

Anno I - n. 9

Ottobre 2018

NEWSLETTER

IN PRIMO PIANO

Parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida ANAC n. 6

Il 12 novembre 2018 il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di revisione delle linee guida n. 6 recanti “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016”, che l'ANAC aveva in precedenza (28 settembre 2018), trasmesso.

Lo schema di revisione dell'ANAC era accompagnato dalla consueta relazione illustrativa delle scelte adottate, e conteneva talune modificazioni alle vigenti Linee guida già aggiornate alla luce del d.lgs. 56/2017 (correttivo appalti).

Nello schema di revisione, l'ANAC ha enucleato una serie di aspetti “critici” rispetto ai quali i Giudici di Palazzo Spada hanno fornito una risposta puntuale, giudicando in parte condivisibili le soluzioni proposte dalla Autorità e, allo stesso tempo, manifestando la necessità di fornire indicazioni più puntuali sulla tematica riguardante i mezzi di prova.

Comunicazioni e scambi di informazioni su piattaforme telematiche obbligatorie per tutte le gare

Da giovedì 18 ottobre, secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 2 del d.lgs. 50/2016, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di gara devono essere gestite dalle amministrazioni aggiudicatrici utilizzando mezzi di comunicazione elettronici.

Tale obbligo riguarda tutti i soggetti – sia pubblici che privati – che gestiscono procedure per l'affidamento di appalti pubblici, facendo rientrare in questo novero non solo le amministrazioni pubbliche, ma anche tutti gli organismi partecipati e tutti i soggetti privati che avendo le caratteristiche di organismo di diritto pubblico, sono tenuti ad affidare gli appalti nel rispetto del d.lgs. 50/2016.

Sia per le gare sopra che sotto la soglia comunitaria (per i lavori il limite di valore è superiore a € 1.000.000), le stazioni appaltanti sono obbligate a utilizzare strumenti articolati per la gestione delle procedure di affidamento. Molti soggetti aggregatori regionali hanno messo a disposizione piattaforme telematiche utilizzabili dagli enti dei propri territori sia per le procedure “sottosoglia” che per quelle “soprasoglia”.

Obbligo di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica nell’ambito delle procedure di gara: Nota operativa di ANCI del 19 ottobre 2018 e Comunicato del Presidente ANAC del 30 ottobre 2018

Il 30 ottobre u.s., con un Comunicato il Presidente dell’ANAC, a seguito di richieste di chiarimento in merito all’applicabilità dell’art. 40, comma 2, del d.lgs. 50/2016, ha chiarito che per gli acquisti al di sotto di € 1.000 (mille euro) non è necessario utilizzare le piattaforme telematiche.

Sul punto, l’Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), il 19 ottobre scorso, aveva già pubblicato una nota operativa indirizzata soprattutto alle piccole stazioni appaltanti che si troverebbero in difficoltà in quanto non convenzionate con centrali uniche di committenza o soggetti aggregatori in possesso di piattaforme telematiche.

La nota, pur ribadendo che l’utilizzo di piattaforme elettroniche risponde all’adempimento di cui al summenzionato articolo, offre una lettura sistematica delle norme, orientata – nelle more dell’implementazione del processo di digitalizzazione delle procedure di gara – a consentire l’utilizzo, in deroga, dei tradizionali mezzi di comunicazione e scambio di informazioni.

In risposta ai dubbi sollevati, l’Autorità ritiene dunque che per gli acquisti sotto i 1.000,00 € permanga la possibilità di procedere senza l’acquisizione di comunicazioni telematiche.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza del 19 luglio 2018 n. 6069 – Sulle conseguenze della mancata separata indicazione nell’offerta economica degli oneri di sicurezza aziendale

Il 25 ottobre u.s. la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza plenaria la questione relativa alla immediata esclusione del concorrente che non abbia indicato gli oneri di sicurezza aziendale oppure se vi sia la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

La questione di diritto è da tempo oggetto di contrasti giurisprudenziali.

Un primo orientamento, ritiene applicabile il principio in base al quale, se l’obbligo di indicazione separata dei costi della sicurezza non è specificato dalla

legge di gara, è obbligatorio il soccorso istruttorio prima di escludere il concorrente. Prevedendo, al contrario, l'esclusione automatica del concorrente che non abbia indicato separatamente tali costi di sicurezza nel caso in cui l'obbligo sia imposto dalla *lex specialis* di gara.

Il secondo orientamento, ritiene che la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non possa essere più sanata attraverso il previo soccorso istruttorio, ma determini, al contrario, l'espulsione incondizionata del concorrente, anche qualora il relativo obbligo di indicazione dei costi di sicurezza non sia richiamato dalla *lex specialis*.

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza del 18 ottobre 2018, n. 5957 – Sulla possibilità per un'impresa componente il RTI di ridurre la propria quota di esecuzione

La V Sezione del Consiglio di Stato si è interrogata sulla possibilità di consentire ad un'impresa di un RTI, che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto; il tutto, a condizione che il raggruppamento, nel suo insieme, possieda requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori.

Ha ricordato la Sezione che sul punto si sono registrati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se il requisito di qualificazione nel suo insieme sia sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

Secondo altro orientamento, non è consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: *a)* che lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato non sia eccessivo; *b)* che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; *c)* che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 26 ottobre 2018, n. 6082 – Sulla coincidenza del Rup con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice

I giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che nella vigenza del nuovo Codice dei contratti, ai sensi dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, il ruolo di Rup può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione

dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.

Dunque, non può essere ravvisata alcuna automaticità circa l'incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto.

Tar Bari, Sez. III, 15 ottobre 2018, n. 1297 – Sulla decorrenza del termine per impugnare l'esclusione dalla gara

I giudici pugliesi, richiamando l'orientamento del Consiglio di Stato, hanno ribadito che la piena conoscenza dell'atto di ammissione o esclusione del concorrente, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso.

Nello specifico, sebbene il comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. faccia riferimento, ai fini della decorrenza termine d'impugnazione di trenta giorni, alla pubblicazione del provvedimento sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1 del d.lgs. 50/2016, viene fatta salva l'applicabilità del principio di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a. (e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 c.p.a.) secondo il quale, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

APPROFONDIMENTI

Potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC: la Delibera n. 867 del 17 ottobre 2018

In allegato, la nota alla Delibera n. 867 del 17 ottobre 2018 dell'ANAC, predisposta da Brugnoletti & Associati, che approfondisce il potere di raccomandazione vincolante, disciplinato dal comma 1-*ter* dell'art. 211 del d.lgs. 50/2016.

Le Linee Guida n. 12 ANAC: l'affidamento dei “servizi legali” da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

In allegato, la nota predisposta da Brugnoletti & Associati alle Linee Guida ANAC n. 12 recanti “Affidamento dei Servizi legali”.

AVVISI

Concerto del Coro Orazio Vecchi al Teatro Palladium

Arte in Compagnia, in collaborazione con l'Università Roma Tre che ha messo a disposizione il teatro Palladium, ha organizzato per il prossimo 11 dicembre il concerto che vedrà esibirsi il gruppo corale "Orazio Vecchi", accompagnato dal pianista Manlio Pinto.

Il coro, diretto da Alessandro Anniballi, si esibirà in un repertorio beethoveniano per accompagnarci alle prossime festività natalizie.

Patrizia Polia, *soprano*

Monica Burgio, *contralto*

Carlo Putelli, *tenore*

Giorgio Levi della Vida, *basso*

Ludwig van Beethoven:

Sonata per pianoforte in Fa maggiore op. 54

Messa in Do maggiore op. 86

L'appuntamento è per martedì 11 dicembre 2018 alle ore 20,30

Piazza Bartolomeo Romano, 8 - Roma

L'ingresso è libero e l'invito è esteso a conoscenti ed amici.

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 sono operative dallo scorso 24 maggio.

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