

## Newsletter\* 9/2017

### IN EVIDENZA

- In vigore dal 24 giugno 2017 i nuovi commi 1-bis, 1-ter e 1-quater dell'art. 211 del Nuovo Codice dei contratti pubblici.
- Il Consiglio di Stato ha reso il in ordine alla competenza, a seguito del primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale.

**I nuovi commi 1-bis, 1-ter e 1-quater dell'art. 211 del Nuovo Codice dei contratti pubblici introdotti dall'art. 52 ter della legge 21 giugno 2017 n. 96 di conversione, con modificazioni, del decreto legge 24 aprile 2017 n. 50 (GU n.144 del 23-6-2017 - Suppl. Ordinario n. 31 )**

Con la disposizione in commento viene attribuito all'ANAC il potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo per impugnare alcune categorie di atti - bandi, atti generali e altri provvedimenti relativi ai contratti di rilevante impatto di qualsiasi stazione appaltante - adottati in violazione di norme del Codice dei contratti pubblici.

Tale nuovo potere dell'ANAC è stato attribuito dalle disposizioni introdotte, tramite l'innesto di tre nuovi commi, nel vigente art. 211 del D.Lgs. n. 50/2016, in sostituzione della cd. "raccomandazione vincolante", originariamente prevista all'art. 211, co. 2, del D.Lgs. n. 50/2016 e, successivamente, abrogata dall'art. 123, co. 1, lett. b), del D.Lgs. n. 56/2017 (cd. decreto "correttivo").

Com'è noto, l'abrogato art. 211, co. 2, del Codice prevedeva che, in caso di sussistenza di un vizio di legittimità in un atto della procedura di gara, l'ANAC poteva inviare alla stazione appaltante una raccomandazione, con la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria in capo alla stazione appaltante in caso di mancato adeguamento alla raccomandazione stessa.

Alla stregua del nuovo comma 1-ter dell'art. 211, viene previsto, invece, che *"L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo"*.

Il successivo comma 1-quater della disposizione in commento precisa inoltre che *"L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter"*.

La novella legislativa ha l'indubbio pregio di superare le criticità collegate all'istituto della "raccomandazione vincolate" che, nell'attribuire all'ANAC un potere esclusivo sul controllo degli atti di gara, non era andata esente da obiezioni in punto di compatibilità col principio di legalità.

Inoltre, la stessa ha altresì il pregio di risolvere le criticità inerenti alla possibile interferenza col potere di autotutela della stazione appaltante: alla stregua del nuovo art. 211, co. 1-ter, infatti, la stazione appaltante può ben decidere di non aderire o apportare modifiche al parere fornito senza, per ciò stesso, incorrere nell'applicazione di alcuna sanzione.

**Cons. St., Comm. spec., 21 giugno 2017, n. 1479 (CTRL + clic per accedere al parere)**

### **1. Oggetto del parere**

Il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto al Consiglio di Stato un parere in ordine alla portata degli artt. 197 e 199 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Il quesito ha ad oggetto la competenza, a seguito del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale: in particolare, il dubbio è sorto in quanto dalla lettura del citato articolo 197 sembra che la competenza sia dell'ANAC mediante l'adozione di linee guida, mentre dalla lettura del citato articolo 199 sembra che la competenza sia del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti mediante l'adozione di un decreto. Si è trattato, pertanto, di stabilire se sia estensibile anche al sistema di qualificazione del contraente generale l'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal decreto correttivo, nella parte in cui, recependo i rilievi prospettati dal Consiglio di Stato, con il parere 1° aprile 2016, n. 855, prevede che il sistema generale di qualificazione degli operatori economici debba avvenire mediante decreto ministeriale in ragione della natura "intrinsecamente normativa" del suo contenuto.

### **2. La risposta del Consiglio di Stato**

Nel fornire la risposta al quesito nel parere è stata ricostruita la normativa che nel tempo si è succeduta in relazione al sistema di qualificazione degli operatori economici e del contraente generale.

Alla luce della ricostruzione effettuata la Commissione Speciale ha ritenuto che la volontà del legislatore sia stata quella di "estendere" anche al contraente generale la modifica che ha riguardato le disposizioni generali di qualificazione. A tale conclusione, il Consiglio di Stato è pervenuto all'esito dell'analisi del dato letterale e della ragione sistematica dell'intervento correttivo. Sul piano letterale, il legislatore ha modificato espressamente il regime transitorio di cui agli artt. 199 e 216, comma 27-bis, relativi al contraente generale, mediante un espresso richiamo al decreto di cui al secondo comma dell'art. 83. La mancata modifica anche dell'art. 197, per quanto si tratti della norma che pone la disciplina a regime, non può avere valenza determinante, proprio in ragione del fatto che la stessa non è stata oggetto di modifiche.

Sul piano della ragione sistematica, il legislatore del 2016 ha effettuato una chiara opzione a favore del sistema “unitario” che eviti differenziazioni di regime del sistema qualificazione dipendenti dalla presenza di un qualsiasi operatore economico ovvero di un contraente generale. In questo senso depone l’attribuzione alle SOA dei compiti di attestazione che nel precedente sistema erano affidati, per il solo contraente generale, ad un decreto ministeriale. Deve, pertanto, presumersi che il legislatore del 2017 abbia inteso continuare lungo questo percorso unitario, estendendo anche al contraente generale la modifica che ha riguardato la natura delle fonti di regolazione. Del resto, si sottolinea nel parere, è la valenza intrinsecamente normativa dell’atto che giustifica la sua veste regolamentare. Ed è indubbio che tale valenza l’atto l’abbia anche quando esso trovi applicazione nell’ambito della disciplina del contraente generale.

### **3. Misure da adottare**

In relazione al sistema di qualificazione nel parere sono stati segnalati alcuni errori materiali, conseguenza di un mancato coordinamento normativo che possono essere corretti con un avviso di rettifica.

In particolare, tale avviso dovrà sostituire i riferimenti alle linee guida contenuti nell’art. 83, comma 2 e nell’art. 216 con il riferimento al “decreto di cui all’art. 83, comma 2”.

In relazione al sistema di qualificazione del contraente generale, che è l’oggetto specifico del parere, la Commissione speciale ha sottolineato come la misura più idonea per ridare coerenza al sistema sia rimessa al legislatore. In questo caso, infatti, la difficoltà del ricorso al mero avviso di rettifica deriva dal fatto che non è sufficiente una mera sostituzione delle espressioni “linee guida” con “decreto di cui al secondo comma dell’art. 83”. Ciò in quanto, il sistema di qualificazione rimane comunque affidato ad una pluralità di atti (linee guida e decreti regolamentari) che presentano un contenuto eterogeneo. E’ dunque necessaria una modifica sostanziale della norma.

### **NOVITA’ GIURISPRUDENZIALI**

**Tar Campania, sez. I, 28 giugno 2017, n. 3507, Ricorso redatto in formato nativo digitale privo di sottoscrizione con firma digitale – Consorzi stabili: ammissibilità anche con il Nuovo Codice della c.d. “cumulo alla rinfusa”.**

Secondo l’arresto in commento, non è suscettibile di comportare l’insanabile nullità, per mancanza di sottoscrizione ex art. 42 c.p.a., il ricorso che, pur redatto in formato nativo digitale conforme al disposto dell’art. 12, comma 1, lett. a), delle specifiche tecniche (Allegato A del d.P.C.M. n. 40 del 2016), è privo di sottoscrizione con firma digitale, in violazione dell’art. 136, comma 2 bis, c.p.a. e dell’art. 9, comma 1, d.P.C.M. n. 40 del 2016 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo). Ciò in virtù del principio di raggiungimento dello scopo, recando l’atto cartaceo notificato alla controparte l’autenticazione in calce del mandato ed essendo la relata di notifica sottoscritta in maniera autografa dal

difensore, onde non possa dirsi che l'atto notificato non sia inequivocamente riferibile al procuratore.

L'operatività del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili non è venuto meno con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il cui art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (così come l'art. 36, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163) ha dato vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate. Ha chiarito al riguardo il Tar Napoli che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, per cui *"il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate"*, e l'art. 94 del relativo regolamento (approvato con d.P.R. n. 207 del 2010), prevedevano che il consorzio stabile potesse giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa", cosicché il medesimo poteva scegliere di provare il possesso dei requisiti medesimi con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati. Il "cumulo alla rinfusa" permane anche con l'entrata in vigore del nuovo Codice che agli artt. 83, comma 2, e art. 216, comma 14, sanciscono la vigenza del descritto principio, nelle more dell'adozione di specifiche disposizioni ministeriali su proposta dell'Anac. In tal senso, si veda anche il Comunicato Anac dell'8 giugno 2016 *"sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio"*.