, rispetto alle quali, tuttavia, la legge non individua procedure distinte. Il Consiglio raccomanda, pertanto, all'ANAC di verificare se tale circostanza determini un vuoto di tutela e, conseguentemente, di verificare, con i rispettivi organi di autogoverno, ai fini dell'applicabilità della disciplina sul *whistleblowing* ai magistrati, le modalità per assicurare la compatibilità con le garanzie di autonomia costituzionalmente previste.

Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 615 del 24 marzo 2020

Decreto c.d. 'Cura Italia' e sospensione dei termini amministrativi: i chiarimenti dell'ANAC

In attuazione della disciplina sulla sospensione dei procedimenti pendenti presso le PP.AA., di cui all'art. 103 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, l'ANAC ha fornito specifiche disposizioni operative in ordine ai procedimenti di propria competenza, e segnatamente in materia di:

- procedimenti in corso;
- termini per la risposta da parte di terzi alla richiesta di dati, di documenti e di informazioni;
- avvio di nuovi procedimenti;
- termini per l'avvio del procedimento;
- provvedimenti urgenti;
- vigilanza collaborativa;
- precontenzioso.

Inoltre, l'Autorità ha dilazionato i tempi per l'adempimento degli obblighi di seguito indicati:

- perfezionamento dei CIG;
- trasmissione dei dati all'Osservatorio dei contratti pubblici;
- emissione del CEL da parte della stazione appaltante.

ANAC, Delibera n. 268 del 19 marzo 2020



Giurisprudenza

Il diritto di accesso non include l'obbligo di reperire documentazione presso Enti terzi

L'interesse che sottende un'istanza di accesso alla documentazione detenuta da un'Amministrazione, risulta soddisfatto se quest'ultima ostende tutti i provvedimenti pertinenti.

Il soggetto destinatario di una richiesta di accesso non è tenuto a ricercare presso soggetti terzi, anche pubblici, ulteriore documentazione; il diritto alla trasparenza deve infatti coniugarsi con la necessità di non inficiare il buon andamento della P.A.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, n. 2189 del 19 febbraio 2020

L'istanza di accesso civico generalizzato deve essere strumentale alla tutela di un interesse generale

L'istanza di accesso civico generalizzato può essere proposta solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività generale dei cittadini e non anche in favore di interessi riferibili, nel caso concreto, a singoli individui o enti associativi particolari.

Ne consegue che, anche se il legislatore non richieda all'interessato di motivare formalmente la richiesta di accesso generalizzato, la stessa va disattesa, ove non risulti in modo chiaro ed inequivoco l'esclusiva rispondenza dell'istanza al soddisfacimento di un interesse pubblico.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1121 del 12 febbraio 2020



Processo e Procedimento Amministrativo

Norme

Emergenza epidemiologica: sospensione dei procedimenti pendenti presso le Pubbliche Amministrazioni

Il Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, c.d. 'Cura Italia', all'art. 103, comma 1, dispone che, ai fini del computo dei termini relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi, su istanza di parte o d'ufficio, per i procedimenti pendenti alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la data del 23 febbraio e quella del 15 aprile 2020. Sono sospesi fino alla data del 15 aprile 2020 anche i termini dei procedimenti disciplinari del personale, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data.

Parallelamente, sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'Amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento.

Le Pubbliche Amministrazioni adottano, comunque, ogni misura organizzativa idonea ad assicurare la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati.

La sospensione dei termini non si applica ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture a qualsiasi titolo, indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali, di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese.

Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)

Emergenza epidemiologica: misure urgenti in materia di giustizia amministrativa

L'art. 84 del D.L. c.d. 'Cura Italia' rimodula, sino al 30 giugno 2020, l'attività giudiziaria amministrativa, introducendo, *in primis*, un periodo di sospensione di tutti i termini processuali e il rinvio di tutte le udienze sia pubbliche che camerale dei procedimenti pendenti a partire dall'8 marzo e fino al 15 aprile 2020.

I procedimenti cautelari, promossi o pendenti in questo periodo di tempo, sono decisi con decreto monocratico del presidente o di un magistrato da lui delegato, rinviando la trattazione in sede collegiale a una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020.

In deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, dal 15 aprile 2020 al 30 giugno 2020, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio con sentenza breve, in sede di decisione dell'istanza cautelare, e senza bisogno di alcun avviso ai difensori. Le parti possono presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto.

Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, Edizione straordinaria)



Giurisprudenza

Effetto conformativo del giudicato e azione di ottemperanza

L'azione amministrativa posteriore al giudicato, quando l'accertamento non è stato pieno, in ragione dell'esistenza di poteri discrezionali, è retta da 'regole giudiziali' e da 'regole legali'.

Ne consegue che una parte dell'azione amministrativa soggiace ai vincoli che derivano dal giudicato e, in particolare, al vincolo conformativo, mentre un'altra parte della medesima azione, non oggetto di specifico accertamento giudiziale, deve rispettare i vincoli posti dal principio di legalità.

Se l'Amministrazione viola la prima tipologia di vincoli, di tipo giudiziale, non eseguendo il giudicato o ponendo in essere un'attività di violazione o elusione del giudicato stesso, la tutela si svolge sul piano dell'esecuzione ed è costituita dall'azione di ottemperanza, da proporsi entro il termine ordinario di prescrizione decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza. Se l'Amministrazione viola la seconda tipologia di vincoli di tipo legale, la tutela si svolge sul piano della cognizione ed è rappresentata, in presenza di atti amministrativi, dall'azione di annullamento o dall'azione di nullità, da proporsi entro i termini previsti dal c.p.a..

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1738 dell'11 marzo 2020

Il Consiglio di Stato ritorna sul tema delle clausole immediatamente escludenti

Il Consiglio di Stato ribadisce la posizione espressa dalla giurisprudenza maggioritaria con riferimento al tema dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando immediatamente escludenti.

In particolare, appartengono a tale categoria:

- a) clausole che impongono oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati;
- b) clausole che rendono difficoltosa o addirittura impossibile la partecipazione;
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendono impossibile il calcolo di convenienza della partecipazione alla gara;
- d) condizioni negoziali che rendono il rapporto non conveniente;
- e) clausole impositive di obblighi contrari alla legge;
- f) bandi contenenti gravi mancanze nell'indicazione di dati essenziali;
- g) atti di gara che mancano della indicazione dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso".

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1329 del 21 febbraio 2020

Giurisdizione del G.A. in caso di rivalutazione dell'aggiudicazione nella fase esecutiva del contratto

Il ricorso avente ad oggetto la nota con cui la Stazione Appaltante, dopo l'aggiudicazione, ha comunicato il subentro della seconda classificata in esito ad una richiesta di rimodulazione al ribasso dell'offerta, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo non trattandosi di risoluzione contrattuale afferente alla fase esecutiva del contratto. La Stazione Appaltante, piuttosto, ha esercitato un potere autoritativo di rivalutazione dell'aggiudicazione e di annullamento in autotutela della stessa.

Il Consiglio di Stato ha ribadito che se il contratto viene risolto in forza dell'esercizio di un potere autoritativo fondato su valutazioni discrezionali di convenienza o sulla rilevazione in autotutela di una causa di nullità del provvedimento di aggiudicazione, sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è invece necessario ricorrere dinanzi al Giudice Ordinario se la risoluzione anticipata riguarda rapporti privatistici tra soggetti posti su di un piano di parità o se la risoluzione del rapporto avviene per inadempimento o mediante clausola risolutiva espressa.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1084 del 12 febbraio 2020



Eccessiva durata del processo ed eccessiva durata del procedimento (amministrativo): il diritto all'equa riparazione

È da ritenersi infondata l'eccezione sollevata in merito all'applicazione alla procedura di liquidazione coatta amministrativa del diritto all'equa riparazione per eccessiva durata di un processo, applicato invece al fallimento.

L'inapplicabilità della disciplina dell'equo indennizzo alla liquidazione coatta discende dalla natura amministrativa - e non processuale - della procedura e dalla natura degli interessi sottostanti e dei soggetti coinvolti.

In ogni caso, pur non essendo previsto espressamente un termine predefinito per la conclusione della liquidazione, quest'ultimo può essere desunto alla luce delle peculiarità del caso concreto con conseguente applicazione degli strumenti di tutela previsti dalla Legge sul Procedimento Amministrativo.

Corte Costituzionale, n. 12 del 5 febbraio 2020

Sulla legittimazione processuale attiva dei Comitati

Secondo il T.A.R. Lazio un comitato non è titolare di legittimazione processuale attiva in assenza di indici idonei a dimostrare l'effettiva rappresentatività del soggetto o la sua attitudine a rappresentare una categoria determinata.

Gli indici idonei a dimostrare l'effettiva rappresentatività di un ente sono stati individuati nella:

- presenza di una finalità statutaria di tutela di un interesse collettivo;
- struttura organizzativa stabile;
- *vicinitas*, ossia prossimità tra interesse e finalità perseguita dall'ente.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 1408 del 3 febbraio 2020



Trasporti

Prassi

Il contributo dell'ARERA in tema di mobilità elettrica sul tavolo parlamentare

L'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) si è espressa in merito alla proposta di legge recante 'Modifiche al D.L. 4 giugno 2013, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla Legge 3 agosto 2013, n. 90, in materia di agevolazioni fiscali per favorire la diffusione dei veicoli alimentati ad energia elettrica'.

L'ARERA ha, in particolare, colto l'occasione per rendere delle considerazioni sulla mobilità elettrica, evidenziando che:

- il Piano nazionale integrato energia-clima prevede un incremento della mobilità elettrica nei prossimi anni con conseguente necessità di potenziare i punti di ricarica, i quali produrranno riflessi inevitabili sul sistema elettrico nazionale;
- la capillarità della rete è un elemento fondamentale nell'orientare il consumatore all'acquisto che dovrebbe rispondere a logiche competitive di mercato: non può infatti esistere una 'tariffa del servizio di ricarica' identificata da un'autorità amministrativa;
- l'Autorità risulta titolare del compito di stabilire le tariffe e le condizioni per l'accesso e utilizzo delle reti elettriche pubbliche e sta promuovendo dei tavoli tecnici per valutare i necessari interventi regolatori che possano favorire la transizione verso la mobilità elettrica;
- in tal senso, le agevolazioni economiche potrebbero perseguire il fine di ridurre il *gap* tra prezzi dei veicoli elettrici e a combustione;
- in ragione di quanto sopra, si auspica un intervento normativo volto a semplificare le procedure per la posa dei cavi elettrici.

Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, Memoria per la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati n. 41/2020/I/EEL del 18 febbraio 2020

Giurisprudenza

Finalità e ratio del trasporto pubblico di passeggeri

Nell'ambito del giudizio incardinato per l'annullamento del provvedimento di proroga dei contratti di servizio esistenti sul bacino di Cuneo, i Giudici del T.A.R. Piemonte hanno chiarito che nel settore del trasporto pubblico di passeggeri l'obiettivo principale non è lo sviluppo della concorrenza.

In questo settore i principi della contrattualistica pubblica trovano piena applicazione ma con i dovuti contemperamenti.

I contratti che regolamentano i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale - e che attribuiscono agli operatori diritti di esclusiva e/o compensazioni finanziarie - sono, infatti, soggetti a norme speciali, parzialmente derogatorie rispetto alle regole e ai principi applicabili agli appalti di servizi.

T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 219 del 26 marzo 2020



Servizio di riparazione e manutenzione del parco automezzi: legittimo il ricorso al criterio del prezzo più basso

Con riferimento ad un appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di riparazione e manutenzione del parco automezzi, il ricorso al criterio del massimo ribasso, previsto all'art. 95, comma 4, lett. c) del Codice dei contratti in caso di servizi caratterizzati da elevata ripetitività, è stato ritenuto legittimo dal Consiglio di Stato.

Il servizio di riparazione e manutenzione del parco automezzi è stato qualificato come prestazione standardizzata, non avente natura tecnica e intellettuale, dal carattere routinario, in cui prevale il prezzo dei ricambi sulla componente della manodopera.

Nell'ambito dell'art. 95 del Codice dei contratti, il rapporto tra il comma 3 - che disciplina i casi di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - e il comma 4 - che individua i casi 'residuali' di utilizzo del criterio del minor prezzo - è di specie a genere.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1063 del 12 febbraio 2020

Sulla validità di una clausola sociale forte in tema di trasporto pubblico

È legittima la disposizione del bando di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma che obblighi il concorrente ad assumere tutti i dipendenti della precedente gestione, ad eccezione dei dirigenti.

Nel settore dei trasporti pubblici, sebbene l'Autorità di Regolazione abbia il potere di dettare regole generali sul trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale del gestore uscente al nuovo contraente, si rileva che la norma attributiva di tale funzione ha portata precettiva e programmatica e perciò fissa dei principi inderogabili e immediatamente applicabili in sede di predisposizione dei bandi.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 973 del 7 febbraio 2020





Contatti

Cristiano Ereddia

T: +39 06 809 631

E: cereddia@kpmg.it

Simona Maria Spina

T: +39 06 809 631

E: simonamariaspina@kpmg.it

Claudia Cocca

T: +39 06 809 631

E: ccocca@kpmg.it

Sedi

Milano

Via Vittor Pisani 31, 20124

T: +39 02 676441

Ancona

Via 1° Maggio 150/a, 60131

T: +39 071 2916378

Bologna

Via Innocenzo Malvasia 6, 40131

T: +39 051 4392711

Firenze

Viale Machiavelli 29, 50125

T: +39 055 261961

Genova

Piazza della Vittoria 15/12, 16121

T: +39 010 5702225

Napoli

Via F. Caracciolo 17, 80122

T: +39 081 662617

Padova

Piazza Salvemini 2, 35131

T: +39 049 8239611

Perugia

Via Campo di Marte 19, 06124

T: +39 075 5734518

Pescara

P.zza Duca D'Aosta 31, 65121

T: +39 085 4210479

Roma

Via Adelaide Ristori 38, 00197

T: +39 06 809631

Torino

Corso Vittorio Emanuele II 48, 10123

Tel. +39 011 883166

Verona

Via Leone Pancaldo 68, 37138

T: +39 045 8114111



kpmg.com/it/socialmedia



kpmg.com/app

Tutte le informazioni qui fornite sono di carattere generale e non intendono prendere in considerazione fatti riguardanti persone o entità particolari. Nonostante tutti i nostri sforzi, non siamo in grado di garantire che le informazioni qui fornite siano precise ed accurate al momento in cui vengono ricevute o che continueranno ad esserlo anche in futuro. Non è consigliabile agire sulla base delle informazioni qui fornite senza aver ottenuto un parere professionale ed aver accuratamente controllato tutti i fatti relativi ad una particolare situazione.

© 2020 Studio Associato - Consulenza legale e tributaria è un'associazione professionale di diritto italiano e fa parte del network KPMG di entità indipendenti affiliate a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), entità di diritto svizzero. Tutti i diritti riservati.

Denominazione e logo KPMG sono marchi e segni distintivi di KPMG International Cooperative ("KPMG International")