

NEWSLETTER N. 21 ANNO V

1 - 15 dicembre 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

Appalti – Pagamento contributi operatori economici – entrata in vigore del nuovo servizio di gestione - *Dismissione delle funzionalità di pagamento mediante il Servizio Riscossione Contributi* - Dal 16 dicembre 2019 le funzionalità di pagamento del vecchio Servizio Riscossione Contributi disponibili per gli operatori economici verranno dismesse a favore del nuovo servizio “Gestione Contributi Gara” (GCG), già attivo dall’11 novembre 2019. Pertanto, a decorrere dal 16 dicembre 2019, il servizio GCG resterà l’unico canale disponibile per il versamento del contributo dovuto al fine della partecipazione alle procedure di scelta del contraente.

Il nuovo servizio GCG è disponibile al seguente link:

Gestione Contributi Gara

<https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Servizi/ServiziOnline/ServizioRiscossioneContributi>

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato Sez. VI – sentenza del 2 dicembre 2019 n. 8219 – Appalti – *Sull’ambito di applicazione dell’istituto della revisione dei prezzi* – Il Massimo Consesso torna ad occuparsi dell’ambito applicativo dell’istituto della revisione dei prezzi, di cui all’art. 115 del Vecchio Codice, confermando l’orientamento giurisprudenziale granitico sul punto.

Segnatamente, il Consiglio di Stato ha chiarito che l’istituto in parola può trovare legittima applicazione solamente in caso di proroghe del rapporto contrattuale, mentre lo stesso è da escludersi qualora allo spirare del termine del contratto sovvenga una rinegoziazione tra le parti delle condizioni pattizie.

Nel caso di specie, è stato riconosciuto all’operatore economico le somme spettanti a seguito della revisione dei prezzi contrattuali, essendo intervenuto un mero differimento del termine finale del rapporto, senza che le parti abbiano dato corso ad alcuna forma di rinegoziazione delle condizioni originarie del contratto di appalto.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 2 dicembre 2019 n. 8255 – Appalti – *Sull’unitarietà della gara divisa in lotti e sulla competenza territoriale del TAR chiamata a decidere* – Interessante sentenza del Consiglio di Stato sull’individuazione del TAR territorialmente competente a decidere le sorti di una gara unica suddivisa in numerosi lotti.

Per assegnare la competenza a decidere sull’insorta controversia, il Consiglio di Stato ha dovuto preliminarmente chiarire quali siano gli elementi su cui indagare per stabilire se si tratta di singole distinte per ciascun lotto ovvero di un’unica gara suddivisa in diversi lotti, precisando che gli siffatti elementi vanno rintracciati nell’unicità della

Commissione e del RUP per tutti i lotti nonché nell'estensione extra regionale degli stessi.

Nel caso di specie, è stata accertata l'unicità dell'intera procedura, avuto riguardo sia soprattutto alla circostanza che tutti gli atti della procedura di gara, fino alla stipulazione del contratto, producono effetti non limitati ad un ambito territoriale circoscritto e coincidente con l'ambito territoriale del lotto di cui si discute l'aggiudicazione, ma riferibili all'intero territorio nel quale si esplica la competenza della stazione appaltante.

Pertanto, quale criterio ordinario di riparto della competenza ex art. 13 CPA, secondo il Consiglio di Stato, deve considerarsi quello della sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere e non il diverso criterio degli effetti dell'atto, non potendosi individuare un ambito diverso da quello della sede della autorità amministrativa nel quale sono destinati ad operare gli effetti diretti del potere.

Consiglio di Stato Sez. V – sentenza del 4 dicembre 2019 n. 8294 – Appalti – *Sui mezzi di prova i fini dell'esclusione ex art. 80, comma 5, lett. a)* – Nella pronuncia in rassegna i Giudici di Palazzo Spada affrontano la tematica attinente ai mezzi di prova dai quali la stazione appaltante può trarre convincimento della grave infrazione alle norme in materia di tutela e sicurezza sul lavoro da parte dell'operatore economico, ex art. 80, comma 5 lett. a).

E lo fanno prendendo le mosse dal presupposto che per disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara la stazione appaltante è onerata ad accertare non solo che la violazione sia accaduta, ma, specialmente, che di essa ne abbia responsabilità il concorrente.

Così il Massimo Consesso giunge a ritenere valido mezzo di prova ogni documento, anche se proveniente dall'autorità amministrativa (e non solo dall'autorità giudiziaria), che consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta.

Nel caso di specie, in merito ad un sinistro mortale avvenuto sul luogo di lavoro, è stato dunque ritenuto "adeguato mezzo di prova" il rapporto di verifica della ASL competente ed il verbale ispettivo dell'Autorità di polizia giudiziaria.

Ciò posto, il Consiglio di Stato ha ritenuto comunque legittima la partecipazione alla gara del concorrente, in quanto il contenuto di tali documenti non permetteva – stante l'incertezza dei fatti ivi contenuti – di esprimere un giudizio di responsabilità dell'operatore economico per la "grave infrazione" contestata.

Consiglio di Stato Sez. V – sentenza del 4 dicembre 2019 n. 8296 – Appalti – *Sul corretto utilizzo del soccorso istruttorio in caso di invalidità della garanzia fideiussoria* – I Giudici di Palazzo Spada si occupano dell'istituto del soccorso istruttorio e della sua operatività in caso di invalidità della garanzia provvisoria ovvero dell'impegno a prestare quella definitiva.

Nel caso che ci occupa, secondo il Massimo Consesso la Stazione Appaltante ha legittimamente attivato il procedimento in parola in favore dell'operatore economico che ha costituito la cauzione provvisoria mediante bonifico bancario, presentando però una propria

dichiarazione di impegno alla costituzione di garanzia definitiva in caso di aggiudicazione dell'appalto in gara.

Siffatta dichiarazione, infatti, non può valere quale impegno al rilascio della garanzia definitiva, essendo stata resa dallo stesso concorrente – il quale, in pratica, si sarebbe garantito un debito proprio – e non da idoneo Istituto di credito, come previsto dall'art. 83 del Codice; al contempo, si tratta di carenza soccorribile in quanto qualificata quale carenza di elementi formali della domanda di partecipazione.

Aggiunge però il Collegio che il soccorso istruttorio può andare a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

Sarebbe, infatti, violata la par condicio tra tutti i concorrenti, qualora fosse consentito ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione e nel termine del soccorso istruttorio.

Avendo presentato una dichiarazione di impegno resa da soggetto qualificato in epoca successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, la Stazione Appaltante ha legittimamente escluso il concorrente, facendo così buon governo dell'istituto del soccorso istruttorio.

Tar Lazio, Roma, Sez. III ter – sentenza del 2 dicembre 2019 n. 13767– Appalti – Sulla necessaria posteriorità della nomina della Commissione di gara rispetto al termine di presentazione dell'offerta

– Nella sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno stabilito che, la nomina dei componenti della Commissione di gara, deve essere necessariamente successiva rispetto al termine di presentazione delle offerte.

Nel caso di specie, avente ad oggetto l'esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti in Italia, la nomina della Commissione di gara è stata disposta in data anteriore rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte.

Dunque, in chiara violazione della prescrizione normativa secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione, devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, pena la violazione dei principi di imparzialità e trasparenza della P.A..

Tar Puglia, Bari, Sez. I – sentenza del 3 dicembre 2019 n. 1581– Appalti – Sulla competenza del RUP a svolgere le operazioni del sub procedimento di verifica della congruità dell'offerta

– Secondo i Giudici pugliesi sono legittime le operazioni di una gara di appalto di lavori, durante le quale le funzioni del sub procedimento di verifica di anomalia delle offerte sono state svolte dal R.U.P.

A tale convincimento, il TAR di Bari giunge prendendo le mosse dall'art. 97 del Codice, il quale non contiene elementi che depongono per il passaggio delle competenze inerenti alla verifica dell'offerta anomala in capo ad un organo diverso dal R.U.P.. siffatta disposizione, infatti, dispone che tale incombenza spetta alla Stazione Appaltante, senza ulteriori specificazioni; ed il RUP è sicuramente organo della Stazione Appaltante.

Peraltro, il Collegio rileva come tra i compiti espressamente attribuiti alla Commissione giudicatrice di cui all'art. 77 non figura la verifica di anomalia dell'offerta, ragione per cui deve ritenersi che tale attività rientri nella competenza del RUP.

Infine, dirimente è la circostanza che nella lex specialis di gara era prescritto espressamente che la verifica della congruità dell'offerta fosse espletata dal RUP.

Tar Sardegna, Cagliari, Sez. II – sentenza del 4 dicembre 2019 n. 869– Appalti – *Sull'esclusione per collegamento sostanziale tra imprese* – Il Tar sardo torna ad occuparsi del collegamento sostanziale di imprese indicando quali possono essere gli indizi su cui la Stazione Appaltante deve indagare al fine di verificare l'esistenza della causa di esclusione ex art. 80, lett. m).

Secondo il Collegio, in relazione alla singola gara la Stazione Appaltante deve verificare se vi sia un'unicità di centro decisionale, tale da pregiudicare l'ordinario andamento della gara ed alterare la regolare competizione pubblica.

Indici rilevatori non sono tanto il formale collegamento / controllo societario, quanto piuttosto le circostanze che possono rilevare l'esistenza di relazioni idonee a consentire un flusso (formativo) delle offerte e informativo in merito alla fissazione dell'offerta o agli elementi valutativi della stessa.

Nel caso che ci occupa, secondo il TAR, la Stazione Appaltante ha legittimamente escluso dalla procedura le imprese partecipanti in quanto:

- a) le due imprese si sono presentate in raggruppamento in un'altra gara in itinere bandita dal medesimo Settore dell'ente;
- b) sussistono stretti legami di parentela tra i legali rappresentanti delle due concorrenti;
- c) i legali rappresentanti delle due imprese hanno lo stesso indirizzo di residenza;
- d) entrambe le ditte hanno fatto riferimento alla medesima compagnia assicurativa;
- e) il pagamento ANAC è intervenuto a distanza di 17 minuti l'uno dall'altro;
- f) entrambe hanno fatto uso del medesimo corriere.

Tar Puglia, Lecce, Sez. I – sentenza del 5 dicembre 2019 n. 1938 – Appalti – *Sui limiti del ricorso del subappalto (e di quello a cascata)*

– Nella sentenza in rassegna i Giudici pugliesi hanno affrontato - per la prima volta dopo la sentenza della Corte di Giustizia Europea – la spinosa questione del limite percentuale alle prestazioni subappaltabili. Al riguardo, il Collegio pugliese ha ritenuto che in applicazione dei principi dettati dalla CGUE, non possa più ritenersi applicabile “*a priori*” il limite del 30% al subappalto, ma che debba comunque essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto possa effettivamente violare i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità.

Nel caso all'esame del Collegio, la società ausiliaria della ricorrente avrebbe dovuto subappaltare più del 90% delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Non essendo stata fornita alcuna precisa indicazione in sede di offerta circa le prestazioni (analisi di laboratorio) che avrebbero dovuto eseguirsi in subappalto, la affidabilità dei subappaltatori, i rapporti

intercorrenti tra questi ultimi e l'ausiliaria e la prestazione di impegno dei medesimi ad eseguire le prestazioni subappaltate, il Collegio ha ritenuto violati i predetti principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità in quanto del tutto incerta la corretta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Peraltro, ai sensi del combinato disposto dei predetti articoli 89 comma 8 e 105 comma 19, il TAR ha rilevato come le prestazioni oggetto di un contratto pubblico debbano essere eseguite dal soggetto che partecipa alla gara mentre nella fattispecie in esame il subappalto verrebbe utilizzato dall'impresa ausiliaria, in violazione del divieto di subappalto a cascata.

Tar Lombardia, Milano, Sez. II – sentenza del 3 dicembre 2019 n. 2567– Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione del Giudice tributario

– Nella sentenza in rassegna i Giudici milanesi hanno stabilito che, di concerto con un ormai consolidato orientamento, è affidata alla giurisdizione esclusiva del Giudice tributario e non a quella del Giudice amministrativo, le controversie in ordine al rilascio del certificato di inagibilità richiesto ai fini fiscali

Nel caso di specie, il Comune ha rigettato l'istanza volta ad ottenere siffatto certificato, necessario per il riconoscimento della riduzione del 50% della base imponibile per l'Imposta Municipale proprio (c.d. I.U.C.)

Trattandosi di beneficio di carattere tributario a tutela del contribuente, il TAR milanese ha pertanto chiarito che la giurisdizione spetta in via esclusiva al Giudice tributario trattandosi di riguarda tributi di ogni genere, tra cui la cosiddetta I.U.C..