

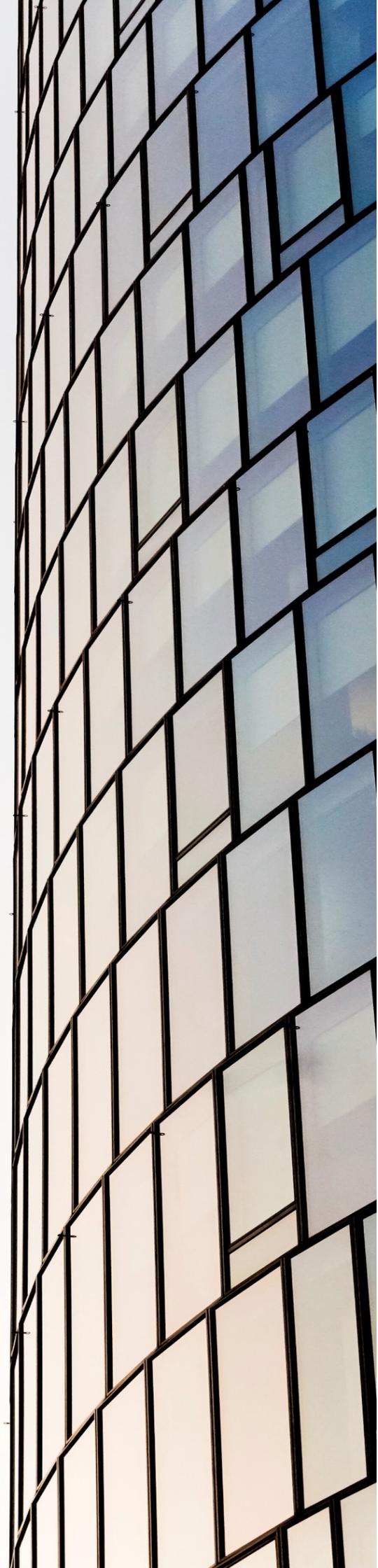


Public Sector Newsletter n. 1/2017

Tax & Legal

9 febbraio 2017

kpmg.com/it



In primo piano

[Regolamento MIT su opere 'ipertecnologiche' e 'complesse' - Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 10/11/2016, n. 248 \(G.U. del 4/1/2017, n. 3\)](#)

[Affidamento di servizi di architettura e ingegneria: i chiarimenti dell'A.N.AC. sui requisiti di partecipazione - A.N.AC. Comunicato del Presidente del 14/12/2016](#)

[Affidamento in concessione di spazio acqueo: scatta l'obbligo della gara pubblica - Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 31/1/2017, n. 394](#)

[Conflitto di interessi negli appalti pubblici: i soggetti 'interessati' - TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, sentenza 9/1/2017, n. 21](#)

[Gare farmaci: obbligatori gli accordi quadro per i biosimilari a brevetto scaduto - Legge 11/12/2016, n. 232 \(G.U. del 21/12/2016, n. 232\)](#)

[Prestazioni libero professionali intramoenia fuori ticket - Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 23/11/2016, n. 4924](#)

[Linee guida A.N.AC. relative all'elenco dei soggetti che operano con le società in house: ok del Consiglio di Stato, con osservazioni - Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 1/7/2017, n. 282](#)

[Incostituzionalità della Legge Madia: il Consiglio di Stato fa il punto - Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 17/1/2017, n. 83](#)

[Equilibrio finanziario? Attenzione ai business plan delle partecipate - Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo per la Lombardia, Deliberazione 30/12/2016, n. 1/2017/PRSP](#)

[Accesso civico generalizzato \(FOIA\): Linee guida A.N.AC. in via definitiva - A.N.AC., Determinazione del 28/12/2016, n. 1309](#)

[Obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni dopo il D.Lgs. 97/2016: lumi dell'A.N.AC. - A.N.AC., Determinazione del 28/12/2016, n. 1309](#)

[Processo amministrativo telematico: dimensioni massime degli allegati per il deposito - Segretario Generale della Giustizia Amministrativa, Decreto 23/12/2016, n. 154](#)

Contratti Pubblici

Norme

Fondo 2016 per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi: i criteri di riparto

Il Ministero dell'economia e delle finanze ha stabilito i criteri di ripartizione del Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi per l'anno 2016.

Il Fondo, istituito dall'art. 9, comma 9, del D.L. 66/2014, è destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori al fine di garantire la realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa, e prevede una dotazione di 10 milioni di euro per l'anno 2015 e di 20 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016.

Nel decreto ministeriale vengono definiti i soggetti che possono beneficiare della suddivisione delle risorse, le modalità di accesso e le relative tempistiche.

Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 20/12/2016 (G.U. del 9/1/2017, n. 7)

Regolamento MIT su opere 'ipertecnologiche' e 'complesse'

In attuazione del Codice dei Contratti, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con decreto del 10 novembre 2016, ha identificato l'elenco delle opere (*i.e.* strutture, impianti e opere speciali) per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica.

Relativamente alle opere in questione, sono altresì indicati i requisiti di specializzazione richiesti ai fini della loro esecuzione.

Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 10/11/2016, n. 248 (G.U. del 4/1/2017, n. 3)

Decreto 'Mille-proroghe': le novità in materia di contratti pubblici

Il 30 dicembre 2016 è stato approvato il decreto cd. 'Mille-proroghe', a mezzo del quale sono state introdotte importanti novità in materia di contratti pubblici e attività della P.A.

Tra le disposizioni più rilevanti, si segnalano:

- la proroga al 31 dicembre 2017 del termine entro il quale affidare i lavori di edilizia scolastica al fine di non procedere alla revoca dei finanziamenti ottenuti;
- per i comuni inclusi nell'area sismica, la proroga di 24 mesi del termine entro il quale le regioni sono autorizzate ad emettere i bandi per l'affidamento dei servizi di distribuzione del gas naturale ove gli enti locali interessati non abbiano identificato la stazione appaltante o nel caso in cui la stessa stazione non abbia provveduto ad emetterlo;
- al fine di allineare le scadenze delle concessioni per commercio su aree pubbliche, la proroga al 31 dicembre 2018 delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del decreto.

Decreto Legge 30/12/2016, n. 244 (GU del 30/12/2016, n. 304)



Prassi

Pubblicazione di avvisi e bandi: indicazioni operative del MIT

Al debutto in Gazzetta Ufficiale il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che definisce, in attuazione dell'art. 73, comma 4 del nuovo Codice dei contratti, gli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità.

Il Decreto, nel precisare tempistiche e modalità, disciplina la pubblicazione:

- di avvisi e bandi sulla piattaforma telematica che dovrà essere implementata dall'AN.AC., sui siti della stazione appaltante e sulla piattaforma informatica del MIT;
- dei bandi in Gazzetta Ufficiale e sull'Albo pretorio;
- per estratto, dei bandi sui quotidiani;
- degli avvisi di post-informazione.

È confermato che le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara dovranno essere rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro 60 giorni dall'aggiudicazione.

Il provvedimento ministeriale, nonostante sia stato pubblicato il 25 gennaio 2017, ha effetto retroattivo, ed entra in vigore il 1° gennaio 2017.

Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2/12/2016 (G.U. del 26/1/2017, n. 20)

Comunicazione all'A.N.AC. dei dati delle Stazioni Appaltanti: confermate le regole tecniche del 2016

L'A.N.AC. ha recentemente confermato i contenuti della Deliberazione n. 39/2016 in merito alle modalità operative che le Stazioni Appaltanti devono seguire ai fini dell'assolvimento dell'obbligo annuale di pubblicazione e trasmissione dei dati ex art. 1, comma 32, della l. 190/2012 (cd. Legge 'Anticorruzione').

A.N.AC., Comunicato 11/1/2017

Decreto sui livelli di progettazione: il Consiglio di Stato chiede supplementi istruttori

La Commissione speciale del Consiglio di Stato si è espressa in termini dubitativi sullo schema di decreto adottato ai sensi dell'art. 23, comma 3, del Codice dei Contratti, dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti - di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo - in merito ai tre livelli progettuali dei lavori pubblici (*i.e.* progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo).

Secondo Palazzo Spada, lo schema di decreto prevede adempimenti onerosi in capo alle amministrazioni, e rischia di aggravare i costi per la realizzazione delle opere.

All'esito dell'analisi svolta, la Commissione del Consiglio di Stato ha dunque ritenuto di dover disporre un'istruttoria affinché il Ministero, acquisiti i pareri della Conferenza Unificata e di ITACA (Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale), adegui il decreto sulla base delle osservazioni svolte.

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 10/1/2017, n. 22

Segnalazioni all'A.N.AC.: disponibili i nuovi format ufficiali

Sono disponibili i nuovi modelli di segnalazione all'A.N.AC. per le comunicazioni utili ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità, relativamente ad operatori economici nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex art. 80 del Codice dei Contratti, nonché per le notizie e le informazioni trasmesse dalle Stazioni Appaltanti ai fini della tenuta del casellario.

I nuovi *format* possono essere utilizzati da tutti i possibili interlocutori della contrattualistica pubblica e si rivolgono principalmente a Stazioni Appaltanti, SOA, operatori economici e ulteriori soggetti interessati.

A.N.AC., Comunicato del Presidente del 21/12/2016



Affidamento di servizi di architettura e ingegneria: i chiarimenti dell'A.N.AC. sui requisiti di partecipazione

Con il comunicato del 14 dicembre 2016, il Presidente dell'A.N.AC. ha fornito importanti precisazioni relativamente all'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

In particolare, alla luce delle nuove definizioni contenute nel Codice dei Contratti (cfr. art. 3, co. 1, lett. vvvv), D.Lgs. 50/2016), l'Autorità si concentra sulle *expertise* che possono essere spese dagli operatori quali requisiti utili ai fini della partecipazione alle procedure di gara.

L'intento dell'Autorità è quello di assicurare che i requisiti richiesti dalle Stazioni Appaltanti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'affidamento e soddisfino l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.

A.N.AC., Comunicato del Presidente del 14/12/2016

I requisiti del RUP prima e dopo le Linee guida A.N.AC.

A seguito dell'entrata in vigore delle Linee guida A.N.AC. n. 3/2016 recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», il Presidente dell'Autorità è intervenuto diramando importanti indicazioni sul regime temporale di applicazione del nuovo provvedimento.

Relativamente ai requisiti del RUP, il Presidente chiarisce che le nuove Linee guida si applicano:

- alle procedure relative a bandi o avvisi pubblicati successivamente alla entrata in vigore delle Linee guida;
- alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore delle Linee guida, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Al di fuori di questi casi, il RUP in possesso dei requisiti previsti dalla disciplina previgente può portare a termine il proprio incarico anche nel caso in cui non possieda i requisiti professionali richiesti dalla nuova disciplina.

A.N.AC., Comunicato del Presidente del 14/12/2016

Controllo della documentazione amministrativa: ok il seggio ad hoc

Le Linee guida n. 3/2016 stabiliscono che il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito *ad hoc* oppure, se presente nell'organico della Stazione Appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della medesima.

In merito a quanto sopra, l'A.N.AC. ha chiarito che la nomina di una commissione aggiudicatrice composta interamente da soggetti interni può essere assimilata all'istituzione di un seggio di gara *ad hoc*, come tale idoneo all'espletamento della verifica della nota busta 'A'.

In ogni caso - ha altresì precisato l'Autorità - il RUP dovrà esercitare una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure, e adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate.

A.N.AC., Comunicato del Presidente del 14/12/2016

Forniture e servizi infungibili: le raccomandazioni dell'AGCM

L'AGCM si è recentemente espressa in merito alla bozza di Linee guida A.N.AC. sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara per forniture e servizi 'infungibili'.

Tra vari punti di attenzione, l'*Authority* sottolinea che, in tutte le ipotesi in cui la particolare natura del bene o del servizio richiesto dall'amministrazione sia tale da restringere fisiologicamente la platea dei potenziali partecipanti alle gare o autorizzare la deroga alla regola dell'evidenza pubblica, le amministrazioni devono adoperarsi affinché il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato, in un'ottica di proporzionalità, dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti.



Tale dimostrazione - ha spiegato l'AGCM - integra un preciso onere motivazionale che ciascuna amministrazione è obbligata a soddisfare valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Parere del 14/12/2016, n. AS1334

Nuovi indirizzi del MIT sulla valutazione degli investimenti in opere pubbliche

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha pubblicato le nuove Linee guida sulla valutazione *ex-ante* ed *ex-post* degli investimenti in opere pubbliche.

Il provvedimento è stato adottato in attuazione del D.lgs. 228/2011 e si rivolge tanto alle Direzioni Generali dei Ministeri competenti per la programmazione quanto ai potenziali proponenti (Regioni, Città Metropolitane, le aziende vigilate, i concessionari, i promotori di *project finance*, etc.).

Al fine di garantire continuità rispetto agli interventi già avviati o che abbiano già dato origine a Obbligazioni Giuridicamente Vincolanti (OGV), il Ministero ha altresì precisato le regole del periodo transitorio in deroga alle previsioni delle nuove Linee guida, anche prevedendo schemi semplificati dei processi di valutazione degli interventi infrastrutturali.

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Comunicato del 14/11/2016

Giurisprudenza

Affidamento in concessione di spazio acqueo: scatta l'obbligo della gara pubblica

I principi in materia di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità e trasparenza trovano applicazione, oltre che per gli appalti pubblici, anche relativamente a tutte le attività suscettibili di apprezzamento in termini economici, ivi incluse le concessioni di beni demaniali.

In forza di tale principio, anche uno spazio acqueo dell'Amministrazione può rappresentare un bene demaniale 'economicamente contendibile'.

L'affidamento del bene in concessione per scopi imprenditoriali può dunque avvenire solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica.

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 31/1/2017, n. 394

L'offerta 'generica' è inammissibile

Nelle gare d'appalto, l'offerta non può avere contenuti vaghi, sommari o generici, pena la sua inammissibilità.

L'assoluta precisione dell'offerta costituisce elemento imprescindibile della competizione, volta ad evitare possibili alterazioni dei risultati delle operazioni di valutazione.

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, sentenza 18/1/2017, n. 23

No al 'soccorso istruttorio a pagamento' se il concorrente non rispetta il termine assegnato per la comprova dei requisiti

Il soccorso istruttorio a pagamento non opera ogni volta in cui, nell'ambito del controllo 'a campione' in ordine al possesso dei requisiti (art. 48, D.Lgs. 163/2006), il concorrente sorteggiato violi il termine concesso dalla Stazione Appaltante ai fini della comprova dei requisiti medesimi.

Il termine concesso all'operatore è infatti perentorio ed inderogabile.

Tale rigidità è strettamente correlata all'esigenza di garantire massima speditezza della procedura di gara e, soprattutto, di scongiurare eccessivi rallentamenti sulla verifica di affidabilità e veridicità di dichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini della partecipazione alla selezione.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10/1/2017, n. 40



Verifica di anomalia dell'offerta: la misura dell'utile non è determinante

La verifica di congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà dell'offerta nel suo insieme, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci, compreso l'utile.

La misura dell'utile preventivato dall'impresa partecipante non è dunque determinante, dal momento che un importo apparentemente modesto può comunque comportare un vantaggio importante per l'offerente.

TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 9/1/2017, n. 24

Conflitto di interessi negli appalti pubblici: i soggetti 'interessati'

La disciplina del conflitto di interessi introdotta dal nuovo Codice dei Contratti (*i.e.* art. 42) non si applica solo nei confronti del 'personale' contrattualizzato dell'ente coinvolto nella procedura di gara, ma anche a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno gioco forza un maggior 'interesse finanziario, economico o altro interesse personale'.

TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, sentenza 9/1/2017, n. 21

L'avvalimento non fa guadagnare punti

Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente privo di alcuni requisiti di ammissione alla gara di parteciparvi ugualmente, acquisendo i requisiti mancanti da altro operatore economico.

La funzione dello strumento è dunque quella di colmare la mancanza di requisiti, e non anche di permettere all'ausiliato di ottenere una migliore valutazione della propria offerta facendo leva su peculiari elementi curriculari vantati dalla impresa ausiliaria.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22/12/2016, n. 5419

Chiarimenti in sede di gara: non sostituiscono la disciplina di gara, ma possono costituire fonte di interpretazione autentica

I chiarimenti forniti in sede di gara non sostituiscono il bando, il capitolato ed il disciplinare nel loro ruolo di fonti di disciplina della procedura di gara.

Conseguentemente, le indicazioni fornite dalla Stazione Appaltante attraverso lo strumento dei chiarimenti possono costituire fonte di interpretazione autentica di specifiche disposizioni della *lex specialis* nei limiti in cui non alterino le regole della competizione in corso di espletamento.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 20/12/2016, n. 5393

Manca la comprova dei 'servizi analoghi': la revoca dell'aggiudicazione è legittima

È legittima la revoca dell'aggiudicazione definitiva nel caso in cui l'impresa aggiudicataria non possieda il requisito di partecipazione richiesto dalla *lex specialis* relativo all'aver svolto servizi analoghi a quello oggetto della procedura.

La limitazione del *favor participationis* e del principio di libera concorrenza tra le imprese, che è insita nella previsione di requisiti di esperienza di un certo valore, trova giustificazione nella necessità di consentire l'ammissione alla procedura di gara delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata dall'esecuzione di contratti di entità tale da garantire la buona esecuzione del servizio in gara.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4/1/2017, n. 9



La violazione dei limiti dimensionali previsti per la redazione dell'offerta tecnica non è causa di esclusione automatica dell'offerente

Nel caso in cui il bando di gara prescriva limiti dimensionali dell'offerta tecnica (i.e. numero complessivo di pagine e numero di righe per pagina), la violazione di tali parametri non comporta, in automatico, l'esclusione dell'offerente troppo prolisso.

Nessuna disposizione di legge o di regolamento prevede un limite di lunghezza della relazione dell'operatore economico.

Resta, in ogni caso, legittima la scelta della stazione appaltante di prevedere un numero massimo di pagine della relazione tecnica al fine di evitare che lo scritto dell'operatore possa ritardare o intralciare il buon andamento dell'azione amministrativa e, in particolare, l'operato della commissione.

TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sentenza 21/12/2016, n. 1055

Violazione degli obblighi retributivi minimi: offerta incongrua

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, la Stazione Appaltante è tenuta ad escludere l'offerta che risulti in contrasto con gli obblighi retributivi minimi, a prescindere dalla sua congruità nel complesso.

La *ratio* del D.Lgs. 50/2016, conformemente a quanto previsto dalla direttiva 24/2014/UE, è infatti chiaramente orientata al rigoroso rispetto dei diritti minimi laddove involgano i primari interessi ambientali, sociali e lavoristici.

TAR Calabria, Reggio Calabria, sentenza 15/12/2016, n. 1315

Affidamenti sotto i 40 mila euro: la Stazione Appaltante non è tenuta ad invitare il gestore uscente

Nell'ambito di procedure informali sotto la soglia dei 40 mila euro, la Stazione Appaltante non ha nessun obbligo di invitare il gestore uscente.

La facoltà di invitare il gestore uscente va anzi motivata alla luce dei principi di massima partecipazione e rotazione di cui all'art. 36, comma 1, D.lgs. 50/2016.

TAR Puglia, Lecce, sez. III, sentenza 15/12/2016, n. 1906

Avvalimento di garanzia: le risorse organizzative non vanno indicate nel dettaglio

Quando l'impresa intende avvalersi esclusivamente dei requisiti finanziari di altro operatore economico, il prestito non si risolve nella messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, bensì nel semplice impegno a 'garantire' con le proprie complessive risorse economiche l'impresa ausiliata, assicurando a quest'ultima maggiore solidità finanziaria.

L'avvalimento relativo al fatturato specifico, di conseguenza, non necessita dell'indicazione delle risorse organizzative dell'impresa che ha prestato il requisito.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22/12/2016, n. 5423



Diritto sanitario e farmaceutico

Normativa

Le novità del decreto cd. 'Mille-proroghe' per il settore sanitario e farmaceutico

Il D.L. 30/12/2016, n. 244 ha previsto tre proroghe rilevanti per il settore sanitario e farmaceutico:

- proroga di un anno per l'adozione del nuovo sistema di governance del farmaco di cui all'articolo 21, comma 1, del D.L.113/2016 (nuovo termine: 31/12/2017);
- proroga di un anno per la revisione del sistema di remunerazione della filiera distributiva del farmaco di cui all'articolo 15, comma 2, del D.L. 95/2012 (nuovo termine: 1/1/2018);
- proroga di un anno per l'attuazione delle misure previste dalla Legge di stabilità 2016 per far fronte all'emergenza occupazionale nel SSN (per l'indizione delle nuove procedure concorsuali il nuovo termine è il 31/12/2017; per la conclusione di tali procedure, il nuovo termine è il 31/12/2018).

Decreto Legge 30/12/2016, n. 244 (GU del 30/12/2016, n. 304)

Gare farmaci: obbligatori gli accordi quadro per i biosimilari a brevetto scaduto

Importanti novità dalla Legge di Bilancio per gli acquisiti sanitari di farmaci biologici il cui brevetto sia scaduto, anche in corso di contratto. Il legislatore intende aprire alla concorrenza tra farmaci 'biosimilari', cioè a quelli che presentano caratteristiche molecolari affini ma non identiche (come nel diverso caso degli 'equivalenti'). Grande attenzione viene ovviamente rivolta alla continuità terapeutica.

L'art. 1, comma 407, della l. 11 dicembre 2016, n. 232, arricchendo la disciplina in tema di farmaceutica già introdotta dall'art. 15 del d.l. 95/2012, in caso di scadenza dei brevetti su un farmaco che ammetta biosimilari (c.d. originatore) impone alle centrali di committenza di lanciare gare per accordo quadro con un unico lotto, nel quale porre in competizione i diversi principi attivi 'biosimilari', secondo il criterio del minor prezzo o quello misto prezzo-qualità. L'obbligo di accordo quadro scatta solo se i farmaci biosimilari presenti sul mercato sono più di tre.

Le aziende saranno libere di acquisire farmaci dai primi tre operatori in graduatoria; per assicurare la continuità terapeutica, i medici potranno però prescrivere farmaci di tutti gli operatori inclusi in procedura. Le modalità di affidamento indicate sembrano collocarsi nell'ambito degli accordi quadro plurifornitore senza riapertura del confronto competitivo (art. 54, comma 4°, lettera a) del D.Lgs. 50/2016).

Nel diverso caso di scadenza del brevetto durante il contratto di fornitura dell'originatore, è poi previsto un obbligo di apertura del confronto concorrenziale con gli operatori che abbiano immesso nel mercato un farmaco biosimilare. Le nuove norme incidono dunque anche sul delicato tema della rinegoziazione dei contratti già aggiudicati.

Il rapporto di biosimilarità tra farmaci deve essere comunque attestato in via ufficiale dall'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA) o all'AIFA.

Legge 11/12/2016, n. 232 (G.U. del 21/12/2016, n. 297)



Giurisprudenza

Prestazioni libero professionali intramoenia fuori ticket

Le prestazioni sanitarie assoggettabili al pagamento di un ticket sono soltanto quelle ricomprese nei LEA (DPCM 29 novembre 2001) garantiti dal SSN a tutti i cittadini, tra le quali non rientrano le prestazioni erogate in regime di attività libero professionale svolta intramoenia.

Di conseguenza, sono illegittime le disposizioni regionali che impongano tassazioni aggiuntive a carico di chi usufruisce di prestazioni libero-professionali in regime intramoenia.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 23/11/2016, n. 4924

Vendita emergenziale di medicinali, anche senza ricetta

Ai sensi del D.M. 31/3/2008, è legittima la consegna di un farmaco con obbligo di prescrizione senza presentazione della ricetta, a condizione che il farmacista sia a conoscenza dello stato di salute del destinatario o che la patologia sia conoscibile attraverso dati presenti nella farmacia (*i.e.* altre ricette) o attraverso informazioni fornite dal cliente (documentazione che attesti la patologia, dimissione ospedaliera, ricette scadute).

Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 29/12/2016, n. 55134

Ricette dei farmacisti pagate in ritardo: l'ASL paga gli interessi

L'ASL è tenuta a corrispondere gli interessi sulla somma corrisposta tardivamente alla farmacia per l'erogazione delle prestazioni sanitarie risultanti da ricette debitamente trasmesse all'amministrazione.

La presenza di un termine già fissato dalle parti per l'estinzione dell'obbligazione fa sì che l'ASL - in quanto soggetto debitore - sia costituita automaticamente in mora.

Di conseguenza, l'obbligo di corrispondere gli interessi compensativi sfugge al meccanismo della costituzione in mora previsto dal codice civile.

Corte di Cassazione, sez. III civile, sentenza 27/12/2016, n. 2701

Promozione di farmaci e formazione ECM: è conflitto di interessi

Le società che fanno attività di promozione di farmaci non possono svolgere attività formativa accreditata ECM, dal momento che le due attività determinano una 'evidente' situazione di conflitto di interessi.

Conseguentemente, laddove una società, o anche solo una sua controllata, eserciti attività promozionale, l'amministrazione può legittimamente rigettare l'istanza di accreditamento presentata per l'esercizio dell'attività formativa.

Il conflitto di interessi può essere anche 'futuro' o 'potenziale', cioè ipotizzabile sulla base di una serie di indici che possono riguardare tanto l'attività, quanto la struttura della società che presenta l'istanza di accreditamento.

In questi termini, risulta in conflitto di interessi anche la semplice organizzazione di eventi che, per le peculiarità con cui vengono svolti, rappresentino il veicolo per la diffusione di informazioni promozionali di determinati prodotti e dispositivi medici.

TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, sentenza 11/1/2017, n. 432



Servizi pubblici locali e società pubbliche

Prassi

Linee guida A.N.AC. relative all'elenco dei soggetti che operano con le società in house: ok del Consiglio di Stato, con osservazioni

La Commissione speciale del Consiglio di Stato ha rilasciato un parere complessivamente favorevole sulla bozza di 'Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016' adottate dall'A.N.AC.

Nel parere, tuttavia, non mancano osservazioni.

Tra i vari punti di attenzione, la Commissione ha rilevato che le Linee guida:

- non devono suggerire alle amministrazioni aggiudicatrici deroghe al diritto societario non consentite dall'ordinamento e, comunque, non in linea con quanto previsto dal legislatore nazionale ed europeo sui requisiti del cd. 'controllo analogo' che caratterizza l'in house providing;
- non possono attribuire all'Autorità poteri non espressamente previsti dalla legge (es. potere diretto di annullare, in via straordinaria, l'affidamento disposto senza gara ovvero di revocare i contratti già stipulati);
- dovrebbero meglio disciplinare l'attività di controllo dell'A.N.AC. in merito all'oggetto sociale esclusivo delle società *in house*.

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 1/2/2017, n. 282

Incostituzionalità della Legge Madia: il Consiglio di Stato fa il punto

La Commissione speciale del Consiglio di Stato risponde ai quesiti formulati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in merito agli adempimenti da compiersi a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016 sulla legge delega n. 124/2015 (cd. Legge Madia) e, in particolare, sui decreti attuativi, ovvero i decreti legislativi nn. 116/2016 (in materia di licenziamento disciplinare), n. 171/2016 (in materia di dirigenza sanitaria) e 175/2016 (recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Come noto, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della Legge Madia nella parte in cui prevedeva che i relativi decreti attuativi potessero essere adottati previa 'acquisizione del parere' reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa 'intesa' in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Il Consiglio di Stato - nell'affermare che i decreti attuativi adottati 'restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente' - ha ritenuto che il Governo possa ora raggiungere l'intesa con le Regioni in Conferenza Stato-Regioni, o in Conferenza unificata a seconda dei casi, secondo quanto previsto dalla normativa vigente (D.lgs. n. 281 del 1997).

In particolare - ha precisato Palazzo Spada - il Governo può recepire la necessaria intesa tramite i decreti correttivi previsti dalla stessa Legge Madia, che intervengono direttamente sui decreti legislativi vigenti, sanando il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale.

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 17/1/2017, n. 83



Equilibrio finanziario? Attenzione ai business plan delle partecipate

Nell'ambito della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, l'ente locale deve tenere nella dovuta considerazione tutti i fattori di disavanzo rilevati.

Laddove l'ente locale abbia affidato il servizio di smaltimento dei rifiuti ad una società *in house*, è necessario vigilare anche sul *business plan* della partecipata al fine di valutare la sostenibilità delle prestazioni rese per una corretta attuazione delle misure di riequilibrio.

Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo per la Lombardia, Deliberazione 30/12/2016, n. 1/2017/PRSP

Vincoli assunzionali nelle partecipate: il settore di operatività della società non è più rilevante

L'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società partecipate ha eliminato la possibilità, per le medesime società, di derogare ai vincoli assunzionali in relazione all'effettivo 'settore di operatività'.

Il nuovo art. 19, comma 5, del Testo Unico, infatti, non ha riprodotto integralmente l'art. 4, comma 12-*bis*, del D.L. 66/2014, il quale consentiva di considerare il settore di attività (es. raccolta dei rifiuti) quale parametro valutativo ai fini dell'applicazione dei vincoli assunzionali.

Di conseguenza, ciascuna società dovrà ora essere considerata nella sua interezza, a prescindere dal settore in cui questa si trovi ad operare.

Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Abruzzo, Parere 21/12/2016, n. 252

Partecipazione minoritaria in società pubbliche: vanno dismesse

Un servizio di interesse generale può essere svolto dall'Ente locale nei limiti in cui, in assenza dell'intervento pubblico, sarebbero differenti le condizioni di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione qualità e sicurezza al servizio oggetto di attenzione.

Tali condizioni non sono assicurate laddove l'Ente intenda erogare il servizio per il tramite di una società partecipata in misura ridotta.

In tal caso, infatti, la partecipazione risicata dell'ente non risulta idonea a garantire la *governance* del servizio e, dunque, il perseguimento degli obiettivi di interesse generale, con conseguente venir meno dei presupposti legittimanti il mantenimento della partecipazione.

Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo reg. Lombardia, Parere 21/12/2016, n. 398

Giurisprudenza

Servizio pubblico di gestione di area demaniale: la società pubblica diseconomica va sciolta

La società pubblica che non rechi alcun beneficio economico a favore dell'Ente che la partecipa va sciolta.

Il principio in questione è stato affermato dal Consiglio di Stato relativamente ad una società a partecipazione pubblica maggioritaria, affidataria del servizio pubblico di gestione di area demaniale (spiagge), nell'ambito della quale l'Ente pubblico socio non ritraeva alcuna partecipazione agli utili per effetto di stringenti vincoli parasociali.

La scelta del partenariato pubblico-privato per la gestione del servizio di interesse generale - ha spiegato il Consiglio di Stato - deve necessariamente rispondere ai principi di efficacia, economicità ed efficienza propri dell'Ente pubblico socio.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9/12/2016, n. 5193



Anticorruzione e Trasparenza

Prassi

Accesso civico generalizzato (FOIA): Linee guida A.N.AC. in via definitiva

Nella seduta del 28 dicembre 2016, l'A.N.AC. ha adottato le Linee guida definitive recanti le indicazioni operative per l'attuazione dell'accesso civico 'generalizzato' di cui all'art. 5, comma 2, del D.lgs. 33/2013, ossia l'accesso civico rivolto a dati non soggetti ad obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali degli enti.

Il provvedimento, oltre a chiarire la differenza tra accesso civico 'generalizzato' e strumenti simili già noti all'ordinamento (*i.e.* accesso civico 'semplice' e accesso agli atti ex L. 241/1990), delinea gli ambiti di operatività del nuovo istituto, i correlati limiti (relativi ed assoluti), nonché gli adempimenti, anche organizzativi, cui sono tenuti gli enti interessati ai fini della piena attuazione.

A.N.AC., Determinazione del 28/12/2016, n. 1309

Obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni dopo il D.Lgs. 97/2016: lumi dall'A.N.AC.

L'A.N.AC. ha pubblicato le Linee guida contenenti indicazioni rivolte alle PP.AA. e altri enti sulle principali e più significative modifiche intervenute in materia di trasparenza a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016.

Il documento è suddiviso in tre parti:

- nella prima parte, è rappresentato l'inquadramento generale delle modifiche previste dal D.lgs. 97/2016, soprattutto relativamente all'ambito soggettivo di applicazione, alla programmazione della trasparenza e alla qualità dei dati pubblicati;
- nella seconda parte, sono stati analizzati i nuovi obblighi di pubblicazione;
- nella terza parte, sono state inserite indicazioni relative alla decorrenza dei nuovi obblighi di pubblicazione, anche per ciò che concerne l'accesso civico 'generalizzato'.

L'Autorità ha altresì provveduto a sostituire l'ormai storico Allegato 1 della Delibera Civit n. 50/ 2013, aggiornando la mappa ricognitiva degli obblighi di pubblicazione alla luce del rinnovato quadro normativo.

A.N.AC., Determinazione del 28/12/2016, n. 1310



Schema di regolamento A.N.AC. in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici: il parere del Consiglio di Stato

Con il parere del 28 dicembre 2016, il Consiglio di Stato ha confermato alcune perplessità strutturali relativamente al regolamento A.N.AC. in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici ai sensi degli artt. 211 e 213 del nuovo Codice dei contratti.

Tra vari rilievi, il Consiglio di Stato manifesta perplessità:

- sulla responsabilità oggettiva collegata al mero rifiuto di attuare la raccomandazione vincolante dell’Autorità, anche in relazione a quanto previsto dalla L. 689/1981;
- sulla ‘deresponsabilizzazione’, anche sotto il profilo contabile, della Stazione Appaltante rispetto all’operato del singolo dirigente;
- sul mancato coordinamento tra il termine massimo per adempiere alla raccomandazione (60 giorni) e quello previsto per la relativa impugnativa (30 giorni);
- sui rischi di contenzioso tra l’A.N.AC. e le Stazioni Appaltanti in ordine alla legittimità dei rispettivi atti contrastanti.

Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere 28/12/2016, n. 2777



Processo e Procedimento Amministrativo

Giurisprudenza

Rito appalti: dopo l'esclusione va impugnata l'aggiudicazione

Conferme dal Consiglio di Stato in tema di impugnativa degli atti delle procedure di gara.

Nel caso in cui il ricorrente abbia impugnato l'esclusione dalla gara e, tuttavia, abbia ommesso di estendere il gravame verso l'intervenuta aggiudicazione definitiva, l'appello è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso di primo grado.

L'annullamento della sola esclusione, infatti, ha effetto 'viziante' e non anche 'caducante', perché lascia sopravvivere l'aggiudicazione definitiva che è il solo atto che stabilizza la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso.

Solo a fronte di tale stabilizzazione è possibile configurare la sussistenza di un interesse all'impugnazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23/12/2016, n. 5445

Domande connesse in materia di appalti pubblici: il rito ordinario prevale su quello super-abbreviato

In caso di proposizione di domande connesse soggette a riti diversi (super-abbreviato ex art. 120, comma 6-bis, del c.p.a. e ordinario), il rito applicabile è sempre quello ordinario.

Nel caso di specie, il TAR Puglia ha applicato il principio di prevalenza del rito ordinario sull'impugnazione congiunta del provvedimento ammessi-esclusi e dell'aggiudicazione finale.

Infatti, una volta intervenuta l'aggiudicazione, viene meno la *ratio* sottesa al rito super abbreviato, ossia quella di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara e creare un giudicato formale che consenta lo sviluppo non controverso della procedura di gara evitando inutili complicazioni processuali e sostanziali.

TAR Puglia, Bari, sez. I, sentenza 7/12/2016, n. 1367

Processo amministrativo telematico: dimensioni massime degli allegati per il deposito

Il Segretario Generale della Giustizia Amministrativa ha emanato il decreto con il quale sono stabilite le dimensioni massime che gli allegati devono avere per il deposito telematico degli atti processuali tramite PEC o mediante la procedura di *upload*.

In particolare, sono stati confermati i limiti dimensionali massimi già indicati in fase di sperimentazione del processo amministrativo telematico, e segnatamente:

- per il deposito tramite PEC: ogni *file* non può superare i 10 MB e ogni PEC non può eccedere i 30 MB;
- per il deposito tramite *upload*: ogni *file* non può superare i 30 MB e il totale dei *file* inviati non può superare i 50 MB. In caso di superamento dei 30 MB, i *file* possono essere depositati presso le Segreterie degli organi giurisdizionali, rispettando le Regole e le Specifiche tecniche, sia telematicamente che, previa autorizzazione, in formato cartaceo.

Segretario Generale della Giustizia Amministrativa, Decreto 23/12/2016, n. 154



Contatti

Cristiano Ereddia

T: +39 06 809 631

E: cereddia@kpmg.it

Alessio Ubaldi

T: +39 011 883 166

E: aubaldi@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 34, 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



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').