

NEWSLETTER N. 4 ANNO VI

16 – 29 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

In evidenza

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Tar Lazio, Roma, Sez. III ter – sentenza del 19 febbraio 2020 n. 2203 – Servizi di Interesse Generale – Sulla natura di impianto fotovoltaico integrato con caratteristiche innovative – Con la pronuncia in esame i Giudici capitolini hanno stabilito che non può riconoscersi la natura di impianto fotovoltaico integrato con caratteristiche innovative ad un impianto situato su un edificio con volumi aperti e per il quale, quindi, il fabbisogno energetico è indeterminabile.

Invero, al fine di poter beneficiare delle tariffe incentivanti, gli impianti fotovoltaici che utilizzano moduli non convenzionali e componenti speciali, sviluppati specificatamente per sostituire elementi architettonici – come nel caso di specie – devono essere realizzati per svolgere, oltre alla produzione di energia elettrica, funzioni architettoniche fondamentali, quali quella di garantire il mantenimento del livello di fabbisogno energetico dell'edificio; elemento non riscontrabile in un impianto come quello realizzato dall'operatore, costruito su un volume non interamente chiuso.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della resistente).

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 25 febbraio 2020 n. 1406 – Appalti – Sulla scelta del CCNL da applicare al personale – Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito che, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra, in via generale, nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto. Alla stregua del predetto principio, nella specie, è stata rilevata la mancanza di un collegamento qualificato che permettesse di apprezzare il necessario requisito della coerenza, tra l'oggetto dell'appalto che evoca un servizio contraddistinto da profili di specialità (segnatamente il servizio di sterilizzazione e di alta disinfezione in ambiente sanitario) e l'applicato CCNL riferito a lavoratori appartenenti ad aree funzionali differenti e le cui mansioni riflettono una carenza di specificità.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 24 febbraio 2020 n. 1381– Appalti – Sui presupposti per l'ammissione dei R.T.I. verticali – Nella sentenza in rassegna i Giudici hanno statuito che, affinché possa essere legittimamente ammesso ad una gara un R.T.I. di tipo verticale, è necessario che la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, l'esistenza di prestazioni "principali" e di prestazioni "secondarie", ciò in quanto, è precluso all'operatore economico procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale. Nel caso di specie, in cui l'oggetto della gara è unitario, senza distinzione tra prestazione principale e secondarie e senza la sussistenza

di una prestazione prevalente, non poteva essere ammesso alla gara un R.T.I. qualificatosi come verticale.

La distinzione tra R.T.I. verticali e R.T.I. orizzontali è connessa alle competenze di ciascuna impresa raggruppata, laddove nei primi, la prestazione a carico dell'impresa mandataria riguarda la prestazione prevalente, mentre le mandanti, sono associate per le prestazioni secondarie scorporabili. Nei R.T.I. orizzontali invece, le imprese associate collaborano insieme nell'esecuzione della medesima prestazione che caratterizza l'appalto o almeno nelle prestazioni analoghe, ove queste siano plurime.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 21 febbraio 2020 n. 1330 – Appalti – Sulla distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo – Nella sentenza in rassegna i Giudici, hanno ribadito i profili che distinguono l'avvalimento c.d. di garanzia da quello c.d. operativo. L'avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento. Tale avvalimento riguarda pertanto, i requisiti di carattere economico – finanziario. L'avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto; esso concerne pertanto, i requisiti di capacità tecnico – professionale.

Alla luce di tale distinzione, il Collegio ha pertanto escluso l'operatore, laddove il requisito di cui quest'ultimo è risultato carente, è quello tecnico-professionale - oggetto del contratto di avvalimento - il cui possesso in capo all'ausiliaria, è determinante, in quanto garante della futura, corretta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 21 febbraio 2020 n. 1328 – Appalti – Sulla domanda di concordato “in bianco” quale causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. b) d.lgs 50/2016 – Nella sentenza in rassegna il Collegio ha stabilito che l'operatore economico, qualora si trovi sottoposto ad una procedura di concordato con riserva (c.d. “in bianco”), è obbligato a farne dichiarazione, pena l'esclusione ex art. 80, comma 5, lett. b) d.lgs 50/2016.

Nel caso di specie, nel corso del procedimento di verifica dei requisiti era emerso che la mandante aveva avviato la procedura di concordato con riserva (c.d. “in bianco”). Posto che non vi sono impedimenti alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici per gli operatori sottoposti a concordato “in bianco”, tuttavia, in tanto la partecipazione in concordato, con riserva di presentazione della proposta e del piano è consentita, in quanto l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 21 febbraio 2020 n. 1320 – Appalti – Sul mancato possesso del C.E.L. quale causa di esclusione dalla gara – Ha stabilito la sentenza in rassegna che il C.E.L., quale documento a comprova dell'esecuzione di precedenti lavori, deve essere posseduto dall'operatore, dal momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'appalto.

Nel caso di specie la p.a. ha pertanto legittimamente escluso l'operatore economico, per aver presentato il C.E.L., privo del visto della Soprintendenza, inidoneo quindi a dar prova del necessario requisito di qualificazione richiesto. Invero, col rilascio del certificato di esecuzione lavori, quale documento a comprova della corretta esecuzione di precedenti lavori, l'operatore economico acquisisce il suddetto requisito di idoneità tecnico organizzativa, necessario per la partecipazione alla gara.

Consiglio di Stato, Sez. II – sentenza del 19 febbraio 2020 n. 1258 – Appalti – *Sull'obbligo di verifica della regolarità contributiva da parte dell'operatore, in mancanza di una richiesta di presentazione del DURC* – Con la sentenza in rassegna i Giudici hanno stabilito che la mancata previsione nel bando di gara della necessaria presentazione del DURC, non esime l'operatore economico dal rendere dichiarazioni circa la propria regolarità contributiva, in sede di verifica da parte della p.a.. Nel caso di specie, la mancata previsione nel bando di gara della necessaria presentazione del DURC, è volta ad una maggiore semplificazione per gli operatori, al momento della compilazione della domanda. Ciò posto, tuttavia, le p.a. devono effettuare dei controlli, anche a campione, al fine di accertare la regolarità contributiva degli operatori, i quali sono pertanto tenuti, in base ad un ordinario onere di diligenza, di verificare per proprio conto all'INPS la propria regolarità contributiva, prima di procedere alla compilazione della domanda.

Tar Toscana, Firenze, Sez. I – sentenza del 28 febbraio 2020 n. 267 – Appalti – *Sul cattivo esercizio del potere di autotutela della p.a.* – Nella sentenza in rassegna i Giudici fiorentini hanno stabilito che è illegittimo l'annullamento d'ufficio della p.a., se dalla motivazione del provvedimento, non è possibile evincere quale sia l'interesse all'annullamento dell'affidamento di una concessione rilasciata diversi anni prima e in esecuzione della quale sono state realizzate importanti opere pubbliche. È infatti noto che i provvedimenti di annullamento di ufficio devono essere sorretti da una motivazione circa l'interesse pubblico concreto alla rimozione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo il quale deve risultare proporzionato al tempo trascorso ed agli affidamenti *medio tempore* maturati in capo agli interessati, di cui la p.a. deve tenere conto in un'ottica comparativa. Nel caso di specie, non si rinvergono nella motivazione del Comune quali sarebbero i vantaggi che la collettività otterrebbe qualora cessasse la gestione delle aree già concesse e utilizzate per scopi di interesse pubblico.

Tar Lazio, Roma, Sez. II quater – sentenza del 28 febbraio 2020 n. 2626 – Appalti – *Sulla derogabilità del principio di separazione in lotti* – Con la pronuncia in esame i Giudici capitolini si sono pronunciati 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 legittimamente stabilito di non suddividere in lotti l'appalto, in ragione dell'esigenza di unicità organizzativa e gestionale dei due servizi oggetto di affidamento (servizi di pulizia e igiene ambientale e servizi connessi di ausiliario, in un unico lotto).

Tar Veneto, Venezia, Sez. I – sentenza del 27 febbraio 2020 n. 195 – Appalti – Sulla legittima assegnazione del termine di 2 giorni consecutivi per il soccorso istruttorio – Nella sentenza in rassegna i Giudici veneti hanno stabilito che è legittima l'assegnazione del termine di due giorni consecutivi per la produzione della cauzione provvisoria non prodotta unitamente alla domanda di partecipazione alla gara e che, tale termine, ha natura perentoria. Invero, la stazione appaltante può assegnare all'operatore un termine, non superiore a dieci giorni, inteso quale termine massimo per provvedere alle integrazioni documentali richieste, senza prevedere un termine minimo. Conseguentemente, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'eventuale assegnazione di un termine inferiore, come avvenuto nel caso di specie, a condizione che l'abbreviazione dei termini sia effettivamente volta ad assicurare la celerità della procedura di gara e non comporti una ingiustificata limitazione dei tempi di partecipazione.

Tar Campania, Salerno, Sez. II – sentenza del 24 febbraio 2020 n. 270 – Appalti – Sulla prevalenza dell'accesso rispetto alla tutela della riservatezza – Nella sentenza in rassegna i Giudici campani hanno stabilito che il diritto d'accesso agli atti, prevale sulle esigenze di riservatezza e di tutela dei segreti industriali. Invero, la tutela delle informazioni fornite nelle offerte, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, soggiace al diritto di altro concorrente che lo richieda di accedere alla suddetta documentazione per la difesa in giudizio dei propri interessi.

Pertanto, nel caso di specie, l'ente competente al rilascio della richiesta documentazione ha illegittimamente negato il diritto d'accesso agli atti al controinteressato che ne ha fatto richiesta, trincerandosi dietro la formazione di un provvedimento di silenzio – rigetto.

Tar Lombardia, Brescia, Sez. I – sentenza del 20 febbraio 2020 n. 147 – Appalti – Sulla decorrenza del termine per lo scioglimento dal vincolo contrattuale, a seguito delle verifiche antimafia – Nella sentenza in rassegna i Giudici hanno stabilito che, fino a quando non si concludano le verifiche cd. antimafia, l'aggiudicazione non può considerarsi efficace, con la conseguenza che il termine di 60 giorni per la sottoscrizione del contratto non può dirsi espletato. Nella fattispecie quindi, nel momento in cui l'operatore ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo, il termine per addivenire alla stipulazione non era spirato perché la Stazione Appaltante non aveva ancora concluso le verifiche antimafia, il cui esito positivo è preliminare e prodromico alla stipulazione del contratto.

Pertanto, solo successivamente al decorso del termine di 60 giorni dall'aggiudicazione (per la stipula del contratto), viene meno l'irrevocabilità dell'offerta presentata in gara dall'operatore, il quale può sciogliersi da ogni vincolo.

Tar Veneto, Venezia – sentenza del 18 febbraio 2020 n. 169 – Appalti– Sulla insindacabilità del prezzo a base d'asta – Ha affermato la sentenza in rassegna che, la determinazione della base d'asta da parte della Stazione Appaltante, salvo che non sia manifestamente illogica, irrazionale, irragionevole, arbitrarie, tale da generare un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta, sono espressione di discrezionalità tecnica e, pertanto, insindacabili. Nel caso di specie, i conteggi e le simulazioni, unilateralmente predisposti dall'operatore economico, non inficiano la legittimità degli atti di gara, poiché muovono dall'erroneo presupposto di ritenere che i costi della gestione del servizio di trasporto unificato e centralizzato, corrispondano alla sommatoria dei costi della gestione del servizio frammentata negli ambiti territoriali, senza considerare i possibili benefici - in termini di riduzione dei costi - derivanti dalla centralizzazione e unificazione del servizio. Di talché, non vi è nessun impedimento oggettivo in capo ai concorrenti di formulare un'offerta competitiva.

Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili – ordinanza del 17 febbraio 2020 n. 3887 – Enti Locali – Sulla giurisdizione dell'AGO nel caso di pretesa patrimoniale fondata sulla funzione onoraria – Con la sentenza in rassegna la Suprema Corte ha stabilito che, in tema di rimborso di spese legali sostenute a causa di fatti connessi allo svolgimento di pubbliche funzioni, ove la pretesa patrimoniale provenga da funzionari onorari del Comune, attiene alla sussistenza di un diritto soggettivo, da esercitare davanti al giudice ordinario. Il caso di specie ha ad oggetto la richiesta di condanna al rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in un procedimento penale a cui il sindaco di un Comune sia stato sottoposto per fatti connessi all'esercizio del suo mandato politico. Tale circostanza riguarda evidentemente l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo, essendo l'ente locale tenuto a far luogo al predetto rimborso ove ne ricorrano i presupposti di legge; ne consegue che, in base al criterio generale di riparto di giurisdizione fondato su una situazione giuridica soggettiva, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili – ordinanza del 20 febbraio 2020 n. 4316 – Società & Organismi Partecipati – Sulla giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alle società in house – Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha stabilito che, laddove ricorrano i requisiti per il configurarsi di una società in house, il cui presidente del Consiglio di Amministrazione è chiamato a rispondere per responsabilità amministrativo-contabile, la giurisdizione spetta alla Corte dei Conti. Invero, la configurabilità giuridica della “società in house providing” si fonda su tre requisiti che devono essere contemporaneamente presenti: a) il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati; b) la società deve esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza

sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri. Nel caso di specie, la Corte ha accertato la presenza nella società di tutti e tre gli indicatori che connotano la società in house, con conseguente corretto radicamento della giurisdizione contabile.

Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 25 febbraio 2020 n. 1385 – Società & Organismi Partecipati – Sul tema della partecipazione dei privati alle Società in House – Nell’interessante pronuncia in rassegna, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che deve ritenersi preclusa ai privati la partecipazione alla società in house dato che, diversamente opinando, non sarebbe possibile stabilire in che percentuale possano partecipare, né come debbano essere scelti, mancando una previsione di legge che ne regoli l’attuazione. Se è pur vero che è consentita la possibilità di forme di partecipazioni private all’in house, tuttavia, tale previsione di matrice comunitaria ha carattere generale, e deve ritenersi preclusa nel nostro ordinamento interno, almeno fino a quando non ci sarà una legge che ne regoli l’attuazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV – sentenza del 19 febbraio 2020 n. 1252 – Edilizia&Urbanistica – Sull’obbligo del risarcimento dei danni per occupazione illegittima della P.A. — Con la sentenza in rassegna il Massimo Consesso ha stabilito che, nell’ambito di un procedimento espropriativo, l’occupazione illegittima perché *sine titulo* da parte della p.a. o dell’ente, di un’area poi data in concessione, costituisce un illecito con conseguente obbligo di risarcimento del danno, sia in capo alla p.a., sia in capo al concessionario. Nel caso di specie, l’area oggetto di occupazione *sine titulo* da parte della p.a., è stata concessa ad un operatore per la gestione e la manutenzione della stessa. Di talchè, l’obbligo del risarcimento del danno per illecito permanente, dovuto all’occupazione senza titolo, sussiste anche in capo all’operatore/concessionario, il quale ha beneficiato dell’area, contribuendo quindi, al protrarsi della situazione di occupazione illegittima, al pari della p.a.

Corte di giustizia europea, Sez. IV – sentenza del 27 febbraio 2020 n. C-298/18 - Servizi interesse economico generale - Trasporto pubblico locale - Sulla riassunzione del personale in caso di trasferimento di impresa - Con la pronuncia in esame la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale in ordine all’interpretazione dell’art. 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 (*concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti*), ha statuito quanto segue. La citata disposizione deve essere interpretata nel senso che, allorché un’entità economica rileva un’attività il cui svolgimento richieda importanti mezzi di esercizio, secondo una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, il fatto che detta entità economica non rilevi tali mezzi, di proprietà del precedente esercente l’attività di cui trattasi, a causa di vincoli giuridici, ambientali e tecnici imposti dall’amministrazione aggiudicatrice, non preclude necessariamente la qualificazione della fattispecie quale

trasferimento di impresa. Ciò qualora altre circostanze di fatto, come la riassunzione di una parte sostanziale del personale e il proseguimento, senza soluzione di continuità, dell'attività di cui trattasi, consentano di concludere per il mantenimento dell'identità dell'entità economica interessata; circostanza che spetta al giudice nazionale valutare.