

Anno I - n. 5

Maggio 2018

NEWSLETTER

IN PRIMO PIANO

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 19 aprile 2018, C-645/16 – Gli agenti commerciali hanno diritto alle indennità ed al risarcimento anche nel caso in cui la cessazione del contratto si verifichi nel corso del periodo di prova.

La Corte di Giustizia ha rilevato che, alla luce della direttiva sugli agenti commerciali indipendenti (direttiva n. 653/86), la disciplina dell'indennità e del risarcimento del danno è volta ad indennizzare l'agente commerciale per le prestazioni compiute di cui il preponente continui a beneficiare anche successivamente alla cessazione dei rapporti contrattuali, ovvero per gli oneri e le spese sostenuti ai fini delle prestazioni medesime.

Pertanto all'agente non possono essere negate l'indennità o il risarcimento per il solo fatto il contratto di agenzia commerciale sia cessato durante il periodo di prova, laddove ricorrano le condizioni per la concessione dell'indennità o del risarcimento, previste dalla direttiva stessa.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018 – Sul termine di impugnazione delle prescrizioni di gara.

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata sul dibattuto tema circa quando si debbano impugnare gli atti di gara. La Terza Sezione del Consiglio di Stato, che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, ha in particolare chiesto se le prescrizioni non immediatamente escludenti, ma lesive della partecipazione (come un illegittimo criterio di aggiudicazione), debbano o meno essere impugnate immediatamente (entro trenta giorni dalla pubblicazione del bando) e, in caso di risposta positiva, se sia poi necessaria la partecipazione alla gara per coltivare l'interesse all'impugnazione.

L'Adunanza Plenaria si è attestata su un orientamento già espresso qualche anno fa dettando le seguenti "regole":

1. Sono clausole "immediatamente escludenti":

- quelle che "*con assoluta certezza precluda(no) l'utile partecipazione*", rendendola inutile, andando il concorrente incontro ad un'esclusione certa (come per la

presenza di un requisito di accesso non posseduto dal concorrente);

- quelle che rendano eccessivamente onerosa partecipazione (come, se rigorosamente provata, l'inadeguatezza della base di gara).

In questo caso il concorrente è onerato ad impugnare immediatamente gli atti di gara (nei trenta giorni dalla pubblicazione del bando), senza dover necessariamente partecipare alla gara.

2. Sono clausole “non immediatamente escludenti” quelle che, pur illegittime, non precludono la partecipazione alla gara.

Esse devono essere impugunate con il provvedimento finale di aggiudicazione ed onerano ovviamente il concorrente a partecipare alla gara. In questo caso, infatti, l'interesse primario del concorrente è l'aggiudicazione della gara, mentre l'interesse alla legittimità delle prescrizioni della stessa è solo strumentale, diventando effettivo solo in caso di mancata aggiudicazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937 – Sulla possibilità di non aderire alle convenzioni Consip se la singola amministrazione aggiudicatrice ottiene condizioni più favorevoli espletando direttamente la gara.

Con l'importante pronuncia in commento, la Sezione V del Consiglio di Stato ha rilevato che, essendo la centralizzazione degli acquisti finalizzata ad individuare offerte alle migliori condizioni di mercato, le Amministrazioni che devono *ex lege* ricorrere a Consip possono procedere con gare autonome se queste conseguano condizioni migliori rispetto alla gara centralizzata. Interpretazione in linea con la disposizione contenuta nella legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2016) che, al comma 510, consentiva la possibilità di procedere ad acquisti autonomi “*qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'Amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali*”.

ANAC

ANAC – Aggiornamento Linee Guida n. 1 – Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Con delibera n. 138/2018, in vigore dallo scorso 7 aprile, l'Autorità ha approvato l'aggiornamento delle linee guida sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria. Tra le modifiche apportate alla precedente versione si segnalano ulteriori fattispecie per le quali si può eccezionalmente ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori. L'ANAC ha altresì esplicitato le modalità di dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara, secondo le nuove regole dettate dal “Correttivo”.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2018 n. 2190 – Sul danno da mancata aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato ha stabilito che il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione – quando non sia più possibile conseguire il contratto – non sia ri-

conoscibile qualora si dimostri che l'aggiudicatario non doveva essere escluso perché in possesso dei requisiti di partecipazione.

Il danno da mancata aggiudicazione ricorre, infatti, nel caso in cui l'annullamento in sede giudiziaria dell'aggiudicazione sia motivato da ragioni di esclusione dell'aggiudicatario non rilevate dall'amministrazione, potendo, in questo caso, il secondo graduato chiedere l'utile che avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 30 aprile 2018 n. 252 – Sull'esclusione per gravi illeciti professionali anche in pendenza della relativa impugnazione.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in una questione oggetto di forte discussione in giurisprudenza (*ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299; Tar Campania, Sez. I, 11 aprile 2018 n. 2390), ha ritenuto legittima l'esclusione di un concorrente *ex art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016*, nonostante la risoluzione del contratto per inadempimento fosse stata impugnata. Il Collegio ha nella specie valorizzato il primo periodo del comma 5, che permette all'Amministrazione di dimostrare *“con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*. Il Collegio ha poi ritenuto meramente esemplificativo il secondo periodo della disposizione, che permette l'esclusione *“solo se la risoluzione non è contestata in giudizio o è confermata all'esito di un giudizio”*. Per i giudici siciliani è dunque sufficiente che la stazione appaltante dimostri, e motivi adeguatamente, l'effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti del concorrente, così vincendo l'esimente della contestazioni in giudizio della risoluzione contrattuale.

TAR Lazio, Sez. II bis, 24 aprile 2018 n. 4562 – Rimessione alla Corte di Giustizia della questione relativa all'esclusione dalle gare per violazione dell'obbligo di separata indicazione dei costi di manodopera.

Il Tar del Lazio, nell'alveo di un recente orientamento (Cfr. Tar Puglia, Lecce Sez. III, n. 640/2018), ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la norma che prevede l'esclusione dalla gara per mancata indicazione del costo della manodopera (art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016). Il Tar ritiene infatti che tale norma violi i principi comunitari sulla tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato Europeo; nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE.

AVVISI

Seminario a Firenze su “La disciplina normativa delle società pubbliche: il d.lgs. 175/2016 nelle prime applicazioni giurisprudenziali”

Il seminario si terrà a Firenze, presso Palazzo Coppini, **venerdì 11 maggio 2018**, alle ore 14,30.

Saranno relatori il Consigliere di Stato, ed ora Segretario Generale dell'Autorità Antitrust, dott. Roberto Chieppa ed il Consigliere del T.A.R. Toscana, dott. Alessandro Cacciari.

Per info e prenotazioni: francesca@brugnoletteassociati.com.

Sportello legale Adepp

Costituito dal mese di marzo un “Gruppo di Lavoro” interdisciplinare per supportare le Casse nella fase di adeguamento dei propri processi aziendali al Regolamento europeo n. 279 del 2016 (GDPR), le cui sanzioni saranno operative dal prossimo 24 maggio.

Per info: Avv. Martina Alò (06.8072990 – m.alo@brugnoletteassociati.com).