



Public Sector Newsletter n. 3/2020

Tax & Legal

Aprile - Maggio 2020

kpmg.com/it

In primo piano

D.L. 'Rilancio': le principali misure in materia di contratti pubblici - Decreto Legge n. 34 del 19 maggio 2020 (G.U. n. 128 del 19 maggio 2020)

Acquisti di beni e servizi informatici: le Linee Guida AgID per la sicurezza - AgID, Determinazione n. 220 del 17 maggio 2020 (Comunicato, G.U. n. 134 del 26 maggio 2020)

Sulla legittimità della clausola di adesione successiva in un contratto di appalto - T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 823 del 15 maggio 2020

Servizi di riscossione e accertamento tributi degli enti locali: la distinzione tra affidamento in concessione e appalto dei servizi di mero supporto alla gestione - T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, n. 1693 dell'8 maggio 2020

Gare in più lotti: è legittimo l'obbligo di presentarsi sempre nella medesima forma - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2865 del 6 maggio 2020

Obblighi dichiarativi e false dichiarazioni al vaglio dell'Adunanza Plenaria - Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2332 del 9 aprile 2020

La decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara nel c.d. 'rito appalti' al vaglio dell'Adunanza Plenaria - Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2215 del 2 aprile 2020

Mancata indicazione dei costi per la manodopera ed esclusione dalla gara: l'Adunanza Plenaria recepisce i principi della CGUE - Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 7 del 2 aprile 2020

Farmacie: la separazione di parte del laboratorio galenico dai locali della farmacia non è preclusa dalla normativa - T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 659 del 22 aprile 2020

Rimesso alla Corte di Giustizia UE il criterio per individuare il limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista - Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2929 dell'11 maggio 2020

Individuazione dell'organo competente all'adozione del provvedimento di rotazione straordinaria - ANAC, Delibera n. 345 del 22 aprile 2020

Ripristinato il contraddittorio orale nel processo amministrativo - Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 (G.U. n. 111 del 30 aprile 2020)

L'informazione antimafia tra limiti alla partecipazione procedimentale e sindacato di full jurisdiction - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2854 del 6 maggio 2020

La CGUE su biglietti aerei on line e obblighi del vettore - Corte di giustizia UE, Sez. VII, C-28/19 del 23 aprile 2020

Contratti Pubblici

Norme

D.L. 'Rilancio': le principali misure in materia di contratti pubblici

Il Decreto Legge n. 24 del 19 maggio 2020 - c.d. 'Decreto Rilancio' - ha introdotto alcune novità nel settore dei contratti pubblici. Di seguito le principali:

- l'art. 65 ha previsto l'esonero, per le stazioni appaltanti e gli operatori economici, dal versamento dei contributi dovuti all'ANAC ex art. 1, comma 65, della L. n. 266/2005, per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2020;
- l'art. 81, modificando l'art. 103 del D.L. 'Cura Italia' (oggi L. n. 27/2020), ha disposto che i documenti unici di regolarità contributiva, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 ed il 15 aprile 2020, conservano validità sino al 15 giugno 2020;
- l'art. 153 ha previsto la sospensione, dall'8 marzo 2020 al 31 agosto 2020, delle verifiche di inadempienza da parte delle PP.AA. e delle società a prevalente partecipazione pubblica, da effettuarsi, ai sensi dell'art. 48-bis del D.P.R. n. 602/1973, prima di disporre pagamenti, a qualunque titolo, di importo superiore ad Euro 5.000;
- l'art. 207 ha stabilito che - per le procedure disciplinate dal D.Lgs. n. 50/2016, avviate prima dell'entrata in vigore del decreto, nonché per quelle senza pubblicazione di bandi o avvisi ove siano stati inoltrati gli inviti e non siano scaduti i termini alla data di entrata in vigore del decreto e, in ogni caso, per le procedure avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e per quelle che saranno avviate fino alla data del 30 giugno 2021 - l'importo dell'anticipazione del prezzo ex art. 35, comma 18, del D.Lgs. n. 50/2016 può essere incrementato fino al 30%; negli altri casi, l'anticipazione del prezzo può essere riconosciuta, per un importo non superiore complessivamente al 30% del prezzo, anche in favore degli appaltatori che hanno già usufruito di un'anticipazione contrattualmente prevista o che abbiano già dato inizio alla prestazione, senza aver usufruito di un'anticipazione.

Decreto Legge n. 34 del 19 maggio 2020 (G.U. n. 128 del 19 maggio 2020)

Prassi

Acquisti di beni e servizi informatici: le Linee Guida AgID per la sicurezza

Il 17 maggio 2020 sono state pubblicate sul sito dell'Agenzia per l'Italia Digitale le Linee Guida per la sicurezza nel *procurement* ICT, rivolte alle Pubbliche Amministrazioni e ai fornitori, per garantire che i beni e i servizi informatici acquistati dai soggetti pubblici, nell'ambito di gare d'appalto o contratti quadro, rispondano ad adeguati standard di sicurezza.

Le Linee Guida, in particolare, formalizzano definizioni e concetti legati alla sicurezza nel *procurement* ICT, e presentano *best practices* per verificare il livello di sicurezza degli attuali processi di acquisizione, ed eventualmente per migliorarne la qualità.

AgID, Determinazione n. 220 del 17 maggio 2020 (Comunicato, G.U. n. 134 del 26 maggio 2020)



L'affidamento esterno del servizio di *data protection officer* è soggetto a rotazione

L'ANAC ha chiarito che l'affidamento dei contratti, di importo inferiore alle soglie comunitarie, aventi ad oggetto il servizio di protezione dei dati personali deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Il servizio di protezione dei dati personali si configura come un appalto di servizi e, quindi, soggiace alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

L'esigenza di garantire, nell'esecuzione del contratto, il perseguimento di obiettivi di lungo termine di esperienza e stabilità nell'organizzazione del servizio non può giustificare la disapplicazione, nel caso specifico, del principio di rotazione.

ANAC, Delibera n. 421 del 13 maggio 2020

Rotazione degli inviti e subappaltatore: i chiarimenti dell'ANAC

In relazione al tema della rotazione degli inviti e degli affidamenti, l'ANAC ha chiarito che non sussiste un obbligo di esclusione dalla gara del concorrente che indica, come subappaltatore, l'operatore economico che ha già in essere con la stessa stazione appaltante un contratto di lavori appartenenti alla medesima categoria di quelli oggetto di affidamento.

In conformità a quanto previsto dalle Linee Guida n. 4, solo l'operatore uscente e l'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento non possono essere invitati alla nuova procedura di gara avente ad oggetto lavori nella medesima categoria.

In forza del ruolo secondario rivestito dal subappaltatore - rispetto all'affidatario - nei confronti della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 105, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, e alla luce della *ratio* del principio di rotazione di cui all'art. 36 del citato Codice, il precedente affidatario ben può essere subappaltatore di un concorrente alla nuova gara, non potendo quest'ultimo sfruttare alcun vantaggio concorrenziale a suo favore.

ANAC, Delibera n. 344 del 22 aprile 2020

Emergenza epidemiologica: indicazioni dell'ANAC

L'ANAC fornisce le prime indicazioni al fine di garantire, durante l'emergenza sanitaria, l'adozione di comportamenti omogenei ed uniformi, da parte delle stazioni appaltanti, nello svolgimento delle procedure di gara e nella relativa fase di esecuzione.

In tal senso, è stato previsto che le stazioni appaltanti possano avviare solo le procedure di gara ritenute urgenti e indifferibili. Le stazioni sono chiamate a valutare la necessità o l'opportunità di differire l'avvio delle procedure già programmate, tenendo conto dell'urgenza di approvvigionamento, della necessità di prevedere il sopralluogo o la consultazione sul posto di atti o documenti, della complessità delle operazioni richieste per la preparazione delle offerte, dell'esigenza di garantire la massima partecipazione alla procedura.

In relazione alle procedure di selezione in corso di svolgimento, le stazioni appaltanti dovranno assicurare, tra l'altro, la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell'emergenza sanitaria, dando atto con avviso pubblico della sospensione dei termini disposta dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 e della conseguente nuova scadenza dei termini, nonché dovranno valutare, tra l'altro, la possibilità di adottare modalità telematiche.

In relazione alla fase di esecuzione, nell'ambito dei contratti di servizi e forniture, l'emergenza sanitaria in atto è valutata quale causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali di cui all'art. 113-*bis*, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

ANAC, Delibera n. 312 del 9 aprile 2020



Giurisprudenza

Affidamenti *in house*: è costituzionalmente legittimo l'onere motivazionale del mancato ricorso al mercato

La Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prescrive che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

L'onere motivazionale in questione si rivela coerente con l'ordinamento europeo e non contrasta con il c.d. divieto di *gold plating* (i.e. di introduzione di norme nazionali che comportano oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa europea), in quanto è diretto a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, e risponde, altresì, all'interesse costituzionalmente protetto della trasparenza amministrativa.

Tale onere è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali.

Corte costituzionale, n. 100 del 27 maggio 2020

Sulla legittimità della clausola di adesione successiva in un contratto di appalto

Il T.A.R. Lombardia, nel ripercorrere la giurisprudenza in tema di 'clausola di adesione', ne conferma in via astratta la legittimità e precisa che, nella dimensione concreta, occorre valutare se sia connotata da sufficiente determinatezza o determinabilità, sotto i profili soggettivo (i.e. delle amministrazioni titolate ad aderire), oggettivo (con riferimento alle prestazioni oggetto di estensione) e cronologico (riguardo ai tempi per l'adesione).

In presenza di tali presupposti, la c.d. clausola di adesione, in virtù della quale è esteso l'oggetto del contratto di appalto e l'appaltatore deve aderire allo svolgimento di prestazioni ulteriori, è legittima e l'appalto non viene sottratto al confronto concorrenziale.

In questa prospettiva le imprese partecipanti ad una gara, che prevede una simile clausola di estensione, sono consapevoli ed accettano che potrebbero essere loro richiesti beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente previsti dalla *lex specialis*, purché determinati o determinabili al momento dell'offerta.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 823 del 15 maggio 2020

Avvalimento operativo: non è richiesta una rigida indicazione dei mezzi e del personale

Il Consiglio di Stato conferma l'orientamento secondo cui il contratto di avvalimento c.d. operativo deve prevedere la messa a disposizione di personale qualificato (specificando se la stessa è preordinata alla diretta esecuzione del servizio o alla formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata), ed indicare i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti, a pena di nullità.

A tal fine, non è necessaria la rigida quantificazione dei mezzi d'opera e l'esatta indicazione numerica e/o delle qualifiche del personale messo a disposizione.

L'indagine sull'esistenza degli elementi essenziali del contratto di avvalimento c.d. operativo deve svolgersi sulla base delle regole generali dell'ermeneutica contrattuale e dei canoni di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali.

Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2953 dell'11 maggio 2020



Servizi di riscossione e accertamento tributi degli enti locali: la distinzione tra affidamento in concessione e appalto dei servizi di mero supporto alla gestione

La Legge di Bilancio 2020 ha previsto che tutte le somme, a qualsiasi titolo riscosse, appartenenti agli enti locali, affluiscono direttamente alla tesoreria dell'ente.

Tale evoluzione normativa in materia di servizi di riscossione e accertamento dei tributi degli enti locali ha determinato una rimeditazione del tradizionale orientamento secondo cui l'elemento essenziale del rapporto concessorio di riscossione sarebbe il maneggio di denaro pubblico.

La nozione di 'riscossione' non richiede più il materiale introito delle somme dovute all'ente e, pertanto, tale dato non costituisce più il *discrimen* per stabilire se vi sia un affidamento di servizi di supporto di gestione o un affidamento di concessione di accertamento e riscossione, dovendosi valorizzare altri elementi distintivi, quali il ricorso allo strumento della ingiunzione fiscale, comportante spendita dei poteri pubblici, da parte del concessionario privato, l'obbligo di rendiconto dei versamenti effettuati, e la remunerazione di tale attività con un aggio sulle somme riscosse.

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, n. 1693 dell'8 maggio 2020

E' legittima l'esclusione del RTI dalla gara se l'impresa mandataria è stata ammessa a concordato preventivo con continuità aziendale

La Corte costituzionale ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate sull'art. 186-bis, comma 6, del R.D. n. 267/1942, nella parte in cui consente l'esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici dell'impresa mandataria di un RTI sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale.

La formula organizzativa prescelta dalle imprese per la partecipazione alle gare incide infatti sulle dinamiche di relazione con la stazione appaltante, per la quale la posizione della mandataria di un RTI assume rilievo e valore differenziato, quale punto di riferimento di una struttura complessa.

In tale ottica, l'esclusione della mandataria in concordato con continuità aziendale - non prevista per l'impresa che concorre in forma individuale secondo il dettato dell'art. 80, comma 5, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 - mira ad evitare che la crisi della mandataria comprometta il rapporto con la stazione appaltante, perseguendo l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali, e l'utilità sociale, quale limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica.

Corte costituzionale, n. 85 del 7 maggio 2020

Gare in più lotti: è legittimo l'obbligo di presentarsi sempre nella medesima forma

L'operatore economico che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa.

La previsione che le offerte per più lotti debbano essere presentate nella stessa forma individuale o associata e, in caso di raggruppamento, con identica composizione, risponde ad esigenze di tutela della libertà di iniziativa economica e garantisce l'univocità e serietà dell'impegno contrattuale dei partecipanti.

Nel caso sottoposto all'esame del Consiglio, tali vincoli trovano uno specifico e ulteriore fondamento nella tutela del diritto alla salute dei pazienti del SSR garantito altresì dalla univoca responsabilità dei vincitori per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dalla medesima gara in relazione a diversi lotti.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2865 del 6 maggio 2020



Non è attivabile il soccorso istruttorio per la mancata dichiarazione di avvalimento nel DGUE

Il concorrente che intende ricorrere all'avvalimento è tenuto a darne indicazione nell'ambito del DGUE (o, comunque, dei documenti di gara), fornendo le informazioni relative ai soggetti ausiliari, ex art. 85, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio di Stato chiarisce che, in caso di mancanza di una dichiarazione del concorrente di ricorrere all'avvalimento, non può operare il soccorso istruttorio, il quale mira a sanare carenze di elementi formali della domanda nonché mancanze, incompletezze e irregolarità essenziali degli elementi e del DGUE ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, ma non può essere invocato per sollecitare una dichiarazione di volontà non espressa dal concorrente.

Diversamente, risulterebbe violata la *ratio* dell'istituto in commento e sarebbe consentita una modifica sostanziale delle dichiarazioni di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2836 del 4 maggio 2020

Sul principio di rotazione: interpretazione e invito del gestore uscente

Il principio di rotazione deve essere inteso non come obbligo di escludere il gestore uscente dal precedente affidamento dalla nuova selezione ma come obbligo di non favorirlo.

Diversamente, tale principio si risolverebbe in una causa di esclusione dalle gare non codificata e in totale contrasto con il principio di tutela della concorrenza.

In caso di procedura aperta, un eventuale precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura. In caso di diversa procedura, invece, sulla stazione appaltante incombe l'onere di adeguata motivazione delle ragioni che l'hanno indotta, in deroga al principio di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2654 del 25 aprile 2020

La specificità dei contratti continuativi di cooperazione, servizi o forniture rispetto al subappalto

Ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del Codice dei contratti pubblici, le prestazioni oggetto dei contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura, sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto, per la loro specificità non si configurano come attività affidate in subappalto.

La disciplina inerente ai contratti in questione - caratterizzati dai requisiti della generalità, stabilità, continuità ed anteriorità - configura un'eccezione rispetto alla generale disciplina del subappalto, ed è, pertanto, soggetta ad un'interpretazione rigorosa e restrittiva.

Come è stato chiarito dalla giurisprudenza le prestazioni oggetto di siffatti contratti di cooperazione, servizio e/o fornitura sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2553 del 22 aprile 2020



Vizi del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e regressione della gara

L'annullamento giurisdizionale della valutazione di sufficienza delle giustificazioni addotte dal concorrente, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, ex art. 97, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, comporta la regressione della gara alla fase di avvio del sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

L'Amministrazione, in tal caso, è infatti tenuta a riaprire il predetto sub-procedimento, al fine di emendare i vizi dell'istruttoria, rilevati in sede giurisdizionale, e di valutare le ulteriori giustificazioni formulate dagli operatori economici, collocati in posizione deteriore in graduatoria.

Diversamente il sub procedimento diventerebbe insindacabile *ex se*.

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2522, del 20 aprile 2020

Regolarità fiscale: definitività dell'accertamento del debito e principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione

La causa di esclusione di un concorrente dalla procedura di gara per irregolarità fiscali, prevista dall'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, presuppone la definitività dell'accertamento del debito tributario, che decorre non già dalla notifica della cartella di pagamento (mero strumento della riscossione) ma dalla notifica del precedente avviso di accertamento.

La mancata impugnazione dell'avviso di accertamento e la mancata emissione di una cartella di pagamento non impediscono la definitività dell'accertamento del debito tributario. La cartella di pagamento è infatti il primo atto della fase di riscossione, che può essere contestata per vizi formali, ma senza che possa più discutersi dell'esistenza del debito tributario, che è iscritto a ruolo solo dopo la definitività dello stesso.

Inoltre, è trascurabile il pagamento dei debiti tributari, da parte dell'impresa, prima dell'aggiudicazione definitiva, in virtù del principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione dal momento della presentazione della domanda all'aggiudicazione e per tutta la fase di esecuzione.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2397 del 14 aprile 2020

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: nell'assegnazione dei punteggi va utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo

Va ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta.

Le formule matematiche di attribuzione di punteggi che neutralizzano le differenze tra i ribassi offerti si espongono a censure di contraddittorietà, irragionevolezza ed arbitrarietà, nella misura in cui sono idonee ad alterare il peso della componente prezzo nell'equilibrio complessivo con la componente tecnica dell'offerta.

Ove la formula applicata dalla stazione appaltante non consenta di realizzare un giusto bilanciamento tra elementi tecnici e qualitativi ed elementi economici (come previsto dall'art. 95, comma 10-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016), la gara viene privata di un reale confronto concorrenziale circa la convenienza economica delle offerte presentate.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2356 del 10 aprile 2020



L'omessa o incompleta dichiarazione in merito ai carichi pendenti non è causa di esclusione dalla gara

Non sussiste una disciplina normativa positiva che obblighi espressamente il concorrente, in sede di partecipazione a una gara di appalto, a dichiarare la sussistenza dei c.d. 'carichi pendenti' per chiarire i profili inerenti alla sua integrità ed affidabilità, ex art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, salvo il caso che già non vi sia una condanna non passata in giudicato.

Né può, inoltre, ritenersi che la mancata dichiarazione dei carichi pendenti possa configurare come un grave illecito professionale, a fronte della mancanza di un corrispondente obbligo nella normativa di riferimento.

È dunque nulla la clausola della *lex specialis* che preveda una simile dichiarazione, in quanto le cause di esclusione sono tassativamente indicate dalla legge e, tra queste, non vi è l'esclusione per omessa o incompleta dichiarazione in merito a carichi pendenti.

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, n. 480 del 10 aprile 2020

Obblighi dichiarativi e false dichiarazioni al vaglio dell'Adunanza Plenaria

È rimessa all'Adunanza plenaria la questione relativa alla consistenza, alla perimetrazione e agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici, in sede di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, con specifico riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ex art. 80, comma 5, lett. c e f-bis, del D.Lgs. n. 50/2016.

Stante l'esistenza di un contratto giurisprudenziale sul punto, la Sezione rimettente ha evidenziato la necessità di garantire il principio di tipicità delle cause di esclusione, anche sotto il profilo della tassatività, determinatezza e ragionevole prevedibilità delle regole operative e dei doveri informativi, specie con riguardo alle omissioni dichiarative o alle dichiarazioni reticenti.

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2332 del 9 aprile 2020

Sull'applicazione del c.d. 'principio di invarianza'

Il principio di invarianza ex art. 95, comma 15, del Codice dei contratti pubblici - secondo cui ogni variazione che interviene dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte - risponde alla duplice finalità di garantire la continuità della procedura di gara e la stabilità dei suoi effetti e di impedire l'instaurazione di controversie speculative, da parte dei concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria.

Tale principio trova applicazione in presenza di criteri di aggiudicazione sia automatici sia rimessi alla valutazione discrezionale della commissione valutatrice, come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa regolata dal metodo aggregativo-compensatore, di cui alle Linee Guida n. 2 dell'A.N.AC.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2257 del 6 aprile 2020

La decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara nel c.d. 'rito appalti' al vaglio dell'Adunanza Plenaria

Il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria l'esame delle seguenti questioni di diritto:

- se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara e le operazioni e valutazioni della commissione, in coerenza con la previsione di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016;
- se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, ad eccezione dell'ipotesi (da considerarsi patologica) della omessa o incompleta pubblicazione, prevista dall'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016;



- se la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara non sia idonea a far slittare il termine per l’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, decorrente dalla pubblicazione ex art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, o, negli altri casi patologici, dalla comunicazione ex art. 76 del citato D.Lgs., e legittimi solo l’eventuale proposizione dei motivi aggiunti, oppure se essa comporti una dilazione temporale, almeno con riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario o dalle giustificazioni da questi rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta;
- se, dal punto di vista sistematico, la previsione dell’art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l’impugnazione degli atti di gara, in particolare dell’aggiudicazione, dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D. Lgs. n. 50/2016) o dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) equivalenti;
- se la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 debba considerarsi rientrante nelle modalità di conoscenza *aliunde*;
- se siano idonee a far decorrere il termine per l’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione le forme di comunicazione e pubblicità individuate nella *lex specialis* di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2215 del 2 aprile 2020

Il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. non rientra tra i gravi illeciti professionali

Il sequestro preventivo ex art. 321 del Codice di procedura penale non rientra tra le cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, che ricomprende le situazioni, oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, suscumbibili nella categoria dei gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l’integrità o l’affidabilità dell’operatore economico.

Sebbene il concetto di ‘grave illecito professionale’ costituisca un tipico concetto giuridico indeterminato, la stazione appaltante può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito ove per la sua gravità, sia in grado di minare l’integrità morale e professionale del concorrente.

Stante quanto sopra, secondo il Consiglio di Stato non sussiste alcun accertamento tributario definitivo rilevante e qualificabile come grave illecito professionale, ex art. 80, comma 5, lett. c), ove vi sia evidenza di un’indagine penale, a carico della mandante del RTI aggiudicatario, per violazioni tributarie (non direttamente riconducibili all’affidabilità nello svolgimento dell’attività professionale e alla lealtà nel rapporto contrattuale), in pendenza della quale è stato disposto, dopo la presentazione dell’offerta, il sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti ex art. 321 c.p.p., poi revocato prima dell’aggiudicazione.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2245 del 2 aprile 2020

Mancata indicazione dei costi per la manodopera ed esclusione dalla gara: l’Adunanza Plenaria recepisce i principi della CGUE

L’Adunanza Plenaria ha recepito il principio di diritto elaborato dalla Corte di Giustizia UE in materia di indicazione dei costi per la manodopera e di sicurezza aziendale, nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica (causa C-309/18 del 2 maggio 2019).

Sul punto, è confermata come regola generale la facoltà per gli ordinamenti nazionali di ricollegare alla mancata indicazione separata dei costi della manodopera l’esclusione incondizionata e automatica dalla procedura (senza possibilità di soccorso istruttorio) anche nell’ipotesi in cui la documentazione di gara sia silente sul punto, purché il meccanismo espulsivo emerga chiaramente dalla normativa sugli appalti, richiamata dalla *lex specialis*.

Alla predetta regola fanno, però, eccezione i casi in cui le disposizioni di gara non consentano, di fatto, agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche. In tali ipotesi, è da ritenersi ammissibile la sanabilità *ex post* dell’offerta, entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 7 del 2 aprile 2020



Diritto sanitario e farmaceutico

Norme

D.L. 'Rilancio': interventi nel settore sanitario

Di seguito alcuni tra i principali interventi, relativi al comparto sanità, previsti dal D.L. n. 34 del 19 maggio 2020 - c.d. 'Decreto Rilancio':

In materia di assistenza territoriale, al fine di rafforzare l'offerta sanitaria e sociosanitaria, necessaria per fronteggiare l'emergenza pandemica, le Regioni sono state chiamate ad adottare piani di potenziamento e riorganizzazione della rete assistenziale che devono contenere, tra l'altro, specifiche misure di identificazione e gestione dei contatti e di organizzazione dell'attività di sorveglianza attiva (art. 1, comma 1). Le aziende sanitarie provvederanno, inoltre, ad implementare le attività di assistenza domiciliare per i pazienti in isolamento (art. 1, comma 3).

È stato disposto un generico riordino della rete ospedaliera (art. 2), mediante, tra l'altro:

- l'incremento di attività in regime di ricovero in terapia intensiva;
- la ristrutturazione del Pronto Soccorso con l'individuazione di distinte aree di permanenza per i pazienti sospetti COVID-19;
- l'implementazione dei mezzi di trasporto dedicati ai trasferimenti secondari per i pazienti COVID-19, per le dimissioni protette e per i trasporti interospedalieri per pazienti non affetti da COVID-19.

In tema di prescrizione medica, il periodo di validità - per i medicinali classificati in fascia A - è stato prorogato per una durata massima di ulteriori 30 giorni o di ulteriori 60 giorni, per i pazienti già in trattamento, con ricetta scaduta e non utilizzata. Per le nuove prescrizioni, la validità della ricetta è stata estesa per una durata massima di 60 giorni (per un numero massimo di 6 pezzi per ricetta), fatte salve le disposizioni più favorevoli già previste, tra cui quelle per le patologie croniche e per le malattie rare (art. 8).

Sono stati prorogati i diversi piani terapeutici per persone con disabilità e le Regioni sono state chiamate ad adottare procedure accelerate ai fini delle prime autorizzazioni dei nuovi piani (art. 9).

Sono state apportate specifiche modifiche normative per il potenziamento ed il rafforzamento dell'*iter* di realizzazione del Fascicolo sanitario elettronico (art. 11).

Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 (G.U. n. 128 del 19 maggio 2020)

Giurisprudenza

Sull'*iter* di nomina dei Direttori generali del SSR

La procedimentalizzazione della nomina del Direttore generale degli Enti del Servizio sanitario regionale in due distinte ed autonome fasi deriva da una progressiva evoluzione legislativa, tesa a coniugare le esigenze di qualificazione e professionalità dei dirigenti e di riduzione della discrezionalità politica nella nomina degli stessi.



La prima fase si risolve nella formazione dell'elenco nazionale dei soggetti professionalmente idonei alla nomina di Direttore generale degli Enti del Servizio sanitario nazionale, istituito presso il Ministero della salute, previo avviso pubblico di selezione per titoli (art. 1 del D.Lgs. n. 171/2016): l'Amministrazione competente è obbligata ad inserirvi i candidati in possesso dei requisiti inderogabilmente richiesti *ex lege*, restando escluso l'esercizio di poteri discrezionali. La seconda fase di nomina è, invece, espressione del potere discrezionale della Regione, o delle Province autonome, di scegliere, tra più aspiranti, iscritti nel predetto elenco, il soggetto cui conferire l'incarico (art. 2 del D.Lgs. cit.). Si procede a tal fine con atto motivato, previo apposito avviso pubblico in ordine all'incarico da attribuire e manifestazione di interesse da parte dei soggetti iscritti nell'elenco nazionale, nonché previa valutazione, per titoli e colloquio. La commissione regionale proporrà poi al Presidente della Regione la rosa di candidati nel cui ambito verrà scelto il soggetto con requisiti maggiormente coerenti con le caratteristiche dell'incarico.

Posto che la formazione di un elenco nazionale non è preordinata alla copertura di determinate vacanze ma alla formazione di un mero elenco di soggetti professionalmente idonei, ne discende, sul piano del riparto di giurisdizione, che il candidato, in possesso dei titoli necessari, ma non inserito nell'elenco nazionale, lamenta la lesione di un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, essendo controverso un bene della vita non investito dal potere amministrativo.

Cassazione civile, Sez. Unite, n. 10089 del 28 maggio 2020

Anche le strutture sanitarie private sono soggette ai limiti della sanità pubblica

Le strutture private, che operano in regime di accreditamento all'erogazione del servizio sanitario, sono soggette alle esigenze di contenimento della spesa nel settore della sanità pubblica (*ex art. 81 Cost.*), e, al contempo, devono garantire beni costituzionali di rango primario, quali i livelli essenziali delle prestazioni relative al diritto alla salute (*ex art. 32 Cost.*).

In virtù di tale principio, il Tribunale ha ritenuto legittimo il decreto del commissario *ad acta* della Regione Calabria che ha stabilito che le strutture private devono adeguarsi a determinati requisiti operativi, al fine di erogare o continuare ad erogare prestazioni chirurgiche ambulatoriali complesse.

La *ratio* dell'impugnato decreto è garantire una migliore efficienza nel settore sanitario, riorganizzando l'erogazione delle attività chirurgiche, da parte delle strutture private accreditate, secondo i criteri di economicità ed efficienza nell'utilizzo delle risorse, e di appropriatezza clinica.

T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, n. 918 del 20 maggio 2020

Farmacie: la separazione di parte del laboratorio galenico dai locali della farmacia non è preclusa dalla normativa

Dalla normativa in materia di autorizzazione all'esercizio di una farmacia (artt. 109, 110 e 119 del R.D. n. 1265/1934) non discende, in astratto, alcuna preclusione alla possibilità di comprendere, nell'autorizzazione medesima, anche un locale fisicamente separato dalla farmacia, non accessibile al pubblico, destinato solo ad ospitare una parte del laboratorio galenico, e, quindi, non idoneo ad incidere sul contingentamento delle sedi farmaceutiche.

In tema di esercizi farmaceutici occorre temperare due esigenze distinte non sempre convergenti: quella dell'organizzazione del servizio farmaceutico secondo standard adeguati a garantire il bene della salute degli utenti, e quella del titolare del servizio a perseguire idonei livelli di redditività.

Secondo il T.A.R. Lombardia, nel caso di ampliamento del laboratorio galenico preordinato all'erogazione di un servizio farmaceutico migliore, l'eventuale diniego si risolverebbe nell'imposizione di un vincolo irragionevole alla libertà del farmacista/imprenditore di organizzare la propria farmacia nel modo più efficiente.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 659 del 22 aprile 2020



Integratori a base di *botanicals*: lecito l'utilizzo di *claim* salutistici, se presentati come coadiuvanti alle terapie medico-farmacologiche

Il Regolamento (UE) n. 432/2012 relativo alle indicazioni sulla salute consentite sui prodotti alimentari, diverse da quelle facenti riferimento alla riduzione dei rischi di malattia e allo sviluppo e alla salute dei bambini, non trova applicazione con riferimento ai *claim* afferenti alla categoria dei c.d. '*botanicals*'.

La mancata inclusione nel registro comunitario di cui al citato Regolamento, non costituisce *ex se* presupposto di illegalità dell'utilizzo di un *claim* non registrato.

In ragione di quanto sopra, non si rinviene né una pratica commerciale scorretta né una capacità ingannevole delle informazioni offerte al pubblico ove un integratore alimentare a base di *botanicals* sia sponsorizzato come mero coadiuvante rispetto alla terapia medico-farmacologica.

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2371 del 10 aprile 2020



Servizi pubblici locali e società pubbliche

Giurisprudenza

Rimesso alla Corte di Giustizia UE il criterio per individuare il limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista

La questione controversa concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara a doppio oggetto, per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio, posta in essere dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini del rispetto del limite del 51% della sua partecipazione alla costituenda *newco*.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE un duplice ordine di interrogativi:

- se sia conforme alla normativa europea che, ai fini della individuazione del limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico-privata (previsto dal legislatore nazionale ex art. 17, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016), debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale del predetto socio, oppure se la stazione appaltante possa o debba tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente;
- in caso di soluzione positiva del precedente quesito, se sia coerente e conforme con i principi di concorrenza, proporzionalità e adeguatezza, che la stazione appaltante possa escludere dalla gara il socio privato concorrente, la cui effettiva partecipazione alla costituenda società mista, per effetto della accertata partecipazione pubblica diretta o indiretta, sia inferiore al 30%.

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2929 dell'11 maggio 2020

Sull'inadempimento di un Comune agli obblighi di revisione ordinaria delle partecipazioni detenute

La Corte dei Conti del Lazio ha evidenziato che, alla luce della chiara precettività delle disposizioni del TUSP, la ricognizione ordinaria delle partecipazioni, dirette o indirette, detenute dalle PP.AA. ex artt. 20, comma 3 e 26, comma 11, è un adempimento periodico, da assolvere entro il 31 dicembre di ogni anno, attesa la continuità dell'obiettivo legislativo di riordino del settore, tale da esigere una riflessione costante degli enti in ordine alle decisioni da adottare (di mantenimento, con o senza interventi, di cessione di quote, di fusione, di dismissione).

Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per il Lazio, Delib. n. 26 del 28 aprile 2020

I presupposti della giurisdizione contabile sulle società *in house*

La giurisdizione della Corte dei Conti contabile sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali di una società *in house*, per i danni da questi cagionati al patrimonio societario, sussiste solo nel caso in cui la società in questione possieda, al momento delle presunte condotte illecite, i requisiti dell'*in house providing*, e gli stessi risultino da precise disposizioni statutarie, vigenti all'epoca del fatto illecito.

Nel caso sottoposto all'esame della Suprema Corte è stata ritenuta sussistente la giurisdizione contabile solo a partire dalle modifiche statutarie che hanno istituito, nella compagine della società scrutinata, una commissione assembleare di controllo, la cui operatività ha determinato l'insorgenza dei requisiti dell'*in house providing*.

Cassazione civile, Sezioni Unite, ordinanza n. 7824 del 14 aprile 2020



Anticorruzione e Trasparenza

Prassi

Individuazione dell'organo competente all'adozione del provvedimento di rotazione straordinaria

L'ANAC ha chiarito che l'organo competente, nelle Amministrazioni centrali, all'adozione del provvedimento di rotazione straordinaria, ex art. 16, comma 1, lett. I-*quater*, del D.Lgs. n. 165/2001, è il dirigente degli uffici dirigenziali generali o, per analogia, il responsabile di uffici complessi.

Nell'ambito degli enti locali, l'adozione del provvedimento *de quo* compete ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, ove presenti, oppure al Segretario comunale, all'uopo delegato dal Sindaco, in base all'art. 108 del TUEL. Si precisa che, nel caso in cui la rotazione straordinaria riguardi il Direttore generale, oppure il Segretario comunale, il Sindaco, che ha conferito l'incarico, deve valutare se confermare o revocare il rapporto fiduciario. Nelle PP.AA. di piccole dimensioni, prive di dirigenti e della figura del Direttore generale, l'adozione del provvedimento in questione spetta invece all'Organo di indirizzo politico.

L'Autorità ha, inoltre, ribadito che in nessun caso la competenza all'adozione del provvedimento di rotazione straordinaria può essere individuata in capo al RPCT.

ANAC, *Delibera n. 345 del 22 aprile 2020*

Giurisprudenza

Accesso nei procedimenti *antitrust*: bilanciamento tra riservatezza e diritto di difesa

In virtù del combinato disposto degli artt. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, e 13, comma 2, del D.P.R. 30 n. 217/1998, anche nei procedimenti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato la preminenza del diritto di difesa sulle esigenze di tutela della riservatezza non ha carattere assoluto.

Sussiste sempre la necessità di bilanciare l'esigenza di garantire la riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, con il contraddittorio procedimentale e il diritto di difesa.

A tal fine, il soggetto che richiede l'accesso agli atti, nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, deve dimostrare che gli stessi sono rilevanti e concretamente connessi all'esercizio del proprio diritto di difesa, non essendo sufficiente l'allegazione, in via del tutto generica, di esigenze difensive.

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3392 del 29 maggio 2020

Sull'accesso civico generalizzato agli atti della Guardia di Finanza

Va negato l'accesso generalizzato, oltre che l'accesso c.d. semplice, avente ad oggetto documentazione della Guardia di Finanza suscettibile di rivelare aspetti organizzativi delle funzioni pubbliche (numero totale di ore/persona impiegate in attività di produzione diretta nel territorio nazionale, espresso in modo aggregato e non distinto per singole missioni istituzionali), al fine di evitare che la conoscenza di tali informazioni venga utilizzata per mettere in pericolo interessi che il legislatore ha ritenuto di garantire con la protezione massima.



In questi casi l'Amministrazione esercita un potere vincolato che deve necessariamente essere preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto all'istanza proposta, dell'eccezione assoluta di cui all'art. 5-*bis*, comma 1, lett. a), b) e c), del D.Lgs. n. 33/2013, dettata dalla tutela degli interessi pubblici della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della difesa e delle questioni militari.

Quanto sopra non può tuttavia indurre ad esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie, per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, ma occorre una valutazione caso per caso per evitare che la disciplina speciale o quella generale dell'accesso documentale possa assorbire e fagocitare quella dell'accesso civico generalizzato.

Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2496 del 20 aprile 2020

Adunanza Plenaria: l'accesso civico generalizzato si applica anche nella materia dei contratti pubblici, sia in fase di gara che in fase di esecuzione

L'Adunanza Plenaria supera il contrasto giurisprudenziale formatosi in materia, affermando l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure di appalto, anche con riferimento alla fase esecutiva, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 33/2013, a garanzia del bilanciamento tra i valori della trasparenza e della riservatezza.

In relazione a vicende idonee a determinare la risoluzione per inadempimento del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, sussiste, in capo al concorrente non aggiudicatario, un interesse concreto e attuale, ex art. 22, della L. n. 241/1990, e, in conseguenza, la legittimazione ad accedere agli atti della fase esecutiva dell'affidamento pubblico.

L'istanza di accesso non deve, però, esprimersi in una generica volontà di verifica del corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 10 del 2 aprile 2020



Processo e Procedimento Amministrativo

Norme

D.L. 'Rilancio': liberalizzazioni e semplificazioni dei procedimenti amministrativi

Il D.L. n. 34 del 19 maggio 2020 - c.d. 'Decreto Rilancio' - è intervenuto, all'art. 264, anche in materia di liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi, adottati in relazione all'emergenza COVID-19, prevedendo, tra l'altro:

- la possibilità per i privati di presentare dichiarazioni sostitutive *ex artt.* 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, in tutti i procedimenti, su istanza di parte, aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici, comunque denominati, da parte di PP.AA., anche in deroga alla normativa di settore, fermo il rispetto della normativa antimafia di cui al D.Lgs. n. 159/2011;
- la riduzione del termine per l'annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi, da diciotto mesi (art. 21-*nonies*, comma 1, della L. n. 241/1990) a tre mesi;
- la necessità che, entro 30 giorni dalla formazione del silenzio endoprocedimentale tra PP.AA., venga adottato un provvedimento conclusivo espresso;
- la liberalizzazione degli interventi, anche edilizi, necessari ad assicurare l'ottemperanza alle misure di sicurezza prescritte per fronteggiare l'emergenza sanitaria, fermo il rispetto delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di tutela dal rischio idrogeologico e dei beni culturali e del paesaggio.

Decreto Legge n. 34 del 19 maggio 2020 (G.U. n. 128 del 19 maggio 2020)

Ripristinato il contraddittorio orale nel processo amministrativo

Dopo che l'art. 84 del D.L. 'Cura Italia' (oggi convertito in Legge n. 27/2020) ha disposto, per la durata del periodo emergenziale, che le controversie sarebbero passate in decisione senza discussione, il successivo Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020, ha provveduto a ripristinare il principio del contraddittorio orale.

A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020, può essere chiesta dalle parti, o disposta d'ufficio, in qualsiasi udienza pubblica o camerale, la discussione orale, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza.

Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 (G.U. n. 111 del 30 aprile 2020)



Prassi

Processo amministrativo telematico: le regole tecnico-operative

Con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020, sono state adottate le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico e per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti. In relazione allo svolgimento delle udienze da remoto, per la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, l'art. 2 del decreto fissa le regole tecnico-operative per l'attuazione dell'art. 4, comma 1, del D.L. n. 28/2020, e le relative specifiche tecniche (contenute nell'allegato 3), disciplinanti le modalità di udienza in videoconferenza con la presenza degli avvocati o delle parti che stanno in giudizio personalmente.

Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020 (G.U. n. 135 del 27 maggio 2020)

Giurisprudenza

Emergenza epidemiologica: ordinanze *extra ordinem* e rispetto della normativa statale

L'art. 1, del D.L. n. 19/2020 (conv. in Legge n. 35/2020), in base al quale possono essere adottate misure limitative per contenere i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale e per periodi predeterminati, non abilita l'esercizio di un incondizionato potere di ordinanza *extra ordinem*.

In caso di emergenza epidemiologica di rilievo internazionale, le misure di contenimento del contagio previste dalla normativa statale impongono il rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico.

In ragione di quanto sopra, il Sindaco può esercitare il potere di ordinanze contingibili e urgenti, di regola affidatogli in periodo non emergenziale, ma non può assumere decisioni contrastanti con la normativa statale, introducendo ad esempio il divieto di introduzione di pane e derivati del pane nel territorio comunale, sulla base di un generico riferimento al perdurante rischio sanitario, senza indicazione di efficacia nel tempo e rilevazione di dati epidemiologici a supporto.

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, n. 733 del 22 maggio 2020

Sub-criteri di valutazione del punteggio assenti o indeterminati: non c'è onere di immediata impugnazione

La preventiva individuazione nella *lex specialis* di gara di sub-criteri di valutazione o ponderazione del punteggio è prevista non come obbligo, ma come mera facoltà riservata alla stazione appaltante, ex art. 95, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

Ne discende che la mancata indicazione di sub-criteri o sub-punteggi, o la loro indeterminatezza, non può costituire *ex se* indice di illegittimità della *lex specialis* e, pertanto, non può far sorgere un onere di immediata impugnazione del bando di gara, in quanto gli stessi non rivestono natura immediatamente escludente.

Resta comunque ferma la possibilità di impugnare i predetti sub-criteri, ove formulati in maniera incongrua e indeterminata, unitamente all'atto conclusivo, e concretamente lesivo, della procedura di gara.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3080 del 14 maggio 2020



L'informazione antimafia tra limiti alla partecipazione procedimentale e sindacato di *full jurisdiction*

Il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia si connota, ex art. 93, comma 7, del D.Lgs. n. 159/2011, per il carattere solo eventuale dell'audizione dell'interessato, stante il preminente interesse di tutela dell'ordine pubblico, che giustifica una deroga al principio del giusto procedimento.

L'eventuale sacrificio delle garanzie procedimentali e dei diritti di difesa è compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto, che è di *full jurisdiction*, perché investe sia l'esistenza dei fatti indicatori di un'eventuale infiltrazione mafiosa (c.d. tassatività sostanziale), sia il ragionamento probabilistico compiuto dall'Amministrazione (c.d. tassatività processuale).

Il legislatore ha così dovuto operare una scelta tra i due valori in gioco, la tutela dell'ordine pubblico e quello della libertà d'impresa, nei termini sopra indicati.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2854 del 6 maggio 2020

Sull'interesse a ricorrere del concorrente terzo in graduatoria

La collocazione di un operatore economico al terzo posto in graduatoria, all'esito di una gara pubblica, non preclude automaticamente la sua legittimazione a ricorrere avverso le scelte della stazione appaltante, in presenza di evidenti profili di illegittimità che affliggono, sul piano sintomatico, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte dei concorrenti che lo precedono in graduatoria.

In tali circostanze, il terzo graduato è titolare di un interesse strumentale, concreto e diretto all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura, ed il giudice amministrativo esercita un sindacato esterno, limitato ai profili che avrebbero potuto giustificare l'avvio, da parte della stazione appaltante, della verifica ex art. 97, del D.Lgs. n. 50/2016.

Il giudice adito è tenuto ad esaminare per primo i motivi di censura rivolti nei confronti del secondo graduato e, se risultino evidenti ragioni di incongruità dell'offerta che avrebbero potuto indurre la stazione appaltante ad attivare il procedimento di verifica dell'anomalia - e, in ultima analisi, ad una decisione di estromissione del concorrente - procedere all'esame anche dei motivi diretti nei confronti dell'aggiudicataria, dovendosi, altrimenti, il giudizio arrestare non potendo il ricorrente/terzo in graduatoria trarre alcuna utilità dall'eventuale accoglimento del ricorso per la presenza di un altro concorrente che lo precede.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2725 del 29 aprile 2020



Trasporti

Norme

Emergenza epidemiologica: rimborso dei titoli di viaggio non utilizzati

Con il Decreto Legge n. 34 del 19 maggio 2020 - c.d. 'Decreto Rilancio' - all'art. 215 è stato disposto il rimborso dei titoli di viaggio e degli abbonamenti per il trasporto ferroviario e il trasporto pubblico locale, non fruiti durante il *lockdown*, sottoforma di emissione di voucher o di prolungamento della durata dell'abbonamento.

Decreto Legge n. 34 del 19 maggio 2020 (G.U. n. 128 del 19 maggio 2020)

Prassi

Documento unico di circolazione e di proprietà: le istruzioni operative per la fase 2

Con circolare congiunta del MIT e dell'ACI del 30 aprile 2020, sono state dettate le istruzioni operative per l'avvio, a decorrere dal 4 maggio 2020, della seconda fase di attuazione del Documento unico di circolazione e di proprietà, di cui all'art. 1, del D.Lgs. n. 98/2017.

Con successiva circolare congiunta del 27 maggio 2020, a parziale integrazione e modifica di quella innanzi richiamata, il MIT e l'ACI hanno anticipato una serie di precisazioni che saranno poi oggetto di organico recepimento all'interno dell'aggiornamento delle 'schede tematiche' (pubblicate, ad uso degli operatori professionali, sul 'Portale del Trasporto', sul 'Portale dell'Automobilista' e sul sito tematico STA 'Informativa e lettere circolari'), in occasione del prossimo avvio della terza fase di attuazione della riforma di cui al D.Lgs. n. 98/2017.

Circolari congiunte del MIT e dell'ACI, prot. n. 12068 del 30 aprile 2020, e prot. n. 14794 del 27 maggio 2020

Emergenza COVID-19: le Linee guida del MIT per il trasporto nautico e la balneazione

Nell'ottica della graduale ripresa delle attività nautiche e al fine di disciplinare l'afflusso dei passeggeri nei porti nazionali, in concomitanza con la stagione balneare, il MIT ha predisposto specifiche Linee guida per regolamentare i principali settori delle attività sportive e ricreative connesse alla navigazione.

Le Linee guida, in particolare, dettano prescrizioni in materia di gestione delle stazioni marittime e portuali, navigazione da diporto, gestione dei centri *diving* e delle attività subacquee sportive-ricreative, servizio degli assistenti bagnanti.

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19 del 18 maggio 2020



Emergenza COVID-19: le Linee guida del MIT per il settore dei trasporti

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha pubblicato le 'Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19' che stabiliscono le modalità di informazione agli utenti e le delle misure organizzative da adottare nell'esercizio del trasporto pubblico.

In particolare, sono previste misure 'di sistema' (quale l'articolazione dell'orario di lavoro differenziato per modulare la mobilità dei lavoratori e prevenire i rischi di aggregazione), misure di carattere generale (ad esempio, la sanificazione e l'igienizzazione dei locali, dei mezzi di trasporto e dei mezzi di lavoro, l'incentivo all'utilizzo di mezzi telematici per la vendita dei biglietti) e raccomandazioni per gli utenti dei servizi di trasporto pubblico.

Le Linee guida sono corredate da un allegato tecnico che disciplina le singole modalità di trasporto, relativamente ai settori aereo, marittimo e portuale, ferroviario, del trasporto pubblico locale stradale, lacuale, e del trasporto non di linea.

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19, Allegato 9 al D.P.C.M. del 26 aprile 2020

Giurisprudenza

Provvedimento di revisione della patente di guida e corredo motivazionale

Il provvedimento di revisione della patente di guida, adottato ai sensi dell'art. 128, comma 1, del Codice della strada, costituisce espressione di attività amministrativa discrezionale e, pertanto, deve essere congruamente motivato in ordine alle circostanze fattuali idonee a suffragare i dubbi circa la perdurante idoneità psico-fisica del conducente, e ad avviare il procedimento di revisione.

L'assenza di una motivazione appropriata si pone come un vizio dell'atto che impedisce di ricostruire il percorso logico-giuridico seguito dalla P.A. e frustra il diritto di difesa in giudizio dell'interessato.

In forza di ciò, è illegittimo il provvedimento di revisione che si limita a richiamare una segnalazione dell'Autorità di pubblica sicurezza (che indica l'interessato come consumatore abituale di sostanze stupefacenti) senza una autonoma valutazione e l'indicazione di elementi oggettivi che consentano una ricostruzione chiara e idonea a corroborare i dubbi sollevati in merito all'idoneità psico-fisica alla guida.

T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, n. 366 del 24 aprile 2020

La CGUE su biglietti aerei on line e obblighi del vettore

I costi inevitabili e prevedibili di un biglietto aereo devono essere indicati e correttamente visualizzati dal passeggero sin dall'offerta iniziale sul *web* e, quindi, prima del processo di prenotazione.

In applicazione del Regolamento CE n.1008/2008, la Corte di giustizia UE ha evidenziato la necessità di una immediata conoscenza dei costi che derivano dalla scelta, da parte del passeggero, di una carta di credito diversa da quella indicata dalla compagnia aerea (soprattutto quando l'uso della stessa risulta 'imposto') e degli oneri per il *check-in*, nel caso in cui non vi siano alternative gratuite.

Corte di giustizia UE, Sez. VII, C-28/19 del 23 aprile 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")