

NEWSLETTER N. 3/2018

IN EVIDENZA

- **IL PARERE DELL'AGCM SULLE LINEE GUIDA N. 6 DELL'ANAC**
- **ANAC AGGIORNAMENTO LINEE GUIDA N. 4**
- **CGUE SULLA COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO UE DEL “SOCCORSO ISTRUTTORIO A PAGAMENTO”**

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

PARERE AGCM, 13 FEBBRAIO 2018

L'ACGM con il parere AS1474 del 13 febbraio 2018 ha espresso la propria posizione sull'aggiornamento da parte dell'ANAC delle Linee Guida n. 6, recanti “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, c. 5, lett. c) del Codice”), come aggiornate a seguito delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal D.lgs. n. 56/2017 (c.d. correttivo).

L'AGCM, pur prendendo atto con favore dell'inserimento degli illeciti anticoncorrenziali e delle pratiche commerciali scorrette tra gli illeciti professionali, dissente dalla scelta di collegare gli “effetti escludenti” al provvedimento *antitrust* **meramente “esecutivo”** anziché ai “*provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*”, come già previsto dalle Linee Guida precedenti (punto 2.1.3 Linee guida n. 6 non aggiornate al D.lgs. 56 del 19 aprile 2017). Questo generico richiamo, segnala l'Antitrust, contrasta con l'[art. 80, comma 10, del Codice dei contratti pubblici](#), che calcola la durata della causa di esclusione dalla gara (pari a tre anni) a decorrere dalla data del suo “*accertamento definitivo*”, inteso come accertamento giudiziale definitivo, come specificato nel parere del [Consiglio di Stato n. 2286/2016](#). Per leggere il parere integrale clicca [qui](#).

LINEE GUIDA ANAC N.4 SULLE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

Con Deliberazione ANAC 1° marzo 2018 n. 206 sono state aggiornate le Linee Guida n. 4, recanti “*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”, che entreranno in vigore 15 giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. VIII, 28 FEBBRAIO 2018, C-523/16 C-536/16 - COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO UE DEL "SOCCORSO ISTRUTTORIO A PAGAMENTO"

Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 51 della direttiva 2004/18/CE ed i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e all'articolo 2 della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare.

Per contro, queste stesse disposizioni e questi stessi principi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può imporre a un offerente, dietro pagamento da parte di quest'ultimo di una sanzione pecuniaria, di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta. Per la lettura integrale della sentenza clicca [qui](#).

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI , ORDINANZA 9 MARZO 2018 N. 5788 – SULLA GIURISDIZIONE DELL'A.G.O. IN ORDINE ALLA CONTROVERSIA RELATIVA AL PRETESO INADEMPIMENTO DELLA P.A. APPALTANTE, CON RELATIVA DOMANDA RISARCITORIA

Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. l'azione di risarcimento dei danni proposta dall'impresa appaltatrice nei confronti della P.A. allorché la pretesa oggetto del contendere riguarda le modalità di adempimento del contratto concluso tra le parti, a seguito di aggiudicazione della relativa procedura, e sia stato lamentato il grave inadempimento della P.A. rispetto agli obblighi contrattualmente assunti, nonché la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede. In tal caso, infatti, la vicenda relativa all'aggiudicazione dell'appalto costituisce solo un antecedente logico che rimane sullo sfondo, perché la pretesa è incentrata sul presunto inadempimento contrattuale, senza che venga in considerazione in alcun modo l'esercizio, da parte della P.A. convenuta, di un potere autoritativo pubblico o di scelte discrezionali il cui controllo è demandato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 2 MARZO 2018 N. 1299 - SUL CARATTERE ESEMPLIFICATIVO DELL'ELENCAZIONE DEI GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI RILEVANTI CONTENUTA NELL'ART. 80, C. 5, LETT. C), DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nell'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (rimasto invariato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017) è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati, sia dall'*incipit* del secondo inciso ("*Tra questi [gravi illeciti professionali] rientrano: [...]*") che precede l'elencazione; quest'ultima, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con "mezzi adeguati". Per la lettura integrale della sentenza clicca [qui](#).

TAR PUGLIA LECCE, SEZ. III, 9 MARZO 2018, 401 – SULLA DIFFERENZA TRA SOLUZIONI MIGLIORATIVE E VARIANTI

In sede di gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione: ne deriva che possono quindi essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste. Per la lettura integrale della sentenza clicca [qui](#).

TAR PIEMONTE, SEZ. II, 8 MARZO 2018 N. 304 – RIEDIZIONE DEL POTERE DELLA STAZIONE APPALTANTE A SEGUITO DEL REMAND DEL G.A.

E' illegittima la esclusione di una ditta da una gara di appalto secondo il criterio del prezzo più basso, motivata con riferimento all'anomalia dell'offerta (nella specie, il ribasso proposto dalla ditta interessata era del 36,630%, a fronte di una soglia di anomalia pari al 30,0713%), ove l'Amministrazione, nonostante l'esplicito *remand* del G.A. in tal senso, abbia sostanzialmente omesso, per ben due volte, di esternare chiaramente, sufficientemente e logicamente le ragioni di tale ritenuta anomalia; in tal caso, infatti, deve ritenersi che, avendo la P.A., con specifico riguardo all'anomalia dell'offerta, per due volte, condotto, senza esito, una approfondita analisi, abbia definitivamente esaurito, sul punto, le proprie prerogative di valutazione, senza riuscire a fornire un plausibile e comprovato giudizio di anomalia. Il tutto con la duplice conseguenza che: a) il provvedimento di esclusione della ditta interessata va annullato in s.g.; b) si è definitivamente realizzato il superamento della fase procedimentale di valutazione dell'anomalia, con onere per la P.A. di concludere il procedimento senza poter nuovamente valutare anomala l'offerta della medesima ditta; e ciò a maggior ragione nel contesto di un rito accelerato ed in una materia in cui l'effettività della tutela

è imposta dall'ordinamento euro unitario. Per la lettura integrale della sentenza clicca [qui](#).

TAR VENETO, VENEZIA, SEZ. I, 7 MARZO 2018, N. 257– LA DECORRENZA DEL TERMINE PER IMPUGNARE LE AMMISSIONI E LE ESCLUSIONI DALLA GARA.

Il TAR Veneto nel ribadire il principio secondo cui il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalla gara decorre dalla seduta pubblica, in cui siano presenti i rappresentanti delle imprese concorrenti ha, altresì, ritenuto tempestivo il ricorso volto a censurare la mancanza di requisiti riconducibili all'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., a fronte di presunte carenze emerse non già in fase di ammissione delle offerte, durante la quale non si erano riscontrate irregolarità e/o omissioni documentali, ma solo al momento della comprova, in sede di verifica successiva all'aggiudicazione, delle dichiarazioni rese. Sicché in assenza della prova rigorosa della tardività di tali motivi, questi ultimi devono essere considerati tempestivi. Per la lettura integrale della sentenza clicca [qui](#).

A cura degli avv.ti Patrizio Leozappa e Adriana Presti