

NEWSLETTER N. 15 ANNO III

1 agosto – 15 settembre 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. III, ordinanza del 1° settembre 2017, n. 3589 - Appalti – *Sull'onere motivazionale in caso di adozione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso* - Con la recente ordinanza il Consiglio di Stato ha ribadito che, posta l'espressa previsione legislativa che pone come **criterio generale di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora la S.A. intenda adottare il diverso criterio del prezzo più basso è tenuta a motivare dettagliatamente le ragioni di tale scelta**. Nel caso di specie è stata – di fatti – evidenziata l'insufficienza della motivazione resa dalla S.A. anche avuto riguardo alla complessità dell'oggetto del contratto nonché alle componenti organizzative dello stesso (nella specie si trattava di una procedura per l'affidamento del servizio di acquisizione ottica delle immagini e logistica per le ricette mediche). (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della società appellante).

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 1° settembre 2017, ordinanza n. 4569 - Appalti – *Sulla necessaria specificità e puntualità dell'indicazione delle dichiarazioni da rendere a pena di esclusione* – Con tale pronuncia il Tar, nell'accogliere la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, ha affermato **che laddove la S.A. intenda prevedere l'obbligatorietà a pena di esclusione di determinate dichiarazioni, la stessa è tenuta ad esplicitare puntualmente e specificamente che l'omissione delle stesse è idonea a determinare detta esclusione**, non potendo tale conseguenza essere desunta analogicamente da differenti previsioni di *lex specialis*. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della società ricorrente).

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 1° settembre 2017, ordinanza n. 4544 – Enti Locali – *Sulla possibilità per il Comune di adottare un nuovo metodo di calcolo della tariffa TARI e sull'onere di allegazione del periculum in mora*– Con l'ordinanza in commento i Giudici capitolini hanno aderito alla prospettazione proposta dall'Amministrazione resistente con riferimento alla **legittimità del provvedimento comunale di rideterminazione del metodo di calcolo delle tariffe TARI**, altresì rilevando come la **mancata dimostrazione da parte del ricorrente dei concreti pregiudizi che lo stesso subirebbe in ragione dell'incidenza della nuova tariffa sulla propria situazione patrimoniale non consente un verosimile apprezzamento** degli stessi **ai fini della concessione della tutela cautelare** (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'Amministrazione resistente).

Consiglio di Stato, sez. III, del 5 settembre 2017 n. 4192 - Appalti- *Sull'onere di completa allegazione dei precedenti penali gravante sul concorrente* – I giudici di Palazzo Spada hanno recentemente rilevato che **ai fini della dimostrazione del possesso di tutti i requisiti e dell'insussistenza di gravi illeciti professionali, il concorrente è tenuto ad indicare tutti i precedenti penali che lo riguardano, non potendo compiere alcuna verifica di rilevanza. Ed infatti, è stato osservato, **tale valutazione è rimessa esclusivamente alla Stazione Appaltante** la quale, solo nel caso di dichiarazione completa e corrispondente a verità, potrà ammettere al contraddittorio il concorrente. Del pari, nel caso in cui l'Amministrazione accerti l'incompletezza o la mendacità delle dichiarazioni rese dall'impresa, potrà procedere all'immediata esclusione della stessa, senza alcun onere di convocazione in contraddittorio.**

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 4 settembre 2017, n. 20723 - Appalti – *Sulle conseguenze della ritardata consegna dei lavori negli appalti regolati dal Capitolato Generale* – Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha ribadito che negli appalti regolati dal Capitolato Generale (d.P.R. 1063/1952), **l'inadempimento da parte della S.A. dell'obbligo di tempestiva consegna dei lavori non fa sorgere in capo all'appaltatore né il diritto di risolvere il contratto previa eccezione di inadempimento ovvero diffida ad adempiere, **né il diritto al risarcimento del danno**, attribuendo allo stesso **esclusivamente la facoltà di recesso dal contratto**. Precisa, inoltre, il Collegio che solamente una volta **esercitato il recesso e qualora l'Amministrazione lo rifiuti, l'operatore economico matura il diritto al maggior compenso** derivante dalle spese sostenute in dipendenza dal ritardo nella consegna e, dunque, al **risarcimento del danno subito**.**

Consiglio di Stato, sez. VI, del 31 agosto 2017, n. 4125 – Appalti – *Sul principio di rotazione e sull'invito dell'affidatario uscente* – Il Consiglio di Stato, ricordato che **il principio di rotazione è volto ad evitare il consolidamento di posizioni di vantaggio in capo al gestore uscente, ha evidenziato la portata generale di detto canone. Partendo da tale premessa, il Collegio ha rilevato che **l'invito dell'affidatario uscente costituisce circostanza eccezionale** che**

deve, pertanto, essere **dettagliatamente motivata con riguardo alle ragioni di opportunità** derivanti - e.g. - dal ristretto numero di operatori economici presenti sul mercato, ovvero dalle specifiche e/o peculiari caratteristiche del mercato stesso. Ne deriva che, **in mancanza di detta motivazione, la partecipazione alla procedura del gestore uscente e l'eventuale aggiudicazione a favore dello stesso devono ritenersi illegittime.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 28 agosto 2017, n. 4079 – Appalti – *Sulla facoltà di inserire la previsione della “clausola sociale” all’interno della lex specialis* – Con la sentenza in esame, i Giudici di Palazzo Spada, ricostruita la normativa applicabile in materia, hanno osservato come la stessa non imponga **alcun obbligo di previsione della “clausola sociale” all’interno della legge di gara.** In particolare il Collegio ha rilevato che, alla luce di quanto disposto dal Codice (art. 50), **l’inserimento di tale clausola oltre ad essere consentito solamente per i contratti “ad alta intensità di manodopera”, costituisce una facoltà della Stazione Appaltante,** che resta – dunque – libera di prevedere o meno l’assunzione prioritaria dei lavoratori dipendenti dal gestore uscente.

Consiglio di Stato, sez. V, del 28 agosto 2017, n. 4077 – Appalti – *Sulla decorrenza dell’estinzione del reato e sugli obblighi dichiarativi dei requisiti di moralità professionale* – Con tale pronuncia è stato ribadito che l’estinzione del reato per decorso del tempo non comporta il venir meno dell’obbligo di dichiarare – nell’ambito dei requisiti di moralità professionale – l’intervenuta condanna. Ed infatti, **detto obbligo cessa solamente a seguito dell’emissione della sentenza dichiarativa dell’estinzione del reato da parte del giudice dell’esecuzione.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 luglio 2017 n. 3703 - Appalti - *Sull’immediata operatività dell’obbligo di utilizzo dell’evidenza pubblica per i concessionari* – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato ha osservato come la disciplina introdotta dal Nuovo Codice dei Contratti (art. 177 comma 1), che prevede **l’obbligo per i concessionari di servizi e lavori pubblici di affidare la quota minima dell’80% tramite evidenza pubblica, deve ritenersi immediatamente cogente con riferimento ai nuovi contratti.** Viceversa, con riferimento ai rapporti in essere, occorre considerare il periodo transitorio di 24 mesi, entro i quali tutti i concessionari dovranno aver raggiunto la suddetta quota minima.

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 luglio 2017 n. 3699 - Appalti - *Sull’onere di indicazione delle condizioni di partecipazione nel*

bando di gara: limiti di operatività del principio di eterointegrazione – I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che **le condizioni di partecipazione, nonché le cause di esclusione della procedura devono essere puntualmente indicate dalla Stazione Appaltante nel bando** di gara. Ed infatti, ha osservato il Collegio, **il principio di eterointegrazione degli atti di gara** deve ritenersi operante in casi eccezionali e **non anche nel caso in cui comporti l'introduzione di cause di esclusione non conosciute né conoscibili dai concorrenti**.

Tar Sardegna, sez. I, del 7 settembre 2017, n. 577 - Appalti – *Sulle conseguenze della mancata indicazione degli oneri di sicurezza nella vigenza del Nuovo Codice* – Con tale pronuncia i Giudici sardi hanno osservato che la formulazione del Nuovo Codice degli Appalti è del tutto univoca nel prevedere che **laddove il concorrente ometta di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendale occorre procedere all'esclusione dello stesso, non potendosi far ricorso al soccorso istruttorio anche nel silenzio della *lex specialis***.

Tar Campania - Napoli, sez. II, del 30 agosto 2017, n. 4204 - Appalti – *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di revisione dei prezzi* – Il Tar Campania ha, con la sentenza in commento, confermato che **le controversie concernenti la revisione dei prezzi rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo sia ove si contesti la misura della pretesa che laddove sia in discussione la spettanza della stessa**. In particolare, è stato rilevato che in tale fattispecie **l'Amministrazione continua ad agire in veste autoritativa**, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa **a prescindere dalla natura di diritto soggettivo della posizione vantata dal privato**.

Tar Lombardia - Brescia, sez. II, del 28 agosto 2017, n. 1074 - Appalti – *Sulla compatibilità dei ruoli di RUP e Presidente del Seggio di gara nell'ambito della medesima procedura* – Con tale pronuncia è stata affermata **la compatibilità dei ruoli di RUP e Presidente del Seggio di gara nell'ambito della medesima procedura**. In particolare il Collegio ha sottolineato che **il Seggio di gara è organo diverso rispetto alla Commissione giudicatrice e non possiede né esercita alcun potere discrezionale e di valutazione delle offerte, svolgendo attività meramente amministrativa**. Ne consegue che alcun pericolo di commistione di ruoli può essere corso mediante il riconoscimento di entrambe le cariche in capo ad un medesimo soggetto.

Tar Sardegna, sez. I, del 28 agosto 2017, n. 563 - Appalti – *Sul carattere automatico dell'escussione della cauzione provvisoria* – In linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, i Giudici sardi hanno ribadito che **l'incameramento della cauzione provvisoria riveste carattere automaticamente conseguente all'esclusione per accertato difetto dei requisiti di partecipazione**, a nulla rilevando l'indagine sull'elemento psicologico del dichiarante. Nemmeno, è stato osservato, la sussistenza o meno del dolo o della colpa può essere considerata i fini della quantificazione dell'importo da escutere, che corrisponde a quello indicato negli atti di gara e non può essere ridotto né dalla Stazione Appaltante né, tantomeno, dal giudice amministrativo.

Tar Lombardia - Milano, sez. IV, del 23 agosto 2017, n. 1759 - Appalti – *Sulla quantificazione dei costi di sicurezza aziendale in caso di servizi di natura prettamente intellettuale* – Richiamata dettagliatamente l'evoluzione giurisprudenziale registratasi in materia di indicazione degli oneri di sicurezza interni, i Giudici lombardi hanno osservato come negli appalti – come quello di causa - aventi ad oggetto **prestazioni prettamente intellettuali, la quantificazione degli oneri della sicurezza può legittimamente condurre all'indicazione del valore di zero**. Ed infatti, evidenzia il Collegio, **la natura formale di tale obbligo di indicazione e l'adempimento – altrettanto formale – dello stesso da parte del concorrente fa sì che l'attendibilità della dichiarazione dell'assenza di tali costi debba essere valutata nell'ambito dell'analisi della congruità dell'offerta**.

Tar Lazio - Roma, sez. II, dell'8 agosto 2017, n. 9260 - Appalti – *Sulle conseguenze dell'incompletezza della documentazione riguardante il subappaltatore indicato in sede di offerta* – Con tale sentenza è stato rilevato che nell'ipotesi in cui **la documentazione riguardante il subappaltatore indicato in sede di offerta ovvero le indicazioni inerenti allo stesso risultino carenti e/o incomplete, deve ritenersi precluso al concorrente di avvalersi del subappalto**, non potendo la S.A. – in linea generale - procedere all'esclusione dell'offerente. D'altro canto, ha precisato il Collegio, **ove il venir meno del subappalto ponga in rilievo il difetto di qualificazione del concorrente** con riferimento alle prestazioni oggetto di tale negozio, **deve disporsi l'esclusione dello stesso dalla procedura**.

Tar Marche, sez. I, del 31 luglio 2017, n. 640 - Appalti – Sulla sostituzione dell’ausiliaria che non sia in possesso dei requisiti di ammissione – Il Tar Marche, ricostruito il quadro normativo di riferimento, ha osservato come la disciplina di cui al Nuovo Codice dei Contratti ponga **in capo alla S.A. l’obbligo di imporre al concorrente la sostituzione dell’impresa ausiliaria qualora accerti che la stessa non sia in possesso di tutti i requisiti di partecipazione** alla procedura. Tale sostituzione, ha poi precisato il Collegio, può essere disposta **in ogni momento della procedura e sino alla stipula del contratto**, e posto l’obbligo di segnalazione dell’Amministrazione, **non deve essere effettuata spontaneamente dal concorrente.**

TRGA Bolzano, del 28 luglio 2017, n. 251 - Appalti – Sulle offerte da sottoporre alla riparametrazione – Con la pronuncia in commento il TRGA ha affermato **che laddove la legge di gara preveda che le offerte siano sottoposte a riparametrazione, la Stazione Appaltante è tenuta a effettuare tale operazione sia sull’offerta risultata qualitativamente migliore sia su quelle intermedie.** Solo in tal modo infatti, è stato osservato, la riparametrazione può effettivamente consentire all’Amministrazione l’attribuzione di uguale importanza a tutti gli elementi da valutazione e la conseguente ponderata analisi delle offerte presentate.

Tar Basilicata, sez. I, del 27 luglio 2017, n. 531 - Appalti – Sulla sanabilità mediante soccorso istruttorio della mancanza della cauzione provvisoria – Nel discostarsi dalla costante giurisprudenza e dall’orientamento espresso dall’Anac, il Tar lucano ha affermato che **in caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria (per inesistenza della stessa al momento della presentazione dell’offerta) non è dato procedere all’esclusione automatica del concorrente, essendo possibile fare ricorso al soccorso istruttorio e, perciò, concedere all’operatore economico la possibilità di stipulare una nuova polizza, a patto che la stessa retroagisca al momento della presentazione dell’offerta.**

Anac, Comunicato del Presidente dell’Autorità del 28 agosto 2017 - Appalti – Sulla natura di requisito di partecipazione alla gara dell’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali – Con il recente comunicato, l’Anac ha chiarito che, in considerazione della giurisprudenza affermatasi in materia (in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 1825/2017), **l’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali deve essere qualificata come requisito di partecipazione e non già di esecuzione**, con la conseguenza per cui

lo stesso **deve essere posseduto dall'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta** e non dell'affidamento del servizio.

Consiglio di Stato sez. V, del 12 settembre 2017 n. 4304 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Società partecipate - Servizio Rifiuti Integrato - Sulla possibilità per la P.A. di individuare una nuova forma di gestione del servizio in attesa del subentro dell'Autorità d'Ambito – Il Consiglio di Stato ha affermato che, **nell'attesa che entri a regime la gestione del servizio da parte dell'Autorità d'Ambito deve riconoscersi all'Amministrazione la facoltà di individuare una nuova forma di gestione dello stesso. Ciò in quanto in tale periodo transitorio l'Ente può valutare l'opportunità di prorogare il contratto con il vecchio affidatario ovvero selezionarne un altro tramite il ricorso all'evidenza pubblica**, non essendo – di contro – previsto alcun obbligo di mantenere il preesistente l'affidamento.

Consiglio di Stato sez. V, del 7 settembre 2017 n. 4248 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Società partecipate - Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di revoca dei componenti del CdA di una società a prevalente partecipazione pubblica – Con la pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato **la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie concernenti la revoca dei componenti del CdA di una società prevalentemente partecipata da un'Amministrazione** (nella specie della Regione). Ciò in quanto, in applicazione delle coordinate sviluppate dalla giurisprudenza di legittimità amministrativa e civile, è stato ribadito che **gli atti di costituzione, modificazione ed estinzione delle società partecipate devono essere considerati come espressione del potere pubblico, decisionale e prodromico rispetto al compimento di atti puramente societari**, in cui, viceversa, l'Amministrazione agisce *iure privatorum*, con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria.

Consiglio di Stato sez. V, del 18 agosto 2017 n. 4030 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Sui presupposti per il riconoscimento del requisito dell'attività prevalente nelle società in house – Il Consiglio di Stato ha rilevato come **nell'accertamento della sussistenza del requisito dell'attività prevalente ai fini della qualificazione di una società controllata come in house occorre prendere in considerazione esclusivamente l'attività svolta dalla società a favore degli enti controllanti**. Viceversa, è stato osservato, **non possono essere ritenuti rilevanti a tale fine i servizi**

offerti e svolti dalla medesima per enti pubblici non soci e ciò anche laddove l'esercizio di tale attività sia stato disposto da un atto autoritativo della P.A.

Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Valle d'Aosta, deliberazione del 10 agosto 2017, n. 10 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati -

– Sulla possibilità di assumere presso gli enti strumentali della Regione i dipendenti delle società partecipate da altri enti locali –

La Corte dei Conti, sulla base del principio costituzionale secondo cui l'accesso al pubblico impiego è consentito solamente mediante l'esperimento di un concorso pubblico, ha evidenziato che **il personale proveniente dalle società partecipate degli Enti Locali può essere riassorbito presso altri Enti Pubblici** (nel caso di specie si trattava della Regione) **solamente ove originariamente assunto** (a seguito di procedura selettiva pubblica) **da tali Amministrazione** e poi esternalizzato presso le società partecipate dalla stesse. Viceversa deve escludersi qualsivoglia transito alle dipendenze di un Ente pubblico per il personale assunto direttamente dalle società.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Campania, del 27 luglio 2017, n. 311 – Responsabilità Amministrativa

– Sulle conseguenze della mancata previa attivazione della mobilità nell'ambito delle procedure concorsuali – La Corte dei

Conti, ricordata la cogenza dell'**obbligo delle Amministrazioni di attivare le procedure di mobilità prima dell'indizione dei concorsi** finalizzati alla selezione del personale, ha affermato che **il mancato rispetto di tale obbligo comporta l'insorgere della responsabilità amministrativa per i danni causati dall'esperimento di una procedura che nemmeno avrebbe dovuto essere avviata.**

Tar Puglia - Lecce, sez. I, del 28 luglio 2017, n. 1329 – Enti Locali

- Sulla necessità dell'indizione di una gara pubblica per il rilascio di una concessione demaniale – Con tale sentenza, il Tar,

richiamata la più recente giurisprudenza costituzionale ed europea, ha affermato **la necessità di indire una gara pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali** (nel caso di specie si trattava di una concessione demaniale marittima). Ciò in quanto, è stato osservato, l'oggetto della concessione consiste nell'uso e l'occupazione anche esclusiva di un bene pubblico, con la conseguenza per cui **l'Amministrazione è tenuta ad individuare il soggetto che garantisca il migliore sfruttamento dello stesso**

attraverso una procedura rispettosa dei principi di libera concorrenza e trasparenza.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, del 6 settembre 2017 n. 380 – Enti Pubblici – Sulla configurabilità del silenzio-rifiuto e sull’insussistenza di un obbligo della P.A. di provvedere sulle istanze di riesame – I Giudici siciliani hanno confermato che **non sussiste alcun obbligo giuridico dell’Amministrazione di provvedere su istanze dei privati finalizzate al riesame di provvedimenti di cui sono destinatari**. Ne consegue che **il silenzio serbato su tali richieste da parte della P.A. non fa sorgere in capo all’istante alcun diritto di agire avverso il silenzio rifiuto**, fattispecie – quest’ultima – che si configura solamente in presenza di una disposizione che preveda l’obbligo di provvedere.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 1° agosto 2017, n. 19081 – Edilizia&Urbanistica – Sulle conseguenze della tardività del decreto di esproprio sulla procedura ablatoria – Le Sezioni Unite di Cassazione, nel ribadire il proprio orientamento, hanno affermato che **la tardiva emanazione del decreto di esproprio non comporta l’illegittimità della procedura ablatoria**. Ciò in quanto, ha osservato il Collegio, **posta la natura ordinatoria del termine di adozione del decreto di espropriazione, la normativa di settore prevede la proroga biennale l’efficacia dei decreti di occupazione d’urgenza** nei casi in cui l’obiettivo sotteso alla procedura espropriativa sia ancora conseguibile.

News

Si segnala la pubblicazione del **Bollettino n. 32 del 21.08.2017** a mezzo del quale l’AGCM ha apertamente **criticato la scelta legislativa di prevedere “un tetto massimo per il punteggio economico, entro la soglia del 30%”** nelle gare da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. A parere dell’Autorità tale previsione limita eccessivamente la possibilità per la S.A. di valutare la componente economica, concedendole, invece, troppo margine nell’analisi dell’offerta tecnica

Il documento è consultabile e scaricabile dal seguente link:

http://www.agcm.it/index.php?option=com_content&view=article&id=8900:bollettino-32-2017&catid=5:bollettino-settimanale&Itemid=18