

NEWSLETTER N. 16 ANNO IV

16 – 30 settembre 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

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 settembre n. 2569 – Appalti – *Sul concetto di grave illecito professionale nel caso di illecita acquisizione di informazioni riservate sulla procedura di gara* – Con tale interessante e molto attesa pronuncia (meglio nota come “Affaire Romeo”), **i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato, sulla base di una interpretazione estensiva delle disposizioni del vecchio codice dei contratti pubblici, che integra un’ipotesi di grave illecito professionale la condotta anticoncorrenziale di un concorrente alla procedura di gara.** Conseguentemente la quinta sezione del Consiglio di Stato confermando la decisione di primo grado, ha rigettato l’appello proposto.

Sotto il profilo strettamente giuridico, la novità della sentenza in esame sta nel fatto che l’illecito anticoncorrenziale non è contemplato quale causa di esclusione ai sensi del vecchio codice dei contratti (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame), al contrario di quanto previsto dal d.lgs. 50 del 2016 (**Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato**).

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Corte di Giustizia dell’U.E. – sentenza n. C-546/16 del 20 settembre 2018 - Appalti – *Sulla legittima previsione della soglia di sbarramento per l’offerta tecnica* – In base alla normativa comunitaria, la Corte di Giustizia ha espresso il principio secondo cui **le stazioni appaltanti hanno** la facoltà non solo di determinare il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell’oggetto dell’appalto, ma anche **la libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico e conseguentemente di escludere le offerte presentate che non raggiungono detta soglia minima**; ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 settembre 2018 n. 5500 – Appalti - *Sugli obblighi dichiarativi del concorrente riguardanti gli illeciti professionali* – Con tale pronuncia la quinta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che il **concorrente è tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente**, a prescindere da considerazioni sulla fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi, che sono rimesse esclusivamente all’apprezzamento discrezionale della stazione appaltante.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 25 settembre 2018 n. 5513 - Appalti – *Sull’obbligo di separata indicazione nell’offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali* – Confermando la sentenza appellata, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che, in base alla disciplina di gara e del richiamo ivi contenuto all’art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, **deve essere ritenuta illegittima la riammissione alla gara di un concorrente che non ha indicato separatamente i costi della manodopera da quelli aziendali nella sua offerta economica; in difetto di una separata indicazione verrebbe meno infatti l’obiettivo della norma che è quello di verificare il rispetto delle prescrizioni in materia di retribuzione, assicurazione obbligatoria e sicurezza del lavoro.**

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 27 settembre 2018 n. 5551 - Appalti – *Sui limiti del rispetto della c.d. clausola sociale* – Con tale pronuncia i Giudici di Palazzo Spada ha ribadito il principio secondo cui la c.d. clausola sociale – che ha lo scopo di favorire le continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori – deve essere interpretata nel senso che **l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori da parte dell’appaltatore subentrante non va inteso in maniera rigida ed assoluta, ma temperato con i principi di libertà di iniziativa economica ed imprenditoriale e di concorrenza, salvaguardata dall’art. 41 Cost.**

Tar Aosta, sez. I, sentenza del 17 settembre 2018 n. 44 – Appalti - *Sulla illegittimità di bandi di gara che richiedono una particolare sede operativa* – Richiamando l’orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa il Tar Aosta ha dichiarato **l’illegittimità delle clausole del bando di gara che richiedono alle imprese partecipanti – quali requisiti di partecipazione alla gara o quali requisiti di valutazione tecnica – l’ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare ovvero la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell’aggiudicazione; essendo tali previsioni contrarie ai principi di libertà di stabilimento nonchè di libera prestazione di servizi.**

TAR Milano, sez. IV, sentenza 19 settembre 2018 n. 2109 – Appalti - *Sulla possibilità di ripresentare la propria offerta in caso di malfunzionamenti del sistema telematico* – Con tale pronuncia il Tar lombardo ha affermato che **a fronte di malfunzionamenti del sistema telematico di gestione della gara deve essere data la possibilità all’operatore economico di presentare la propria offerta in modo da garantire la *par condicio competitorum*.**

TAR Napoli, sez. VII, sentenza 24 settembre 2018 n. 5582 – Appalti - *Sulla impossibilità di modificare le formule aritmetiche previste dal bando di gara* – Con tale pronuncia il Tar campano ha affermato il principio secondo cui **la commissione di gara non può dopo la presentazione e l’apertura delle buste modificare la formula aritmetica dettata dal bando, ancorchè tale formula**

risultati incompleta o inapplicabile, anche nel caso in cui tale l'applicazione di detta formula conduca a risultati aberranti; dovendo invece in tal caso la stazione appaltante agire in autotutela per emendare la clausola errata.

TAR Lombardia – Brescia – sez. I, sentenza 25 settembre 2018 n. 906 – Appalti – *Sull'obbligo di riconvocazione della Commissione di gara per la revoca dell'aggiudicazione* – Con tale pronuncia il Tar bresciano ha precisato che **l'accertamento sul possesso di un requisito essenziale per l'ammissibilità dell'offerta è demandato soltanto alla Commissione di gara (e non al RUP) che deve procedere al rinnovo della valutazione.**

TAR Puglia – Lecce, sez. II, sentenza 27 settembre 2018 n. 1363 – Appalti – *Sulla distinzione tra la figura del preposto alla gestione tecnica ed il direttore tecnico* – Con tale pronuncia il Tar Lecce ha affermato che **la figura del 'preposto alla gestione tecnica non è assimilabile alla figura del 'direttore tecnico' menzionata specificamente dal vecchio codice dei contratti pubblici (art. 38 d.lgs. 163/06), con la conseguenza che non è possibile estendere al 'preposto alla gestione' le cause di esclusione dalla gara; ciò quale garanzia del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.**

TAR Campania – Salerno, sez. I, sentenza 27 settembre 2018 n. 1342 – Appalti – *Sulla legittima esclusione in caso di errata indicazione della quota di partecipazione da parte di un RTI* – In base a tale pronuncia il Tar salernitano ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione di un RTI dalla gara motivato con riferimento al fatto che il RTI interessato, a seguito di espresso invito della P.A. a regolarizzare, ha comunicato una percentuale differente rispetto a quella originariamente indicata con la domanda di partecipazione. **La percentuale di partecipazione ad un RTI, infatti, pur non rappresentando un requisito sostanziale dell'offerta, rileva come misura della responsabilità ovvero come misura con la quale si partecipa agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto.**

Deliberazione n. 61 del 27 settembre 2018 della Corte dei Conti (Sezione Controllo Toscana) – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati - *Sui compensi di un dipendente amministratore della società in house.*

E' stato chiesto da un Comune se i compensi corrisposti all'Ente da parte di una società partecipata, relativi ad un dipendente comunale nominato amministratore della società in house siano soggetti al limite di spesa di cui all'art. 9, comma 2bis del d.l. 78/2010.

I Giudici contabili hanno dato al quesito risposta positiva, precisando che l'espressione "ammontare delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale" previsto dalla citata norma (riprodotta nel d.lgs. n. 75/2017) ricomprende nella fattispecie normativa ogni genere di risorse funzionalmente destinate ad offrire copertura agli oneri accessori del personale,

senza alcuna distinzione sulla provenienza delle risorse a tal fine impiegate.

Deliberazione n. 288 del 21 settembre 2018 della Corte dei Conti (Sezione Controllo Veneto) – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati - *Sul principio di gratuità degli incarichi nei confronti delle Aziende Speciali.*

E' stato chiesto un parere da parte di un Comune in merito alla all'applicazione dell'art. 6, comma 2, d.l. 78/2010, che dispone la gratuità degli incarichi conferiti ai componenti collegiali di Enti che ricevono contributi pubblici.

I magistrati contabili del Veneto, aderendo al consolidato orientamento della Corte Costituzionale (sentenza 27 giugno 2012, n. 161), hanno affermato che rientrano nella locuzione generale di enti tutti quelli che ricevono qualunque beneficio in risorse pubbliche, in grado di incrementare le componenti attive del bilancio dell'ente destinatario o di diminuire quelle passive.

Spetta ai Comuni, qualora non l'avessero ancora fatto, in applicazione della citata norma sulla riduzione di spesa pubblica, adeguare gli atti con cui hanno disciplinato eventuali indennità di funzione agli organi delle istituzioni o delle aziende speciali.

La violazione, com'è chiaramente disposto dalla norma, è punita con la sanzione della responsabilità erariale e della nullità degli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati.

Deliberazione n. 97 del 25 settembre 2018 della Corte dei Conti (Sezione Controllo Piemonte) – Enti locali - *Sui limiti di acquisto di beni immobili da parte della p.a.*

E' stato chiesto un parere da parte di un Comune in merito ai limiti di acquisto di beni immobili da parte di un Comune in base a quanto previsto dall'art. 12, comma 1ter del d.l. 98/2011.

I Giudici contabili del Piemonte hanno ricordato che la citata norma, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, subordina l'acquisto di beni immobili ad una previa valutazione da parte dell'Ente della sua indispensabilità ed indilazionabilità, nonché ad una attestazione di congruità del prezzo di acquisto da parte dell'Agenzia del Demanio. Deve escludersi dall'ambito di applicazione della norma l'acquisto di immobili a seguito di un procedimento di espropriazione pubblica. Inoltre, nel caso di contratti particolari di acquisto della proprietà (quali leasing traslativo o il rent to buy) anche se l'acquisto è rinviato ad un momento successivo alla stipula ed è spesso di tipo opzionale tale valutazione deve essere effettuata al momento della stipula.

Deliberazione n. 94 del 25 settembre 2018 della Corte dei Conti (Sezione Controllo Piemonte) – Enti Locali - *Sull'indennità di funzione del Sindaco e degli Assessori comunali.*

E' stato chiesto un parere da parte di un Comune se, ai fini dell'individuazione del criterio di calcolo delle indennità di funzione del Sindaco e degli Assessori comunali, la popolazione residente debba essere calcolata sulla base delle risultanze dell'ultimo censimento ovvero sulla base dei dati Istat del penultimo anno antecedente quello in corso.

I Giudici contabili del Piemonte hanno ribadito che **il calcolo della popolazione residente deve essere effettuato con il criterio dinamico del dato Istat del penultimo esercizio.**

Tar Veneto, sez. III, sentenza 24 settembre 2018 n. 906 – Edilizia&Urbanistica – Sull’obbligo di motivazione della concessione di occupazione di suolo pubblico – Con tale pronuncia il Tar Veneto **ha dichiarato illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento con il quale un Comune ha rilasciato una concessione per occupazione di suolo pubblico che reca nocumento all’attività commerciale svolta da un esercizio adiacente, senza alcuna specifica motivazione** in ordine alla valutazione dell’interesse del titolare dell’esercizio commerciale adiacente e/o attiguo a non vedere limitata la visibilità del suo negozio e delle vetrine e alla comparazione con gli altri interessi pubblici.

TAR Campania, sez. II, sentenza 24 settembre 2018 n. 5575 – Edilizia&Urbanistica – Sul legittimo esercizio dei poteri di annullamento in autotutela – In base a quanto statuito dal TAR campano, **è illegittimo il provvedimento emesso da un Comune in sede di autotutela, adottato ben oltre il termine di 18 mesi** di cui all’art. 21-*nonies* della l. 241/1990, nonché ben oltre il termine ragionevole di intervento, facendo riferimento all’astratta necessità di evitare l’aggravio del carico urbanistico della zona interessata e di ovviare alla mancata previsione degli standard a tutela della vivibilità cittadina, **senza esternare congruamente e puntualmente le ragioni di pubblico interesse attuale e concreto e di ponderare opportunamente gli interessi privati contrapposti e consolidatisi in virtù del tempo trascorso.**

TAR Lombardia – Brescia , sez. I, sentenza 28 settembre 2018 n. 924 – Edilizia&Urbanistica – Sull’obbligo di attività istruttoria in caso di contestazioni sul diritto di proprietà – Con tale pronuncia il Tar bresciano ha affermato che **l’Ente locale, ai fini del rilascio di un permesso di costruire, è tenuto a verificare la sussistenza del diritto di proprietà del richiedente nel caso in cui vi siano contestazioni da parte del proprietario confinante** (anche ove risulti pendente un giudizio davanti al G.O. per l’accertamento del titolo di proprietà), ma non può sostituirsi a valutazioni squisitamente civilistiche (che appartengono alla competenza dell’A.G.O.), arrestandosi dal procedere solo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi chiaramente attendibili a dimostrare il suo diritto di proprietà.