

NEWSLETTER N. 6 ANNO V

15 - 31 marzo 2019



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

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria – del 27 marzo 2019 n. 6 – Appalti – Sulla modifica delle quote di partecipazione/qualificazione in un raggruppamento temporaneo - Il Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi in sede di Adunanza Plenaria, ha aderito all'orientamento formalistico in virtù del quale in applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

Tar Veneto, Venezia, sez. I, sentenza del 29 marzo 2019, n. 394 - Appalti- Sulla possibilità di modifica degli oneri di sicurezza aziendali in sede di giustificazioni- Con la sentenza in esame i Giudici Veneti, dopo aver ricordato il principio per cui nelle gare pubbliche vige il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni, hanno ritenuto ammissibile una modifica tra il costo per gli oneri per la sicurezza aziendali indicato in sede di offerta e quello indicato in sede di verifica di congruità, in ragione del fatto che, nel caso di specie, tale modifica ha costituito una consentita rimodulazione di una singola voce, insuscettibile di minare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso.

Tar Puglia, Lecce, sez. II, sentenza del 28 marzo 2019, n. 519- Appalti – Sul valore delle Linee Guida Anac- Con la pronuncia in commento il Tar Lecce chiamato a pronunciarsi in merito ad una esclusione disposta nei confronti di un concorrente per l'applicazione di una sanzione discendente dalle Linee Guida Anac (aver subito penali in relazione ad un contratto, di importo corrispondente all'1,26% del valore lordo di un appalto) ha ritenuto la stessa illegittima. Ciò in ragione del fatto che, a detta dei Giudici, le suddette Linee Guida non sono state approvate con decreto ministeriale o interministeriale. Pertanto, esse non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali, con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell'atto. In sostanza, secondo il Tar, così agendo si pretenderebbe di ricavare la sanzione espulsiva non già dalla violazione di una precisa norma giuridica, ma da una prassi dettata da una autorità amministrativa (tale dovendosi intendere l'Anac), cui, nel caso di specie, non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria.

Tar Campania, Napoli, Sez. I – sentenza del 26 marzo 2019 n. 1690 – Appalti – *Sulla distinzione tra varianti progettuali e migliorie nonché sulla valutazione con punteggio numerico* – Il Collegio ha chiarito che gli apprezzamenti della commissione giudicatrice in ordine alla qualificazione degli interventi proposti in termini di varianti progettuali piuttosto che di migliorie – da valutare in base al grado di interferenza sul progetto posto a base di gara - rientrano nell'ampio margine di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo per manifesta irragionevolezza. Inoltre, i Giudici hanno ribadito che la valutazione delle offerte mediante punteggio numerico rappresenta un'adeguata motivazione laddove sussista un apparato di puntuali criteri predeterminati dalla disciplina di gara, sufficientemente chiaro, analitico ed articolato, che renda comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti.

Tar Lombardia, Brescia, sez. 1, sentenza del 26 marzo 2019, n. 266- Appalti- *Sul non obbligo del ricorso alla Centrale Unica di Committenza per i comuni non capoluogo nel periodo transitorio*- Il Tar Brescia, con la sentenza in commento, ha statuito che nel periodo transitorio ogni ente locale, previa iscrizione nell'anagrafe unica dell'ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l'aggiudicazione. Ciò in ragione del fatto che, per quanto riguarda i requisiti di qualificazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016, finché non sarà approvata la disciplina attuativa di tale norma non vi sono i presupposti per formulare un giudizio di inadeguatezza della stazione appaltante.

Tar Molise , Sez. I, sentenza del 26 marzo 2019, n.118- Appalti – *Sulla modalità di riparametrazione dei punteggi “qualitativi”*– Con la sentenza in esame i Giudici Molisani dopo aver ribadito che la riparametrazione risponde ad una scelta discrezionale della stazione appaltante (che deve essere espressamente prevista nei documenti di gara) finalizzata a preservare l'equilibrio tra le diverse componenti dell'offerta, in modo che, in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte, hanno statuito che la riparametrazione non deve essere operata sul punteggio complessivo da attribuirsi all'intera offerta tecnica di ciascuna concorrente, poiché tale accorpamento condurrebbe a un'iniqua svalutazione di alcune componenti dell'offerta tecnica a vantaggio di altre, quanto piuttosto a ciascun sub-criterio di valutazione.

Tar Lazio, Roma, Sez. II , sentenza del 25 marzo 2019 , n. 3910- Appalti – *Sulla legittimità dell'esclusione per la risoluzione del contratto per violazione del Codice Etico*– Con la sentenza in esame il Tar Lazio ha ritenuto legittima l'esclusione di un'impresa da una gara a causa di tre risoluzioni anticipate del contratto per violazione del Codice Etico (risoluzioni non contestate in giudizio) in precedenti appalti. Ciò in ragione del fatto che, a detta del Tar, le risoluzioni anticipate del contratto per violazione del Codice Etico, rappresentano

un grave inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lett. c), che a quale conseguenza l'esclusione dalla gara.

Tar Lombardia, Milano, sez. II, sentenza del 21 marzo 2019, n. 630- Appalti- Sulla non applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti ed ai documenti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici- Con la pronuncia in esame i Giudici Lombardi hanno precisato che i documenti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici che, in quanto tali, sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, restano esclusi dall'accesso civico c.d. "generalizzato" di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013.

Tar Piemonte, Torino, sez. I, sentenza 29 marzo 2019, n. 363- Servizi interesse generale&Organismi partecipati- Servizio farmaceutico- Sull'illegittimità di una gestione associata di una farmacia comunale- Con la pronuncia in Commento il Tar Piemonte dopo aver offerto un completo inquadramento dell'istituto del partenariato orizzontale sia nell'ordinamento italiano sia nell'ordinamento eurounitario con particolare riferimento all'art. 30 del decreto legislativo n. 267 del 2000, l'art. 15 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 5, comma 6 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ha ritenuto illegittimo un convenzionamento tra due enti, ai fini della gestione di una farmacia pubblica. Il Tar, infatti, nello specifico non ha ravvisato un effettivo "interesse pubblico comune" in capo agli enti, ai sensi dell'art. 5, comma 6, lett. a) del decreto legislativo n. 50 del 2016, ed ha ritenuto che le Amministrazioni coinvolte in realtà abbiano posto in essere una concessione in violazione della normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei servizi e di concorrenza.

Tar Lombardia Brescia sez. I sentenza del 21 marzo 2019 n. 266 Servizi interesse generale&Organismi partecipati- Servizio farmaceutico- Sul valore della concessione in caso di affidamento in gestione della farmacia comunale- Con la sentenza in esame il Tar Lombardo ha ribadito che in caso di gara per la concessione trentennale della gestione della farmacia comunale, si deve tener conto dell'art. 167 comma 1 del Dlgs. 50/2016 che definisce il valore di una concessione come il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice quale corrispettivo dei servizi oggetto della concessione. Con la specificazione che nella realtà, la stima del fatturato di una concessione trentennale per un servizio di una farmacia di nuova istituzione, e quindi privo di avviamento e di dati storici, è estremamente complessa, e soggetta a un elevato rischio di imprecisione. Quello che si può ragionevolmente ipotizzare è che la rendita diminuisca nel tempo con l'aumento della concorrenza, particolarmente, nel caso delle farmacie, per le attività complementari. Il fatturato dei concorrenti storicamente insediati nello stesso territorio può costituire un riferimento ma è sempre necessaria una valutazione complessiva.

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, deliberazione dell'8 marzo 2019 n. 87- Servizi interesse generale&Organismi partecipati- Società in house- Sull'inderogabilità in tema di società in house della previsione che oltre l'80 per cento del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci-
Con la pronuncia in esame i Giudici contabili hanno ribadito che il c.3 bis dell'art. 16 del d.lgs n. 175/2016 introdotto dal decreto correttivo (d.lgs. n. 100/2017) non consente di derogare al limite quantitativo stabilito dal c. 3 (80%) permettendo esclusivamente di svolgere ulteriori attività a condizione che siano garantite economie di scala. Il rinvio dell'art. 4 c. 4 del T.U. consente esclusivamente di svolgere ulteriori attività sempre nei limiti e condizioni di cui all'art. 16.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Lombardia, deliberazione del 29 marzo 2019 n. 97 – Enti Locali – Sulla gratuità degli incarichi ex art 90 Tuel per i titolari di cariche *elettive*– Con la deliberazione in esame, i magistrati contabili della Lombardia, hanno ribadito che i rapporti di lavoro a tempo determinato, instaurati ai sensi dell'articolo 90 del Tuel, sono sottoposti, oltre che ai vincoli di spesa per il personale, fissati dall'articolo 1, comma 557 e ss. della legge n. 296/2006 e dall'articolo 9, comma 28, del D.L. n. 78/2010, anche ai limiti di cui all'articolo 5, comma 5, del d.l. 78/2010 (Sez. Autonomie, del. n. 11/2016 e n. 11/2017). Da ciò ne deriva la conseguente applicazione del principio di gratuità (fatto salvo il diritto al rimborso delle spese sostenute), ove gli incarichi in parola siano conferiti a soggetti titolari di cariche elettive.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia, deliberazione del 27 marzo 2019 n. 29 – Enti Locali – *Sui presupposti per la transazione per il risarcimento derivante da sentenza di condanna* – Con il parere in commento, i magistrati contabili della Puglia, pur ritenendo inammissibile la richiesta di parere volta ad ottenere indicazioni specifiche per l'attività gestionale, hanno affermato che la transazione per le somme dovute per il pagamento della rivalutazione e degli interessi legali derivante da sentenza di condanna risarcitoria passata in giudicato è ammessa solo quando il diritto abbia una natura disponibile e quando sussista una controversia giuridica.

Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II – sentenza del 20 marzo 2019 n. 614 – Edilizia&Urbanistica – *Sul diritto di accesso relativo ad intervento edilizio su strada pubblica* – La sentenza in esame ha riconosciuto la titolarità del diritto di accesso agli atti con cui il Comune ha autorizzato la realizzazione, sulla strada pubblica, di un marciapiede, in capo al proprietario di un edificio confinante con l'immobile interessato dall'attività edilizia assentita. Nella specie, il Collegio ha ritenuto il richiedente portatore di un interesse qualificato alla ostensione, in quanto lo stesso lamentava che la realizzazione del manufatto avrebbe impedito il deflusso delle acque meteoriche, determinandone il ristagno, con conseguenti danni al muro perimetrale dell'immobile di proprietà.