

Newsletter* 8/2017

IN EVIDENZA

- La Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2017 approvata dal Consiglio dell'ANAC.
- Proposta di modifica della linea guida n. 3 dell'ANAC.
- Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di d.P.C.M. sulla disciplina dell'analisi dell'impatto della regolamentazione e sulla verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione
- Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema del decreto legislativo su "Codice del Terzo settore"

La Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza dell'ANAC per l'anno 2017

Il Consiglio dell'Autorità ha approvato la direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2017 che individua, tra gli altri, il piano ispettivo relativo al controllo sui contratti pubblici. Nello specifico, con il documento in esame l'Autorità:

- con riferimento alla fase della programmazione dei lavori, considerata la rilevanza della procedura di centralizzazione degli acquisti, ha ribadito l'esigenza di rafforzare i controlli su tutti i soggetti aggregatori e di verificare il rispetto, da parte delle pubbliche amministrazioni, dell'art. 37 D.Lgs 50/2016 del Dl 66/2014 e relativo DPCM;

- con riferimento alla progettazione dei lavori (ed ai presupposti che giustificano l'affidamento a progettisti esterni), ha indicato come particolarmente importante la verifica in ordine all'eventuale mancato rispetto dei termini per la presentazione dei progetti e l'eventuale aumento dei costi;

- con riferimento alla progettazione di servizi e forniture, ha valutato la priorità, nel corso della verifica della documentazione in fase istruttoria, dell'esame delle specifiche tecniche e allo schema di contratto predisposti dalla Stazione Appaltante;

- con riferimento agli affidamenti in deroga alle procedure ordinarie, ha statuito che le indagini vanno centrate sulle motivazioni addotte dalle Stazioni Appaltanti per giustificare la deroga;

- con riferimento al profilo dei requisiti di carattere speciale (servizi e forniture) ha puntualizzato come l'indagine ispettiva debba essere prestata con particolare attenzione ai requisiti previsti nei bandi e negli avvisi;

- ha individuato la priorità, nell'espletamento dell'attività di indagine di ciascun Ufficio di vigilanza, di verificare la corretta applicazione della normativa relativa alla suddivisione in lotti;

- ha precisato che le criticità in merito agli affidamenti diretti formeranno oggetto di specifico approfondimento nell'ambito dell'attività di vigilanza speciale dell'ufficio competente così come l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- con riferimento alla fase esecutiva di servizi e forniture, ha ritenuto necessaria l'attivazione di indagini e visite ispettive aventi ad oggetto specifici servizi ritenuti

particolarmente critici come quelli di pulizia/sanificazione in ambito sanitario, i servizi idrici, manutenzione impianti e macchinari ad alto contenuto tecnologico e di *facility management*; gli stessi settori appena evidenziati saranno oggetto di una estensione delle indagini effettuate negli anni 2015 e 2016, anche mediante verifica a campione, in ordine all'aspetto delle proroghe;

- con riferimento al contenzioso, ha precisato che gli Uffici preposti alla vigilanza sono tenuti ad una preliminare verifica dell'eventuale sussistenza di contenziosi in atto con l'appaltatore nonché modalità e tempistiche dell'eventuale attivazione di procedure di accordo bonario e transazione al fine di evidenziare l'eventuale maggiore importo della spesa pubblica derivante da tali accordi transattivi;

- con riferimento ai subappalti ha specificato che le indagini volte alla verifica degli stessi dovranno essere estese ai settori sensibili ad influenze malavitose quali: cave, torbiere e smaltimento dei materiali di scavo e alle attività più permeabili al pericolo di condizionamento mafioso (ciclo del calcestruzzo e inerti, cottimi e noli, trasporto terra, smaltimento rifiuti);

- con riferimento alle penali, ha disposto che gli Uffici dovranno verificare preliminarmente la corretta previsione delle penali negli atti di gara e contrattuali e la conseguente applicazione delle stesse in fase di gara.

Proposta di modifica della linea guida n. 3 dell'ANAC

L'ANAC, a seguito dell'approvazione del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e delle richieste di chiarimenti pervenute sul tema, in data 12 giugno 2017, ha sottoposto a consultazione il documento relativo all'aggiornamento delle linee guida n. 3 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni.

Di particolare interesse è la modifica proposta all'art. 101 della Linea Guida n. 3, con la quale l'ANAC avrebbe chiarito che la possibilità di coincidenza della figura del RUP con il progettista o con il direttore dei lavori/direttore dell'esecutore del contratto incontra dei limiti nel disposto dell'art. 26, comma 7, del codice, che preclude lo svolgimento dell'attività di verifica del progetto con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza, della direzione dei lavori o del collaudo.

Chiarisce così l'ANAC che il RUP, nel caso in cui sia incaricato della verifica del progetto (vale per i lavori di importo inferiore a un milione di euro), non potrà svolgere l'attività di progettazione, né di Direzione dei Lavori.

Nel medesimo documento viene ulteriormente chiarito che sussiste incompatibilità anche tra lo svolgimento dell'attività di validazione e lo svolgimento, per il medesimo intervento, dell'attività di progettazione.

La proposta di modifica sarà in consultazione sino al 28.06.2017 per il recepimento di eventuali contributi degli *stakeholders*.

Cons. Stato., Sez. atti norm., 19 giugno 2017, n. 1458 ([CTRL + clic per aprire il collegamento al parere](#))

La Sezione Consultiva per gli Atti Normativi ha reso il parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante la nuova disciplina regolamentare dell'Analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), della Verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR) e della consultazione sugli atti normativi delle amministrazioni statali.

Oltre a formulare rilievi sulle singole disposizioni contenute nello schema, il Consiglio di Stato ha valutato positivamente lo sforzo compiuto dalla Presidenza del Consiglio nell'individuare sia le criticità dell'attuale prassi applicativa dei tre strumenti di qualità della regolamentazione (AIR, VIR e consultazione) sia i possibili rimedi da introdurre in via normativa.

Cons. St., comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405 ([CTRL + clic per aprire il collegamento al parere](#))

Il parere è stato reso ai sensi dell'art. 20, comma 3, lett. a), l. n. 59 del 1997, vista la natura di 'Codice' di settore del testo sottoposto all'esame del Consiglio di Stato.

La Commissione speciale ha apprezzato le finalità di fondo del testo, che mira a conferire al fenomeno del non profit una disciplina autonoma e moderna, superando le limitazioni che caratterizzano la disciplina del Libro I del codice civile e assicurando una più ampia attuazione della Carta costituzionale, che riconosce rilievo fondante alle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo (art. 2) e, più in generale, al fenomeno della c.d. 'sussidiarietà in senso orizzontale' (art. 118, comma 4).

Il Consiglio apprezza lo sforzo di conferire una disciplina organica al complesso fenomeno di «economia sociale», in un periodo storico nel quale sempre più spesso ai fenomeni di *government failure* (inadeguatezza dell'intervento statale a causa della crisi fiscale) si accompagnano quelli di *market failure* (impossibilità per il mercato informato al sistema dei prezzi di soddisfare determinati interessi generali).

Il Consiglio sottolinea, tuttavia, che sarebbe stato auspicabile un più completo esercizio della delega, anche per la parte relativa «*alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute*».

Sempre in via generale, il Consiglio sottolinea l'esigenza di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative (*non profit*) e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato.

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO

- **Trga Trento 19 giugno 2017, n. 211**, domanda di risarcimento del danno da affidamento sulla legittimità di provvedimenti urbanistici ed edilizi annullati dal TAR e giurisdizione del g.o.

- **Tar Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226**, *Ricorso incidentale e termine per il deposito di memorie nel rito appalti super accelerato*
- **Consiglio di Stato, Sez. V, 5 giugno 2017, n. 2675**, *sulla natura del documento di gara unico europeo e sull'esclusione dal confronto concorrenziale per carenza dei requisiti speciali*.

Trga Trento 19 giugno 2017, n. 211

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno asseritamente risentito per aver fatto affidamento sulla legittimità di provvedimenti urbanistici ed edilizi successivamente annullati dal Tar. La domanda giudiziale non attinge, infatti, ad atti e provvedimenti già adottati in materia, e neppure all'esercizio del potere amministrativo, espletatosi con l'approvazione del piano di lottizzazione e con il rilascio delle concessioni edilizie, ma all'attitudine del pregresso esercizio del potere amministrativo - sfociato nei provvedimenti illegittimi - a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento nella permanenza della situazione di vantaggio ottenuta (cfr. Cass. civ., s.u., ord., 4 settembre 2015, n. 17586; id. 22 gennaio 2015, n. 1162; id. 3 maggio 2013, n. 10305; id. 23 marzo 2011, n. 6594).

Tar Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226

Il termine di 6 giorni liberi previsti per il deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche dall'art. 120, comma 6 bis, c.p.a riguarda sia l'ipotesi di trattazione del giudizio in udienza pubblica che in camera di consiglio del c.d. "rito super accelerato" in materia di appalti pubblici.

Ha affermato il Tar che, posto che nel comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. figurano disposizioni che riguardano pacificamente l'udienza pubblica (cfr. secondo periodo) ed altre che, viceversa, disciplinano la camera di consiglio (primo periodo e parte finale dell'ultimo periodo), non può che ritenersi che tale disposizione estenda ad entrambe le ipotesi di rito la previsione sui termini di deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche (rispettivamente di 10, 6 e 3 giorni liberi). Laddove il legislatore, nell'ultimo periodo del citato comma 6 bis, ha utilizzato il termine "udienza", ha inteso riferirsi sia all'udienza pubblica che all'udienza camerale, tenuto conto dell'esigenza di speditezza del nuovo rito che impone la previsione, in ogni caso e a prescindere dalle formalità del giudizio, di termini chiari e ridotti per il deposito di atti processuali. Peraltro, a conferma di tale ermeneutica, si osserva che il comma 9 del medesimo art. 120 c.p.a. prevede un unico termine processuale per il deposito della sentenza (7 giorni), disponendo espressamente che esso si applica sia nel caso dell'udienza pubblica che della camera di consiglio, uniformando così la disciplina dei termini processuali in entrambe le ipotesi di possibile sbocco del rito c.d. "super speciale" in materia di appalti pubblici.

Il termine di trenta giorni per proporre ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara del concorrente-ricorrente principale non decorre dalla notifica del ricorso principale ma dalla data di ammissione in gara del concorrente.

Ad avviso del TAR una diversa ermeneutica non può trarre argomenti interpretativi dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. (*"La camera di consiglio o l'udienza possono*

essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale”) che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, ad una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l’ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2 bis.

In senso contrario, si osserva che detta disposizione in realtà si riferisce ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 *bis* di consentire l’impugnazione dell’ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Dunque si violerebbe il comma 2 *bis* citato e, soprattutto, la *ratio* sottesa al nuovo rito superspeciale che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici) è anche quello di “*neutralizzare per quanto possibile ... l’effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)*”.

Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2017, n. 2675

Nella sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha confermato che, ai sensi dell’art. 85 del D. Lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti devono accettare, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, o delle offerte, quanto dichiarato nel documento di gara unico europeo (DGUE) con cui l’operatore autocertifica il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Sembra, dunque, preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documenti e certificati comprovanti i requisiti a corredo della domanda o dell’offerta.

Di conseguenza, appare coerente ritenere che l’eventuale esclusione per difetto dei requisiti speciali debba essere posticipata al momento della “comprova” del possesso dei requisiti stessi, in quanto, altrimenti, si determinerebbe un’anticipazione di un segmento del procedimento di verifica e, soprattutto, sarebbe consentito un provvedimento di esclusione senza una preventiva verifica documentale su quanto dichiarato nel DGUE.

A diversa conclusione, a detta del Supremo Giudice amministrativo, non conduce neppure l’art. 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, laddove afferma che deve essere pubblicato sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, anche il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

Nulla aggiunge, infatti, la suddetta norma in ordine alle modalità con cui devono essere valutate le autodichiarazioni contenute nel DGUE che portano a definire la platea dei partecipanti alla gara. Non si determina, dunque, un conflitto sistematico con l’art. 85, comma 1, dello stesso *corpus* legislativo, a mente del quale “*al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE, redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea*”, con la precisazione che il

DGUE “*consiste in un’autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare [...] in cui si conferma che l’operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all’art. 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell’art. 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell’art. 91*”.

* In collaborazione con lo con lo Studio Cancrini & Partners