

NEWSLETTER N. 19 ANNO III

1 - 15 novembre 2017



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

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138-Appalti- *Sull'onere di impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'indicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso: remissione della questione all'Adunanza Plenaria*–

La terza Sezione del Consiglio di Stato **ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa all'onere di immediata impugnazione della clausola del bando di gara concernente l'indicazione del criterio del prezzo più basso in luogo del miglior rapporto qualità e prezzo e, più in generale, di tutte le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara.** Nella medesima ordinanza di remissione la Sezione **ha inoltre chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire**, nel caso in cui dovesse affermarsi innovativamente il principio di immediata impugnazione della clausole del bando di gara, se la nuova regola interpretativa si applichi anche **i.)** ai giudizi in corso, indipendentemente dal momento di indizione della gara; **ii.)** alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice; ovvero **iii.)** ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, in conformità alle regole generali dell'errore scusabile e della irretroattività dei mutamenti giurisprudenziali incidenti sul diritto vivente (secondo i principi del c.d. *overruling*).

Consiglio di Stato, sez. VI, del 6 novembre 2017, n. 5091 - Appalti – *Sulla responsabilità precontrattuale per comportamento illecito dell'Ente appaltante* – Secondo il Consiglio di Stato, **in capo all'Ente appaltante che non ha condotto secondo il principio di buona fede la fase di scelta del contraente per la esecuzione di un'opera pubblica**, mal gestendo tempi ed organizzazione della gara, sì da porsi colpevolmente nella posizione di perdere i finanziamenti pubblici indispensabili per l'attuazione dei lavori da appaltare ed essere perciò costretta a revocare gli atti di gara, **si configura responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c.** La Sezione ha ribadito l'orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui anche **in caso di revoca legittima degli atti di aggiudicazione di gara per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza, inducendo le imprese concorrenti o aggiudicatarie a fidare nell'esito positivo del procedimento di gara.** Sul punto è stato, inoltre,

precisato che non rileva che la procedura di gara non sia pervenuta all'aggiudicazione definitiva ma solo a quella provvisoria, in quanto si tratta di una responsabilità da comportamento illecito e non da provvedimento illegittimo, ascrivibile al sintagma della responsabilità da <<contatto qualificato>> di matrice contrattuale.

Consiglio di Stato, sez. V, del 2 novembre 2017 n. 5076 - Appalti – Sugli oneri della sicurezza – In tema di oneri della sicurezza, il Consiglio di Stato ha **ribadito il principio secondo cui la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza deve ritenersi frutto di un errore scusabile, ingenerato, nell'operatore economico, dall'assenza di alcuna specifica prescrizione nella lex specialis.** Nel caso di specie era incontestato che l'obbligo non fosse espressamente previsto nel bando di gara, ritenendosi quindi applicabili i principi di diritto enunciati dalla precedente giurisprudenza amministrativa.

Tar Toscana, sez. I, del 10 novembre 2017, n. 1380 - Appalti – Sulla revoca del provvedimento di aggiudicazione – Il Tar ha affermato la legittimità del **provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha revocato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, ove il medesimo sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, si trovava in una situazione di irregolarità fiscale,** a nulla rilevando il fatto che: a) la medesima ditta era legittimata ad avvalersi delle agevolazioni dei carichi fiscali, b) sia stata rilasciata, da parte dell'Agenzia delle Entrate, una certificazione di regolarità fiscale, recante una data successiva a quella del termine per la presentazione delle offerte, c) sia stato affidato, da parte dell'aggiudicataria al proprio commercialista, l'incarico di procedere alla definizione dei carichi fiscali per dare certezza al progetto di regolarizzazione.

Tar Lazio – Roma, sez. III ter, del 9 novembre 2017 – Appalti – Sul momento della nomina della Commissione giudicatrice – Ha osservato la sentenza in rassegna che **il principio secondo il quale la nomina della commissione giudicatrice deve avvenire prima della scadenza del termine ultimo previsto per la presentazione delle offerte non trova applicazione nel caso di gare da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso.** Ciò in quanto – è stato osservato – dall'applicazione di tale criterio deriva una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante utilizzo dei tassativi parametri già stabiliti dal disciplinare di gara. Viceversa, in tale caso non vengono in rilievo le esigenze cautelative che ricorrono nella diversa ipotesi di gare aggiudicate in base al criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, che implicano, invece, l'esercizio di un significativo potere di scelta tecnico-discrezionale.

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 7 novembre 2017 n. 11064 - Appalti – Sulla illegittimità degli atti di gara che attengono a due servizi profondamente diversi – Con la sentenza in rassegna il Tar Capitolino si è interrogato sulla legittimità di un bando avente ad oggetto servizi molto eterogenei tra loro. Nel caso specifico si trattava del servizio di ristorazione e di quello di gestione dell'asilo nido. Secondo il Tar, **le procedure di gara non possono avere oggetti assai diversi tra di loro, pena l'impossibilità per un gran numero di imprese di prendervi parte.** Laddove sia intenzione delle Pubbliche Amministrazioni quella di **indire congiuntamente gli affidamenti di due o più servizi differenti tra loro, lo strumento** messo a loro disposizione dal Codice dei Contratti è quello della **suddivisione in lotti funzionali**. In tal modo, ciascun operatore economico potrà prendere parte alla selezione che più afferisce alla propria attività aziendale.

Tar Lombardia – Brescia, sez. II, del 4 novembre 2017, n. 1306 - Appalti – Sulla illegittima composizione della Commissione giudicatrice - È illegittima la composizione della Commissione giudicatrice di una gara di appalto nel caso in cui **il relativo presidente abbia approvato: a)** l'indizione della gara stessa, con il relativo criterio di aggiudicazione; **b)** il bando integrale ed i relativi allegati; **c)** abbia nominato la commissione giudicatrice, indicando se stesso quale presidente; **d)** abbia approvato tutti i verbali e formulato la proposta di aggiudicazione; **e)** abbia, infine, disposto l'aggiudicazione definitiva. In tal caso, infatti, **il presidente non avrebbe potuto assumere le predette determinazioni**, posto **il divieto** (ex art 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016) **per i componenti delle Commissioni di intervenire a diverso titolo ed in modo significativo nella predisposizione degli atti di gara.**

Tar Campania – Napoli, sez. V, del 3 novembre 2017, n. 5127 - Appalti – Sull'illegittimità del bando di gara in relazione alla non congruità del corrispettivo previsto – Con riferimento al servizio di trasposto (ambulanze) oggetto di appalto, la Sezione ha annullato il bando di gara ritenendo che la **somma posta dalla stazione appaltante a base di gara non fosse stata adeguatamente stimata e non consentisse conseguentemente agli operatori economici la formulazione di un'offerta congrua con la previsione di un apprezzabile utile di impresa.** La Sezione ha inoltre ritenuto illegittima la formulazione dei criteri tecnici previsti negli atti di gara, perché eccessivamente restrittivi della concorrenza e non sorretti da adeguata giustificazione

Tar Lombardia - Brescia, del 2 novembre 2017 n. 1304. – Appalti – *In tema di soccorso istruttorio* – Ricordato che deve escludersi la possibilità del ricorso al soccorso istruttorio, nel caso di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta (e.g. per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali), la Sezione ha ritenuto che **nel caso – come quello di specie - **in cui la regolarità della sottoscrizione dei documenti emerga inequivocabilmente dagli atti di gara, la rilevata mancanza della stessa sulla domanda di partecipazione presentata non può inficiare l’ammissione dell’impresa** alla gara, **dovendosi previamente ricorrere al soccorso istruttorio.****

Tar Marche, sez. I, del 31 ottobre 2017 n. 829 – Appalti – *In tema di oneri formali di produzione documentale* – Con la sentenza in commento è stata rilevata **l’illegittimità del provvedimento con il quale è stata disposta l’esclusione dalla gara di un Consorzio di imprese per mancata produzione dell’attestazione di sopralluogo anche a firma della impresa consorziata indicata come esecutrice dei lavori. In particolare, la Sezione ha ritenuto che la mancata sottoscrizione del verbale di sopralluogo da parte di un’impresa consorziata **è superata dal rilievo che il verbale di sopralluogo era stato sottoscritto da un dipendente dell’impresa stessa, intervenuto quale rappresentante.** Ancora, è stato osservato, non può ritenersi irregolare la mancata delega del predetto soggetto, nel caso in cui la sua identità non sia stata contestata dal tecnico della stazione appaltante che aveva attestato la regolarità del predetto verbale.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 9 novembre 2017 n. 5176 – Servizi di interesse generale e Organismi Partecipati – *In tema di diritto di accesso dei consiglieri alle società partecipate dall’Ente in misura minoritaria* – Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato ha negato la sussistenza del diritto di un consigliere regionale ad accedere agli atti di una società partecipata in misura minoritaria dall’Ente pubblico e che comunque non svolge un servizio pubblico ciò in quanto – è stato rilevato - in tal caso detta società non può ritenersi “dipendente” dall’Ente, non possedendo quest’ultimo una partecipazione maggioritaria e non svolgendo la società partecipata un servizio pubblico. Sulla base di tale principio, **la Sezione ha quindi escluso il diritto di accesso, ordinariamente previsto in favore dei consiglieri nei confronti della società partecipata dalla Regione in forma minoritaria.**

Corte dei Conti – sez. regionale di controllo per la Sicilia – Deliberazione del 26 ottobre 2017, n. 177/201/PAR – Enti Locali – *Sull’impossibilità per il Comune di utilizzare mediante distacco il*

personale di una società di gestione di servizio pubblico - Deve escludersi che l'utilizzazione da parte del Comune del personale assunto dalla S.R.R. (società per la regolamentazione del servizio di gestione dei rifiuti, di cui alla L.R. Sicilia n. 9 del 2010) possa avvenire mediante l'istituto del distacco o del comando disciplinati nell'ambito del pubblico impiego. Secondo il prevalente insegnamento, il distacco è l'utilizzazione temporanea del dipendente presso un ufficio, che è diverso da quello che costituisce la sua sede di servizio e che rientra comunque nella medesima amministrazione. **Il provvedimento di comando, dunque, non comporta una novazione soggettiva del rapporto di lavoro né, tanto meno, la costituzione di un rapporto di impiego comunque conformato con l'amministrazione destinataria delle prestazioni, ma determina esclusivamente una modificazione oggettiva del rapporto originario, nel senso che sorge nell'impiegato l'obbligo di prestare servizio nell'interesse immediato del diverso ente e di sottostare al relativo potere gerarchico (direttivo e disciplinare), mentre lo stato giuridico ed economico del "comandato" resta regolato alla stregua dell'ordinamento proprio dell'ente "comandante".** Trattasi dunque di un'operazione di finanza neutrale che non incide sulla spesa degli enti coinvolti, purché quella sostenuta dall'ente cedente sia figurativamente considerata come spesa di personale". I dipendenti assunti dalla S.R.R. non possono considerarsi dipendenti pubblici, sicché ad essi non può applicarsi la disciplina del comando, così come sopra ricostruita. Sul versante lavoristico, invero, le S.R.R. non rientrano nel campo di applicazione del decreto legislativo n. 165 del 2001 e della disciplina del pubblico impiego, nell'ambito della quale trovano collocazione il comando e il distacco.

Consiglio di Stato, sez. VI civile, del 31 ottobre 2017, n. 5026 – Enti Pubblici - Sulla natura del comunicato Istat contenente l'elenco delle amministrazioni pubbliche – Secondo il Massimo Consesso, **l'elenco Istat (relativo l'annualità 2012) contenente le amministrazioni pubbliche chiamate a concorrere agli equilibri finanziari fissati dalla normativa comunitaria e nazionale vigente in materia di contenimento della spesa pubblica ha natura di accertamento costitutivo a carattere provvedimentoale.** In particolare, il Consiglio di Stato, confermando la nozione "oggettiva" di p.a., attesa la rilevanza pubblica degli interessi perseguiti da taluni soggetti, la soggezione dei medesimi soggetti al controllo pubblico, l'assegnazione di finanziamenti pubblici in favore dei medesimi soggetti e atteso, da ultimo, anche lo svolgimento da parte dei medesimi soggetti di attività/servizi "in prevalenza" non destinati alla vendita, ha ritenuto legittima l'inclusione della Fondazione Teatro San Carlo di Napoli (Ente con personalità giuridica di ordine privatistico) nell'elenco redatto dall'Istat ai fini del contenimento della spesa pubblica (c.d. "spending review").

Corte di Cassazione, sez. I – ordinanza del 27 ottobre 2017 n. 25631 - Enti Pubblici – In tema di obbligo di forma scritta *ad substantiam* per la stipula di contratti della P.A. – In ragione del principio di tipicità che sorregge tutti gli atti della P.A., la Sezione ha precisato che **i contratti della P.A. (ancorché quest’ultima agisca *iure privatorum*) debbano essere stipulati mediante atti formali, redatti per iscritto** dall’organo dell’ente pubblico, munito dei poteri necessari per vincolare l’amministrazione, e dall’altro contraente. Partendo da tale presupposto, è stato affermato che **la nullità del contratto della P.A. privo della forma *ad substantiam* è rilevabile d’ufficio dal giudice ed è insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria.** D’altra parte, il requisito della forma scritta *ad substantiam* può essere superato solo con lo scambio delle missive contenenti rispettivamente la proposta e l’accettazione, vale a dire di distinte scritture formalizzate e inscindibilmente collegate, entrambe sottoscritte, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell’accordo.