

Prot. n.249/C/2014

A TUTTI I SIGG.SOCI

LORO SEDI

Ragusa, 17 Settembre 2014

Oggetto: **Convertito in legge il decreto c.d. "Pubblica Amministrazione" -**

Il Parlamento ha ultimato l'approvazione del DDL di conversione del decreto-legge 24 Giugno 2014, n. 90, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"*., c.d. decreto "Pubblica Amministrazione".

Il provvedimento contiene alcune disposizioni di particolare rilievo in materia di lavori pubblici, di seguito riassunte.

**Fondi per la progettazione e l'innovazione (art. 13 bis)**

Tale disposizione introduce, nel Codice dei contratti pubblici, una nuova disciplina degli incentivi alla progettazione, soppressi dal precedente articolo 13 del provvedimento.

La nuova disciplina si caratterizza per gli aspetti di seguito elencati:

In primo luogo, le risorse vengono fatte confluire da ogni amministrazione in un fondo denominato "fondo per la progettazione e l'innovazione" ( nuovo comma 7-bis dell'articolo 93 del predetto Codice);

Le risorse del Fondo sono destinate, per l'80%, a remunerare l'attività di progettazione (nuovo comma 7-ter), e per il restante 20% all'acquisto, da parte dell'ente, di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a: progetti di innovazione; banche dati per il controllo ed il miglioramento della capacità di spesa; ammodernamento/efficientamento dell'ente e dei servizi ai cittadini (nuovo comma 7-quater dell'art. 93 del Codice).

Viene, altresì, introdotta una disciplina più dettagliata dei criteri di riparto finalizzata, in particolare, a graduare l'incentivo in base all'effettivo rispetto, in fase di realizzazione dell'opera, dei tempi e dei costi previsti nel progetto esecutivo ( nuovo comma 7-ter dell'art. 93 del Codice)

Viene, infine, demandato al regolamento adottato dall'amministrazione la previsione di criteri e modalità per ridurre le risorse destinate al Fondo in caso di mancato rispetto dei costi e dei tempi previsti nel quadro economico del progetto esecutivo, depurato del ribasso d'asta.

Non sono, in ogni caso, computate, nel termine di esecuzione dei lavori, le sospensioni conseguenti ad alcuni degli accadimenti che giustificano l'adozione di varianti al progetto (in proposito la norma richiama le lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'articolo 132 del Codice).

**Soppressione dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ( Art. 19)**

Viene confermata la soppressione, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) e il trasferimento dei relativi compiti e funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Il Presidente dell'ANAC dovrà presentare, entro il 31 dicembre 2014 un piano per il riordino dell'Autorità stessa.

Nelle more dell'approvazione del piano di riordino, il Presidente dell'ANAC dovrà provvedere allo svolgimento dei compiti precedentemente facenti capo all'AVCP, con le risorse umane, strumentali e finanziarie della soppressa Autorità di Vigilanza.

**Proroga delle centrali di committenza (art. 23 bis e art. 23 ter)**

Vengono, in primo luogo, differiti gli obblighi di aggregazione negli acquisti di lavori, servizi e forniture, di cui al comma 3-bis dell'articolo 33 del Codice Appalti, per i comuni istituiti a seguito di fusione. Tale obbligo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione.

Su un piano più generale, viene, comunque, differita al 1° luglio 2015 l'entrata in vigore della disciplina, di cui al predetto comma 3-bis dell'articolo 33 del Codice Appalti, in ordine alla centralizzazione delle procedure di acquisizione di lavori, per tutti i comuni non capoluogo di provincia.

Con riferimento all'acquisizione di beni e servizi, il termine è differito al 1° gennaio 2015.

Sono, in ogni caso, fatte salve le procedure avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione in commento.

Viene, altresì, previsto che detto obbligo non si applica alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture da parte degli enti pubblici impegnati nella ricostruzione delle località dell'Abruzzo ( indicate nel decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77,) e di quelle dell'Emilia- Romagna ( indicate nel decreto-legge 6 giugno 2012, n. 74, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2012, n. 122.).

Infine, è stabilito che i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro.

**Nuove norme in materia di iscrizione alle White List ( art. 29)**

Il decreto 90/2014, all'art. 29, ha introdotto una modifica della disciplina dello strumento delle cosiddette "white list", previste a livello nazionale dalla legge n. 190/2012, che va nella direzione dell'obbligatorietà delle liste prefettizie auspicata dall'Ance.

Secondo la norma, le pubbliche amministrazioni dovranno acquisire la documentazione antimafia, sia nella forma della comunicazione che in quella dell'informazione, relativa alle imprese operanti nei settori a più alto rischio di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 1, comma 53 della Legge 190/2012, consultando obbligatoriamente le "white list", ovvero l'elenco, istituito presso ciascuna Prefettura, delle imprese operanti nei settori suddetti per le quali sia escluso il tentativo di infiltrazione mafiosa.

Si tratta delle seguenti attività:

- trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- noli a freddo di macchinari;
- fornitura di ferro lavorato;
- noli a caldo;
- autotrasporti per conto di terzi;
- guardiania dei cantieri.

Ciò vuol dire che l'iscrizione alle "white list" diventa, per le imprese operanti nei settori più a rischio, obbligatoria per accertare l'assenza di pregiudizi nella materia dell'antimafia, nell'ambito dei rapporti contrattuali, diretti o indiretti, con la pubblica amministrazione.

Inoltre, per tener conto del fatto che alcune ditte iscritte in tali elenchi possono operare in diversi campi di attività, la norma stabilisce che l'iscrizione all'elenco possa essere utilizzata, ai fini della certificazione antimafia, anche per attività diverse da quelle per le quali è stata disposta l'iscrizione.

La norma prevede, altresì, una disposizione transitoria che, in prima applicazione e per un periodo non superiore a un anno dall'entrata in vigore del decreto, stabilisce che le pubbliche amministrazioni procedano all'affidamento di contratti o all'autorizzazione di subcontratti per le attività a rischio dopo aver accertato che sia stata presentata domanda di iscrizione presso la lista prefettizia di competenza.

In sostanza, il legislatore ha riproposto la formulazione già prevista per la ricostruzione post terremoto in Emilia Romagna (art. 5-bis del DL 74/2012) rendendo di fatto obbligatoria per le imprese operanti nei settori a rischio l'iscrizione alle white list per poter accedere a contratti o subcontratti con la PA.

### **Osservazioni**

La norma costituisce un importante passo in avanti nel senso voluto dall'Ance dell'obbligatorietà dell'iscrizione presso le white list delle imprese operanti nei settori a maggiore rischio di infiltrazione mafiosa.

Anche a seguito dell'intervento dell'ANCE, la norma è stata modificata per evitare possibili zone d'ombra con riferimento agli appalti di importo inferiore a 150.000 euro, che sulla base della normativa vigente, sarebbero esclusi dall'obbligo della documentazione antimafia e quindi dall'obbligo di iscrizione alle white list.

A tal proposito, il testo approvato in via definitiva ha, infatti, previsto l'obbligo di iscrizione alle white list indipendentemente dalle soglie di cui al decreto legislativo n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)

In merito ai subappalti, invece, la lettura combinata del predetto Codice Antimafia (D.Lgs 159/2011, art.91, comma1, lettera c)) e del Codice degli appalti (D.Lgs 163/2006, art. 118, comma 1 n.4) già garantiva l'acquisizione della documentazione antimafia (la comunicazione antimafia per importi compresi fino a 150.000 euro, l'informazione antimafia per importi superiori) e, conseguentemente, il ricorso alle white list.

Ciò in linea con i protocolli di legalità che già estendevano alle attività a maggiore rischio di infiltrazione malavitosa i controlli antimafia indipendentemente dal valore del contratto o subcontratto.

In ogni caso, i benefici derivanti dall'obbligo di iscrizione alle liste prefettizie sono limitati esclusivamente ai lavori pubblici.

### **Unità Operativa Speciale per EXPO 2015 ( art. 30)**

Il provvedimento in commento attribuisce al Presidente dell'ANAC compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015.

A tal fine, viene istituita una apposita Unità operativa speciale, composta da personale anche proveniente dal Corpo della Guardia di Finanza, con compiti di verifica, in via preventiva, della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed alla esecuzione dei contratti pubblici, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di trasparenza, di cui alla legge 190/2012, nonché sul corretto adempimento de parte della stessa società EXPO 2015 e delle altre stazioni appaltanti degli accordi in materia di legalità, sottoscritti con la Prefettura di Milano. Inoltre, tale Unità disporrà di poteri ispettivi e di accesso alle banche dati già attribuiti alla soppressa AVCP .

### **Osservazioni**

In proposito, va evidenziato che l'ANCE è da sempre contraria al ricorso a strutture straordinarie dotate di ampi poteri derogatori per gli affidamenti dei contratti pubblici. I

poteri straordinari vanno utilizzati solo per far fronte alle emergenze dovute a calamità naturali, e non a quelle conseguenti alle inerzie della politica e dell'amministrazione.

Ciò premesso, e considerato l'affidamento alla società EXPO 2015 di tutta l'attività connessa allo svolgimento del grande evento, con ampi poteri di deroga al Codice dei contratti in materia di procedura di scelta del contraente, si comprende la necessità, stanti i fatti occorsi, di istituire un soggetto deputato al controllo specifico dell'operato di tale struttura straordinaria.

In linea con quanto da Ance osservato in sede di conversione, è stato introdotto un termine di durata di tale Unità Speciale di Controllo, in modo da garantire che la sua operatività sia circoscritta al periodo di svolgimento dell'evento, senza alcuna possibilità di proroga o ultravigenza della stessa.

In particolare, viene stabilito che l'Unità Speciale opera fino alla completa esecuzione dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse alla svolgimento del grande evento EXPO 2015 e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

**Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione" (art. 32)**

Rispetto al testo del D.L., in sede di conversione è stato ampliato l'ambito di applicazione della presente norma, estendendo la possibilità di applicare le misure straordinarie anche al concessionario di lavori pubblici e al contraente generale.

Sempre in fase di conversione è stato, poi, introdotto un termine massimo di durata delle misure straordinarie a carico dell'impresa, individuato nel momento del collaudo dell'opera.

Inoltre, viene previsto un obbligo di informativa del Procuratore della Repubblica, a carico del Presidente dell'ANAC.

È stato altresì eliminato il riferimento al fatto che, affinché possano essere adottate le predette misure, il contratto di appalto debba essere oggetto di un procedimento penale

Tale modifica sembrerebbe consentire, quindi, un'applicazione più ampia dei provvedimenti prefettizi, che potranno essere assunti anche laddove non risulti in corso un procedimento giurisdizionale di tipo penale.

Al riguardo, tuttavia, va evidenziato il mancato coordinamento con le ulteriori disposizioni contenute al comma 7, laddove viene previsto, con riferimento all'accantonamento dell'utile di impresa, che quest'ultimo non possa essere svincolato fino all'esito del giudizio penale.

Viene, inoltre, introdotta, in relazione all'applicazione delle misure straordinarie, una competenza funzionale del Prefetto, individuandola nel luogo in cui ha sede la stazione appaltante.

Le misure sono comunque revocate o cessano di produrre effetti all'esito dei procedimenti penali e di prevenzione.

Ciò premesso, ed in sintesi, il provvedimento, nel testo approvato in via definitiva, prevede che nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture (ivi compresi i concessionari di lavori pubblici ed i contraenti generali), il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore delle Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi:

a) ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione;

b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali, sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto, alla nomina di uno o più amministratori ( non più di 3), a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa, con conseguente sospensione dei poteri di disposizione e gestione dei relativi titolari. In caso di impresa costituita in forma societaria, per l'intera durata della misura, sono sospesi i poteri dell'assemblea. Il provvedimento stabilisce anche la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera oggetto del contratto e comunque non oltre il collaudo.

Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, che rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati dell'attività di straordinaria gestione solo nei casi di dolo e colpa grave. Inoltre, gli utili di impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del giudizio penale.

Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui in precedenza riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle sopraccennate lettere a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto, di uno o più esperti ( non più di 3), che devono fornire all'impresa prescrizioni operative. Anche in tal caso il compenso dei consulenti è comunque posto a carico dell'impresa.

Infine, viene attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia stata emessa una informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

### Osservazioni

Desta perplessità la formulazione estremamente ampia delle fattispecie in presenza delle quali il Presidente dell'ANAC può chiedere il commissariamento dell'azienda.

Al riguardo, l'Ance, durante i lavori parlamentari, ha più volte ribadito che, se, da un lato, è senza dubbio prioritario tutelare il perseguimento dell'interesse pubblico ad una corretta gestione delle risorse finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche, senza consentire l'indebito arricchimento di soggetti che abbiano ottenuto illecitamente tali affidamenti, dall'altro lato, è altrettanto indispensabile conciliare tale esigenza con i principi costituzionali posti a garanzia della libertà di iniziativa economica privata e del principio di legalità in materia di accertamento delle condotte illecite dei soggetti coinvolti.

Quanto, poi, ai presupposti per l'adozione dei provvedimenti prefettizi, consistenti nelle *"situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali"*, si osserva che anche alla luce delle modifiche introdotte in sede di conversione, sembrerebbe che il riferimento alle condotte illecite comprenda anche comportamenti non aventi rilevanza penale.

Al riguardo, si segnala che, su tali questioni, è stato recentemente adottato un protocollo di intesa recante *"Prime linea guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC – Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa"*, tra il Ministero dell'Interno e l'ANAC (vedi News della Direzione Legislazione Opere Pubbliche del 6 agosto 2014).

L'atto di indirizzo specifica alcuni aspetti interpretativi della norma che ha subito, tuttavia, rispetto al momento in cui è stato adottato il Protocollo, talune modifiche in sede di conversione, come sopra illustrate.

È importante sottolineare che, nel protocollo, in linea con quanto da sempre sostenuto dall'ANCE, viene affermato che le misure straordinarie previste dalle lettere a) e b) dell'art. 32, debbano essere sempre disposte limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto.

In altri termini, viene confermata la natura "ad contractum" della misura in questione. Si realizza, dunque, una forma di gestione "separata" e "a tempo" di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico.

Tuttavia, occorrerà approfondire l'ipotesi in cui l'impresa abbia un unico rappresentate legale, dotato di poteri di amministrazione e gestione.

### **Le varianti in corso d'opera (Art. 37)**

In fase di conversione, modificando quanto previsto dal testo iniziale, si prevede, per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'obbligo di trasmissione, entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, all'Autorità Nazionale Anticorruzione di talune tipologie di varianti in corso d'opera (ossia quelle di cui al comma 1, lettera b), c) e d) dell'articolo 132 del D.lgs. 163/2006), laddove di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto.

Inoltre, si prevede, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio dei Lavori pubblici, tramite le sezioni regionali, sempre entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, di tutte le varianti, indipendentemente dall'importo e dalla tipologia delle stesse.

La comunicazione delle varianti è funzionale alla valutazione ed agli eventuali provvedimenti dell'ANAC.

Si segnala che, in caso di inadempimento dell'obbligo di comunicazione delle sole varianti relative ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del citato Codice dei contratti pubblici.

### **Osservazioni**

Le modifiche apportate in sede di conversione rappresentano un parziale miglioramento rispetto al testo iniziale, che tiene conto anche dell'azione dell'Ance.

Resta da chiarire la natura dei provvedimenti adottabili dall'ANAC a seguito della comunicazione delle varianti, che, è ragionevole ritenere debbano comunque consistere nel riscontro di eventuali fatti sintomatici di condotte illecite.

### **Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione (Art. 39)**

In sede di conversione, è stato ampliato l'ambito operativo della disposizione in commento.

In particolare, l'articolo 39, come riformulato, interviene sulla disciplina dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, necessari per la partecipazione alle procedure di gara, prevedendo che, in caso di mancanza, incompletezza o altre irregolarità essenziali non solo delle dichiarazioni ma anche degli elementi delle dichiarazioni sostitutive, il concorrente possa provvedere alla relativa sanatoria, previo pagamento di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando, il cui valore non può essere inferiore all'uno per mille né superiore all'uno per cento del valore della gara e, in ogni caso, non può superare i 50 mila euro. Il versamento della sanzione è

garantito dalla cauzione provvisoria. Viceversa, nei casi di irregolarità, incompletezze o mancanze nelle dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante non richiede alcuna regolarizzazione né applica sanzioni.

Tali previsioni si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni da produrre in gara, anche da parte di soggetti terzi.

Il provvedimento prevede, inoltre, che ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ai fini del calcolo della media né della soglia di anomalia delle offerte.

### **Osservazioni**

Con riferimento alla prevista possibilità di sanare irregolarità riguardanti aspetti essenziali delle dichiarazioni sostitutive, attraverso il pagamento di una sanzione pecuniaria, vanno segnalate talune criticità.

Innanzitutto, la norma non contiene alcuna indicazione su cosa debba intendersi per irregolarità essenziali, rimettendo integralmente tale valutazione alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

A maggior ragione, l'incertezza diviene ancor più preoccupante, alla luce della formulazione definitiva di tale articolo, dal momento che si prevede la possibilità di sanatoria anche in ipotesi di mancanza, incompletezza o altre irregolarità essenziali degli elementi stesse delle dichiarazioni sostitutive.

Infatti, non viene chiarito quali potrebbero essere le irregolarità concernenti gli elementi delle dichiarazioni sostitutive, ovvero se, addirittura, ciò introducesse la possibilità di sanatoria anche nel caso in cui il concorrente sia del tutto privo dei requisiti di cui alle dichiarazioni dell'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici.

Tale incertezza potrebbe determinare trattamenti discriminatori, capaci di alterare la par condicio dei concorrenti, con conseguente aumento del contenzioso.

L'ANCE, in occasione della fase di conversione del provvedimento, ha più volte ribadito la necessità di una definizione delle tipologie di irregolarità essenziali sanabili.

Inoltre, è stato fatto presente che la previsione secondo la quale il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria può dar luogo a dubbi interpretativi sulle modalità di calcolo della cauzione stessa. Infatti, la formulazione della norma potrebbe indurre le stazioni appaltanti a ritenere legittimo un incremento del valore della cauzione provvisoria, ritenendo di dover aggiungere all'importo corrispondente alla percentuale prevista dall'art. 75 del Codice dei contratti, quello della sanzione.

Peraltro, sussiste anche un problema di coordinamento con quanto previsto nel Decreto Legislativo 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle Assicurazioni Private), in cui

è stabilito che sono vietate le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative (art. 12).

Molte perplessità desta, infine, la previsione che specifica la non rilevanza, ai fini del calcolo della media delle offerte e della determinazione della soglia di anomalia, di ogni variazione che intervenga dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale.

Infatti, il dettato letterale della previsione, che specifica che si è in una fase successiva all'ammissione delle offerte, potrebbe portare a ritenere che si debbano considerare irrilevanti le variazioni legate al controllo sul possesso dei requisiti di qualificazione che, come noto, vengono accertati in sede di verifica a campione nonché in capo all'aggiudicatario provvisorio.

Se così fosse, e si dovessero considerare irrilevanti eventuali esclusioni dovute all'assenza di requisiti di qualificazione, accertate in sede di verifica a campione, si avrebbe che la soglia di anomalia verrebbe calcolata sulla base di tutte le offerte ammesse, comprese quelle di soggetti privi della necessaria idoneità.

Tale opinione interpretativa è dunque da scartare, in quanto, in tal caso, le procedure di gara si presterebbero facilmente a forme di condizionamento dovute alla presentazione di offerte "di appoggio", da parte di soggetti privi dei requisiti di qualificazione necessari, in considerazione della possibilità di influire sulla determinazione della soglia di anomalia, presentando offerte contenenti dichiarazioni sostitutive, di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, formalmente complete ma non veritiere.

Altra questione, invece, è quella in cui sia l'aggiudicatario provvisorio ad essere privo dei requisiti di qualificazione. In tale ipotesi, sembra potersi desumere dalla norma che, per procedere alla nuova aggiudicazione, non sia necessario rideterminare la soglia di anomalia ma, al contrario, sia possibile scorrere la graduatoria dei concorrenti fino all'individuazione del nuovo aggiudicatario.

Tale ipotesi potrebbe avere un effetto positivo in termini di accelerazione degli affidamenti e deflazione del contenzioso, considerata la cristallizzazione della graduatoria originariamente determinata.

Tuttavia, sarebbe opportuno, con apposito chiarimento, limitare tale principio ai casi di esclusione del primo e secondo classificato, al fine di evitare forme di alterazione del mercato, conseguenti ad aggiudicazioni disposte tenendo conto della partecipazione di soggetti che, a causa dell'assenza dei necessari requisiti, non dovevano essere ammessi in gara.

Stanti le descritte criticità, ci si riserva di sottoporre apposito quesito all'ANAC, in attesa di un auspicabile chiarimento normativo.

#### **Misure per l'ulteriore accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici (Art. 40)**

In sede di conversione, sono state previste, infine, alcune misure per l'ulteriore accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici, tra cui la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ad udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro 45 giorni ( non più 30 giorni, come nel testo iniziale del Dl. 90/2014) dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente (cioè, la PA e i controinteressati).

Solo per esigenze istruttorie, o per l'integrazione del contraddittorio o per garantire il rispetto dei termini a difesa, è possibile rinviare il giudizio di merito ad un'ulteriore udienza, da tenersi non oltre 30 giorni.

È stato, inoltre, introdotto, sempre in sede di conversione, un'ulteriore disposizione che introduce, per le parti, al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità, l'obbligo di contenere le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini che saranno stabiliti da un successivo decreto del Presidente del Consiglio di Stato.

Inoltre, viene previsto che il collegio, quando dispone le misure cautelari, possa subordinare l'efficacia delle misure stesse, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili alla prestazione, da parte del richiedente, di una cauzione, anche tramite fideiussione, di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto appalto.

### **Osservazioni**

Per quanto riguarda la previsione secondo la quale la sentenza deve essere "comunque" in forma semplificata, è condivisibile, in linea di principio, la volontà di accelerare la tempistica dei giudizi in materia di appalti pubblici. Occorre, tuttavia, osservare che non è chiaro se tale forma debba essere adottata anche in assenza dei presupposti di cui all'articolo 74 del codice del processo amministrativo, e cioè anche nel caso in cui il giudice non ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso.

Se così fosse, ne potrebbe, infatti, derivare un pregiudizio per le imprese ricorrenti in quanto, in casi di particolare complessità delle questioni sottoposte a sindacato del giudice, la sentenza in forma semplificata, che si caratterizza per la sinteticità delle motivazioni, potrebbe non soddisfare adeguatamente l'interesse ad una piena tutela giurisdizionale delle ragioni del ricorrente, a fronte di ingenti costi per l'attivazione del processo.

Inoltre, potrebbe prodursi un incremento del contenzioso, in quanto la parte soccombente, più facilmente insoddisfatta di una scarna motivazione sulle ragioni che hanno portato ad un rigetto delle proprie tesi, potrebbe essere indotta a promuovere ulteriori gradi di giudizio.

Per quanto riguarda, poi, la cauzione a copertura dell'efficacia delle misure cautelari, tale scelta solleva perplessità, in quanto non sembra giustificabile dal momento che l'adozione delle misure cautelari è subordinata alla valutazione, da parte del giudice,

della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, ossia il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*.

Ciò significa che il giudice, ai fini dell'adozione di tali misure, deve valutare la sussistenza di un pregiudizio, imminente ed attuale, all'interesse azionato dal ricorrente e la verosimile fondatezza del ricorso. In presenza di tali presupposti, non si comprende perché il ricorrente debba vedersi attribuiti ulteriori costi per l'efficacia delle misura cautelare, già dal giudice valutata necessaria e fondata.

**Misure per il contrasto all'abuso del processo (Art. 41)**

Nel provvedimento vengono rafforzate le misure per il contrasto all'abuso del processo, tra cui la possibilità per il giudice di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestatamente infondati, e l'elevazione dell'importo della sanzione, in caso di lite temeraria, fino all'uno per cento del valore del contratto.

**Osservazioni**

La disposizione è condivisibile in quanto l'inasprimento delle sanzioni per lite temeraria può costituire un efficace deterrente alla presentazione di ricorsi giurisdizionali palesemente infondati e strumentali al rallentamento della realizzazione di un'opera utile alla collettività.

Distinti saluti



ANCE RAGUSA  
II VICE PRESIDENTE  
(Geom. Giovanni Bonometti)