

NEWSLETTER N. 15 ANNO V

1 - 15 settembre 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

Corte di Giustizia UE, Sez. X – sentenza del 5 settembre 2019 C-333/18, 2019/675 – Appalti – Sulla ricevibilità del ricorso principale in caso di fondatezza del ricorso incidentale – La Corte di Giustizia UE ha stabilito che indipendentemente dalla sorte riservata al ricorso incidentale, il ricorso principale deve essere esaminato nel merito, sussistendo un interesse, strumentale e mediato, alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario. Una tale statuizione infatti potrebbe portare l'amministrazione aggiudicatrice ad intervenire in autotutela annullando la procedura e indicando una nuova gara. La fattispecie esaminata prende le mosse dalla sentenza del Tar, il quale ha esaminato prioritariamente il ricorso incidentale e lo ha accolto, dichiarando improcedibile il ricorso principale. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione se, in un giudizio di impugnazione degli atti di una procedura ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti. La Corte UE ha sancito dunque il principio secondo cui i giudici investiti di ricorsi intesi alla reciproca esclusione hanno l'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente. Tale principio deve trovare applicazione anche quando abbiano preso parte altri concorrenti alla procedura, oltre i ricorrenti principale ed incidentale. In virtù del suddetto principio, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, da cui può derivare l'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 12 settembre 2019 n. 6148 – Appalti – Sulla scelta del CCNL da applicare – Con la pronuncia in esame, il Collegio ha affermato che la scelta del contratto collettivo da applicare nell'ambito di un appalto pubblico, rientra nelle prerogative organizzative dell'operatore economico, con il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un CCNL che, pertanto, potrà anche essere diverso da quello applicato dal precedente contraente. Inoltre, è stato evidenziato che un simile obbligo non si può rinvenire nemmeno nella clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara. Essa infatti impone all'impresa aggiudicataria di assumere in forma automatica, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa, ma solo di salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo. La clausola va formulata

quindi in modo da contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza dell'11 settembre 2019 n. 6135 – Appalti - Sulla esecuzione del sopralluogo da un soggetto delegato e sulle competenze dei componenti della Commissione di gara – I Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che nel caso in cui la *lex specialis* imponga a ciascun concorrente di effettuare un sopralluogo tramite il suo legale rappresentante o un suo incaricato munito di delega, senza prevedere l'esclusione in caso di inadempimento, il sopralluogo effettuato da persona diversa e non delegata, ma alla presenza di un tecnico dell'amministrazione, può venire ratificato dalla dichiarazione del legale rappresentante che afferma di conoscere lo stato dei luoghi. Alla luce di ciò i Giudici hanno stabilito che non potesse essere disposta l'esclusione dalla gara dell'operatore, tenendo conto che, peraltro, la *lex specialis* non prevede oneri di forma per la delega. Inoltre, la pronuncia in commento ha ritenuto che le competenze dei componenti della Commissione di gara devono essere valutate in relazione ad aree tematiche omogenee, e non in relazione alle singole e specifiche attività oggetto del contratto.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 2 settembre 2019 n. 6026 – Appalti – Sull'immodificabilità della disciplina di gara a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi – I Giudici di Palazzo Spada hanno escluso che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis*. I suddetti chiarimenti sono ammissibili nei limiti in cui contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando giungano ad attribuire ad una disposizione del bando un significato diverso e maggiore di quello che risulta dal testo stesso. Nel caso in esame, è stata affermata l'illegittimità del chiarimento della Stazione appaltante che ha avuto l'effetto di modificare in senso restrittivo il requisito previsto nella *lex specialis*.

Tar Lazio, Roma, Sez. I – sentenza dell'11 settembre 2019 n. 10837 – Appalti – Sull'illegittimità dell'iscrizione al Casellario ANAC per omessa dichiarazione di un procedimento penale pendente – Nella sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno dichiarato l'illegittimità della annotazione nel Casellario dell'Anac disposta in ragione dell'omessa dichiarazione da parte dell'operatore economico, di procedimenti penali pendenti a proprio carico. Nel caso in esame l'Anac ha irrogato una sanzione pecuniaria (con conseguente annotazione nel casellario informatico) sebbene nessuna tra le norme del Codice dei contratti pubblici stabilisca l'obbligo per l'operatore economico che partecipi ad una gara di comunicare alla stazione appaltante i procedimenti penali meramente pendenti a suo carico, considerato che ai sensi dell'art. 80 rileva la sola condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.c.

Tar Lombardia, Milano, Sez. IV – sentenza del 10 settembre 2019 n. 1958 – Appalti – *Sull'immediata impugnazione del bando* – Nella pronuncia in esame il Tar di Milano ribadisce il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, nelle gare di appalto, la legge di gara che contenga clausole in qualche modo preclusive della partecipazione alla procedura concorrenziale (ad esempio perchè fissano oneri che rendono difficile o impossibile la formulazione di un'offerta o che non consentono di presentare un'offerta remunerativa) va impugnata immediatamente, e non unitamente all'aggiudicazione quale provvedimento conclusivo del procedimento. In virtù di tale principio, l'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nel predeterminare i requisiti tecnico-professionali di partecipazione alla gara, soggiace al limite che questi siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tali da non restringere ingiustificatamente la concorrenza.

Tar Lombardia, Milano, Sez. IV – sentenza del 9 settembre 2019 n. 1955 – Appalti – *Sulla indicazione dei costi della manodopera* – La pronuncia in esame, dopo aver ribadito l'essenzialità dell'indicazione puntuale del costo della manodopera nell'offerta al fine di verificare la salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori, ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione disposta in favore di un operatore economico che abbia evidenziato in offerta separatamente solo i costi della manodopera, mentre ha inserito i costi del personale amministrativo nella voce "spese generali". Il fatto di aver inserito una parte dei costi della manodopera (segnatamente, quelli del personale amministrativo) insieme ad altre voci di costo, in una categoria più generale, equivale infatti a non averli indicati.

Tar Lombardia, Milano, Sez. IV – sentenza del 9 settembre 2019 n. 1950 – Appalti – *Sull'affidamento in concessione del servizio di biglietteria dei musei* – Secondo i Giudici milanesi, la scelta del modulo concessorio in forma integrata per il servizio di riscossione degli incassi derivanti dalla vendita dei titoli di accesso è conforme alle prescrizioni normative in materia. L'operatore economico che concorra per l'affidamento di tale servizio è tenuto a conoscere gli incumbenti e le prestazioni necessarie ai fini dell'espletamento dell'attività di riscossione, a prescindere dalla circostanza che tali incumbenti e prestazioni siano dettagliatamente indicati nella documentazione di gara. Nello specifico, il Tar ha ritenuto di non accogliere le doglianze del ricorrente secondo cui la legge di gara sarebbe illegittima laddove prevede quale procedura di affidamento la concessione in forma integrata, piuttosto che l'appalto di servizi.

Tar Piemonte, Torino, Sez. I – sentenza del 5 settembre 2019 n. 962 – Appalti – *Sull'annullamento dell'aggiudicazione per mancato rispetto dell'impegno di dotarsi del centro cottura* – I giudici torinesi hanno stabilito l'illegittimità dell'aggiudicazione, avendo l'operatore economico disatteso l'impegno assunto in sede di gara di dotarsi di un centro di produzione pasti entro la data fissata per l'avvio del servizio. Nel caso in esame l'R.T.I non ha garantito la disponibilità effettiva del centro indicato per tutta la durata dell'appalto e quindi, per l'intera durata del contratto, pertanto, l'aggiudicazione è stata ritenuta illegittima. Del resto, la richiesta della disponibilità del predetto centro

è volta essenzialmente a rendere realizzabile l'offerta, che non può ritenersi attendibile senza la garanzia della disponibilità incondizionata del locale cottura per l'intera durata contrattuale. Pertanto la stazione appaltante non può aggiudicare il servizio e stipulare il relativo contratto in base alla sola dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura. Questa dovrà verificare che il predetto centro sia idoneo all'uso e sia dotato di tutte le autorizzazioni richieste dalla legge, prima dell'aggiudicazione della gara.

Tar Puglia, Lecce, Sez. III – sentenza del 3 settembre 2019 n. 1452 – Appalti – Sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione – Il Collegio pugliese, uniformandosi all'orientamento del Consiglio di Stato, ha ribadito che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla data di sua conoscenza e non da quando si è conosciuto il vizio che la inficia. Nel caso di specie il Comune, dopo avere espressamente riportato gli esiti della graduatoria finale formulata dalla Commissione di gara, ha ritualmente comunicato l'approvazione della proposta di aggiudicazione, la quale sarebbe divenuta efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario. La suddetta comunicazione comunale è idonea dunque a far decorrere il termine decadenziale di impugnazione dell'aggiudicazione, sebbene i vizi della stessa siano stati conosciuti dal ricorrente solo in seguito all'accesso agli atti.

Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I – sentenza del 9 settembre 2019 n. 209 – Enti Locali – Sull'illegittimità di una delibera del Consiglio comunale di convalida di precedente delibera viziata – La sentenza in rassegna ha ritenuto illegittima la deliberazione del Consiglio comunale con cui si è inteso convalidare una propria precedente delibera a cui avevano preso parte anche il Sindaco e i Consiglieri comunali in situazione di conflitto di interessi. L'atto deliberativo di convalida gravato, sebbene adottato dando atto dell'allontanamento del Sindaco e della semplice dichiarazione dei Consiglieri di non avere cause di incompatibilità, si limita ad emendare il vizio in modo solo formale e apparente, atteso che non elimina il fatto storico che alla seduta ha partecipato anche il soggetto in situazione di conflitto di interessi e, soprattutto, l'influenza che tale partecipazione ha determinato sulle convinzioni e opinioni degli altri. Infatti, l'astensione nell'atto di convalida, non elimina il vizio sostanziale dell'influenza che può aver determinato in astratto la presenza del soggetto con obbligo di astensione nella formulazione della volontà espressa nell'atto convalidato. Non appare pertanto legittima una convalida della delibera, dato che il vizio che la inficia non è emendabile, ma è necessario provvedere a una nuova e autonoma delibera, annullando in autotutela la precedente.

Tar Lombardia, Milano, Sez. I – sentenza del 2 settembre 2019 n. 1935 – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – Sull'illegittimità da parte degli Enti Locali di acquisire una partecipazione azionaria in una società privata - La sentenza in esame ha stabilito che le amministrazioni pubbliche non possono acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto attività di

produzione di beni e servizi, se non previa idonea e congrua motivazione. Il fine è quello di evitare che le PA svolgano attività economiche al di fuori della produzione di servizi di interesse generale, alterando così la concorrenza. Nel caso di specie, è stato riconosciuto che se da un lato l'attività di distribuzione del gas va ricondotta tra i “servizi di interesse generale”, non altrettanto si può dire per la sua vendita, avendo carattere puramente commerciale. Pertanto, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali, anche in violazione dei principi del diritto comunitario, le Amministrazioni Pubbliche devono comprovare la sussistenza dei presupposti di legge, mediante una congrua motivazione.

Tar Lazio, Roma, Sez. I – sentenza del 5 settembre 2019 n. 10749 – Pubblico Impiego – *Sul diritto al rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in un giudizio penale* – Il Collegio capitolino ha stabilito che non spetta ad un dipendente statale il rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in un giudizio penale, ove tale giudizio sia stato dichiarato estinto con sentenza recante declaratoria di non luogo a procedere per remissione di querela. Il Collegio, nel caso in esame, ha argomentato il suddetto diniego sulla scorta della situazione di conflittualità di interessi tra la posizione della Amministrazione datrice di lavoro e quella del proprio dipendente. Infatti, il diritto al rimborso presuppone che non vi sia un tale conflitto d'interessi e, quindi, che la condotta addebitata al dipendente non sia il frutto di iniziative contrarie ai doveri funzionali, ovvero in contrasto con la volontà del datore di lavoro. Una tale valutazione prescinde dall'esito del giudizio penale e dalla formula di eventuale assoluzione.

Tar Puglia, Lecce, Sez. I – sentenza del 5 settembre 2019 n. 1454 – Edilizia & Urbanistica – *Sulla legittimità della condizione apposta dal Comune ad un permesso di costruire* – La sentenza in commento ha ritenuto legittima la condizione apposta dal Comune ad un permesso di costruire, rilasciato per la realizzazione di variazioni interne in un locale annesso ad una Parrocchia, onde destinare il medesimo locale a sala di commiato. L'immobile in parola, limitrofo ad altre strutture della Parrocchia, presenta infatti una propria autonomia funzionale e pertanto il permesso di costruire è stato rilasciato a condizione del rispetto di tutte le condizioni contenute nel parere reso dall'ASL. Alla luce di ciò quindi, il Collegio ha stabilito che l'Amministrazione comunale ha operato nel rispetto delle norme vigenti in materia, rilasciando il permesso di costruire e subordinandolo alla verifica delle condizioni igienico sanitarie.