

NEWSLETTER N. 11 ANNO V

1 - 15 giugno 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

In evidenza

Tar Lazio, Roma, Sez. I– sentenza 11 giugno 2019 n. 7595 – Appalti – Sui presupposti per l’annotazione nel casellario informatico – In base a quanto statuito dal TAR Lazio l’annotazione nel casellario informatico da parte dell’ANAC di notizie ritenute “utili” deve avvenire in applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa, il che presuppone, oltre al fatto che le vicende oggetto di annotazione siano correttamente riportate, anche che le stesse non siano manifestamente inconferenti rispetto alle finalità di tenuta del casellario. Sulla base di tali presupposti, il TAR Lazio ha dichiarato illegittima l’annotazione disposta dall’ANAC nel casellario informatico a carico di una Società per scarsa rilevanza della notizia e difetto di motivazione. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell’impresa ricorrente)**

Tar Piemonte – Sez. I – sentenza del 10 giugno 2019 n. 682– Appalti – Sugli effetti di una risoluzione contrattuale – Secondo il Tar piemontese in base ad un’interpretazione letterale (ex art. 12 delle preleggi) e conforme al diritto europolitano, l’art.80, comma 5, lett. c) del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella parte in cui fa riferimento a risoluzioni “*non contestate in giudizio*” si riferisce al caso in cui la risoluzione non sia stata impugnata innanzi ad un giudice. Alla luce di tale interpretazione, il Tar piemontese non ha condiviso la tesi del ricorrente secondo cui presupposto necessario affinché potesse configurarsi l’ipotesi della risoluzione “*non contestata in giudizio*” prevista dall’art. 80, comma 5, lett. c) del decreto legislativo n. 50 del 2016 fosse necessario attendere la decorrenza del termine per impugnare. Non essendo stato gravato il provvedimento di risoluzione il Tar piemontese non ritenuto non operante la esclusione prevista dalla citata disposizione e rigettato il ricorso. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Società controinteressata).**

Tar Toscana, sentenza 4 giugno 2019 n. 827 – Appalti – Sulla ambiguità ed equivocità delle previsioni della lex specialis di gara. - Il Tar Toscana ha accolto la censura con cui la ricorrente ha dedotto la violazione dei principi di trasparenza, buona fede ed imparzialità dell’azione amministrativa e, per l’effetto, ha annullato gli atti impugnati ai fini della riedizione della gara in questione, a fronte delle incertezze, oscurità ed equivocità delle clausole del bando e degli altri atti che disciplinano la gara. Avuto riguardo alla tipologia dell’affidamento, alla durata dell’appalto nonché allo stato dell’esecuzione, il Collegio ha ravvisato la sussistenza dei presupposti per pronunciare l’inefficacia del contratto nelle more stipulato. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Società ricorrente).**

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 7 giugno 2019 n. 3837 – Pubblico Impiego - Sulla natura dei provvedimenti relativi a diritti patrimoniali di dipendenti pubblici fuori ruolo. - Il Consiglio di Stato in riforma della sentenza di primo grado ha escluso che gli atti relativi a diritti patrimoniali del pubblico dipendente abbiano “natura paritetica” e quindi siano esclusi dall’obbligo di motivazione e dalla necessità di previa comunicazione di avvio del procedimento. Il Collegio ha osservato che, nel caso di specie, il riferimento agli atti paritetici è escluso dalla circostanza che gli atti impugnati, determinando la cessazione del trattamento economico a carico dello Stato italiano e l’obbligo di versamento dei contributi previdenziali a carico del magistrato, non hanno fatto diretta applicazione di alcuna specifica norma di legge, da cui sarebbe comunque discesa la cessazione del trattamento economico, ma hanno inciso in maniera autoritativa e unilaterale sulla situazione giuridica dell’odierno appellante. Per effetto di tale valutazione, il Consiglio di Stato ha annullato i provvedimenti impugnati, salva la ulteriore attività amministrativa, circa l’effettivo trattamento economico e previdenziale spettante al magistrato collocato fuori ruolo presso organismi dell’Unione europea (*idem*: Consiglio di Stato, sez. II, 3 giugno 2019 n. 3838. Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del ricorrente).

Consiglio di Stato, Sez. VI – sentenza del 13 giugno 2019 n. 3984 – Appalti – Sugli effetti del concordato c.d. in bianco ai fini dell’ammissione alla gara – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato ha statuito che non può essere ammessa in gara una ditta che non ha presentato una domanda di concordato con continuità aziendale, ma la (diversa) istanza di concordato c.d. in bianco, con riserva di presentazione del piano e della restante documentazione richiesta dall’art. 186 bis l.f. nel termine concesso dal Giudice.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 giugno 2019 n. 3750 – Appalti - Sulla nomina del Presidente della Commissione di gara - Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadito anche dalla citata sentenza, il Presidente della Commissione di gara deve essere interno alla stazione appaltante; tale obbligo tende a realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura e rappresenta una regola che non ammette eccezioni.

Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2019, n. 3727 – Appalti - *Sull'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali quale requisito di esecuzione*– I Giudici di Palazzo Spada, pur ribadendo il consolidato principio secondo cui il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è un requisito di natura soggettiva che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032), hanno precisato tuttavia che il suddetto requisito è di mera esecuzione laddove la produzione, nel senso di raccolta e smaltimento di rifiuti, rappresenti una parte soltanto residuale e servente rispetto al complesso delle prestazioni affidate.

Consiglio di Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780 – Appalti – *Sull'accesso civico generalizzato agli atti di gara* – Al fine di assicurare procedure di appalto trasparenti ed anche per finalità di prevenzione e contrasto alla corruzione, salve specifiche esclusioni, secondo i giudici di Palazzo Spada deve ritenersi esistente un principio generale che consente all'accessibilità agli atti di gara, inclusa la documentazione amministrativa e fiscale, a favore anche di colui che non ha partecipato alla procedura di gara.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 6 giugno 2019, 3831 – Appalti – *Sull'applicazione del principio di rotazione anche nel caso di sola manifestazione di interesse* - Il principio di rotazione si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo. Pertanto detto principio rotazione trova applicazione non solo per gli affidamenti diretti sotto soglia, ma anche per le procedure negoziate di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia”, rispetto alle quali il principio di rotazione è stato già ritenuto obbligatorio dalla giurisprudenza amministrativa. Anche a voler conferire rilievo al fatto che il gestore uscente non sia stato invitato alla procedura dalla stazione appaltante, ma abbia partecipato per adesione spontanea, il dato si infrange irrimediabilmente sul chiaro tenore testuale della norma citata che impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito. In definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione.

Tar Sicilia – Catania – Sez. I – sentenza 4 giugno 2019 n. 1380 – Appalti – *Sui limiti di applicazione del principio di rotazione* – Secondo il TAR catanese il principio della rotazione delle imprese

previsto per i contratti sotto soglia risponde all'esigenza di evitare la c.d. asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione della Stazione appaltante, senza che risultasse affidatario. Il principio di rotazione delle imprese non è applicabile nel caso in cui l'operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali era richiesta una diversa qualificazione; ovvero ad un operatore economico non invitato a partecipare ad una procedura negoziata, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara.

Tar Lazio – sede di Roma – sentenza 7 giugno 2019 n. 7470 – Appalti - Sulla omessa sottoscrizione di tutti gli elementi dell'offerta da parte di un RTI - In caso di offerta presentata da un raggruppamento temporaneo non ancora costituito, la sottoscrizione dell'offerta di gara si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento (e) serve a rendere nota la paternità e a vincolare l'autore della dichiarazione in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia quindi la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta, senza (addirittura) che sia necessaria ai fini dell'esclusione una espressa previsione della legge di gara.

Tar Sardegna – sez. II, sentenza 12 giugno 2019 n. 526 – Appalti – Sull'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio – L'istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto è di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di “qualsiasi elemento formale della domanda”, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo “essenziale”, purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata.

Tar Lombardia – Milano – Sez. IV– sentenza del 12 giugno 2019 n. 1327 – Appalti – Sulla prova di resistenza in caso di impugnazione della procedura di gara. - Richiamando un precedente indirizzo, il TAR Lombardia ha ribadito che nel caso di ricorso con il quale vengono dedotte censure volte a travolgere l'intera gara e a tutelare conseguentemente l'interesse strumentale alla riedizione della stessa, il ricorrente non è tenuto a fornire alcuna prova di resistenza.

Tar Lecce – sentenza 10 giugno 2019 n. 977 – Appalti - Sul rischio di malfunzionamenti dei sistemi telematici di trasmissione. – Nel

richiamare un precedente del Consiglio di Stato, il TAR Lecce ha affermato che le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti. Pertanto ove non sia stato possibile accertare la causa del malfunzionamento del sistema telematico, la responsabilità di tale situazione non può che essere accollata alla stazione appaltante che ha bandito, organizzato e gestito la gara.

Tar Lecce – sentenza 10 giugno 2019 n. 974 – Appalti – *Sull'obbligo di motivazione in caso di offerte anomale* – Ribadendo un indirizzo consolidato in giurisprudenza, il TAR Lecce ha affermato che in sede di verifica delle offerte anomale la motivazione del relativo giudizio deve essere rigorosa ed analitica in caso di giudizio negativo, mentre in caso di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti. Nel caso di specie, il TAR Lecce ha ritenuto tuttavia che l'onere motivazionale non fosse stato adeguatamente soddisfatto.

Tar Abruzzo – Pescara, sez. I, 3 giugno 2019 n. 144 – Appalti - *Sul ricorso al subappalto c.d. qualificante*- Riconfermando l'indirizzo giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza del precedente codice degli appalti (d.lgs. 163/2006) il Tar Abruzzo ha confermato la possibilità, entro dati limiti, del ricorso al c.d. subappalto qualificante al fine di supplire ad un'abilitazione mancante da parte del concorrente alla gara; sottolineando peraltro che la giurisprudenza in linea di continuità con l'indirizzo già affermato dalla Plenaria (n. 9/2015), ha riconosciuto che nella contrattualistica pubblica l'istituto in esame si è arricchito tramite la figura del cd. subappalto necessario, che ricorre tutte le volte in cui il concorrente, privo di alcuni requisiti, faccia ricorso al subcontratto al fine di imputare al subaffidatario il possesso di tutto quanto non rientri nella sua disponibilità. Ne è conseguita la natura polivalente dell'istituto, di cui, ferma restando la sua collocazione in fase di esecuzione, non può essere trascurata anche un'incidenza in chiave partecipativa.

Tar Sicilia – sezione distaccata di Catania – sentenza 13 giugno 2019 n. 1426 – Appalti – *Sull'obbligo delle pp.aa. di comunicare il proprio indirizzo pec al Ministero delle Giustizia* – Il Collegio catanese ha rilevato che un Comune versasse in oggettivo e persistente stato di inadempienza rispetto all'obbligo di comunicazione dell'indirizzo PEC nelle tempistiche indicate dalla normativa vigente. Trattandosi di mera «violazione di termini» ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 198/2009 e non occorrendo ulteriori indagini, considerata l'assenza di margini di discrezionalità in capo alla P.A. intimata, ha altresì dichiarato la fondatezza della pretesa di parte ricorrente, per come dedotta sia nella diffida che nel ricorso.

Deliberazione n. 9/SEZAUT/2019/QMIG – Corte dei Conti, sez. Autonomie, Adunanza del 27 maggio 2019 – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Sulla retribuzione componenti CDA – Aziende Speciali.

La Sezione Regionale di Controllo per il Lazio, nel pronunciarsi su una richiesta di parere formulata da un Ente Locale ha sospeso il giudizio e con la deliberazione n. 6/2019/QMIG ha richiesto una pronuncia di massima alla sezione Autonomie sulla corretta interpretazione dell'art. 6, comma 2, de d.l. 78/2010 e relativa legge di conversione, in relazione all'erogazione dei compensi ai componenti del CDA di un'Azienda Speciale.

Con l'interessante deliberazione in esame i giudici contabili, dopo aver ricordato la ratio della norma e delineato le principali caratteristiche dell'azienda speciale, hanno enunciato i seguenti principi di diritto:

- 1) il principio della gratuità degli incarichi ai componenti del consiglio di amministrazione delle aziende speciali si applica nei confronti delle aziende speciali che abbiano ricevuto “contributi a carico delle finanze pubbliche;
- 2) la nozione di “contributi a carico delle finanze pubbliche” non comprende il conferimento del capitale di dotazione iniziale, né le erogazioni a titolo di contratto di servizio;
- 3) qualora sia corrisposto un compenso ai componenti del consiglio di amministrazione delle aziende speciali non beneficiarie di “contributi a carico delle finanze pubbliche”, trova applicazione la decurtazione di cui all'art. 1, comma 554, l. 27 dicembre 2013, n. 147, nelle ipotesi ivi richiamate (titolarità di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione e conseguimento di un risultato economico negativo nei tre esercizi precedenti).

Deliberazione del 10 giugno 2019 n. 44 - Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Sull'accollo dei debiti di una società in liquidazione -

Un sindaco ha chiesto un parere in merito alla possibilità di procedere al ripiano dei debiti della società partecipata posta in liquidazione, al fine di salvare le attività di investimento attuate sugli immobili trasferiti alla partecipata a titolo di capitale.

I magistrati contabili della Puglia con la citata deliberazione hanno ribadito che non sussiste alcun obbligo per l'ente pubblico partecipante di assumere, a carico del proprio bilancio, i debiti della società partecipata in liquidazione qualora il patrimonio di quest'ultima non sia sufficiente a soddisfare le pretese creditorie.

Se il socio pubblico, realizzando un sostanziale accollo, decide di rinunciare al limite legale della responsabilità patrimoniale per debiti, è necessaria una congrua e analitica motivazione che dia adeguatamente conto delle ragioni di vantaggio, di utilità e/o di interesse pubblico che giustificano la decisione adottata.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia, deliberazione del 10 giugno 2019 n. 48 –Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Servizio igiene integrato- Sulla determinazione dei costi del servizio di igiene urbana– Un Sindaco ha chiesto un parere in merito alla possibilità di determinare i costi del servizio di igiene urbana per l'anno 2019 utilizzando i parametri quantitativi determinati con riferimento all'annualità 2018, in assenza di un contratto generale che regoli i costi di esercizio ed i relativi investimenti ed ammortamenti per il 2019.

I magistrati contabili della Puglia con la citata deliberazione hanno evidenziato come il principio di copertura integrale del costo del servizio postuli che l'ente locale, nello svolgere le proprie valutazioni in coerenza con la programmazione della gestione del servizio rifiuti, debba effettuare un'accurata analisi previsionale degli elementi di cui al D.P.R. n. 158 del 1999 e analiticamente specificati nelle Linee Guida TARI emanate dal MEF.

Tar Liguria – Sez. I – sentenza 7 giugno 2019 n. 511 – Enti locali - Sul diritto di accesso ai dati personale di alcuni consiglieri comunali

– Il Tar ligure ha affermato che sussiste il diritto di una impresa di accedere ai dati personali e, in particolare, alla residenza e al codice fiscale di alcuni consiglieri comunali che hanno votato una delibera di riconoscimento di debito fuori bilancio, nel caso in cui l'istanza ostensiva sia stata avanzata, perché la medesima impresa ha promosso nei confronti del Comune un giudizio civile per il recupero delle somme di cui alla suddetta delibera; in tal caso, infatti, si tratta di dati potenzialmente funzionali a garantire il diritto di difesa dell'impresa accedente, a fronte di un interesse a resistere, da parte della stessa impresa, insorto proprio a causa delle difese svolte nel giudizio civile dal Comune.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia, deliberazione del 10 giugno 2019 n. 44 –Enti Locali - Sul debito fuori bilancio derivante da sentenza esecutiva – Un sindaco ha chiesto se, con riferimento al procedimento per il riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive, sia possibile effettuare il pagamento prima della prevista delibera del Consiglio comunale.

I magistrati contabili della Puglia con la citata deliberazione hanno rimesso la questione alla Sezione Autonomie, stante i contrapposti orientamenti espressi dalle Sezioni regionali di controllo.

Secondo un primo indirizzo, nel caso di debiti derivanti da sentenza esecutiva la delibera consiliare varrebbe non già a riconoscere la legittimità del debito, di per sé esistente in virtù della statuizione del giudice, bensì quale strumento attraverso cui il debito viene ricondotto al «sistema di bilancio», con la precipua funzione di salvaguardarne gli equilibri. Di conseguenza, in coerenza con i principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa e con l'interesse pubblico volto ad evitare inutili sprechi di danaro pubblico, è stato ritenuto possibile per i competenti organi dell'ente locale procedere al pagamento dell'obbligazione derivante da un provvedimento giurisdizionale esecutivo anche prima della deliberazione consiliare di riconoscimento, salvo l'obbligo della pronta attivazione e celere

definizione del procedimento di cui all'art. 194 Tuel (in tal senso, Corte dei Conti, [sez. Liguria, del. n. 73/2018](#); [sez. Lombardia, del. n. 368/2018](#)).

Al contrario, secondo un altro diverso indirizzo, in mancanza di una disposizione che preveda una disciplina specifica e diversa per le “sentenze esecutive”, il riconoscimento del debito da parte del Consiglio comunale deve comunque avvenire prima del pagamento ([Corte dei Conti, sez. Puglia, del n. 29/2018](#); [sez. Campania, del. n. 66/2018](#)).