

# NEWSLETTER N. 3 ANNO VI

1 – 15 febbraio 2020



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma  
Tel: (+39) 06.69921687  
Fax: (+39) 06 .39738792

Via Durini n. 25 - 20122 - Milano  
Tel e Fax: (+39) 02.91090173

<https://www.aoerre.com>  
email: [segreteria@aoerre.com](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

**Tar Toscana, Firenze, Sez. III – sentenza del 7 febbraio 2020 n. 172 – Appalti – *Sulla partecipazione dei consorzi stabili alle gare di progettazione per conto delle loro consorziate* – Con la pronuncia in esame i Giudici fiorentini hanno stabilito che, anche i consorzi stabili (e non solo i RTI) sono legittimati a partecipare alle procedure di affidamento per conto delle proprie consorziate per attività di progettazione, servendosi dei requisiti della propria consorziata. Nel caso di specie, il consorzio stabile ha partecipato alla gara ad oggetto servizi di progettazione, giovandosi dei requisiti di partecipazione della consorziata società di ingegneria, tenuta pertanto ad eseguire le prestazioni di progettazione, con assunzione della responsabilità solidale del loro corretto adempimento. La consorziata esecutrice, possedendo i requisiti per lo svolgimento dell'attività, rientra fra le categorie degli operatori ammessi ai servizi di progettazione, di talché, il consorzio è legittimato a partecipare alla gara ed a stipulare il contratto in nome proprio e per conto dell'impresa consorziata. (**Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della ricorrente**).**

## Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 12 febbraio 2020 n. 1071 – Appalti – *Sull'esclusione da una gara per mancata dichiarazione di una penale* – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada, nell'accogliere la censura dell'appellante esclusa dal giudice di prime cure per non aver dichiarato una penale di minimo valore, hanno ricordato che le imprese non sono tenute a dichiarare una penale inferiore all'1 per cento del valore del contratto di riferimento. Secondo i giudici, infatti, nell'interpretazione dell'obbligo dichiarativo concernente le gravi negligenze professionali, bisogna far riferimento essenzialmente alla mancata indicazione delle risoluzioni contrattuali. Al contrario, la mancata dichiarazione dell'irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza: così che l'irrogazione della penale nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale non poteva costituire di per sé ed automaticamente, soprattutto in mancanza di altri elementi significativi all'epoca della presentazione delle offerte, un sintomo di grave errore professionale.**

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 12 febbraio 2020 n. 1104 – Appalti – *Sulla competenza del R.u.p. all'adozione del provvedimento di esclusione* – Nella sentenza in rassegna il Collegio ha stabilito che, il provvedimento di esclusione di un operatore economico non può**

essere adottato dalla commissione giudicatrice, rientrando lo stesso nella competenza della stazione appaltante e, per essa, del r.u.p.

Invero, anche dopo la nomina della commissione giudicatrice, il r.u.p. continua ad operare, curando il corretto e razionale svolgimento delle procedure.

La commissione giudicatrice invece, svolge un'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

E', dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta, deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante.

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 12 febbraio 2020 n. 1120 – Appalti – Sulla qualificazione del fatturato specifico quale requisito di carattere economico-finanziario e non risorsa tecnica** – Nella pronuncia in rassegna, il Massimo Consesso ha stabilito che, il cd. fatturato specifico è un requisito di carattere economico-finanziario e non una risorsa tecnica.

*Nel caso di specie, l'avvalimento aveva ad oggetto il fatturato specifico minimo di cui al bando di gara, di conseguenza, da ricondurre – al genus del c.d. avvalimento di garanzia per il quale non è neppure necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisse a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emergesse l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità*

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 10 febbraio 2020 n. 1005 – Appalti – Sull'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore escluso dalla gara** – Nella sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, il promotore escluso, non può esercitare il suo diritto di prelazione, laddove la sua offerta non raggiunga il punteggio minimo richiesto dalla *lex specialis*.

Invero, la procedura di *project financing* si compone di due serie procedimentali strutturalmente autonome; la prima volta a individuare il progetto di pubblico interesse e connotata da amplissima discrezionalità amministrativa e la seconda di svolgimento della procedura selettiva ad evidenza pubblica assoggettata ai principi generali delle gare pubbliche, ma caratterizzata dal possibile esercizio, in capo al promotore del progetto, del diritto di prelazione.

Tale carattere peculiare della procedura di *project financing* non può tuttavia travolgere i principi consolidati delle gare pubbliche, nel senso di riconoscere tale diritto di prelazione e, dunque, l'aggiudicazione della gara al promotore che sia stato escluso per inidoneità dell'offerta tecnica, laddove il mancato raggiungimento di tale punteggio minimo, rende, per definizione, la stessa offerta inidonea a essere valutata nel suo complesso e ne legittima l'esclusione.

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 7 febbraio 2020 n. 964 – Appalti – *Sui presupposti perché ricorra la figura dell’organismo di diritto pubblico*** – Ha osservato la sentenza in rassegna che, perché ricorra la figura dell’organismo di diritto pubblico occorre che l’operatore non fondi la sua attività principale solo su criteri di rendimento e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento dell’attività (i quali devono ricadere sulla p.a. controllante), dovendo viceversa: soddisfare bisogni di interesse della collettività, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. *requisito teleologico*); essere dotato di personalità giuridica (c.d. *requisito personalistico*); che l’attività sia finanziata in modo maggioritario da organismi di diritto pubblico.

Trattasi nel caso di specie di una società - investitore qualificato nel settore dei fondi immobiliari – costituita al fine di dare attuazione alla funzione del soggetto pubblico che la ha istituita e che la gestisce mediante fondi risparmio collettivo.

Il Collegio ha stabilito che tale società, rispondendo ai suindicati requisiti, va qualificata come organismo di diritto pubblico.

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 5 febbraio 2020 n. 932 – Appalti – *Sul principio della suddivisione in lotti*** – Con la pronuncia in esame il Massimo Consesso si è pronunciato sul principio della suddivisione in lotti, ribadendo che, al fine di favorire l’accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Tale principio, tuttavia, non costituisce una regola inderogabile.

Invero, la scelta di frazionare la gara in lotti operata dalla stazione appaltante, deve vertere su ragioni economiche e funzionali puntualmente motivate nel bando.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha erroneamente suddiviso la gara in lotti, non essendoci profili distintivi dei servizi o delle forniture oggetto dei vari sub-lotti, tali da giustificare una tale decisione.

**Tar Toscana, Firenze, Sez. I – sentenza del 14 febbraio 2020 n. 203 – Appalti – *Sull’obbligo di dichiarazione ai sensi dell’art. 80 comma V, lett. f-bis anche in presenza del patto di integrità*** – Nella sentenza in commento il Collegio ha stabilito che, la mera sottoscrizione del patto etico, non esonera l’operatore economico dal fornire alla stazione appaltante le informazioni inerenti l’integrità morale.

Nel caso di specie, il RTI – che ha sottoscritto apposito Patto di Integrità con la subappaltatrice - è stato escluso per aver omesso di dichiarare misure cautelari e condanne della subappaltatrice.

Tali obblighi di correttezza e buona fede impongono, quindi, anche al subappaltatore indicato dal RTI, di dichiarare alla stazione appaltante le vicende penali che interessavano i propri soggetti rilevanti (nella specie i membri del Collegio sindacale).

**Tar Puglia, Bari, Sez. I – sentenza del 13 febbraio 2020, n. 237 – Appalti – *Sull’incarico di supporto al RUP, quale appalto di servizi e non prestazione d’opera* – Nella pronuncia in esame il Collegio ha stabilito che gli incarichi di supporto al RUP rientrano nella nozione di appalto di servizi, il quale ricorre ogni qualvolta in capo al soggetto affidatario venga a prefigurarsi l’assunzione dell’organizzazione del rischio connesso, ivi compreso il risultato atteso dalla Pubblica Amministrazione, così come emerge nel caso in esame.**

Invero, il confine fra contratto d’opera intellettuale e contratto d’appalto è individuabile sul piano civilistico in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo.

L’appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d’opera, rispetto al quale ha in comune almeno il requisito dell’autonomia rispetto al committente, si differenzia da quest’ultimo in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l’appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore.

**Tar Veneto, Sez. I – sentenza del 13 febbraio 2020, n. 153 – Appalti – *Sull’impossibilità del subappalto quando il valore della manodopera supera la soglia del 50%* – Di particolare interesse la sentenza dei giudici veneti i quali stabiliscono che, quando il valore della manodopera prevista per una certa attività supera la soglia del 50%, non è possibile l’affidamento in subappalto, in quanto affinché ciò avvenga occorre l’ulteriore e cumulativa condizione che l’attività abbia un valore superiore al 2% dell’importo dell’appalto o sia di importo superiore ad € 100.000,00.**

Nel caso di specie l’operatore economico, sebbene abbia riconosciuto che per le attività oggetto della gara, l’incidenza del costo della manodopera sarebbe superiore al 50% del rispettivo valore, nulla dice in ordine all’altra condizione richiesta per la configurabilità del subappalto, consistente nel superamento del limite del 2% dell’importo dell’appalto da affidare o dell’importo di € 100.000,00.

Tuttavia, le suddette due condizioni devono sussistere non alternativamente, bensì cumulativamente.

**Tar Lazio, Roma, Sez. III ter – sentenza dell’11 febbraio 2020 n. 1852 – Appalti – *Sull’inapplicabilità del principio di rotazione in caso di fusione del gestore uscente con altro operatore economico* – Interessante pronuncia dei Giudici capitolini sull’inapplicabilità del principio di rotazione in caso di fusione del gestore uscente con altro operatore economico.**

Invero, nel caso di specie, l’operatore non può considerarsi “uscente” in quanto, a seguito del precedente affidamento, si è fuso, per incorporazione, con altra società, dando luogo ad una vicenda modificativa dello stesso soggetto giuridico.

Non risulta pertanto leso il principio di rotazione, la cui ratio è quella di evitare una arbitraria chiusura del mercato facendo competere o sempre lo stesso affidatario oppure gli operatori già invitati al precedente procedimento competitivo.

**Tar Sicilia, Catania, Sez. III – sentenza del 10 febbraio 2020 n. 305 – Appalti – Sulla previsione di maggiori ricavi rispetto a quelli previsti dalla P.A in una concessione di servizi**– Nella sentenza in esame, i Giudici siciliani hanno stabilito che, nelle concessioni di servizi, la previsione da parte della aggiudicataria di maggiori ricavi rispetto a quelli stimati dall'amministrazione, rientra nella libera scelta imprenditoriale.

Conseguentemente, nella suddetta ipotesi, non sussiste l'obbligo in capo all'Amministrazione, di instaurare un sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, a meno che non sia evidente la macroscopica violazione della logica imprenditoriale.

**Tar Calabria, Reggio Calabria — sentenza 7 febbraio 2020 n. 91 – Appalti – Sull'omessa dichiarazione ex art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 (c.d. grave illecito professionale) in caso di patteggiamento** – I Giudici calabresi sono tornati a pronunciarsi sull'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, stabilendo che, è legittimo il provvedimento di esclusione da una gara, ai sensi del summenzionato articolo, nel caso in cui sia emersa, in sede di verifica dei requisiti, l'esistenza di una sentenza di patteggiamento a carico del legale rappresentante della società partecipante alla gara, non dichiarata nella domanda di partecipazione.

La sanzione espulsiva, in tali casi, si riconnette non già all'illecito professionale in quanto tale, ma all'avere l'operatore taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80 co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

L'operatore non può infatti, operare un filtro nell'individuazione dei precedenti penali, valutando la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla gara, in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante.

**Tar Lazio, Roma, Sez. II ter – sentenza del 5 febbraio 2020 n. 1553 – Appalti – Sull'illegittima escussione della cauzione** – Nella sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno stabilito che, è illegittima l'escussione della cauzione, prima della aggiudicazione.

Il caso di specie ha ad oggetto la richiesta di escussione della cauzione da parte della Stazione Appaltante per mancanza dei requisiti dichiarati dall'operatore economico in sede di partecipazione alla gara.

Tuttavia, tale richiesta di escussione è stata disposta dalla Stazione Appaltante in una fase in cui non era ancora intervenuta l'aggiudicazione finale, bensì una mera proposta di aggiudicazione, con conseguente illegittimità dell'escussione, essendo la proposta di aggiudicazione un atto avente natura meramente endoprocedimentale.

**Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 10 febbraio 2020 n. 1006 – Pubblico Impiego – Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni**

– Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che la giurisdizione in tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, spetta al giudice amministrativo e non al giudice ordinario.

Invero, sebbene il Comune, nel caso di specie, non abbia previsto la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro pubblico, bensì una cessione del contratto tramite modificazione soggettiva del rapporto di lavoro da un dipendente ad un altro nell'ambito della stessa amministrazione, tale mobilità interna tra dipendenti, viene a ricadere sulla fase strettamente concorsuale.

La procedura in questione – di mobilità interna alla stessa amministrazione - è ascrivibile per modalità di svolgimento, oltre che per espressa qualificazione, alla sequenza selettivo-concorsuale, ricadente pertanto, nel novero della disciplina di cui all'art. 97 della Costituzione.

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 3 febbraio 2020 n. 872 – Pubblico Impiego – Sulla stabilizzazione dei lavoratori nelle p.a. –**

Con la pronuncia in esame i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, se sei dipendente presso una p.a. a tempo indeterminato, non puoi partecipare alla procedura di stabilizzazione presso un'altra p.a..

Invero, l'obiettivo generale delle procedure di stabilizzazione è l'inquadramento dei lavoratori precari. Pertanto, la partecipazione alla procedura di stabilizzazione di dipendenti già in servizio a tempo indeterminato presso una p.a. entra in contraddizione con il reclutamento ristretto alla platea dei dipendenti in servizio "precari", in quanto titolari di contratti a tempo determinato.

In conclusione, l'esistenza di un rapporto di lavoro stabile integra un antifatto incompatibile con l'idea stessa di stabilizzazione del dipendente "precario".

**Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, deliberazione del 7 febbraio 2020 n. 7 – Società & Organismi partecipati – Sull'applicabilità del principio della riduzione dei costi anche alle Aziende speciali-**

Con la deliberazione in commento la Corte ha ricordato come, con la riforma del 2014, il legislatore ha direttamente imposto alle aziende speciali, alle istituzioni ed alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo un obbligo generale di riduzione dei costi del personale da realizzarsi mediante il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale negli organismi partecipati sulla base degli indirizzi predisposti dagli enti controllanti. La modifica della predetta normativa fa, quindi, venir meno l'obbligo in capo alle società partecipate di conformarsi alle disposizioni normative limitative in capo agli enti controllanti, ma questi ultimi sono obbligati a determinare le regole alle quali le società partecipate debbono conformarsi affinché sia rispettato il principio di riduzione del costo del personale tenendo necessariamente conto delle disposizioni limitative ad esse imposte

**Corte dei Conti, sez. reg. contr. Liguria , deliberazione del 4 febbraio 2020 n. 14 –Società & Organismi partecipati– Sui contratti di lavoro applicabili e sulle modalità di assunzione delle società in house-**

Con la deliberazione in commento la Corte nel ritenere inammissibile una richiesta di parere circa la possibilità per un'azienda sociosanitaria locale di costituire una società in house, cui affidare la produzione di servizi volti a soddisfare i bisogni primari della persona, e di assumere, in ragione di una clausola di salvaguardia occupazionale, tutto il personale di una cooperativa, che erogava tali servizi in virtù di un contratto di appalto ha, tuttavia, ritenuto altresì opportuno ricordare alcuni concetti già espressi in precedenti pronunciamenti che possono essere generalizzati come veri e propri canoni di interpretazione in materia di società pubbliche in house.

Nello specifico, i giudici contabili hanno ricordato che le amministrazioni pubbliche assumono personale con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato; tuttavia, possono stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione di lavoro, nonché avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, per comprovate esigenze di carattere temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità contemplate dall'articolo 35 dal medesimo Testo Unico sul Pubblico Impiego.

A decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni statali e quelle pubbliche non territoriali possono avvalersi di personale a tempo determinato, con convenzioni, con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, contratti di formazione-lavoro, altri rapporti formativi, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Mentre, quindi, con il contratto d'appalto le norme pubblicistiche in materia di lavoro non trovano applicazione, con la somministrazione di personale si impone il rispetto di tutti i vincoli e le procedure pubblicistiche.

Riguardo alle modalità di assunzione del personale da parte di società a partecipazione pubblica, la Corte ha ribadito che, in un'ottica di progressivo ampliamento agli organismi partecipati delle regole vigenti per le pubbliche amministrazioni in materia di gestione del personale e di contenimento delle relative spese, il legislatore ha introdotto, come principio generale, l'evidenza pubblica nel reclutamento da parte delle società pubbliche.