

NEWSLETTER N. 9 ANNO IV

1 – 15 maggio 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.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

Tar Toscana - sez. III - sentenza del 7 maggio 2018 n. 636 – Appalti – Sulla possibilità di presentare una nuova cauzione provvisoria oltre il termine originariamente assegnato dalla S.A. - Con la sentenza in rassegna, il Tar per la Toscana ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante che ha consentito ad un concorrente di presentare la proroga della propria cauzione provvisoria anche oltre il termine originariamente assegnato. Nel caso specifico, è accaduto che, trascorso il lasso temporale di validità delle offerte, la stazione appaltante ha richiesto a tutti i concorrenti di confermare le rispettive offerte, fornendo al contempo la proroga della cauzione provvisoria. Un'impresa, la cui compagnia di assicurazione era nel frattempo fallita, non ha rispettato il termine assegnato dall'Amministrazione ed ha richiesto ulteriore tempo per reperire un'ulteriore fideiussione. La stazione appaltante ha atteso la presentazione della nuova cauzione e secondo il Tar ha ben operato, posto che **nel Codice dei Contratti non vi è alcuna norma che impone il rispetto di particolari tempistiche per tale specifica operazione**. Il principio di diritto espresso è dunque quello in base al quale, **laddove vi siano delle oggettive difficoltà, la stazione appaltante deve consentire al concorrente di poter produrre la nuova cauzione provvisoria anche non rispettando il termine originariamente assegnato**. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'impresa controinteressata)

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria- sentenza del 4 maggio 2018 n. 5 - Appalti – Sulla responsabilità precontrattuale della P.A. – L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che **la Pubblica Amministrazione, anche nell'esercizio dei poteri autoritativi** di sua competenza (dunque – nelle procedure di evidenza pubblica - anche prima dell'individuazione dell'operatore) **resta comunque tenuta al rispetto dei canoni generali di lealtà e correttezza nei rapporti negoziali**, con la conseguenza per cui, in caso di dimostrata violazione di detti canoni, sarà chiamata **a risarcire il privato danneggiato dal comportamento dalla stessa tenuto**. Ad ogni buon conto – è stato precisato – ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno, sul privato incombono gli ordinari oneri probatori vigenti in materia civile. Insomma, **il soggetto richiedente dovrà dimostrare non solamente l'affidamento incolpevole maturato, ma anche la contrarietà della condotta dell'Ente ai richiamati principi, l'imputabilità della stessa a dolo ovvero alla colpa della P.A., nonché il danno effettivamente subito a causa di detto contegno** (nella duplice accezione di danno evento e danno conseguenza).

Consiglio di Stato, sez. III - sentenza del 14 maggio 2018 n. 2867 – Appalti – *Sullo scostamento dai valori delle tabelle ministeriali nell'indicazione del costo del lavoro* – Con la pronuncia in oggetto i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che **l'indicazione di un costo del lavoro che non rispetti pedissequamente i valori indicati nelle tabelle ministeriali o nei contratti collettivi, non è ex se indicativa dell'inattendibilità dell'offerta**. Ed infatti, ha precisato il Collegio, detto **giudizio di inattendibilità può ritenersi legittimo solamente ove lo scostamento dai prefati valori si riveli quantitativamente significativo**.

Consiglio di Stato, sez. III- sentenza dell'11 maggio 2018 n. 2835 Appalti – *Sulla compatibilità – in linea generale - tra la funzione di RUP e di commissario di gara* – Con la recente sentenza i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che **anche nella vigenza del Nuovo Codice non può dirsi sussistente alcuna previsione che disponga l'incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e di Commissario di gara**. Ne deriva, allora, che la nominabilità del RUP a Commissario di gara deve essere **valutata con riferimento ad ogni singola procedura**, con la conseguenza per cui le due qualifiche **non potranno essere rivestite dal medesimo soggetto** solamente **laddove lo stesso abbia partecipato alla predisposizione degli atti di gara in modo tale da poter concretamente interferire con la procedura di affidamento**.

Consiglio di Stato, sez. V- sentenza dell'8 maggio 2018 n. 2756 – Appalti – *Sul riparto di giurisdizione in materia di revisione dei prezzi* – Nell'aderire all'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in passato, il Consiglio di Stato ha ribadito che **benché le controversie inerenti alla revisione dei prezzi rientrino – di norma – nella giurisdizione del giudice amministrativo, residuano dei casi** in cui competente a conoscere di dette questioni è il **giudice ordinario**. Si tratta, in particolare – ha osservato il Collegio – delle **ipotesi** in cui la previsione della revisione o è contenuta in una convenzione approvata **prima dell'entrata in vigore** della prima normativa che ha previsto la giurisdizione esclusiva del g.a. (*i.e.* **L. n. 537/1993**) ovvero è stata **esplicitamente riconosciuta dalla Stazione Appaltante**, così da dar vita ad una posizione di diritto soggettivo, tutelabile innanzi al g.o.

Consiglio di Stato, sez. II - sentenza del 7 maggio 2018 n. 527 – Appalti – *Sull'onere motivazionale del giudizio di congruità dell'offerta nel project financing* – Il Consiglio di Stato ha evidenziato che **nelle procedure di project financing, il soggetto concessionario privato sostiene un costo di investimento che verrà recuperato mediante i proventi dell'attività di gestione**. Detta **peculiarità** della finanza di progetto, ha osservato il Collegio, deve essere considerata anche **nell'ambito della verifica del giudizio di congruità dell'offerta, in cui è richiesto un onere motivazionale temperato che può ritenersi adempiuto anche in caso di richiamo al giudizio positivo espresso sulle giustificazioni rese dall'operatore**.

Corte di Cassazione – SS.UU. Civili, ordinanza dell'11 maggio 2018 n. 11576 – Appalti – *Sulla giurisdizione del g.o. in materia di sottoposizione delle imprese appaltatrici alla gestione commissariale* – Secondo quanto recentemente affermato dalle Sezioni Unite di

Cassazione, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento prefettizio disponente la sottoposizione delle imprese appaltatrici alla gestione commissariale con obbligo di accantonamento degli utili da parte dei commissari straordinari nominati (determinazione ex L. n. 114/2014). Ed infatti, ha osservato il Collegio, la pretesa fatta valere dall'impresa agente è, in tale caso, inerente alla percezione degli utili derivante dalla commessa e si sostanzia, perciò, in un diritto soggettivo scrutinabile – secondo le ordinarie regole di riparto – dal giudice ordinario.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. I, sentenza del 30 aprile 2018 n. 252 ; Tar Lazio – Roma sez. III quater, sentenza del 2 maggio 2018 n. 4793 – *Appalti – Sull'esclusione per gravi illeciti professionali* – Il Consiglio di Giustizia ha, con la sentenza in esame, affermato la possibilità della Stazione Appaltante di procedere all'esclusione dell'impresa per gravi illeciti professionali – consistenti nella risoluzione in danno di un precedente contratto – anche qualora la medesima risoluzione sia stata contestata dall'impresa ed il giudizio sia pendente. Ciò è possibile – ha, comunque, precisato il Collegio laddove la S.A. riesca a dimostrare con mezzi adeguati la scarsa affidabilità dell'impresa e di detta circostanza dia adeguata motivazione.

Sullo stesso tema, a pochi giorni di distanza è intervenuto il Tar Lazio che, discostandosi da quanto affermato dai Giudici siciliani, ha invece affermato che l'elencazione dei motivi di esclusione per gravi illeciti professionali (tra cui non figura l'ipotesi di risoluzione in danno di un precedente contratto impugnata e con giudizio pendente) (art. 80 comma V lett. c) D. Lgs n. 50/2016) deve ritenersi tassativa e non suscettibile di interpretazioni estensive, con la conseguenza per cui, nel caso in cui non ricorra alcuno dei casi previsti dalla norma non è dato invocare alcuna facoltà della P.A. di dimostrare aliunde l'inaffidabilità dell'impresa.

Tar Campania - Napoli – sez. II, sentenza dell'8 maggio 2018 n. 3079 – *Appalti – Sulle conseguenze dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera* – Con la recente sentenza il Tar campano ha ribadito che nelle gare disciplinate dal Nuovo Codice (D. Lgs 50/2016), l'omessa indicazione degli oneri della sicurezza aziendale ovvero dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'operatore economico che sia incorso in detta omissione. In particolare, il Collegio ha evidenziato come sia la stessa lettera della norma (art. 83 comma IX) ad escludere qualsivoglia tipo di regolarizzazione – mediante il ricorso al soccorso istruttorio – delle incompletezze e/o mancanze e/o irregolarità essenziali dell'offerta economica, tra le quali certamente rientra la mancata specificazione di dette voci. Inoltre, è stato precisato, dall'espressa previsione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera deriva che la violazione di detta prescrizione comporti l'automatica esclusione del concorrente, senza che con ciò si determini alcun contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, posto che l'adempimento di detto onere di specificazione è comunque prescritto dalla legge come doveroso.

Tar Piemonte – sez. I, sentenza del 3 maggio 2018 n. 514 – Appalti – Sui limiti del principio del favor participationis – Con la recente pronuncia, il Tar piemontese, nel confermare l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia, ha rilevato che **il principio del favor participationis deve essere rapportato al diverso canone della par condicio dei concorrenti, con la conseguenza per cui **il primo non è invocabile dall'operatore economico sprovvisto dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara**. Ciò in quanto, ha evidenziato il Collegio, la *ratio* dei richiamati canoni è quella di **consentire alla Stazione Appaltante di negoziare con il maggior numero di soggetti che siano – ad ogni buon conto – dotati dei requisiti previsti dalla *lex specialis* al momento della presentazione delle offerte**, per cui permettere ad un operatore sfornito di dette qualità di partecipare equivarrebbe a violare gli stessi principi invocati, nella lettura che di questi è doveroso rendere.**

Corte dei Conti – Sezione di Controllo per la Regione Toscana, Deliberazione dell'11 maggio 2018 n. 29 – Servizi interesse generale & Organismi partecipati – Sulla retribuzione spettante agli Amministratori delle Aziende Speciali – Interrogata sul punto, la Corte dei Conti ha confermato che **anche agli Amministratori di Aziende Speciali (nel caso di specie un'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona) **si applicano le limitazioni alla retribuzioni di cui al D.L. 78/2010, con la conseguenza per cui a detti soggetti sono dovuti esclusivamente i gettoni di presenza** in misura non superiore ai trenta euro.**

Tar Calabria – Catanzaro – sez. I, sentenza del 14 maggio 2018 n. 1007 – Enti Locali – Sulla necessità dell'impegno di spesa per l'affidamento di incarichi professionali a professionisti esterni all'Ente – I Giudici calabresi hanno ribadito che **ai fini della legittimità del conferimento da parte del Comune di incarichi professionali, devono sussistere le condizioni *ex lege* previste, consistenti nella presenza di un impegno contabile registrato sul capitolo di bilancio di competenza nonché dell'attestazione della copertura finanziaria. In mancanza di detti presupposti – ha precisato il Collegio – **il contratto** eventualmente stipulato produce i propri effetti **esclusivamente tra il professionista e il soggetto disposto** – illegittimamente – **la spesa**, potendo l'Amministrazione esclusivamente riconoscere una parte della prestazione attraverso la procedura di riconoscimento del debito fuori bilancio, ai sensi dell'art. 194 comma I lett. e) del T.U.E.L.**

Tar Basilicata – sez. I, sentenza dell'8 maggio 2018 n. 321 – Enti Locali – Sull'illegittimità della concessione in via diretta di suolo pubblico per lo svolgimento di attività di rilevanza economica – Il Tar lucano ha, con la recente sentenza **ribadito l'illegittimità del provvedimento di affidamento in concessione, in via diretta, di suolo pubblico emanato dal Comune per lo svolgimento di un'attività avente rilevanza economica (nella specie si trattava di deposito di materiali inerti). In particolare, il Collegio ha rilevato come detta **rilevanza economica dell'attività imponeva all'Amministrazione il previo esperimento di una procedura comparativa**, ponendosi – invece – **l'affidamento diretto in****

contrasto con i principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Corte dei Conti – Sezione di Controllo per la Regione Molise, Deliberazione del 10 maggio 2018 n. 55 – Enti Locali – *Sui limiti al rimborso delle spese legali agli amministratori* – I Giudici molisani hanno ribadito che **il rimborso delle spese legali agli amministratori deve ritenersi possibile** “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”, vale a dire **a patto che dette somme trovino copertura nell’aggregato di spesa delle spese di funzionamento.**

Consiglio di Stato, sez. VI- sentenza dell’11 maggio 2018 n. 2837 – Edilizia&Urbanistica – *Sull’illegittimità di un’ordinanza di riduzione in pristino avente ad oggetto abusi di lieve entità realizzati in epoca risalente* – Il Consiglio di Stato ha affermato **l’illegittimità di un ordine di rimessione in pristino avente ad oggetto un abuso di lieve entità** (nella specie si trattava dell’innalzamento del fabbricato di 0,54 metri rispetto a quanto assentito dal titolo abilitativo) **commesso molti anni prima dell’accertamento** (nella specie n. 54 anni prima). Secondo il Collegio, infatti, **la realizzazione di detto abuso restava priva del carattere di offensività** giustificante l’emanazione del provvedimento *de quo* sia per la modestia dell’entità sia per il tempo trascorso dalla commissione dello stesso.