

NEWSLETTER N. 10 ANNO V

15 - 31 maggio 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 – sentenza del 21 maggio 2019 n. 8 – Appalti – *Sul criterio di aggiudicazione da applicare per l'affidamento di servizi ad alta intensità di manodopera e standardizzati* – L'Adunanza Plenaria ha risolto il conflitto giurisprudenziale che si era formato sulla scelta del criterio di selezione delle offerte per l'affidamento di servizi che abbiano contemporaneamente caratteristiche di alta intensità di manodopera e standardizzate, riconoscendo l'esclusiva applicazione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo. Infatti, il Codice dei contratti pubblici impone alle Stazioni appaltanti l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa laddove il costo della manodopera rappresenti almeno il 50% dell'importo totale del contratto e tale obbligo non trova deroga neanche quando i servizi siano standardizzati. L'aggiudicazione al massimo ribasso dei servizi con caratteristiche standardizzate è possibile solo se questi non siano nel contempo ad alta intensità di manodopera.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 28 maggio 2019 n. 3502 – Appalti – *Sulla verifica dell'anomalia dell'offerta* – La sentenza in esame ha ribadito che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato ad accertare l'attendibilità e l'affidabilità dell'offerta valutata nel suo complesso ed in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto alle condizioni proposte. Pertanto, la stazione appaltante è tenuta ad una valutazione di congruità globale e sintetica, senza concentrarsi sulle singole voci di prezzo. Tale valutazione è espressione del tipico potere tecnico-discrezionale che spetta alla Stazione appaltante, insindacabile in sede giurisdizionale se non per la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, restando comunque preclusa al giudice amministrativo l'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 28 maggio 2019 n. 3492 – Appalti – *Sull'acquisizione di requisiti tramite l'affitto di ramo d'azienda* – La pronuncia in esame, dopo aver ricordato che l'affitto di ramo di azienda consiste nell'accordo con cui un imprenditore concede ad un soggetto la disponibilità e il godimento di un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa in cambio di un canone, ha escluso che un contratto in cui si stipula la mera consegna della documentazione per comprovare i requisiti posseduti per l'ottenimento dell'attestazione SOA ed alcune attrezzature, sia qualificabile come affitto di ramo d'azienda. Quindi, i requisiti richiesti non possono ritenersi acquisiti.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 28 maggio 2019 n. 3487 – Appalti – Sulla legittimità di indicare un costo del lavoro inferiore ai valori delle tabelle ministeriali e dei contratti collettivi – La sentenza in esame ha ribadito che un’offerta non è anomala sol perché il costo del lavoro è inferiore ai valori risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto ad essi. Pertanto, l’offerta è da considerare congrua quando il costo del lavoro - inferiore rispetto a quello delle tabelle ministeriali di riferimento – è giustificato in virtù della modifica del CCNL da applicare e dell’inquadramento contrattuale dei neoassunti. Infatti, il Collegio ha escluso che l’applicazione di un determinato contratto collettivo possa essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di ammissione al confronto concorrenziale, né la sua mancata applicazione può essere causa di esclusione dalla gara.

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 22 maggio 2019 n. 3331 – Appalti – Sull’impossibilità del ricorso al soccorso istruttorio per la produzione di una certificazione in copia conforme – I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che il documento prodotto in copia informale, nonostante la *lex specialis* di gara stabiliva per esso la produzione in copia conforme, deve considerarsi un documento non prodotto. Il Collegio esclude il rimedio del soccorso istruttorio, in quanto, in presenza di una previsione chiara, l’invito all’integrazione costituirebbe una palese violazione della *par condicio* nonché del generale principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. Nella specie, il concorrente ha prodotto una certificazione UNI EN ISO 9001 in copia informale e perciò è stata ritenuta priva di effetti certificativi. Il difetto della forma essenziale prescritta dalla legge di gara non è surrogabile mediante una verifica d’ufficio presso il sito internet dell’ente certificatore, che, dovendo intervenire nonostante l’esperienza del soccorso istruttorio, vanificherebbe del tutto il principio di autoresponsabilità dei concorrenti.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 7 maggio 2019 n. 2917 – Appalti – Sull’inesistenza dell’obbligo di dichiarare la risoluzione di un precedente contratto per inadempimento imputabile ad altro operatore del RTI – L’articolata sentenza in esame ha affermato che un’impresa non può essere esclusa da una gara d’appalto per una risoluzione contrattuale di un precedente contratto pubblico che si è verificata in conseguenza dell’inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo. Infatti, il giudizio di affidabilità professionale dell’operatore economico non può fondarsi su fatti ad esso non ascrivibili. A ciò consegue che non sussiste alcun obbligo dichiarativo in gara circa la precedente risoluzione causata dall’inadempiente condotta di un diverso componente del RTI, posto che il codice dei contratti pubblici impone un obbligo dichiarativo riferito ai comportamenti commessi dell’operatore economico concorrente da cui possano sorgere dubbi in ordine alla sua integrità ed affidabilità professionale.

Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater – sentenza del 29 maggio 2019 n. 6775 – Appalti – *Sull’inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione per contestare la composizione della commissione di gara* – La sentenza in commento ha dichiarato irricevibile il ricorso avverso la composizione della commissione di gara (asseritamente non formata da esperti), in quanto non è stata tempestivamente impugnata la delibera di nomina dei componenti, pubblicata in precedenza assieme ai loro curricula, anche in ragione della presenza dei rappresentanti della ricorrente alla seduta pubblica ove è stata adottata tale determinazione. In ragione dell’autonoma portata lesiva degli atti di nomina della Commissione, la ricorrente li avrebbe dovuti impugnare immediatamente, senza attendere l’aggiudicazione. Il Collegio ha anche specificato che il Codice dei contratti pubblici prevede la cd. clausola sociale per i bandi relativi a contratti “*ad alta intensità di manodopera*”, riconoscendo negli altri casi una mera facoltà delle stazioni appaltanti ad inserirla nella *lex specialis* di gara.

Tar Campania, Napoli, Sez. I – sentenza del 29 maggio 2019 n. 2885 – Appalti – *Sulla irrilevanza della contestazione giudiziale dei gravi illeciti professionali ai fini dell’esclusione* – Il Collegio ha chiarito che l’esistenza di una contestazione giudiziale avente ad oggetto la risoluzione di un pregresso rapporto contrattuale, non concretizza la fattispecie escludente. Difatti, la stazione appaltante non può avvalersi dell’effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l’impresa può opporre la pendenza per rivendicare l’irrilevanza giuridica del comportamento contrattuale indiziato. La stazione appaltante che qualifichi il comportamento contrattuale del concorrente quale grave illecito professionale, ne deve dimostrare l’incidenza in punto di inaffidabilità dell’operatore economico.

Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, sentenza del 27 maggio 2019, n. 6614 – Appalti – *Sul divieto di modifica dell’importo previsto per gli oneri di sicurezza* – I Giudici capitolini hanno affermato che deve essere esclusa da una gara di appalto l’impresa che abbia indicato, in sede di offerta, un importo per gli oneri della sicurezza aziendale (nella specie di € 0,10) che poi, ha modificato in sede di giustificazioni dell’anomalia dell’offerta (indicando il diverso importo di € 100,00), senza fornire alcun chiarimento in ordine alla discrasia tra l’offerta presentata e quella giustificata e senza evidenziare un precedente errore materiale e/o di battitura commesso in sede di presentazione dell’offerta sulla piattaforma Mepa.

Tar Campania, Napoli, sez. III, sentenza del 27 maggio 2019, n. 2827 – Appalti – *Sul termine per la sostituzione dell’impresa ausiliaria* – Secondo il Collegio campano, il termine di 15 giorni assegnato dalla Stazione appaltante per la sostituzione dell’impresa ausiliaria è ragionevole e proporzionato. Infatti, il Codice dei contratti pubblici ammette che, a fronte di condizioni d’urgenza, il termine di presentazione delle offerte possa essere ridotto a 15 giorni ed allora un simile termine appare congruo anche quando è assegnato alla partecipante per provvedere alla sostituzione dell’ausiliaria.

Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza del 27 maggio 2019, n. 229 – Appalti – *Sul divieto di presentare offerte a mezzo Pec* – La pronuncia in esame ha ritenuto illegittima, per palese violazione del principio di segretezza delle offerte economiche, la legge di gara che prevedeva quale unica modalità di presentazione delle offerte l’invio con posta elettronica certificata, senza applicazione di sistemi di cifratura per garantirne la segretezza.

Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, sentenza del 24 maggio 2019, n. 138 – Appalti – *Sulle società abilitate all’asseverazione del PEF* – Il Collegio non ha condiviso l’interpretazione proposta secondo cui l’iscrizione della società asseverante il Piano Economico Finanziario (PEF) nell’elenco del M.i.s.e. ha valenza di requisito soggettivo abilitante, in quanto finirebbe per restringere irrazionalmente e ingiustificatamente l’alveo delle società che per legge sono legittimate ad espletare attività di revisione. Una siffatta interpretazione si tradurrebbe in un inspiegabile privilegio delle società iscritte all’albo del M.i.s.e. a discapito di quelle iscritte nel registro del Ministero dell’Economia e delle Finanze che esercitano il compito della revisione legale degli enti di interesse pubblico, ovvero delle banche, delle assicurazioni e delle società quotate e controllate.

Tar Sicilia, Palermo, sez. II, sentenza del 24 maggio 2019, n. 1421 – Appalti – *Sull’impossibilità di escludere il concorrente che non abbia prodotto i campioni richiesti* – La sentenza in esame ha chiarito che la campionatura non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell’offerta tecnica, che consente all’Amministrazione di vagliare l’idoneità tecnica del prodotto offerto. Trattandosi di mero strumento di prova delle capacità tecniche degli operatori economici, la produzione di un campione non costituisce un adempimento essenziale ai fini dell’ammissibilità dell’offerta. Pertanto, la clausola del bando che dispone di presentare a pena di esclusione la campionatura è nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, sentenza del 23 maggio 2019, n. 6352 – Appalti – *Sulla inammissibile modifica della composizione del RTI tra fase di prequalifica e fase di offerta* – Il Collegio capitolino ha riconosciuto legittima l’esclusione dalla gara di un raggruppamento temporaneo d’imprese in ragione della variazione della composizione soggettiva del RTI non dettata da “esigenze organizzative” quanto, piuttosto, dall’intenzione di rimodulare la propria forma di presentazione in gara per usufruire del punteggio massimo. Tale scopo si pone in contrasto con il Codice dei Contratti che limita la modifica soggettiva dell’operatore economico al fine di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse e di prevenire l’elusione del controllo preliminare sui requisiti di idoneità morale tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti.

Tar Campania, Salerno, sez. I, sentenza del 21 maggio 2019, n. 795 – Appalti – *Sull’impossibilità di sanare la mancata produzione della garanzia fideiussoria con il soccorso istruttorio* – I Giudici campani hanno riconosciuto la legittimità dell’esclusione dalla gara

dell'operatore economico che abbia prodotto in sede di soccorso istruttorio una garanzia fideiussoria ottenuta in data successiva alla presentazione della domanda e alla scadenza del termine utile per la partecipazione alla procedura. Infatti, il soccorso istruttorio consente ai concorrenti l'integrazione della documentazione incompleta o irregolare sotto un profilo formale, ma sicuramente non permette all'offerente di rimediare all'assenza *ab origine* di un elemento essenziale dell'impegno negoziale. Nella specie, la *lex specialis* della gara prevedeva, a pena di esclusione, che l'offerta fosse corredata da una garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse affidatario. Pertanto, è stata legittimamente esclusa la ditta che abbia prodotto in sede di soccorso istruttorio tale garanzia ottenuta, però, soltanto in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Tar Lombardia, Milano, sez. I, sentenza del 16 maggio 2019, n. 1121 – Appalti – *Sull'accesso agli atti di gara e sul segreto industriale e commerciale* – La pronuncia in commento ha chiarito che l'esercizio del diritto di accesso agli atti di una gara di appalto trova un limite nelle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano segreti tecnici o commerciali. In particolare, viene sottratto dall'accesso la sola parte dell'offerta che contiene informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali, non l'offerta nel suo complesso. Spetta all'offerente dimostrare e motivare puntualmente che le informazioni richieste siano coperte dal segreto; ciò anche per consentire alla Stazione Appaltante di rappresentare le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale che fondano il diniego all'ostensione degli atti di gara.

Tar Sardegna, sez. I, sentenza del 10 maggio 2019, n. 399 – Appalti – *Sull'inammissibilità dell'azione risarcitoria per il danno da ritardo nel caso in cui l'amministrazione ha ancora la possibilità di provvedere* – Il Tar ha stabilito che l'azione risarcitoria per il danno da ritardo è inammissibile fin quando l'Amministrazione ha ancora la possibilità di provvedere, in quanto il giudice non può sostituirsi alle valutazioni riservate alla p.a. esprimendo un giudizio prognostico circa la spettanza del provvedimento. Pertanto, la suddetta azione potrà essere riproposta solo dopo l'emanazione del provvedimento, anche a seguito di accertamento dell'obbligo di provvedere in sede di accoglimento del ricorso contro il silenzio.

Tar Veneto, sez. I, ordinanza del 27 maggio 2019, n. 651 – Enti Locali – *Sulla legittimità costituzionale della L.R. in materia di concessioni demaniali marittime* – Il Tar del Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione ai principi di tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, della legge regionale Veneto n. 33/2002, nella parte in cui prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime a seguito di una procedura comparativa sia subordinato alla corresponsione, a carico dell'aggiudicatario, di un indennizzo in favore del gestore uscente e stabilisce criteri e modalità di determinazione del predetto indennizzo.

Tar Puglia, Lecce, sez. III, sentenza del 23 maggio 2019, n. 852 – Enti Locali – Sulla necessità di acquisire una nuova concessione per l’occupazione di suolo pubblico al fine di mutare l’attività commerciale ivi svolta – La pronuncia in esame ha riconosciuto la legittimità del provvedimento adottato dal Comune con cui ha vietato alla società concessionaria di un suolo pubblico di modificarne la destinazione d’uso con una mera Scia. Nella specie, la società era titolare di una concessione di suolo pubblico per l’installazione di un chiosco per la vendita, in via esclusiva, di giornali e riviste; tramite Scia intendeva avviare nello stesso chiosco la vendita di prodotti alimentari e bevande mediante distributori automatici, ma il Comune ha inibito tale attività per mancanza del titolo autorizzativo e della relativa agibilità per la nuova destinazione d’uso. Per variare l’attività commerciale da svolgere, occorre una nuova concessione di occupazione dell’area pubblica, anche in relazione alla *res* venduta.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per il Molise, deliberazione del 23 maggio 2019 n. 70 – Enti Locali – Sull’adeguamento del compenso dei revisori – Con la deliberazione in esame, i magistrati contabili del Molise hanno rimesso alla Sezione delle Autonomie la questione in merito alla possibilità di procedere ad un adeguamento dei compensi riconosciuti ai revisori alle nuove tariffe stabilite con il recente D.M. del 21/12/2018. La sezione di controllo del Molise aderisce all’orientamento – tuttavia non unanime - che postula la tendenziale immutabilità della determinazione del compenso disposta all’atto della nomina dell’organo di revisione, ammettendo l’aggiornamento del compenso solo nel caso in cui nella delibera di nomina l’ente non abbia fissato un puntuale valore monetario, ma abbia determinato il compenso *per relationem*, richiamando i limiti massimi di cui al D.M. del 2005, al tempo in vigore.