

## **Newsletter\* 13/2017**

### **IN EVIDENZA**

- > PUBBLICATE IN GAZZETTA UFFICIALE LE LINEE GUIDA ANAC N.3 SUL RUP E LE LINEE GUIDA N. 6 SULLE CIRCOSTANZE DI ESCLUSIONE - ART. 80, COMMA 5, LETT. C) DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.**
- > AGCM, ANAC E ART: SEGNALAZIONE CONGIUNTA DEL 25 OTTOBRE 2017 PER CONTRASTARE L'ECESSIVO RICORSO ALL'AFFIDAMENTO DIRETTO NEL SETTORE DEI SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO REGIONALE FERROVIARIO.**
- > CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ NEGLI APPALTI PROTOCOLLO DI INTESA ANAC - DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA.**
- > AGGIORNAMENTO DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 7 DISCIPLINANTI L'ELENCO DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI E DEGLI ENTI AGGIUDICATORI CHE OPERANO MEDIANTE AFFIDAMENTI DIRETTI NEI CONFRONTI DI SOCIETÀ IN HOUSE.**

Sono state pubblicate in Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 260 del 7 novembre 2017, le linee guida n. 3 e n. 6 in attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come da ultimo modificato dal d.lgs. 56/2017.

**LINEE GUIDA N. 3/2017: “NOMINA, RUOLO E COMPITI DEL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO PER L’AFFIDAMENTO DI APPALTI E CONCESSIONI”.**

Il d.lgs. 56/2017 ha ampliato l’ambito oggettivo delle Linee guida, prevedendo che le stesse disciplinino, altresì, i presupposti e le modalità di nomina del RUP. Nella versione originale delle Linee guida, tali materie, in assenza di un’espressa delega, erano state disciplinate ai sensi dell’art. 213, comma 2, del Codice con previsioni di *moral suasion* aventi natura non

vincolante. All'esito della modifica introdotta tutte le disposizioni contenute nel documento in esame assumono natura vincolante

**LINEE GUIDA N. 6/2017: “INDICAZIONE DEI MEZZI DI PROVA ADEGUATI E DELLE CARENZE NELL'ESECUZIONE DI UN PRECEDENTE CONTRATTO DI APPALTO CHE POSSANO CONSIDERARSI SIGNIFICATIVE PER LA DIMOSTRAZIONE DELLE CIRCOSTANZE DI ESCLUSIONE DI CUI ALL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C) DEL CODICE”.**

L'esigenza di intervenire sul testo delle Linee guida è sorta in esito alla modifica del comma 10 dell'art. 80 del Codice, che integra la prima parte della norma specificando che *«Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni salvo che la pena principale sia di durata inferiore e, in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna»*. Tra le modifiche intervenute si segnalano quelle di cui al Punto 2.2, laddove è attribuita rilevanza ostativa **alle condanne non definitive** per alcuni reati incidenti sulla moralità professionale, indicati in via esemplificativa alle lettere da a) a e), e per le condanne non definitive per i reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 355 e 356 c.p. Riguardo a tali ultime fattispecie, è specificato che le condanne definitive per tali reati configurano la causa di esclusione automatica prevista dall'art. 80, comma 1, lett. b) del codice.

**SEGNALAZIONE CONGIUNTA DEL 25 OTTOBRE 2017 AGCM, ANAC E ART**

L'AGCM, l'ANAC e l'ART, in data 25 ottobre 2017, hanno deliberato ed inviato alle Regioni, alla Conferenza Unificata Stato Regioni, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e al Ministero dell'Economia e delle Finanze una segnalazione congiunta in merito alle procedure per l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario. Il monito alle regioni è rivolto all'adozione di procedure più trasparenti e competitive negli affidamenti diretti per il servizio di trasporto ferroviario.

## **PROTOCOLLO D'INTESA RELATIVO AI RAPPORTI DI COLLABORAZIONE TRA L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE E LA DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO**

L'ANAC e la Direzione Nazionale Antimafia (DNA) hanno stipulato in data 13 novembre 2017 un protocollo d'intesa per collaborare al fine di rendere più efficiente ed efficace l'azione di contrasto del fenomeno della corruzione nella pubblica Amministrazione.

La DNA, con riferimento alle proprie competenze istituzionali ed al fine di verificare le informazioni attinenti i contratti pubblici nonché l'operato di imprese in relazione ai medesimi, accederà alle informazioni disponibili presso il Casellario delle Imprese ed alle informazioni sui contratti pubblici disponibili presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici gestite dall'ANAC.

## **AGGIORNAMENTO DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 7 DISCIPLINANTI L'ELENCO DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI E DEGLI ENTI AGGIUDICATORI CHE OPERANO MEDIANTE AFFIDAMENTI DIRETTI NEI CONFRONTI DI SOCIETÀ IN HOUSE**

A partire dal prossimo 30 novembre 2017, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non potranno più porre in essere affidamenti diretti alle proprie società “*in house*”, se non dopo aver presentato domanda di iscrizione nell'elenco istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 192 del d.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 e s.m.i..

Questo è quanto previsto dall'art. 9.2 dell'aggiornamento delle “*Linee guida n. 7 disciplinanti l'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di società in house*”, adottato dall'ANAC con deliberazione n. 951 del 20 settembre 2017 e pubblicato sulla GURI - Serie Generale n. 236 del 9 ottobre 2017 (in vigore dal 10 ottobre 2017 - giorno successivo alla loro pubblicazione in GURI – cfr. art. 9.1).

Tale aggiornamento è stato posto in essere al fine di adeguare le “precedenti” linee guida n. 7 (già adottate con deliberazione ANAC n. 235 del 15 febbraio 2017) alle modifiche normative apportate al Codice da parte del c.d. “Correttivo”.

Per ogni utile approfondimento:

<https://www.orrick.com/Insights/2017/11/Aggiornamento-delle-Linee-Guida-ANAC-n-7-disciplinanti-IElenco-delle-amministrazioni-aggiudicatrici>

\*\* \*\*\* \*\*

### **NOVITA' GIURISPRUDENZIALI**

#### **TAR MOLISE, ORD. COLL., 13 NOVEMBRE 2017, N. 420 – INDIRIZZO PEC ERRATO E NOTIFICA PAT**

Deve essere concessa la remissione in termini per errore scusabile per avere il ricorrente notificato il ricorso all'indirizzo Pec che non corrisponde all'indirizzo presso il quale devono, invece, essere notificati all'Avvocatura distrettuale dello Stato gli atti giudiziari, nel caso in cui l'indirizzo Pec utilizzato risultava dal sito dell'Avvocatura ed inoltre lo stesso indirizzo non indicava chiaramente che esso non fosse da considerarsi utile ai fini delle notifiche degli atti processuali.

#### **CONS. ST., SEZ. III, 10 NOVEMBRE 2017, N. 5182- SUL RICORSO INCIDENTALE NEL RITO SUPER ACCELERATO**

Nell'ambito del rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. è rituale e tempestivo il ricorso incidentale “paralizzante” proposto (dal concorrente di cui sia stata impugnata l'ammissione alla gara), nel termine di 30 giorni decorrente dalla ricezione della notifica del ricorso principale ai sensi dell'art. 42, comma 1, c.p.a.

#### **TAR TOSCANA, SEZ. III, 9 NOVEMBRE 2017, N. 1362 - SULLA DISCRASIA TRA IL NOMINATIVO DEL SOGGETTO DICHIARANTE E DEL SOTTOSCRITTORE DIGITALE DELLA DICHIARAZIONE**

Il TAR Toscana, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di esclusione disposto dall'Amministrazione resistente e motivato proprio sulla base della discrasia tra il nominativo del dichiarante e quello del sottoscrittore (in forma digitale) della relativa dichiarazione, ha ritenuto che detta discrasia non legittimi l'adozione di un provvedimento di esclusione, qualora, come nel caso sottoposto alla sua attenzione, la firma digitale sia comunque riconducibile ad un soggetto che sia dotato, come chi ha reso la dichiarazione alla quale la stessa è stata erroneamente apposta, dei poteri di rappresentanza dell'impresa.

**CONS. ST., SEZ. V, ORDINANZA 6 NOVEMBRE 2017, N. 5103 - SULLA REMISSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA DELLA VEXATA QUAESTIO DEL RAPPORTO FRA RICORSO INCIDENTALI ESCLUDENTE E RICORSO PRINCIPALE IN MATERIA DI GARE D'APPALTO**

Con l'ordinanza in 5103/2017, la V sezione del Consiglio di Stato, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate.

**CONS. ST., SEZ. III, ORDINANZA 7 NOVEMBRE 2017, N. 5138 - SULLA REMISSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA DELLA QUESTIONE DELL'IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DELLA CLAUSOLA DEL BANDO CHE PREVEDE L'AGGIUDICAZIONE CON IL CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO**

Con l'Ordinanza in epigrafe sono stati rimessi all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

1. Se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n.1/2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l'onere di impugnazione immediata del bando sussiste anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, il luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo.
2. Se l'onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti

concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi.

**3.** Se, nel caso in cui l'Adunanza Plenaria affermi innovativamente il principio della immediata impugnazione delle clausole del bando di gara riguardanti la definizione del criterio di aggiudicazione, e, individui, eventualmente, ulteriori ipotesi in cui sussiste l'onere di immediata impugnazione di atti della procedura precedenti l'aggiudicazione, la nuova regola interpretativa si applichi, alternativamente:

- a.** con immediatezza, anche ai giudizi in corso, indipendentemente dall'epoca di indizione della gara;
- b.** alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016;
- c.** ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, in conformità alle regole generali dell'errore scusabile e della irretroattività dei mutamenti di giurisprudenza incidenti sul diritto viventi (secondo i principi dell'overruling);

**4.** Se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, della impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l'operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione.

---

*\* Con la collaborazione dello Studio Legale Orrick*