



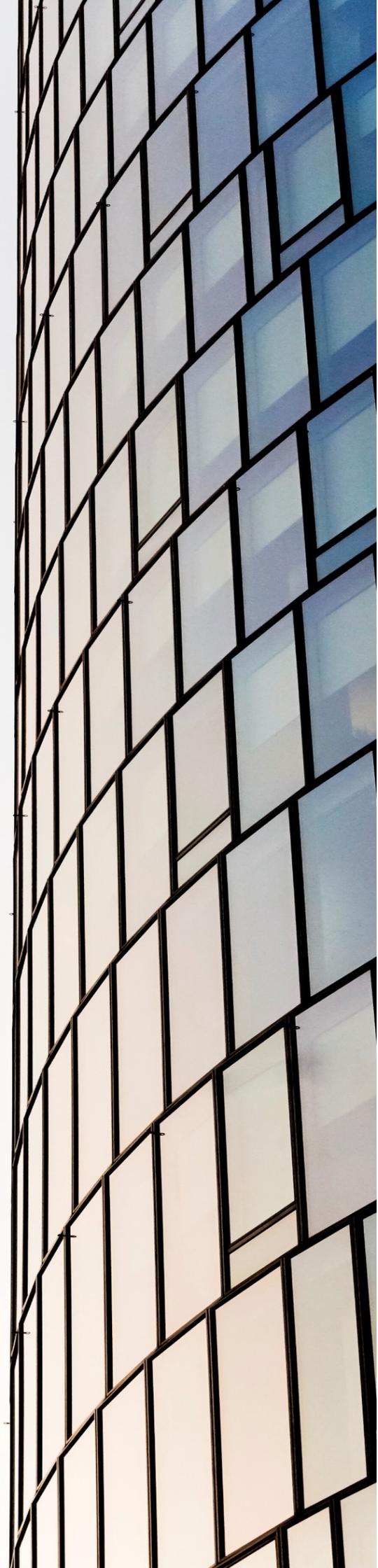
# Public Sector Newsletter n. 4/2017

**Tax & Legal**

Luglio 2017

---

[kpmg.com/it](http://kpmg.com/it)



# In primo piano

[Dopo una lunga gestazione, ecco il 'Correttivo' al Codice dei contratti pubblici - Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 \(G.U. 5/5/2017, n. 22\)](#)

[Emendamento del Governo: nuovo potere all'A.N.AC.? - Emendamento 26/5/2017, AC444](#)

[A.N.AC.: nuovi adempimenti informativi per i titolari di concessioni non affidate mediante procedura ad evidenza pubblica - A.N.AC., Comunicato del Presidente 17/5/2017](#)

[I comunicati del Presidente A.N.AC. non hanno efficacia vincolante - TAR Umbria, Perugia, sez. I, sentenza 31/5/2017, n. 428](#)

[Offerta esclusa se manca la firma del tecnico sul progetto - TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 30/5/2017, n. 2908](#)

[Confronto a coppie: è necessario l'utilizzo della tabella triangolare - Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24/5/2017, n. 2445](#)

[Centro decisionale unico tra concorrenti: ecco gli indici rilevatori - Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa, Trento, sez. I, sentenza 26/4/2017, n. 142](#)

[L'amministrazione concedente non può partecipare ad una propria gara - TAR Toscana, Firenze, sez. III, sentenza 27/3/2017, n. 461](#)

[Prodotti medici: offerta nulla se non omologati e iscritti negli elenchi ministeriali - Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 26/5/2017, n. 2514](#)

[Adottato il 'Correttivo' al TU in materia di società a partecipazione pubblica - Decreto Legislativo 16/6/2017 \(G.U. 26/6/2017, n. 147\)](#)

[Proroga per il termine di iscrizione nell'elenco dei soggetti che affidano direttamente alle in house - A.N.AC., Comunicato del Presidente 10/5/2017](#)

[Schema di aggiornamento delle Linee guida sulle società e gli enti in controllo pubblico: parere positivo del Consiglio di Stato - Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, Parere del 29/5/2017, n. 1257](#)

[L'A.N.AC. chiarisce i propri ambiti di intervento - A.N.AC., Comunicato del Presidente 27/4/2017](#)

[Impugnazione di affidamenti in house: si applica il rito appalti - A.N.AC., Comunicato del Presidente 27/4/2017](#)

[È legittima una normativa nazionale che permette ai soli partecipanti di ricorrere avverso una procedura di gara? - TAR Liguria, Genova, sez. II, ordinanza 29/3/2017, n. 263](#)

# Contratti Pubblici

## Norme

### Dopo una lunga gestazione, ecco il 'Correttivo' al Codice dei contratti pubblici

Dopo circa un anno dall'adozione del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), il Governo ha emanato il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. 'Correttivo', con cui ha modificato la disciplina in materia di affidamenti pubblici.

Il 'Correttivo' ha inciso in modo significativo sul D.Lgs. n. 50/2016, semplificando peraltro anche la relativa denominazione in 'Codice dei contratti pubblici'.

Tra le tante modifiche apportate, si segnalano:

- la gratuità del soccorso istruttorio;
- l'obbligatoria previsione nei bandi di gara relativi ad appalti ad alta intensità di manodopera di clausole di stabilità occupazionali;
- l'inserimento tra i motivi di esclusione di nuove fattispecie;
- il mutamento del numero dei soggetti da consultare per i contratti sotto soglia comunitaria.

*Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (G.U. 5/5/2017, n. 22)*

### Emendamento del Governo: nuovo potere all'A.N.AC.?

Il Governo ha presentato un emendamento finalizzato ad attribuire all'A.N.AC. la facoltà di agire in giudizio contro i bandi, gli atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di qualsiasi Stazione Appaltante che violino le norme in materia di contrattualistica pubblica.

Nel caso gravi violazioni, l'Authority potrà infatti inviare un parere motivato alla Stazione Appaltante, indicando i vizi di legittimità riscontrati.

Se la Stazione Appaltante non si adegua entro il termine fissato, l'A.N.AC. potrà presentare ricorso al giudice amministrativo nei successivi 30 giorni.

L'emendamento sembra finalizzato a restituire all'Autorità un potere di intervento attivo rispetto agli atti adottati dalle Stazioni Appaltanti.

Si ricorda infatti che, con l'adozione del D.Lgs. n. 56/2017 (c.d. 'Correttivo'), è stato abrogato dal D.Lgs. n. 50/2016 la norma che riconosceva all'A.N.AC. il potere di comminare sanzioni nel caso in cui la Stazione Appaltante non si fosse adeguata alle indicazioni espresse nelle proprie raccomandazioni vincolanti.

*Emendamento 26/5/2017, AC444*

### Pubblicato il decreto sul monitoraggio antimafia per le infrastrutture prioritarie

Il Ministero dell'Interno ha adottato il Decreto con cui ha individuato le procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari al fine di prevenire e di reprimere i tentativi di infiltrazione mafiosa.

Il provvedimento definisce le metodologie da eseguirsi ai fini del monitoraggio e individua le pubbliche amministrazioni che dovranno cooperare nello scambio dei dati e nelle informazioni rilevanti a tali fini.



Il Decreto prevede inoltre l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, del '*Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari*' (CCASIIP), al quale sono devolute funzioni di impulso e di indirizzo nelle attività di monitoraggio.

Tra i tanti poteri assegnati al Comitato, si segnala la facoltà di predisporre Linee guida in materia di controlli antimafia sui contratti pubblici.

*Decreto del Ministero dell'Interno 21/3/2017 (G.U. 6/4/2017, n. 81)*

### **Investimenti per i siti italiani tutelati dall'UNESCO**

Nell'ambito della L. n. 44/2017, sono stati autorizzati 800.000 euro di spesa per l'anno 2016 per sostenere gli investimenti finalizzati alla riqualificazione e alla valorizzazione dei siti italiani tutelati dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO).

Le stesse somme sono inoltre destinate al patrimonio culturale immateriale, come definito dalla relativa Convenzione adottata a Parigi il 17 ottobre 2003.

*Legge 8/3/2017, n. 44 (G.U. 6/4/2017, n. 81)*

## **Prassi**

### **Approvato il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha approvato il '*Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019*'.

Si tratta del documento di indirizzo strategico ed economico con cui viene definito il modello di riferimento per lo sviluppo dell'informatica pubblica italiana e la strategia operativa di trasformazione digitale del Paese.

Il Piano avvia il percorso che consentirà a livello nazionale di adeguarsi all'obiettivo di risparmio del 50% della spesa annuale per la gestione corrente del settore informatico.

Le indicazioni contenute nel Piano rappresentano un quadro di riferimento per il mercato ICT.

*Agenzia per l'Italia Digitale, Comunicato del 31/5/2017*

### **Adottato il nuovo Piano nazionale per la cyber security**

Con comunicato pubblicato sul proprio sito istituzionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha annunciato di aver adottato il '*Piano nazionale per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica*'.

È un provvedimento dalle finalità sicuramente innovative, essendo mirato a pianificare un sistema nazionale di *cyber security* al fine di proteggere i sistemi informatici dai possibili attacchi esterni cui possono essere sottoposti.

Il Piano individua gli indirizzi operativi, gli obiettivi da conseguire e le linee d'azione da porre in essere per dare concreta attuazione al Quadro Strategico Nazionale per la sicurezza dello spazio cibernetico (QSN).

*Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comunicato del 31/5/2017*

### **Acquisto fuori dal MePa e dalle convenzioni Consip in caso di carburanti a prezzi più vantaggiosi**

In caso di acquisto di carburanti, l'obbligo delle amministrazioni comunali di ricorrere al Mercato elettronico della PA (c.d. '*MePa*') e alle convenzioni Consip trova una deroga qualora gli affidamenti posti in essere al di fuori di tali sistemi conseguano corrispettivi inferiori almeno del 3%.

Tale deroga è contenuta nell'art. 1, comma 7, della L. n. 95/2012, il quale tuttavia non trova applicazione per le annualità 2017, 2018 e 2019.

La vicenda nasce da una richiesta di parere di un Sindaco di un Comune veneto sulla possibilità di acquistare, in via autonoma, il gasolio e la benzina per i mezzi comunali.



Nel caso specifico, il Sindaco ha sottolineato che i prezzi applicati in forza della convenzione Consip sarebbero stati molto più alti di quelli praticati dai locali distributori di carburante, con una differenza di oltre il 10%.

*Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Veneto, Deliberazione 29/5/2017, n. 348/2017/PAR*

## Regione Sicilia: le prime indicazioni applicative sulle modifiche apportate dal 'Correttivo'

La Regione Sicilia ha adottato una circolare con cui ha illustrato le novità di maggior impatto apportate dal D.Lgs. n. 56/2017 (c.d. 'Correttivo') al D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici') e le relative indicazioni applicative.

La circolare può essere consultata sul sito istituzionale della Regione.

*Regione Sicilia, Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità, Circolare del 26/5/2017, prot. n. 113312*

## A.N.AC.: nuovi adempimenti informativi per i titolari di concessioni non affidate mediante procedura ad evidenza pubblica

Nella prospettiva di futuri controlli in merito alla positiva attuazione dell'art. 177, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), l'A.N.AC. ha adottato l'apposito modulo che i concedenti e i concessionari di lavori, servizi e forniture, non affidati con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, dovranno inviare tramite pec all'indirizzo [protocollo@pec.anticorruzione.it](mailto:protocollo@pec.anticorruzione.it).

I concedenti e i concessionari devono trasmettere il modulo compilato entro 90 giorni dalla pubblicazione del relativo comunicato.

*A.N.AC., Comunicato del Presidente 17/5/2017*

## Modifiche delle concessioni in corso di esecuzione: i presupposti vanno valutati in concreto

L'accertamento delle condizioni per la modifica di un rapporto concessorio in corso di esecuzione è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione, la quale è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso di tale istituto regolamentato dall'art. 175 del del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici').

Nello specifico, la Stazione Appaltante è tenuta:

- a valutare in concreto le reali esigenze sottese alla modifica del rapporto, tali da non consentire l'affidamento mediante appalti separati;
- ad accertare l'impraticabilità del cambiamento del concessionario per motivi economici o tecnici;
- a valutare se tale cambiamento comporti per la stessa un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi.

*A.N.AC., Delibera 28/4/2017, n. 388*

## Le attività manutentive non rientrano tra le funzioni tecniche incentivate

Le funzioni tecniche oggetto di incentivo sono solo quelle tassativamente elencate nel secondo comma dell'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici').

Le funzioni in questione infatti non possono essere soggette ad interpretazione estensiva, stante la presenza dell'avverbio 'esclusivamente' nella norma in parola.

Per tali ragioni, la Corte dei Conti ha affermato che le attività di manutenzione non fanno parte dell'elenco delle funzioni tecniche incentivate.

*Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Umbria, Deliberazione 26/4/2017, n. 51/2017/PAR*



## A.N.AC.: conclusa la fase consultazione sull'atto relativo all'affidamento dei servizi legali

Lo scorso 10 maggio 2017 l'A.N.AC. ha concluso la fase di consultazione sull'atto di regolazione adottato in merito all'affidamento dei servizi legali.

Il documento sarà finalizzato a fornire indicazioni alle Stazioni Appaltanti sulle modalità di affidamento di tali servizi alla luce della nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici').

L'intervento dell'*Authority* si è reso necessario per fornire delucidazioni alle tante richieste di chiarimenti pervenute in merito alle procedure da seguire.

*A.N.AC., Consultazioni online del 10/4/2017*

## Individuate le misure minime di sicurezza ICT per le P.A.

L'Agenzia per l'Italia Digitale ha adottato la circolare sulle '*Misure minime di sicurezza ICT per le pubbliche amministrazioni*'.

L'obiettivo della circolare è quello di contrastare le minacce più comuni e frequenti cui sono soggetti i sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni.

Le misure minime sono contenute nell'allegato alla circolare, che ne costituisce parte integrante.

*Agenzia per l'Italia Digitale, Circolare 17/3/2017, n. 17 (G.U. 4/4/2017 n. 79)*

## Procedura negoziata senza pubblicazione del bando: i presupposti vanno dettagliati

Nel caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), è compito della Stazione Appaltante procedere con la rigorosa verifica, sia da un punto di vista tecnico che economico, della mancanza delle soluzioni alternative richieste dalla citata disposizione per giustificare l'unicità del fornitore.

Delle medesime ragioni la Stazione Appaltante deve darne espressamente conto nella determina o nella delibera a contrarre.

Nel caso specifico, l'A.N.AC. ha preso in esame la richiesta di parere sottoposta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla sussistenza delle condizioni per l'affidamento del servizio di manutenzione e monitoraggio del funzionamento della Rete Accelerometrica Nazionale e dell'Osservatorio sismico delle strutture, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, allo stesso produttore della strumentazione sismica.

*A.N.AC., Delibera del 22/3/2017, n. 294*

## Verifica di anomalia dell'offerta: l'amministrazione ha l'obbligo di motivare (anche in caso di esito positivo)

In caso di verifica di congruità con esito positivo, permane in capo all'amministrazione l'obbligo di motivazione.

L'amministrazione infatti ha il dovere di illustrare, anche sinteticamente, le ragioni per le quali ritiene di condividere i chiarimenti forniti dall'operatore economico, individuando gli aspetti che li rendono plausibili e fondati.

*A.N.AC., Delibera del 8/3/2017, n. 246*



## Giurisprudenza

### I comunicati del Presidente A.N.AC. non hanno efficacia vincolante

Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso proceduralizzato e partecipato, i comunicati del Presidente dell'A.N.AC. sono pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la Stazione Appaltante e gli operatori economici.

I comunicati del Presidente, infatti, sono mere considerazioni inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici.

*TAR Umbria, Perugia, sez. I, sentenza 31/5/2017, n. 428*

### Nessun obbligo (procedimentale) di comunicare i motivi ostativi

Nelle procedure ad evidenza pubblica non trova applicazione la regola contenuta nell'art. 10-bis, della L. n. 241/1990, che impone alle amministrazioni di comunicare i motivi che ostano all'accoglimento della domanda formulata dal privato.

Tale disposizione, infatti, per sua espressa previsione, subisce un'eccezione nel caso delle procedure concorsuali, nelle quali vengono ricondotte anche quelle di gara.

*TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sentenza 31/5/2017, n. 882*

### Offerta esclusa se manca la firma del tecnico sul progetto

Nel caso in cui il progetto rappresenti elemento costitutivo dell'offerta tecnica, il difetto di sottoscrizione da parte del tecnico abilitato costituisce mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, con conseguente esclusione del concorrente.

In tali casi, infatti, la carenza di sottoscrizione del singolo elaborato di cui si compone il progetto è capace di intaccare la genuinità tecnica di tutta la documentazione progettuale prodotta in gara.

*TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 30/5/2017, n. 2908*

### L'anomalia dell'offerta è legata a filo doppio con l'utile

Non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato.

Alla luce di ciò, il Consiglio di Stato ha affermato che il ricorrente che lamenti l'anomalia dell'offerta presentata da un altro concorrente in una procedura ad evidenza pubblica ha l'onere di allegare, in modo specifico e dettagliato, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29/5/2017, n. 2556*

### No al soccorso istruttorio in caso di omessa dichiarazione (integrale) delle condanne

Il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire all'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), del previgente D.Lgs. n. 163/2006.

Il soccorso istruttorio, infatti, è un istituto adoperabile unicamente per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già acquisiti agli atti di gara.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29/5/2017, n. 2548*



## Il soccorso istruttorio non può emendare le mancanze delle offerte

Analogamente a quanto previsto nel previgente D.Lgs. n. 163/2006, il soccorso istruttorio non si applica in caso di mancanze, incompletezze ed altre irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica.

Quanto detto trova oggi collocazione normativa nell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (*i.e.*, 'Codice dei contratti pubblici'), che è finalizzato a presidiare i principi di *par condicio* dei concorrenti e di immodificabilità delle offerte.

*TAR Veneto, Venezia, sez. I, sentenza 26/5/2017, n. 519*

## Accesso alla documentazione amministrativa e ai verbali: non si applica il differimento

Il differimento del diritto di accesso alla fase di aggiudicazione, previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (*i.e.*, 'Codice dei contratti pubblici'), è limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche.

L'operatore economico può dunque accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti già nella fase iniziale della procedura selettiva.

Il giudice amministrativo ha infatti sottolineato che, una volta conclusa la fase delle ammissioni e delle esclusioni alla procedura di gara, non sussiste alcuna esigenza di differimento delle richieste di accesso alla documentazione amministrativa.

*TAR Veneto, Venezia, sez. I, sentenza 26/5/2017, n. 512*

## Confronto a coppie: è necessario l'utilizzo della tabella triangolare

Nel caso in cui la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta debba compiersi col metodo del confronto a coppie, l'utilizzo della tabella triangolare (*i.e.*, allegato 'G' del d.P.R. n. 207/2010) è momento essenziale della procedura di gara.

L'utilizzo della tabella triangolare, infatti, costituisce l'unica modalità per verificare se i punteggi assegnati siano stati attribuiti conformemente all'esito dei vari confronti a due a due e se i diversi elementi qualitativi siano stati valutati nel rispetto dei principi della logica comparativa.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24/5/2017, n. 2445*

## I requisiti di esecuzione vanno detenuti all'esito della procedura

La richiesta ad un operatore economico da parte della Stazione Appaltante di dotarsi sin dal momento iniziale della procedura di gara di un requisito di esecuzione del servizio è eccessiva rispetto agli interessi dell'amministrazione stessa.

Da un lato, infatti, l'operatore economico viene aggravato di un onere che ben può essere assolto all'esito della procedura di gara; dall'altro, nessun ostacolo alla selezione di un soggetto effettivamente idoneo è ravvisabile nel fatto che lo stesso possa conseguire i requisiti di esecuzione all'esito della procedura di gara.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24/5/2017, n. 2443*

## Procedura di concordato: ai fini della partecipazione conta il decreto di omologa

Ai fini della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, la procedura di concordato si esaurisce con il decreto di omologa.

Infatti, solo a seguito della pronuncia del decreto di omologa, l'imprenditore riacquista la piena capacità di agire e, dunque, la facoltà di partecipare a procedure di affidamento.

*Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa, Trento, sez. I, sentenza 24/5/2017, n. 179*



## La verifica di anomalia dell'offerta è un procedimento ad ampia discrezionalità

Le valutazioni che sottostanno alla decisione di sottoporre a verifica di anomalia le offerte presentate in sede di gara sono connaturate da una ampia discrezionalità.

La verifica dell'anomalia dell'offerta è infatti finalizzata a vagliare la corretta esecuzione del contratto posto a gara e costituisce una cautela preventiva della Stazione Appaltante, attraverso la quale essa anticipa nella fase dell'evidenza pubblica un approfondimento delle caratteristiche dell'offerta.

*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 23/5/2017, n. 2395*

## Obbligo di allegare il contratto di avalimento, anche nei casi infragruppo

Nel sistema predisposto dal D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), non ha più spazio la deroga prevista dal D.Lgs. n. 163/2006 all'obbligo di produrre il contratto di avalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo.

Del resto, l'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede ormai il generale obbligo di allegare il relativo contratto.

*TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 9/5/2017, n. 5545*

## Impossibile individuazione del contenuto dell'offerta di gara e del soggetto responsabile: non si applica il soccorso istruttorio

Non sono emendabili con il soccorso istruttorio le carenze della documentazione presentata in sede di gara che non consentano l'individuazione del contenuto e del soggetto responsabile.

Tale limite si evince dalla formulazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), e si pone in linea di continuità con quanto precedentemente previsto dagli artt. 38 e 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 8/5/2017, n. 2093*

## Cessione di ramo d'azienda: l'operazione va esaminata in concreto

Nel previgente D.Lgs. n. 163/2006, la regola dell'immutabilità soggettiva dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta trovava alcune eccezioni, quali la cessione o l'affitto di un ramo d'azienda, che devono tuttavia sussistere in concreto.

Diversamente, l'uso elusivo di tali deroghe si risolverebbe in un mero *escamotage* per sottrarsi ai limiti imposti dalla disciplina alle modificazioni soggettive dei concorrenti.

*Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa, Trento, sez. I, sentenza 12/5/2017, n. 170*

## Centro decisionale unico tra concorrenti: ecco gli indici rilevatori

La sussistenza di un unico centro decisione tra partecipanti alla medesima procedura, sanzionato con l'esclusione dall'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici'), viene ravvisata nella presenza di rilevatori plurimi, precisi e concordanti, come la presenza di legami parentali, l'analogia nelle modalità di presentazione delle offerte e la coincidenza delle sedi o residenze degli offerenti.

*Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa, Trento, sez. I, sentenza 26/4/2017, n. 142*

## Disciplina dell'accordo quadro: rimessione alla Corte di Giustizia UE

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE due questioni pregiudiziali in ordine all'istituto dell'accordo quadro.

In particolare, il Consesso amministrativo si domanda se la normativa comunitaria (i.e., artt. 2, comma 5, e 32 della direttiva 2004/18/UE e art. 33 della direttiva 2014/24/UE) consente:

- la stipulazione di un accordo quadro in cui un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso;
- la determinazione della quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici solo in seguito alla conclusione di accordi successivi rispetto all'accordo quadro.

*Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 11/4/2017, n. 1690*



## Separazione tra offerta tecnica ed economica: non è violata, se non è possibile ricostruire il prezzo

Il principio della separazione tra offerta tecnica e offerta economica non è violato in caso di indicazioni di natura economica incluse nell'offerta tecnica che non consentono la ricostruzione del prezzo offerto.

In tali casi, infatti, le esigue componenti economiche contenute nell'offerta tecnica non sono, di per sé, idonee a condizionare e alterare il giudizio dell'organo valutatore.

*TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza 7/4/2017, n. 1889*

## La mancata suddivisione in lotti va congruamente motivata

Analogamente a quanto previsto nella previgente disciplina, anche il D.Lgs. n.50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici') privilegia la suddivisione in lotti allo scopo di ampliare la concorrenza.

La mancata suddivisione in lotti costituisce infatti un'eccezione, considerato che, in tali casi, grava sulle Stazioni Appaltanti l'obbligo di motivare la decisione nel bando di gara, nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli.

*TAR Lazio, Roma, sez. I quater, sentenza 6/4/2017, n. 4293*

## Gare vecchio Codice dei contratti: incompatibilità del commissario con incarichi amministrativi

Per le gare pubbliche sottoposte al previgente D.Lgs. n. 163/2006, i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Tale prescrizione era contenuta nell'art. 84 del D.Lgs. in questione, il quale mirava a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti discorsivi e favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara etc.) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura.

*TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sentenza 6/4/2017, n. 603*

## Sottoscrizione dell'offerta tecnica: basta la firma in calce

La mancata sottoscrizione di alcune pagine dell'offerta tecnica non pregiudica la sua paternità.

Il requisito della sottoscrizione dell'offerta, infatti, si intende assolto con l'apposizione della formalità in questione in calce al relativo documento.

*TAR Campania, Salerno, sez. I, sentenza 6/4/2017, n. 667*

## Illegittimo il bando che non specifica il peso dell'offerta tecnica ed economica

Nel caso di procedura governata dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara che non specifichi la ripartizione dei complessivi 100 punti fra l'offerta economica e l'offerta tecnica è illegittimo.

Tale mancanza, infatti, non consente l'effettivo espletamento di un confronto concorrenziale, non essendo specificato il peso attribuibile alle singole componenti dell'offerta.

*TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, sentenza 5/4/2017, n. 27*

## Divieto di commistione dei momenti di valutazione dell'offerta tecnica ed economica

Nelle procedure ad evidenza pubblica, rappresenta principio consolidato che nessun elemento economico debba essere reso noto alla commissione prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica.

La conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice è infatti di per sé idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, del processo valutativo sulla componente tecnica.

*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 3/4/2017, n. 1530*



### **La scelta di non aggiudicare una procedura non rientra nel potere di autotutela**

Per le gare regolate dal previgente D.Lgs. n. 163/2006, la facoltà della Stazione Appaltante di non procedere con l'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto (*i.e.*, art. 81, comma 3) si configura come un potere fondato su ragioni di pubblico interesse e non è riconducibile all'esercizio dell'autotutela amministrativa.

Si tratta, infatti, di una decisione connotata da ampi margini di discrezionalità e connessa alle specifiche esigenze di approvvigionamento dell'ente.

*TAR Veneto, Venezia, sez. III, sentenza 3/4/2017, n. 334*

### **L'amministrazione concedente non può partecipare ad una propria gara**

L'amministrazione che assumi in sé la qualità di concedente di una concessione demaniale marittima e di soggetto partecipante alla gara per la relativa assegnazione pregiudica l'imparzialità del confronto concorrenziale.

Detta circostanza pregiudica la legittimità della procedura anche a prescindere dall'accertamento del maggiore o minore pregio dell'offerta comunale rispetto a quelle presentate dalle imprese partecipanti.

*TAR Toscana, Firenze, sez. III, sentenza 27/3/2017, n. 461*



# Diritto sanitario e farmaceutico

## Giurisprudenza

### **Prodotti medici: offerta nulla se non omologati e iscritti negli elenchi ministeriali**

L'omologazione e l'iscrizione nei relativi elenchi presso il Ministero della Salute sono condizioni prescritte da appositi decreti ministeriali e configurano un requisito legale dei prodotti medici.

In difetto di detti presupposti, tali beni non sono commerciabili, con la conseguente inammissibilità di un'offerta in gara che abbia a oggetto prodotti non regolarmente certificati e registrati.

*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 26/5/2017, n. 2514*

### **Illegittimo il divieto di commercializzazione dei farmaci ad ingrossi e farmacie**

È illegittima la diffida emessa da una Azienda Sanitaria Locale con la quale si impone ad una farmacia di vendere medicinali alla sola utenza e si vieta la possibilità di commercializzarli ai grossisti o ad altre farmacie.

Nel sistema attuale, infatti, è stata eliminata l'incompatibilità fra distribuzione all'ingrosso e fornitura al pubblico.

È dunque possibile l'esercizio da parte dei farmacisti dell'attività di commercializzazione dei farmaci, non solo nei confronti degli utenti, ma anche nei confronti di altri farmacisti o di distributori all'ingrosso.

*TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza 24/1/2017, n. 144*



# Servizi pubblici locali e società pubbliche

## Norme

### Adottato il 'Correttivo' al TU in materia di società a partecipazione pubblica

Lo scorso 27 giugno 2017 è entrato in vigore il D.Lgs. n. 100/2017 avente ad oggetto disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. n. 175/2016, (i.e., 'Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica').

Le modifiche al testo unico si sono rese necessarie dopo la sentenza della Corte Costituzionale sulla riforma Madia che ha imposto la ricerca di un accordo con Regioni ed Enti Locali.

Tra le novità si segnalano le seguenti:

- le partecipate non potranno più corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività o erogare trattamenti di fine mandato;
- il CdA di tali società non potrà affidare deleghe di gestione a un solo amministratore, a meno che si tratti del presidente;
- è stata eliminata la carica di vicepresidente e introdotti scaglioni di stipendio con un tetto massimo di 240 mila euro.

*Decreto Legislativo 16/6/2017 (G.U. 26/6/2017, n. 147)*

### Aggiornamento degli schemi di bilancio ex D.Lgs. n. 118/2011

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha aggiornato con Decreto gli schemi di bilancio allegati al D.Lgs. n. 118/2011.

Sono sottoposti all'adozione del bilancio secondo gli schemi da ultimo aggiornati le Regioni, gli Enti Locali e i loro organismi.

*Ministero dell'Economia e delle Finanze, Decreto 18/5/2017 (G.U. 1/6/2017, n. 123)*

## Prassi

### Proroga per il termine di iscrizione nell'elenco dei soggetti che affidano direttamente alle in house

Prorogato al 15 settembre 2017 il termine di presentazione della domanda di iscrizione all'elenco detenuto dall'A.N.AC. delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto all'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016 (i.e., 'Codice dei contratti pubblici').

Il precedente termine era fissato al 27 giugno 2017.

*A.N.AC., Comunicato del Presidente 10/5/2017*



## La mobilità del pubblico impiego non si applica al personale delle società a partecipazione pubblica

Considerata la differente collocazione sistematica delle relative discipline, l'art. 30 del D.Lgs. 165/2001 sulla mobilità del pubblico impiego non è applicabile al settore del personale delle società a partecipazione pubblica assunto al di fuori di un concorso o di una selezione pubblica.

Nell'affermare tale principio, la Sezione regionale della Corte dei Conti ha rammentato come la Corte costituzionale abbia più volte censurato le leggi regionali che consentissero meccanismi di reinternalizzazione attraverso il passaggio automatico dall'impiego privato (società partecipata) a quello pubblico (Ente territoriale), aggirando la regola che condiziona l'acquisizione dello *status* di dipendente pubblico al previo esperimento di un pubblico concorso.

*Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Campania, Deliberazione 19/4/2017, n. 56/2017/PAR*

## È obbligatoria la doppia asseverazione dei conti da parte dei revisori dell'organismo controllato e dell'ente controllante

È obbligatoria la doppia asseverazione dei debiti e dei crediti da parte dell'organo di revisione dell'ente territoriale e di quello dell'organismo controllato al fine di evitare eventuali incongruenze e garantirne una piena attendibilità.

Detto obbligo è esplicitamente previsto dall'articolo 11, comma 6, lett. j), D.Lgs. 118/2011.

Alla luce di ciò, la Sezione regionale della Corte dei Conti ha raccomandato al Comune di Borghi di individuare strumenti idonei al fine di poter assicurare, per il futuro, il pieno adempimento all'obbligo normativo.

Nel caso in esame, l'Ente in questione ha, infatti, trasmesso alla Corte dei Conti una nota debitamente asseverata dal proprio organo di revisione, ma non ha trasferito la medesima attestazione rilasciata dalle singole società, asseverata dai rispettivi organi di revisione.

*Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Emilia Romagna, Deliberazione 9/5/2017, n. 85/2017/PRSE*

## Incarico di amministrazione di azienda speciale: rimborsabili anche vitto e alloggio

L'amministratore di un'azienda speciale ha diritto al rimborso delle spese sostenute, seppure tale carica sia di natura onorifica.

Del resto, la normativa in materia (*i.e.*, art. 6, comma 2, del D.L. n. 78/2010) non esclude la rimborsabilità delle spese sostenute.

Nel caso in esame, la Sezione regionale della Corte dei Conti ha enucleato nella nozione di spese rimborsabili anche quelle relative al vitto e all'alloggio.

*Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Lombardia, Deliberazione 14/4/2017, n. 101/2017/PAR*

## Giurisprudenza

### Ricorso al modello organizzativo del partenariato: la motivazione deve essere resa a monte del processo

L'obbligo di motivazione di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016 (*i.e.*, 'Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica'), sul ricorso al modello organizzativo del partenariato pubblico privato non opera al momento della redazione del bando indetto per la selezione del socio privato, ma al momento della scelta presa a monte dall'amministrazione.

E' quindi nella fase iniziale che l'amministrazione è tenuta a dar conto delle ragioni che rendono più conveniente il modello del partenariato pubblico privato piuttosto che la completa esternalizzazione a soggetti privati o la gestione in economia.

*TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza 30/3/2017, n. 152*



## **Amministratore di una concessionaria di pubblico servizio: riconoscimento (penale) della qualifica di incaricato di pubblico servizio**

L'amministratore delegato di una società per azioni concessionaria incaricata di pubblico servizio svolge un'attività connessa ad una funzione amministrativa, e in quanto tale è assoggettato ai relativi reati prescritti dal codice penale.

Infatti, sotto il versante penalistico, la qualificazione pubblicistica di un soggetto non dipende dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con lo Stato o con altro ente pubblico ma dall'attività in concreto svolta, la quale a seconda dei casi può ricondursi nella pubblica funzione o nel pubblico servizio.

*Corte di Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 28/3/2017, n. 15482*

## **Società in house: le procedure di assunzione appartengono alla giurisdizione ordinaria**

Le procedure seguite dalle società cosiddette *in house* per l'assunzione di personale dipendente sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono pervenute a tale pronuncia sottolineando che, anche se dette società rappresentano articolazioni della pubblica amministrazione, la scelta del modello privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite fa sì che le procedure per l'assunzione del personale rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario.

*Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 27/3/2017, n. 7759*



# Anticorruzione e Trasparenza

## Prassi

### **Schema di aggiornamento delle Linee guida sulle società e gli enti in controllo pubblico: parere positivo del Consiglio di Stato**

L'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato ha rilasciato parere positivo allo schema A.N.AC. di 'Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici'.

Le Linee guida oggetto dello schema sostituiranno quelle adottate dall'A.N.AC. con determinazione n. 8/2015 e rispondono all'esigenza di tener conto della disciplina sopravvenuta, in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, ad opera del D.Lgs. 97/2016.

*Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, Parere del 29/5/2017, n. 1257*

### **L'A.N.AC. chiarisce i propri ambiti di intervento**

In risposta alle numerose segnalazioni e richieste di intervento riguardanti fattispecie estranee alle funzioni attribuite all'A.N.AC., il Presidente dell'*Authority* ha chiarito il perimetro di intervento dell'ente e le tipologie di segnalazioni cui non possono far seguito attività di vigilanza o verifica.

Il Presidente precisa che lo scopo del comunicato è, in primo luogo, quello di evitare che si producano nei soggetti richiedenti aspettative circa un intervento da parte dell'Autorità; in secondo luogo, quello di ridurre le richieste di intervento estranee alle competenze dell'A.N.AC. la cui valutazione comporta il conseguenziale rallentamento sull'attività istruttoria inerente alle istanze di propria pertinenza.

Nel comunicato vengono riportate alcune tipologie di segnalazioni che l'Autorità non prenderà in considerazione, tra le quali in via esemplificativa si menzionano:

- le segnalazioni di fatti o comportamenti tese all'accertamento di responsabilità esclusivamente penali e/o erariali;
- le segnalazioni riguardanti presunti illeciti commessi da magistrati;
- le richieste di annullamento di procedure selettive o concorsuali;
- segnalazioni di mere disfunzioni organizzative o rivendicazioni sindacali;
- segnalazioni di casi di assenteismo dal lavoro;
- segnalazioni di casi di malasanità.

*A.N.AC., Comunicato del Presidente 27/4/2017*



# Processo e Procedimento Amministrativo

## Giurisprudenza

### Impugnazione di affidamenti in house: si applica il rito appalti

Le impugnazioni di affidamenti *in house* sono regolate dalle previsioni processualistiche in tema di appalti pubblici, con il conseguenziale dimezzamento dei termini per proporre il ricorso di primo grado.

A tale conclusione si perviene, in primo luogo, sulla base dell'ampiezza delle formule impiegate dal Legislatore nella redazione degli artt. artt. 119, comma 1, lett. a), e 120 c.p.a., i quali rispettivamente recano le rubriche '*Procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*' e '*Atti delle procedure di affidamento*'.

In secondo luogo, depone in tal senso anche la comunanza degli affidamenti *in house* alle esigenze sottese a questo speciale procedimento giurisdizionale, e cioè la spiccata celerità dell'*iter* processuale.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29/5/2017, n. 2533*

### Criterio di aggiudicazione illegittimo: immediata impugnazione

Nel caso in cui un aspirante concorrente ad una procedura di gara si dolga dell'erroneità del criterio di aggiudicazione prescelto dalla Stazione Appaltante, questi ha l'obbligo di impugnare immediatamente il bando.

*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 2/5/2017, n. 2014*

### La presenza alla seduta di gara non incide sulla tempestività del ricorso avverso l'esclusione

La presenza del legale rappresentante dell'impresa alla seduta di gara nella quale la commissione ne ha deliberato l'esclusione non rende irricevibile per tardività il ricorso giurisdizionale tempestivamente proposto avverso il relativo provvedimento.

*TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza 21/4/2017, n. 275*

### La revocazione è uno strumento eccezionale

Il rimedio della revocazione avverso una sentenza, disciplinato dall'art. 395 c.p.c., ha natura straordinaria.

Da ciò ne discende che perché si possa ricorrere per errore di fatto revocatorio – particolare figura di tale strumento di gravame – è necessario che il giudice sia incorso in omissione di pronuncia o abbia esteso la decisione a domande o ad eccezioni non rinvenibili negli atti del processo, per svista sulla percezione delle risultanze materiali del processo.

Lo stesso rimedio non può essere utilizzato per contestare l'erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali o l'anomalia del procedimento logico sotteso all'emanazione della pronuncia.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19/4/2017, n. 1820*



## **Non si applica il rito superaccelerato in caso di omessa pubblicazione del provvedimento ammessi-esclusi**

In caso di omessa pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento c.d. 'ammessi-esclusi', la relativa prescrizione processuale per l'eventuale impugnativa si rivela del tutto inattuabile.

In tali casi viene infatti a mancare il presupposto logico per la decorrenza del termine previsto dal c.d. 'rito superaccelerato'.

*TAR Puglia, Bari, sez. III, sentenza 5/4/2017, n. 340*

## **Appello per rito superaccelerato: decorre dalla comunicazione del deposito della sentenza**

Nel rito appalti 'superaccelerato' la 'comunicazione della sentenza', che il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. enuclea quale termine di decorrenza per la proposizione dell'appello, coincide con la comunicazione alle parti costituite dell'avvenuto deposito della decisione.

*Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31/3/2017, n. 1501*

## **È legittima una normativa nazionale che permette ai soli partecipanti di ricorrere avverso una procedura di gara?**

Il TAR Liguria ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale in ordine alla presunta incompatibilità con la normativa europea delle disposizioni nazionali (art. 100 c.p.c. e 39 c.p.a.) che riconoscono la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura.

Il giudice nazionale, in particolare, si interroga sulla conformità comunitaria delle disposizioni nazionali che presuppongono un interesse sostanziale per adire in giudizio rispetto agli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE.

La direttiva in questione ha ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

*TAR Liguria, Genova, sez. II, ordinanza 29/3/2017, n. 263*





## Contatti

### Cristiano Ereddia

T: +39 06 809 631

E: [cereddia@kpmg.it](mailto:cereddia@kpmg.it)

### Mario Natale

T: +39 06 809 631

E: [mnatale@kpmg.it](mailto:mnatale@kpmg.it)

## Sedi

### Milano

Via Vittor Pisani 27, 20124

Tel. 02 676441 - Fax 02 67644758

### Ancona

Via I° maggio 150/a, 60131

Tel. 071 2916378 - Fax 071 2916221

### Bologna

Via Innocenzo Malvasia 6, 40131

Tel. 051 4392711 - Fax 051 4392799

### Firenze

Viale Niccolò Machiavelli 29, 50125

Tel. 055 261961 - Fax 055 2619666

### Genova

P.zza della Vittoria 15/12, 16121

Tel. 010 5702225 - Fax 010 584670

### Napoli

Via F. Caracciolo 17, 80122

Tel. 081 662617 - Fax 081 2488373

### Padova

Piazza Salvemini 2, 35131

Tel. 049 8239611 - Fax 049 8239666

### Perugia

Via Campo di Marte 19, 06124

Tel. 075 5734518 - Fax 075 5723783

### Pescara

P.zza Duca D'Aosta 31, 65121

Tel 085 4210479 - Fax 085 4429900

### Roma

Via Adelaide Ristori 38, 00197

Tel. 06 809631 - Fax 06 8077459

### Torino

C.so Vittorio Emanuele II 48, 10123

Tel. 011 883166 - Fax 011 8395865

### Verona

Via Leone Pancaldo 68, 37138

Tel. 045 8114111 - Fax 045 8114390



[kpmg.com/socialmedia](http://kpmg.com/socialmedia)



[kpmg.com/app](http://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 prima aver ottenuto un parere professionale ed aver accuratamente controllato tutti i fatti relativi ad una particolare situazione.

© 2017 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').