

NEWSLETTER N. 11 ANNO III

1 - 15 giugno 2017



Via Sistina n.48- 00187 Roma
Tel.(+39)06.69921687
Fax. (+39)06.32652774
<https://www.aerre.com>
Email:segreteria@aerre.com

In evidenza

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 giugno 2017 n. 2735 - Appalti- *Sui casi di ammissibilità dell'impugnazione degli atti di gara in caso di mancata partecipazione alla procedura* – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che, seppur normalmente esclusa, deve ritenersi **ammissibile l'impugnazione degli atti di gara da parte dei soggetti che non abbiano preso parte alla procedura nei casi in cui gli stessi si dolgano dell'immediata lesività delle clausole del bando**, illegittimamente impeditive della partecipazione stessa alla gara. (Giudizio seguito da uno dei soci dello Studio AOR Avvocati per conto della società appellante)

Corte Costituzionale, sentenza del 7 giugno 2017, n. 134 – Enti Locali – *Sulla legittimità costituzionale della norma del TUEL che individua precisamente gli istituti presso cui è possibile disporre il distacco del personale* – La Corte Costituzionale ha **dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata dalla V sezione del Consiglio di Stato ed avente ad oggetto il possibile contrasto con i principi di eguaglianza e ragionevolezza della disposizione del TUEL che individua precisamente e nominativamente gli Istituti presso i quali è possibile disporre il distacco temporaneo del personale dipendente degli Enti Locali**. In particolare, la Consulta ha affermato che l'impossibilità della fruizione del distacco da parte di Associazioni diverse da quelle contenute nell'elenco costituisce un inconveniente di mero fatto e non già una violazione del principio di eguaglianza, anche considerando che la disposizione del distacco resta una mera facoltà per gli Enti Locali.

Giurisprudenza amministrativa,civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V, del 12 giugno 2017, n. 2844 – Appalti – *Sulle modalità di calcolo dei costi del lavoro e di sicurezza aziendale nelle gare da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso* – Il Consiglio di Stato, evidenziato che **i costi del lavoro e di sicurezza aziendale non possono essere considerati standardizzati ed eguali per tutte le imprese**, ha rilevato che anche nelle gare da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso gli stessi possono essere calcolati per il tramite di una formula matematica che consenta l'individuazione della misura del ribasso offerto, così da poter stilare una graduatoria.

Consiglio di Stato, sez. III, dell'8 giugno 2017 n. 2781 - Appalti- *Sull'onere della S.A. di indicare il fatturato ricavabile dal servizio oggetto di gara* – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato ha affermato che, sebbene **in linea generale**

costituisca onere della Stazione Appaltante indicare nella *lex specialis* il fatturato ricavabile dal servizio oggetto di gara (in modo da consentire al concorrente di formulare un'offerta consapevole), **tale dovere non può ritenersi cogente nel caso in cui l'Amministrazione non sia in possesso di tale dato**. D'altra parte, è stato osservato, considerare tale indicazione come necessaria ai fini dell'indizione della gara significherebbe escludere a monte la possibilità dell'avvio della procedura in tutti i casi in cui non sia dato conoscere il fatturato ricavabile dall'espletamento del servizio.

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 giugno 2017 n. 2725- *Appalti-Sull'inapplicabilità del c.d. "falso innocuo" nelle procedure ad evidenza pubblica* – I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che in materia di contratti pubblici **non è dato invocare la tesi del c.d. "falso innocuo" ai fini del superamento dell'incompletezza delle dichiarazioni**. Ciò in quanto – è stato osservato – nelle procedure ad evidenza pubblica **l'interesse tutelato a mezzo della richiesta della completezza e della veridicità delle dichiarazioni è quello alla decisione certa e veloce sull'affidabilità dell'offerta, nell'ottica della speditezza della gara**. Ne deriva **l'immediata lesività della dichiarazione non completa ovvero falsa**, a prescindere dall'elemento psicologico che, di fatti, non è richiesto dalla normativa vigente ai fini dell'integrazione della falsa dichiarazione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 giugno 2017, n. 2739 – *Appalti – Sull'illegittimità dell'aggiudicazione disposta con un metodo che non consenta l'utilizzo dell'intero punteggio previsto* - I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che nelle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **non è dato – legittimamente – ricorrere al metodo aggregativo compensatore laddove la formula adottata non consenta l'utilizzo dell'intero punteggio previsto**. Ciò in quanto in tal modo si vanificherebbe il peso reale dell'offerta economica che, al contrario, va valutata congiuntamente a quella tecnica.

Consiglio di Stato, sez. V, del 5 giugno 2017, n. 2679 – *Appalti – Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di polizza fideiussoria rilasciata alla sola mandataria del RTI* – Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha ribadito che in caso di partecipazione alla gara nella forma del Raggruppamento Temporaneo di Imprese, **la circostanza per cui la polizza fideiussoria risulti rilasciata alla sola mandataria non può comportare l'esclusione del concorrente** potendo essere sanata mediante il ricorso al soccorso istruttorio. In particolare, è stato osservato, **tale carenza può essere eliminata** attraverso l'estensione della garanzia all'impresa mandante, **con l'intestazione anche a quest'ultima della cauzione provvisoria**.

Tar Lazio - Roma, sez. II, del 12 giugno 2017, n. 6893 – *Appalti – Sulla durata del possesso del requisito della regolarità fiscale* – In linea con la giurisprudenza

affermatasi in materia, i Giudici capitolini hanno nuovamente ribadito **che il requisito della regolarità fiscale deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura e mantenuto per tutto il tempo della stessa**. Ne deriva la legittimità dell'esclusione dell'impresa motivata con riferimento alla mancata estinzione – accertata ed attestata dall'Agenzia delle Entrate – di un debito tributario contestato dalla medesima Agenzia.

Tar Toscana, sez. II, del 12 giugno 2017, n. 816 – Appalti – Sulla funzione ed i limiti del principio di rotazione – Con la recente pronuncia il Tar Toscana, nell'evidenziare la finalizzazione del principio di rotazione alla garanzia della migliore concorrenza, ha rilevato che **deve escludersi l'applicazione del medesimo in tutti i casi in cui la stessa comporterebbe una compressione di detto canone**. In applicazione di tale principio, il Collegio ha affermato la **legittimità dell'esclusione dell'operatività della rotazione nel caso** – come quello di specie – **in cui all'avviso esplorativo abbiano riscontrato solamente due operatori, tra cui il gestore uscente**, risultato al termine della procedura, aggiudicatario.

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, dell'8 giugno 2017, n. 6791 – Appalti – Sull'impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta – Il Tar Lazio, nell'aderire agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, ha confermato l'impossibilità di fare ricorso al soccorso istruttorio nei casi in cui il contenuto dell'offerta sia assolutamente incerto o ambiguo. Nella specie è stato ritenuto che **l'indicazione del prezzo con la dicitura “iva esente, iva esclusa, iva applicata al 4%” non può consentire alla S.A. di conoscere il reale contenuto dell'offerta, e, pertanto, non può essere regolarizzata mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio**, applicabile solamente in caso di esigenza di correzione di meri errori materiali.

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, dell'8 giugno 2017, n. 6790 – Appalti – Sull'onere di pagamento del contributo Anac negli appalti di servizi – Con la recente pronuncia il Tar ha ribadito che **negli appalti di servizi – come anche in quelli di forniture – deve essere ritenuta applicabile la disposizione che prescrive l'obbligo del pagamento del contributo Anac** per la partecipazione alla procedura, in forza dell'estensione delle funzioni dell'Autorità anche a settori diversi dagli appalti di opere pubbliche

Tar Campania - Salerno, sez. I quater, del 6 giugno 2017, n. 1031 – Appalti – Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di mancata sottoscrizione della manifestazione di interesse – Con la sentenza in commento, i Giudici campani hanno confermato che **la mancata sottoscrizione della manifestazione di interesse da parte del legale rappresentate dell'impresa può essere sanata attraverso il ricorso al soccorso istruttorio laddove risulti comunque possibile risalire alla paternità di tale documento**.

Tribunale di Roma, Sezione Specializzata Tribunale delle Imprese, Terza Civile, del 6 giugno 2017, n. 11404 - Appalti – *Sui casi in cui è possibile sospendere l'esecuzione dell'appalto* – Affermata l'applicabilità – in linea generale - della disciplina privatistica ai contratti di appalto di opere pubbliche conclusi a seguito di procedure ad evidenza pubblica, il Tribunale Civile di Roma ha avuto modo di rilevare che **in caso di protratto inadempimento del committente, l'appaltatore potrà sospendere l'esecuzione dei lavori solamente laddove il mancato pagamento raggiunga il 25% dell'importo netto contrattuale**. Ciò in forza del disposto della Legge Quadro in materia di Lavori Pubblici (L. 109/1994), la quale espressamente prevede il raggiungimento della citata soglia di rilevanza ai fini dell'esercizio dell'eccezione di inadempimento prevista dal codice civile (art. 1460 c.c).

Tar Valle d'Aosta, del 5 giugno 2017, n. 34 - Appalti – *Sul carattere relativo dell'esclusione del diritto di accesso in materia di contratti pubblici* – Con tale pronuncia, il Tar ha rilevato che in materia di contratti pubblici, **l'esclusione del diritto di accesso agli atti deve essere considerata relativa** sia in quanto è limitata ai segreti tecnici e commerciali contenuti nell'offerta, sia perché affinché operi è necessario che il soggetto offerente esplicitamente dichiari di voler mantenere riservate tali informazioni. Ancora, osserva il Collegio, **tale esclusione non può comunque ritenersi operante in caso di esercizio del diritto di accesso finalizzato alla difesa giudiziale dei propri interessi**.

Tar Campania - Napoli, sez. II, del 12 giugno 2017 n. 3141- Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Servizio di Igiene Integrato – *Sull'organo competente ad ordinare la prosecuzione del servizio sino all'espletamento della nuova gara* - Con la pronuncia in commento i Giudici campani hanno affermato l'illegittimità per incompetenza del provvedimento adottato dal dirigente comunale e contenente l'ordine di prosecuzione del servizio di smaltimento di RSU a seguito della risoluzione del contratto e sino all'individuazione del nuovo gestore. È stato, in particolare, rilevato che **l'ordine rivolto alla vecchia appaltatrice di proseguire nell'attività** non può provenire da detto organo, restando **di esclusiva competenza del Sindaco, che dovrà provvedere con ordinanza contingibile ed urgente**.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Lazio, sentenza del 29 maggio 2017 n. 124 – Responsabilità Amministrativa e Contabile- Sui limiti alla conferibilità di incarichi a professionisti esterni in presenza di un ufficio legale interno - Nel richiamare la giurisprudenza affermatasi in materia, la Corte dei Conti ha ribadito che **nel caso in cui l'Ente sia dotato di ufficio legale interno, l'affidamento dell'incarico ad un professionista esterno deve essere preceduto da una reale ed approfondita istruttoria da cui emerga l'assenza di professionalità interne che possano garantire i servizi oggetto dell'incarico**. Sulla base di tale assunto, i Giudici contabili hanno, dunque,

affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa in capo al Sindaco che abbia proceduto a tale affidamento in assenza di tale preventiva istruttoria.

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 giugno 2017, n. 2731 – Enti Locali – *Sulle modalità di costituzione di un ufficio legale comune a più Enti Locali* – Con la pronuncia in esame il Consiglio di Stato, richiamata la normativa vigente in materia, ha confermato **la possibilità per vari Enti locali di avvalersi di un unico ufficio legale, precisando, al contempo, che ai fini del raggiungimento di tale obiettivo **le Amministrazioni interessate sono tenute a costituire ex novo una struttura comune in cui trasferire le risorse disponibili**, non essendo, al contrario legittima la fruizione da parte di più Enti dell'ufficio legale di una sola Amministrazione.**

Tar Lombardia - Milano, sez. III, del 7 giugno 2017 n. 1267- Enti Locali- *Sulla decorrenza del termine di 90 giorni per la notifica dei verbali di contestazione di violazioni del Codice della Strada*- Con la sentenza in commento il Tar ha osservato che **il termine di 90 giorni previsto dal Codice della Strada (art. 201 C.d.S) ai fini della notifica del verbale di contestazione al trasgressore deve essere inteso come decorrente dal giorno della commessa violazione e non anche – come avvenuto nel caso *de quo* – dal momento in cui l'Agente della Polizia Municipale ha analizzato la fotografia attestante la violazione medesima. La decorrenza di tale termine, ha osservato il Collegio, può essere differita esclusivamente ove sia necessario acquisire informazioni indispensabili da parte di altri organismi, ipotesi, quest'ultima, non ricorrente nel caso di specie.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 14 giugno 2017, n. 2914 – Enti Pubblici – *Sull'illegittimità della concessione di un'area riconosciuta gratuitamente dalla P.A. a favore di terzi* – Il Consiglio di Stato, richiamato **l'obbligo generale sussistente in capo alla P.A. di ricorrere a procedure competitive ai fini dell'assegnazione a terzi di beni pubblici da cui sia possibile trarre un vantaggio economico, ha affermato **l'illegittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha provveduto alla concessione gratuita ed in via diretta ad un privato di un bene pubblico** (nella specie si trattava di terreni comunali per la realizzazione di tartufaie concessi dal Comune ad un'Associazione senza il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica).**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 13 giugno 2017, n. 14653 – Enti Pubblici – *Sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di provvedimenti del GSE* – Con la recente ordinanza la Cassazione ha affermato **la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti i provvedimenti emessi dal GSE – Gestore dei Servizi Energetici in materia di incentivazione della produzione di energia. Ciò in quanto, è stato osservato, **il GSE è un soggetto privato che svolge, però, funzioni di natura pubblicistica, con la conseguenza****

per cui le determinazioni emesse dal medesimo sono qualificabili come “*provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia*”, contemplati dal Codice del Processo Amministrativo nell’ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili del 9 giugno 2017, n. 14432 – Enti Pubblici – *Sulle modalità di assunzione di personale per qualifiche per le quali non è richiesto un titolo di studio superiore alla scuola dell’obbligo* – Con la sentenza in commento le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito che nel caso di avvio delle **selezioni per l’assunzione di personale destinato a qualifiche per le quali non è richiesto un titolo superiore alla scuola dell’obbligo, la P.A. è tenuta a fare ricorso alle graduatorie delle liste di collocamento e mobilità, non residuando margini di discrezionalità quanto alla procedura di selezione.** Sotto connesso aspetto è stato, altresì, evidenziato che il soggetto utilmente collocato in dette graduatorie è titolare di un diritto soggettivo all’assunzione, con la conseguenza per cui, in caso di annullamento giurisdizionale della procedura di selezione per accertate irregolarità della stessa, spetterà all’aspirante dipendente il risarcimento del danno commisurato alla perdita di *chance*.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, del 5 giugno 2017, n. 13938 – Enti Pubblici – *Sul trasferimento per incompatibilità ambientale del personale delle Polizia di Stato facente parte delle segreterie dei sindacati: necessità del previo nulla osta dell’O.S. di appartenenza* – La Corte di Cassazione, nel richiamare la normativa di settore, ha affermato che **al fine di disporre il trasferimento per incompatibilità ambientale di personale della Polizia di Stato facente parte delle segreterie** (nazionale, regionale o provinciale) **dei sindacati maggiormente rappresentativi, è necessaria la previa acquisizione del nulla osta dell’Organizzazione Sindacale di appartenenza.** Ciò in quanto, ha osservato la Corte, in tale fattispecie deve essere tutelato non solo il dipendente, ma anche l’attività sindacale dell’associazione la quale potrebbe subire un pregiudizio a causa dell’allontanamento del soggetto trasferito.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 1° giugno 2017, n. 13851 – Enti Pubblici – *Sul riparto di giurisdizione in materia di concorsi pubblici* – Le Sezioni Unite di Cassazione, in linea con i propri precedenti, hanno ribadito che **le controversie aventi ad oggetto la pretesa dello scorrimento della graduatoria attengono ad un momento differente e successivo alla procedura concorsuale e sono, perciò, devolute alla giurisdizione ordinaria.** Viceversa, **nel caso in cui sia in contestazione la tipologia di procedura di assunzione prescelta dalla P.A.** (nella specie consistente nell’interpello per mobilità volontaria) **la cognizione della controversia spetta al giudice amministrativo,** chiamato a vagliare la legittimità dell’esercizio del potere da parte dell’Amministrazione.

Corte dei Conti, sez. regionale di Controllo per l'Abruzzo, determinazione del 9 giugno 2017, n. 103 – Enti Pubblici – *Sulla portata del divieto assunzionale previsto in caso di mancato rispetto dei termini per l'approvazione dei documenti contabili* – Richiamata analiticamente la disciplina vigente in materia di divieto assunzionale per gli Enti che non abbiano rispettato i termini previsti *ex lege* per l'approvazione del bilancio di previsione, del rendiconto e del bilancio consolidato, la Corte dei Conti ha precisato che **tale divieto deve considerarsi operante anche con riferimento alle procedure di selezione del personale che non importano alcun onere diretto a carico dell'Amministrazione (i.e. distacco e comando)**, ritenendo, perciò che il divieto imposto dalla legge abbia natura sanzionatoria e non sia, dunque, derogabile attraverso l'utilizzo di mezzi che non implicino la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro.

Tar Lazio - Roma, sez. II, dell'8 giugno 2017, n. 6764 – Enti Pubblici – *Sull'inapplicabilità del rinnovo tacito alle concessioni amministrative* – Con tale pronuncia, il Tar ha confermato che **nelle concessioni amministrative** (come anche nelle autorizzazioni) **non è applicabile l'istituto privatistico del rinnovo tacito in quanto la volontà della Pubblica Amministrazione deve essere necessariamente manifestata nei modi previsti dalla legge e, in particolare, attraverso la stipula di un atto scritto**, non essendo sufficienti comportamenti concludenti.

Tar Lazio - Roma, sez. II quater, del 7 giugno 2017, n. 6720 – Enti Pubblici – *Sull'illegittimità del D.M. istitutivo del Parco Archeologico del Colosseo e modificativo delle competenze della Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'area centrale di Roma* – I Giudici capitolini hanno affermato l'illegittimità – per incompetenza - del Decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (D.M. 12 gennaio 2017) a mezzo del quale sono state modificate le competenze della Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'area archeologica centrale di Roma ed è stato istituito il Parco Archeologico del Colosseo. Ciò in quanto, ha osservato il Collegio, **la normativa vigente riserva a Roma Capitale una competenza concorrente in materia di valorizzazione del patrimonio culturale romano che impone, ai fini dell'adozione di determinazioni in tale materia, la riunione della Conferenza Unificata finalizzata al raccordo tra le Istituzioni competenti** che nel caso di specie non è stata mai convocata.

Corte dei Conti, sez. regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione del 29 maggio 2017, n. 348 – Enti Pubblici – *Sulla possibilità di ricorrere a metodi di acquisto del carburante alternativi al MePa e alle convenzioni Consip* – Con la recente deliberazione, la Corte dei Conti, ricostruita la normativa vigente in materia di acquisti della Pubblica Amministrazione e dato atto delle deroghe agli ordinari metodi di approvvigionamento ivi previste, ha rilevato che, ad eccezione

News

degli esercizi finanziari 2017, 2018 e 2019 (in relazione ai quali è espressamente prevista l'esclusione di qualsivoglia deroga), **l'Ente che intenda rifornirsi di carburante senza ricorrere al MePa ovvero alle convenzioni Consip è tenuto all'individuazione del fornitore tramite procedura di evidenza pubblica, fermo restando che il ricorso a tale metodo alternativo di acquisto è ammissibile nei soli casi in cui l'Ente consegua dal medesimo un risparmio non inferiore al 3% rispetto a quanto richiesto in via ordinaria.**

In data 9 giugno 2017, il Consiglio dei Ministri ha approvato, in esame definitivo, il decreto legislativo di attuazione della legge di riforma della pubblica amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124), che integra e modifica il "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

Le principali novità apportate da detto Decreto sono state descritte dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel Comunicato Stampa consultabile al seguente link:

<http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-33/7569>