

NEWSLETTER N. 13 ANNO V

1 - 15 luglio 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. III quater – sentenza del 2 luglio 2019 n. 8605 – Appalti – *Sull’esclusione dell’offerta priva della firma digitale* – Con la pronuncia in esame il Collegio capitolino ha precisato che, nell’ambito di una gara telematica, l’operatore economico che appone la marca temporale all’offerta e non anche la firma digitale, deve essere escluso. Nello specifico, la Sezione ha ritenuto non condivisibile la tesi del ricorrente con cui proponeva la sostanziale equivalenza della marcatura temporale con la firma digitale, ai fini della certa provenienza e della integrità del documento informatico. Infatti, mentre la marcatura temporale consente di attribuire certezza legale a data e ora di un documento informatico, solo la firma digitale rende manifesta la provenienza e l’integrità dello stesso. Legittimamente, dunque, l’offerta economica presentata priva di sottoscrizione digitale è stata esclusa. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato)

Tar Liguria, Sez. II – sentenza del 12 luglio 2019 n. 613 – Appalti – *Sulla falsa dichiarazione che non comporta l’esclusione dalla gara* – Con la pronuncia in esame, il Collegio ha ritenuto che la dichiarazione presentata dall’impresa ricorrente, ancorché oggettivamente “non veritiera”, non fosse suscettibile di assumere rilevanza quale causa di esclusione dalla gara. Nella specie, è stata ritenuta non determinante ai fini dell’estromissione dalla gara la dichiarazione dell’impresa circa la sussistenza di una sentenza di condanna, erroneamente dichiarata “non definitiva”, sebbene la stessa fosse divenuta irrevocabile. L’oggetto della dichiarazione non veritiera deve essere rilevante, nel senso che la mancata rappresentazione deve riguardare circostanze direttamente qualificabili come possibili cause di esclusione. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del resistente)

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato - sez. III - sentenza del 10 luglio 2019 n. 4865 – Appalti — *Sulla nomina della commissione di gara* — Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato ha dichiarato non necessaria la predeterminazione dei criteri per la nomina dei commissari. Nella specie, l’operatore economico censurava la mancanza di un predeterminato criterio di competenza e trasparenza per la formazione della commissione di gara, in quanto il regolamento sulla nomina dei commissari è stato adottato solo in corso di gara. Il Collegio non ha accolto tale motivo, in quanto la nomina della commissione giudicatrice è sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l’insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all’incarico ricevuto.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia – sentenza del 10 luglio 2019 n. 662 – Appalti – *Sulla mancata*

accettazione della richiesta di esecuzione anticipata del contratto –

La pronuncia in esame ha ritenuto legittima l'esclusione dell'impresa aggiudicataria in ragione della mancata accettazione della richiesta di esecuzione provvisoria del servizio nelle more della stipula del contratto. Ciò in quanto è rimessa alla stazione appaltante la valutazione caso per caso circa l'affidabilità del concorrente. In ogni caso, resta fermo l'obbligo dell'operatore economico di dichiarare la mancata esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali non adeguatamente giustificata, traducendosi in una violazione del principio di correttezza e buona fede, ciò al fine di consentire all'amministrazione di effettuare un'adeguata valutazione.

Consiglio di Stato, sez. III - sentenza del 10 luglio 2019 n. 4871 –

Appalti – Sulla verifica di anomalia dell'offerta - Nella sentenza in commento il Collegio ha ribadito che il giudizio di incongruenza dell'offerta economica deve valutare complessivamente tutti gli elementi positivi e negativi. Nella specie, la censura aveva ad oggetto gli oneri aziendali della sicurezza, ritenuti erroneamente anomali, sebbene gli stessi sono apparsi congrui una volta rapportati all'entità e alle caratteristiche della fornitura.

Consiglio di Stato, sez. V - sentenza del 9 luglio 2019 n. 4789 –

Appalti – Sull'irrelevanza delle sopravvenienze nel confronto a coppie – Il Consiglio di Stato ha stabilito che le variazioni sopravvenute, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale successiva alla fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte, non impone un nuovo calcolo delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia. Nel caso oggetto d'esame, il Collegio ha stabilito l'applicazione del suddetto principio di invarianza anche nel caso del c.d. confronto a coppie, che consiste nell'attribuire a ciascun concorrente un punteggio finale pari alla media dei punteggi ottenuti all'esito del confronto con gli altri concorrenti, poi operando la "normalizzazione" al valore "uno" in relazione al concorrente che abbia ottenuto il punteggio più alto.

Tar Puglia, Bari, sez. III – sentenza del 12 luglio 2019 n. 1006 –

Appalti – Sull'omessa dichiarazione di un precedente inadempimento contrattuale - La sentenza in rassegna ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara del RTI in quanto la capogruppo era risultata inadempiente ad una precedente obbligazione contrattuale assunta. Nella specie, il Collegio ha precisato che è riconducibile al concetto di "grave illecito disciplinare" la mancata realizzazione di un intervento per il quale si era ottenuto un finanziamento entro i termini previsti, essendo stata l'impresa destinataria di un provvedimento dichiarativo del relativo inadempimento, posto che tale circostanza fa venire meno il vincolo fiduciario che deve sussistere tra Amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.

Tar Campania – Salerno, Sez. I – sentenza dell'11 luglio 2019 n.

1271 – Appalti – Sulla qualificazione dell'attività legale per conto del Comune quale contratto d'opera intellettuale o appalto di servizi – Nella pronuncia in esame il Tar Campano ha ritenuto che l'attività legale costituisce un contratto d'opera intellettuale, come tale esulante

dalla nozione di contratto di appalto di servizi. Infatti, nel servizio legale mancano organizzazione, continuità e complessità di espletamento, tali da farlo rientrare nell'alveo del contratto di appalto di servizi. Ha inoltre precisato che mentre il singolo incarico di patrocinio legale è occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, come tale riconducibile alla prestazione d'opera intellettuale, al contrario l'attività di assistenza e consulenza giuridica è caratterizzata da una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata e, conseguentemente. Tali elementi di differenziazione consentono di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di appalti.

Tar Campania - Salerno - Sez. I – sentenza dell'11 luglio 2019 n. 1273 – Appalti – *Sull'indicazione dei progettisti nell'appalto congiunto di progettazione e lavori* – Nella pronuncia in esame il Collegio ha ritenuto legittima l'offerta presentata in una gara per l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione di lavori in cui vi era la mera indicazione dei progettisti. Il Tar, rigettando le argomentazioni del ricorrente, ha ritenuto non necessario che i progettisti siano associati in Ati con l'operatore economico concorrente, ovvero sottoscrivano un contratto di avvalimento. L'impresa ha sia la facoltà di avvalersi di progettisti qualificati, da indicare in sede di offerta, sia di partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, trattandosi di due soluzioni organizzative alternative.

Tar Molise, Campobasso, sez. I – sentenza del 10 luglio 2019 n. 239 – Appalti – *Sull'apertura dei plichi in orari diversi da quelli stabiliti* – Nella pronuncia in esame il Tar Molise ha ritenuto infondato il motivo di ricorso sulla illegittimità dell'apertura dei plichi telematici in orario diverso rispetto a quello precedentemente comunicato agli offerenti. A sostegno di ciò, è stata evidenziata la circostanza che nella specie era prevista la gestione telematica della gara. Sicché la stessa procedura informatica garantisce l'integrità delle offerte, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico. Infatti, la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione delle offerte e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta.

Tar Calabria - Catanzaro – sentenza dell'8 luglio 2019 n. 1353 – Appalti – *Sulla risoluzione anticipata di un precedente contratto non segnalata all'ANAC* – Nella pronuncia in esame il Giudice amministrativo ha ritenuto che la risoluzione anticipata di un precedente contratto d'appalto, sebbene non sia stata segnalata all'ANAC, sia comunque rilevante ai fini della individuazione di gravi illeciti professionali determinanti per disporre l'esclusione dalla gara. Infatti, appurate le anticipate risoluzioni contrattuali, queste ultime

possono essere valutate dalla Stazione appaltante che da esse può motivatamente dedurre l'inaffidabilità dell'operatore economico.

Tar Lazio - Roma – sentenza del 4 luglio 2019 n. 8744 – Appalti – Sull'annotazione nel casellario informatico – Nella pronuncia in esame, i Giudici capitolini hanno statuito che l'annotazione nel casellario informatico tenuto dall'Anac di notizie ritenute “utili”, in tutti i casi in cui non sia prevista come “atto dovuto”, deve avvenire nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa. Nella specie, il Collegio ha ritenuto illegittima l'iscrizione nel casellario in quanto l'Autorità non aveva tenuto in debito conto tutte le circostanze da cui era scaturito l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, debitamente rappresentate dall'operatore economico nella fase di contraddittorio endoprocedimentale. Pertanto, il Collegio ha affermato che spetta all'ANAC un onere di più completa descrizione delle risultanze istruttorie o, laddove ritenute inconferenti, di un più diffuso onere motivazionale in ordine alla reputata irrilevanza.

Tar Lazio – Roma – sentenza del 3 luglio 2019 n. 8730 – Appalti – Sulla necessità del capitolato d'oneri – Nella pronuncia in esame i giudici amministrativi hanno ribadito che il capitolato d'oneri, contenente l'illustrazione delle modalità con le quali il servizio messo a gara deve essere prestato, costituisce un atto essenziale della procedura, pena l'illegittimità della stessa. L'omissione di tale documento, infatti, incide sulla possibilità dei concorrenti di comprendere l'oggetto dell'attività richiesta dall'Amministrazione e, quindi, di prendere consapevolmente parte alla gara e di formulare un'offerta. Nella specie, la mancanza del capitolato d'oneri ha reso l'oggetto della prestazione di gara indeterminato.

Consiglio di Stato - Sez. IV - sentenza del 6 luglio 2019 n. 1558 – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Sulla verifica dell'esistenza del controllo analogo – Nella pronuncia in esame i giudici di Palazzo Spada, conformandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e nazionale, hanno escluso che una società potesse essere qualificata come affidataria “in house”, in ragione della previsione statutaria che consente l'ingresso nel capitale sociale di soci privati anche sino al 50%. Secondo la vigente normativa, l'ingresso di soci privati nelle società in house è consentito purchè in una percentuale inferiore al 20%, in modo che non comporti controllo o potere di veto del privato né consenta l'esercizio di un'influenza determinante sulla società. La gestione in house, infatti, si caratterizza anche per il controllo analogo da parte del socio pubblico, tale che la società controllata, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia.

Tar Toscana – sentenza del 10 luglio 2019 n. 844 – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Sulla necessaria valutazione di congruità economica dell'offerta del soggetto in

house – Nella pronuncia in esame, i giudici amministrativi hanno ritenuto illegittimo l'affidamento del Comune ad una propria società in house a totale partecipazione pubblica. Infatti, le Amministrazioni che intendono procedere ad un affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, devono effettuare “preventivamente” la valutazione sulla congruità economica di detto affidamento; essendo necessaria una puntuale dimostrazione circa gli specifici benefici per la collettività, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. Pertanto, gli affidamenti in house sono subordinati a condizioni aggravate e motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento.

Tar Lazio – Roma, Sez. II bis – sentenza dell'11 luglio 2019 n. 9168 – Servizi Pubblici Locali - Trasporto Pubblico Locale – Sulla cogenza della clausola sociale e sulla discrezionalità amministrativa nel giudizio di anomalia – Nella pronuncia in esame il Collegio capitolino ha sottolineato la portata cogente che riveste la clausola sociale, nel senso che l'offerente non può arbitrariamente ridurre il numero di unità da impiegare nell'appalto, ma non impone neanche l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio. La suddetta clausola pertanto deve essere interpretata conformemente al principio di rilevanza costituzionale della libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza. Inoltre, il Collegio ha ribadito che nelle gare pubbliche l'esame delle giustificazioni ed il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta, sono espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e pertanto il giudice amministrativo può sindacare tali valutazioni soltanto in presenza di macroscopiche illegittimità, gravi e plateali errori di valutazione.

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 3 luglio 2019 n. 4566 – Servizi Pubblici Locali – Servizio Farmaceutico – Sull'accesso semplificato ai giovani nelle sedi farmaceutiche messe a concorso – Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato ha inteso favorire l'accesso da parte dei farmacisti “più giovani”, che non possono vantare una lunga esperienza professionale, all'assegnazione delle sedi messe a concorso, senza che tale circostanza possa essere ritenuta pregiudizievole per i farmacisti dotati di maggiore esperienza. Questi ultimi, infatti, possono partecipare al concorso straordinario in forma associata, o comunque concorrere all'assegnazione delle sedi in via ordinaria, secondo le norme generali dell'ordinamento generale farmaceutico.