

# NEWSLETTER N. 7 ANNO IV

1 – 15 aprile 2018



Via Sistina n.48 - 00187 Roma  
Tel: (+39) 06.69921687  
Fax: (+39) 06.32652774

Via Durini n. 25- 20122 Milano  
Tel. e Fax: (+39) 02.91090173

<https://www.aorre.com>  
Email: [segreteria@aorre.com](mailto:segreteria@aorre.com)

## Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza del 6 aprile 2018 n. 3 – Appalti – *Sul provvedimento di c.d. interdittiva antimafia* – Con la recente pronuncia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il **provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità ex lege** parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, che ha quale conseguenza **l'impossibilità per il soggetto destinatario - persona fisica o giuridica – di ottenere contributi, finanziamenti e altre agevolazioni comunque denominate da parte della P.A.**

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 aprile 2018 n. 2102 - Appalti – *Sul c.d. "avvalimento di garanzia"* – Il Consiglio di Stato ha affermato che ai fini del ricorso all'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria ed in particolare del fatturato globale o specifico (c.d. avvalimento "di garanzia"), **non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso.** Ne consegue che, in tale caso, è sufficiente che dalla dichiarazione dell'impresa ausiliaria emerga l'impegno contrattuale della medesima a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 3 aprile 2018 n. 2079- Appalti – *Sul principio di rotazione negli appalti c.d. "sotto soglia"* – Con la recente pronuncia, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato l'**illegittimità di una procedura negoziata "sotto soglia" indetta da un Comune alla quale abbia partecipato il gestore uscente, atteso che detta procedura soggiace al rispetto del cd. principio di rotazione.** Quanto precede in forza della *ratio* di detto principio, volto ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 3 aprile 2018 n. 2049- Appalti – *Sul requisito della regolarità fiscale* – Il Consiglio di Stato ha affermato che **nel caso in cui l'atto di accertamento sia divenuto definitivo** per l'infruttuoso decorso del termine di

impugnazione oppure per passaggio in giudicato della sentenza, **l'impresa che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica deve essere esclusa per il mancato rispetto del requisito della regolarità fiscale.** La proposizione da parte della ditta interessata di un giudizio avverso la cartella di pagamento non pregiudica invece la sussistenza del debito tributario sottostante, poiché attiene al momento successivo della riscossione. **La irregolarità fiscale, insomma, sussiste anche nel caso in cui la ditta interessata, dopo la notifica della cartella di pagamento ma dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ha presentato all'Agenzia delle entrate una istanza di "rottamazione del ruolo".**

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 3 aprile 2018 n. 2044 - Appalti – *Sul principio della suddivisione dell'appalto in lotti* –** Con la recente pronuncia la quinta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che **il principio della suddivisione in lotti non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili** e può pertanto essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata.

**Tar Puglia - Lecce – sez. III, sentenza del 13 aprile 2018, n. 642 – Appalti – *Sulla mancata indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica* –** Secondo quanto statuito dal Tar, deve ritenersi **legittimo il provvedimento di esclusione emesso a carico dell'impresa che abbia presentato un'offerta economica incompleta** (nella specie carente dell'indicazione dei costi della manodopera). In particolare, secondo il Collegio, **l'esclusione deve essere comminata anche laddove** – come nel caso di specie – **la lex specialis non prevedeva espressamente la necessità di indicazione di detto elemento dell'offerta, la cui voce veniva, però, riportata nei formulari per la partecipazione alla gara** (da cui, dunque, si poteva desumere la necessità della specificazione). In tali casi, si precisa infine, **nemmeno è possibile fare ricorso al soccorso istruttorio**, vertendosi in materia di offerta economica.

**Tar Sicilia – Palermo – sez. III, sentenza del 6 aprile 2018, n. 799 - Appalti – *Sulle conseguenze, per l'A.T.I., dell'emissione di un'interdittiva antimafia a carico della mandataria* –** Secondo quanto osservato dai Giudici siciliani, nel caso in cui la **mandataria di un R.T.I. venga raggiunta da un provvedimento di interdittiva antimafia, è possibile procedere alla sostituzione di tale impresa** – nel proprio ruolo – **solamente con altro operatore dell'A.T.I.** non potendosi – diversamente dal caso in cui l'interdittiva colpisca una mandante – consentire il subentro di un operatore sino ad allora estraneo al raggruppamento.

**Tar Campania - Napoli – sez. III, sentenza del 6 aprile 2018, n. 2248 – Appalti – *Sull’onere dichiarativo delle precedenti esclusioni*** – Giunge a sorpresa proprio dal Tar Campania una sentenza che **esclude il dovere di dichiarare in sede di gara le precedenti esclusioni comminate da altre amministrazioni**. La sorpresa è dovuta al fatto che proprio il medesimo Tar (anche se con una decisione di una differente Sezione) aveva pochi mesi or sono espresso il principio contrario. Oggi viene puntualmente sancita la **netta differenza tra l’onere di dover dichiarare le risoluzioni contrattuali** (a meno che queste non siano ancora sub-iudice) **ed il fatto che le mere esclusioni dalle precedenti gare non vadano per nulla dichiarate**.

**Tar Campania – Salerno – sez. I, sentenza del 6 aprile 2018, n. 524 – Appalti – *Sulla portata della disciplina del conflitto di interessi*** – I Giudici campani hanno rilevato che la previsione del Codice degli Appalti dettata in materia di conflitto di interessi (art. 42 comma II D. Lgs. n. 50/2016) deve essere **interpretata come norma di portata generale, disponente una soglia minima di tutela dei principi di concorrenza e imparzialità**. Ne deriva, allora – a parere del Collegio – che **il dovere di astensione deve essere riferito non solamente al personale dipendente della Stazione Appaltante, ma anche a tutti quei soggetti che** – benché non “dipendenti” **possano** – in base ad un valido titolo giuridico – **influenzare l’attività esterna dell’Amministrazione**.

**Tar Toscana – sez. III, sentenza del 5 aprile 2018, n. 476 – Appalti – *Sull’interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione*** – Nell’aderire al consolidato orientamento affermatosi in materia, il Tar Toscana ha rilevato che **il principio di tassatività delle cause di esclusione deve essere interpretato nell’ottica della garanzia del favor participationis, così da impedire che si proceda all’esclusione sulla base di rilievi meramente formali**. Prendendo le mosse da detta impostazione, i Giudici hanno negato la possibilità di ricorrere all’esclusione di un concorrente nel caso di omessa presentazione dell’attestazione comprovante l’avvenuta accettazione del contenuto degli elaborati progettuali di gara e l’esecuzione del sopralluogo ove la produzione di detto documento non sia stata prevista a pena di esclusione dalla legge di gara.

**Tar Campania - Napoli – sez. II, sentenza del 3 aprile 2018, n. 2083 – Appalti – *Sulla natura del requisito di disponibilità di un centro cottura nelle gare di appalto del servizio di refezione scolastica*** – Con la sentenza in esame, i Giudici campani hanno ribadito che nelle gare per l’affidamento del servizio di refezione scolastica, **il possesso di un centro cottura nel territorio comunale**

**deve essere inteso come un requisito di esecuzione dell'appalto e non già di partecipazione alla procedura.** In particolare, il Collegio ha osservato come **la richiesta** della disponibilità di un centro cottura nel territorio di interesse **già in sede di presentazione della domanda, equivarrebbe a consentire l'accesso alla procedura alle sole imprese che già operano nel territorio, con evidente violazione del principio del *favor participationis*.**

**Tar Lombardia - Brescia – sez. II, sentenza del 3 aprile 2018, n. 366 – Appalti – *Sul principio di invarianza della soglia di anomalia*** – Con la pronuncia in esame, dato atto dell'orientamento giurisprudenziale affermatosi in materia, il Tar ha ribadito che il principio di invarianza della soglia di anomalia deve essere inteso **come limite alla deducibilità del vizio di erroneità della soglia stessa in un momento successivo alla conclusione della fase di ammissione alla gara** (nella specie, a seguito dell'aggiudicazione, era stata contestata l'ammissione al prosieguo della procedura di un concorrente diverso dall'aggiudicatario, la cui esclusione avrebbe comportato il ricalcolo della soglia e l'aggiudicazione del ricorrente). In tali casi, infatti, consentire la rideterminazione anche per via giurisdizionale di detta soglia potrebbe comportare il rischio di presentazione di ricorsi strumentali da parte dei concorrenti, a scapito dell'interesse alla conservazione degli atti di gara.

**Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Liguria – Deliberazione del 5 aprile 2018, n. 73 – Enti Locali – *Sul riconoscimento dei debiti fuori bilancio*** – Con la deliberazione in esame, i Giudici contabili hanno osservato che a fronte di un decreto ingiuntivo esecutivo, le Amministrazioni comunali sono – di regola – tenute ad avviare il procedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio (ex art. 194 T.U.E.L.). Tuttavia, ha aggiunto il Collegio, **nel caso in cui tale procedura non si rilevi tempestivamente praticabile, l'Ente può corrispondere immediatamente quanto dovuto, salva, comunque la doverosità del contestuale avvio del procedimento consiliare volto al riconoscimento del debito.**

**Tar Basilicata – sez. I, sentenza del 4 aprile 2018, n. 237 – Enti Locali – *Sull'illegittimità della delibera di nomina della Giunta Comunale adottata in violazione delle c.d. quote rosa*** – Il Tar Basilicata ha affermato l'illegittimità del provvedimento di nomina dei componenti della Giunta (di un Comune con popolazione inferiore a 3.000 abitanti) adottato in violazione delle c.d. quote rosa. In particolare, il Collegio ha rilevato come **l'elusione di detto principio non possa essere giustificata dalle dichiarazioni di indisponibilità effettuate dai Consiglieri di sesso femminile eletti, essendo – viceversa – a tale fine necessario che l'Ente dia conto**

**dell'istruttoria effettuata per l'individuazione dei componenti della Giunta, nonché delle modalità con cui detta attività è stata espletata** dall'Amministrazione.

**Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Liguria – Deliberazione del 4 aprile 2018, n. 61 – Enti Locali – Sui limiti alla possibilità di proroga dell'assegnazione in comando** – La Corte dei Conti ligure, premesso che la fonte normativa dell'istituto del comando (art. 30 comma II sexies D. Lgs. n. 165/2001) prescrive l'utilizzabilità dello stesso per un periodo non superiore a tre anni, ha osservato come detta disposizione sia stata interpretata dal Dipartimento della Funzione Pubblica (parere n. 26908/2014) nel senso di **consentire, al ricorrere di determinate condizioni, un differimento della scadenza di detto termine di durata**. Ciò precisato, i Giudici hanno – ad ogni buon conto - affermato che **la permanenza del lavoratore presso l'Amministrazione di destinazione deve essere giustificata da precise e motivate esigenze provvisorie della stessa e deve essere, altresì, strettamente limitata nel tempo**.

**Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Liguria – Deliberazione del 29 marzo 2018, n. 54 – Enti Locali – Sulla modalità di pagamento dell'IVA relativa a spese di investimento** – Con tale deliberazione i Giudici contabili hanno affermato che – posta la natura di spesa di parte corrente dell'IVA e la stretta accessorietà della stessa alla spesa principale – **le Amministrazioni possono procedere al versamento di detta imposta mediante indebitamento (i.e. tramite contratto di mutuo) solamente a condizione che il pagamento venga effettuato contestualmente all'acquisto del bene o del servizio**. Viceversa, è stato osservato, **detta modalità di corresponsione dell'IVA deve ritenersi esclusa laddove vi si proceda a distanza di anni dall'acquisto**, venendo – in tale ipotesi – meno il rapporto di accessorietà che giustifica la ricomprensione degli importi IVA nella voce di spesa capitale finanziata.

**Corte di Cassazione SS.UU. – ordinanza 30 marzo 2018 n. 8049 – Enti Pubblici – Sulla giurisdizione in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche** – La Cassazione ha ribadito il principio secondo cui in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, **il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione (di competenza del g.a.) da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al g.o.**

**Corte di Cassazione- Sezione Lavoro – sentenza n. 8141/2018 – Enti Pubblici – Sulla spettanza dell’indennità di posizione organizzativa anche in caso di nullità e/o mancanza del provvedimento di nomina** – Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione ha rilevato che **nel caso in cui ad un dipendente venga assegnata una funzione organizzativa regolarmente e previamente istituita dall’Ente, deve riconoscersi al lavoratore la spettanza dell’indennità di posizione organizzativa** (oltre che del relativo trattamento economico ordinario) **a prescindere dall’esistenza e/o della regolarità del provvedimento di nomina.** Ciò in quanto – ha osservato il Collegio – la mera attribuzione della posizione già istituita è condizione sufficiente al riconoscimento del diritto, non assumendo – viceversa – rilevanza la regolarità dell’atto di assegnazione.

**Corte di Cassazione SS.UU. Civili – ordinanza del 30 marzo 2018 n. 8046 – Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione in materia di convenzioni urbanistiche** – Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato il principio secondo cui **le convenzioni e gli atti d’obbligo, eventualmente stipulati fra la P.A. e gli aspiranti all’ottenimento di un provvedimento amministrativo di tipo ampliativo, non hanno specifica autonomia come fonte negoziale di regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, ma hanno “carattere integrativo” del provvedimento amministrativo medesimo.** Pertanto – è stato rilevato - le controversie ad esse relative, risolvendosi in controversie attinenti allo stesso provvedimento amministrativo, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

**Tar Puglia - Lecce – sez. III, sentenza del 6 aprile 2018, n. 563 – Edilizia & Urbanistica – Sulla decorrenza del termine di prescrizione del risarcimento del danno da occupazione illegittima** – Con tale sentenza, nel dare seguito all’orientamento giurisprudenziale affermatosi in materia, il Tar Puglia ha ribadito che **il diritto al risarcimento del danno da occupazione illegittima della P.A. si prescrive nell’ordinario termine quinquennale decorrente** dalla commissione del “fatto illecito”, rappresentato – nella specie – **dalla mancata conclusione del procedimento espropriativo tramite adozione del decreto di esproprio decorsi cinque anni dall’immissione in possesso della P.A.**