

NEWSLETTER N. 17 ANNO V

1 - 15 ottobre 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

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 19 settembre 2019 n. 6237 – Enti locali – Sulla legittima scelta del Comune nella localizzazione delle sedi farmaceutiche – Secondo il Consiglio di Stato, l’Ente Locale gode di ampia discrezionalità nella localizzazione delle sedi farmaceutiche. Nel caso di specie, è stata ritenuta legittima l’istituzione di una nuova sede comunale in una zona territoriale non del tutto sprovvista del relativo servizio, avendo la Giunta Comunale basato il proprio convincimento sull’esigenza di garantire l’accessibilità al servizio farmaceutico alla maggioranza dei cittadini. Ed invero, il Consiglio di Stato ha considerato recessivo l’interesse del gestore di altra sede farmaceutica a non subire uno sviamento della clientela per effetto della maggiore concorrenza, in quanto nel bilanciamento degli interessi in gioco è stato ritenuto preminente assicurare il godimento del servizio farmaceutico al maggior numero di abitanti possibile e sindacabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell’Ente appellato)**

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 4 ottobre 2019 n. 6688– Appalti – Sull’omessa indicazione dei costi di manodopera – I Giudici di Palazzo Spada tornano ad occuparsi dell’annosa questione in epigrafe, stabilendo che la mancata indicazione dei costi della manodopera in un’offerta economica, comporta l’esclusione del concorrente, senza possibilità di ricorso al soccorso istruttorio. E ciò anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi non è specificato nella *lex specialis* di gara.

Nella fattispecie l’operatore economico ha contestato in giudizio la propria esclusione, facendo leva sulla mancata previsione di una espressa sanzione espulsiva nel Disciplinare e sulla conseguente necessità da parte della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio.

Sebbene la fattispecie sia stata oggetto di contrastanti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, il Massimo Consesso ha aderito all’interpretazione comunitaria sul punto, confermando l’operato della Stazione Appaltante e, quindi, l’insanabilità dell’omissione dichiarativa.

Consiglio di Stato, Sez. VI – sentenza del 7 ottobre 2019 n. 6763 – Appalti – Sulle differenze tra la nullità o inesistenza della notifica – L’Adunanza Plenaria ha stabilito che non è affetta da inesistenza la notificazione effettuata all’indirizzo pec di un avvocato difensore dell’impresa, indicata quale domicilio in altri giudizi.

Infatti, la notificazione di un atto possa dirsi inesistente, e quindi affetta da vizio non sanabile, nei soli casi in cui manchino gli elementi costitutivi essenziali che la fanno qualificare come tale; in tutti gli altri

casi, essa è affetta da semplice nullità, sanabile per raggiungimento dello scopo a seguito della costituzione della parte destinataria, anche se fatta dichiaratamente al solo fine di far rilevare la nullità. In particolare, integra un semplice vizio di nullità sanabile il vizio attinente all'individuazione del luogo in cui la notificazione deve essere eseguita, che non è elemento essenziale della notificazione stessa anche se privo di alcun collegamento col destinatario.

Tar Trentino-Alto Adige, Trento, – sentenza del 01 ottobre 2019, n. 121– Appalti – *Sull'inidoneità dell'attestazione SOA in mancanza di un contratto di avalimento operativo* – Il TAR trentino affronta la questione relativa al contenuto del contratto di avalimento avente ad oggetto il requisito dell'attestazione SOA. E lo fa prendendo le mosse dalla natura giuridica dell'attestazione stessa, la quale non da dimostrazione solamente del requisito di capacità economica finanziaria, ma anche delle competenze tecniche / organizzative dell'operatore economico.

Pertanto, il prestito di tale requisito non può essere ricondotto nel novero dell'avalimento di mera garanzia che come tale non implica la specificazione delle risorse messe a disposizione.

Piuttosto, rileva il Collegio come il possesso da parte dell'operatore economico dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'operatore economico concorrente, non consente alla stazione appaltante di confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona esecuzione del servizio.

Tar Marche, Sez. I – sentenza del 04 ottobre 2019 n. 618 – Appalti – *Sull'illegittima esclusione per mancata presentazione di un documento nell'offerta tecnica* – I Giudici marchigiani hanno ammesso alle fasi successive della gara l'operatore economico illegittimamente escluso, per non aver presentato un elaborato individuato dalla *lex specialis* a pena di inammissibilità, nell'offerta tecnica.

Trattasi nel caso di specie, di *curriculum vitae* dei soggetti individuati per la gestione della rete di elisuperfici. Tali documenti che, per espressa previsione della *lex specialis* andavano presentati solo per via telematica, non sono stati trasmessi dall'operatore economico. La mancata produzione del documento è stata dovuta ad un malfunzionamento del sistema informatico utilizzato dalla stazione appaltante per la gestione della gara. Ciò sarebbe comprovato dal fatto che, il documento in parola risulta creato e firmato digitalmente in data antecedente a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

In secondo luogo, il documento in questione, essendo inerente al possesso da parte del concorrente dei requisiti tecnici minimi previsti dalla normativa di settore, avrebbe dovuto essere inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa, il che avrebbe consentito alla stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio e, in tale sede, chiarire se i due soggetti designati per la gestione delle elisuperfici sono in possesso o meno dei requisiti

A tal riguardo questo Collegio ha stabilito che le dichiarazioni relative ai requisiti minimi, non possono essere contenute nelle buste relative all'offerta tecnica e/o a quella economica. Questo perché tali requisiti, per consolidata giurisprudenza, non possono essere in generale oggetto di valutazione, né la loro indicazione è compatibile con lo stile discorsivo che nella gran parte dei casi connota l'offerta tecnica; nel caso di specie, peraltro, la società ricorrente aveva comunque indicato, per i due soggetti designati alla gestione delle elisuperfici, i nominativi e il possesso da parte degli stessi dei requisiti minimi previsti dal capitolato in un altro elaborato, di talché è stato comunque raggiunto lo scopo perseguito dal capitolato tecnico.

Tar Puglia, Bari, Sez. I – sentenza del 10 ottobre 2019 n. 1301 – Appalti – *Sull'esercizio abusivo del diritto d'accesso agli atti* – Nella sentenza in rassegna il Collegio barese ha stabilito che incorre in un esercizio abusivo del diritto di accesso l'operatore economico che richieda l'acquisizione della documentazione tecnica di altro concorrente, al solo fine di incrementare la propria competitività concorrenziale.

Nel caso di specie, l'offerta tecnica di cui si chiede l'ostensione era stata espressamente qualificata come "riservata" dal concorrente, sussistendo in proposito un interesse dello stesso alla tutela del proprio "know how" industriale.

Com'è noto, il codice dei contratti pubblici prevede a tal riguardo che l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali è consentito esclusivamente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi. Nel caso in rassegna il provvedimento di aggiudicazione della gara non è stato oggetto di impugnazione.

Non possono pertanto essere oggetto di accesso conoscitivo da parte della concorrenza gli elaborati di natura intellettuale coperti da segreti tecnici e commerciali, peraltro, in correlazione con una gara d'appalto dal chiaro contenuto innovativo.

Tar Basilicata, Potenza, Sez. I – sentenza del 11 ottobre 2019 n. 746 – Appalti – *Sulla marcatura temporale quale causa di esclusione dalla gara* – Nella sentenza in rassegna il Collegio ha ribadito l'importanza della marcatura temporale quale elemento costitutivo dell'offerta telematica, che consente di dare certezza temporale circa la chiusura effettiva dell'offerta stessa.

Ed invero, senza l'invio del numero di serie di marcatura temporale entro il termine perentorio prestabilito dalla *lex specialis* di gara, i partecipanti potrebbero redigere più offerte economiche entro il predetto termine e scegliere quale offerta trasmettere alla stazione appaltante dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche.

Nel caso di specie l'operatore economico pur avendo tempestivamente firmato e marcato temporalmente l'offerta economica, ha successivamente trasmesso un file non marcato temporalmente, il che ha condotto alla sua esclusione dalla procedura.

Pertanto, una volta apposta ad un'offerta economica la predetta marcatura temporale, identificata da un apposito numero di serie, risulta garantita la certezza del tempo entro cui l'offerta è stata redatta, anche se il file dell'offerta economica viene inviato dopo l'esame della

documentazione amministrativa e delle offerte tecniche, entro il termine successivamente indicato dalla stazione appaltante.

Tar Lazio, Roma, Sez. III quater – sentenza del 14 ottobre 2019 n. 11806 – Appalti – *Sul rifiuto di aggiudicazione per mancanza di convenienza* – I Giudici capitolini hanno dichiarato legittimo il provvedimento con il quale la p.a. appaltante ha qualificato l’offerta dell’unica impresa presente in gara come insufficiente e non rispondente ai contenuti tecnici previsti dal Capitolato non procedendo quindi all’aggiudicazione.

La valutazione di non convenienza o non idoneità della offerta effettuata dalla stazione appaltante e, conseguentemente la scelta di non procedere all’aggiudicazione, ha natura discrezionale e deve essere accompagnata da una congrua e logica motivazione in merito ai diversi parametri dalla Stazione Appaltante per giungere a tale conclusione.

Tar Sicilia, Catania, Sez. I – sentenza del 14 ottobre 2019 n. 2377– Appalti – *Sull’incompatibilità tra RUP e commissario di gara* – Nella sentenza in rassegna i Giudici siciliani hanno ribadito che sussiste una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione di gara rivesta la qualifica di responsabile unico del procedimento, nonché di soggetto proponente l’indizione della gara stessa.

Invero, tale coacervo di funzioni non appare compatibile con il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato concretamente ad applicarlo. Una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive e non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta.

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 11 ottobre 2019 n. 6918 – Enti locali – *Sui presupposti per lo scioglimento di un Consiglio comunale* – Interessante pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada, secondo cui il provvedimento di scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, non ha natura sanzionatoria, quanto preventiva. Conseguentemente, ai fini della sua adozione, è sufficiente la presenza di elementi capaci di evidenziare la sussistenza di un rapporto tra l’organizzazione mafiosa e gli amministratori dell’ente considerato infiltrato, che devono essere tali da determinare “un’alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere l’imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati”.

In virtù di ciò, il Massimo Consesso ritiene che il disposto scioglimento del Consiglio Comunale sia legittimo non solo qualora sia riscontrato il coinvolgimento diretto degli organi di vertice politico-amministrativo ma anche, più semplicemente, quando emerga l’inadeguatezza dello stesso vertice politico-amministrativo a svolgere i propri compiti di vigilanza e di verifica nei confronti della burocrazia e dei gestori di pubblici servizi del Comune, al fine di garantire una effettiva e sostanziale cura e difesa dell’interesse pubblico dalla compromissione derivante da ingerenze estranee esercitate da gruppi di criminalità organizzata.