

NEWSLETTER N. 9 ANNO VII

1 – 15 maggio 2021



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.aorre.com>
email: segreteria@aorre.com

In evidenza

TAR LAZIO, ROMA, Sez. I bis – ordinanza 10 maggio 2021 n. 2679 – Pubblico impiego – *Sull'esclusione da un concorso pubblico del soggetto che al momento della presentazione della domanda di partecipazione risultava imputato* – I Giudici capitolini, sovvertendo l'orientamento granitico in giurisprudenza, hanno accolto la domanda cautelare proposta dal ricorrente avverso la sua esclusione da un concorso pubblico. Nella specie il concorrente, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, era imputato in un procedimento penale, che si era successivamente concluso con il perdono giudiziario.

Secondo il TAR i principi di proporzionalità e ragionevolezza, volti a far prevalere la sostanza sulla forma, avrebbero dovuto condurre l'Amministrazione ad equiparare la sentenza di non luogo a procedere per concessione del suddetto perdono ad una sentenza di assoluzione, senza poter disporre l'esclusione del concorrente.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del ricorrente)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 10 maggio 2021 n. 3620 – Appalti – *Sulla possibilità di aggiudicare un appalto di servizi mediante il criterio del minor prezzo* – La sentenza in commento ha ribadito la possibilità di aggiudicare una procedura di gara mediante il criterio del minor prezzo, laddove il costo della manodopera non superi il 50% del valore dell'appalto. Infatti, solo in tale ultimo caso si tratterebbe di un servizio ad alta intensità di manodopera, che per espressa previsione del Codice dei contratti pubblici, impone l'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 6 maggio 2021 n. 3539 – Appalti – *Sulla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per elementi dell'offerta* – I Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato la questione relativa alla possibilità di rimediare ad eventuali errori dell'offerta mediante il soccorso istruttorio, richiamando gli indirizzi assunti sul punto dalla Corte di Giustizia Europea. In particolare, il Consiglio di Stato ha ricordato come:

- a) la richiesta di chiarimenti da parte della Stazione Appaltante al concorrente che abbia presentato un'offerta imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche della legge di gara, viola la par condicio;
- b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti;
- c) in nessun caso è possibile ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione che la legge di gara imponeva di fornire, salvo siano indispensabili per chiarire l'offerta o rettificare un errore manifesto, purché non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Inoltre è stato aggiunto che, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 6 maggio 2021 n. 3538 – Appalti – *Sull'onere di remunerare la Centrale di Committenza per le attività di gara* – Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità della clausola del bando che determina una sostanziale ricaduta in capo all'aggiudicatario delle spese relative alle attività di gara svolte dalla Centrale di Committenza, peraltro calcolate come importo percentuale sul valore dell'appalto. In realtà, il costo del servizio espletato dalla Centrale di Committenza deve ricadere sull'Amministrazione in favore della quale la stessa ha esercitato le sue funzioni, non potendo essere traslata sul privato, in mancanza di una norma che lo preveda.

La pronuncia precisa che sull'aggiudicatario ricadono le spese connesse alla stipulazione dell'appalto (spese di copia, di stampa, carta bollata, ecc.), che differiscono completamente da quelle che la clausola contestata era diretta a remunerare.

TAR SICILIA – PALERMO, Sez. III – sentenza 14 maggio 2021 n. 1536 – Appalti – *Sulla scelta di procedere all'affidamento diretto piuttosto che ad una procedura aperta per servizi di importo inferiore alla soglia anche in seguito all'introduzione della disciplina emergenziale* – Secondo i Giudici siciliani, l'Amministrazione ha legittimamente previsto di affidare il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità delle strade interessate da sinistri, con volume di affari sotto soglia, stimato in 45.000 Euro, mediante una procedura aperta, piuttosto che con un affidamento diretto.

Nella specie, infatti, il fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture (previsto dalla normativa emergenziale per ammettere affidamenti diretti), non sussiste nel caso di specie, in cui non sono previsti investimenti pubblici e non si è nell'ambito delle infrastrutture.

TAR CAMPANIA – SALERNO, Sez. II – sentenza 13 maggio 2021 n. 1192 – Appalti – *Sulla necessaria onerosità del contratto di avvalimento* – I Giudici salernitani hanno censurato l'esclusione di un concorrente da una procedura ad evidenza pubblica disposta sull'esclusivo presupposto che dal contratto di avvalimento prodotto in gara non emergerebbe l'onerosità dello stesso.

Ebbene, secondo il TAR Salerno non basta a legittimare l'esclusione del concorrente la mera circostanza che non sia possibile trarre l'onerosità dell'avvalimento dal relativo contratto, in quanto l'interesse dell'ausiliaria (che l'abbia spinta ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto) potrebbe essere ricavato aliunde.

TAR LAZIO – ROMA, Sez. I quater – sentenza 12 maggio 2021 n. 5588 – Appalti – *Sull'assorbimento dei lavoratori in ragione della clausola sociale* – Con la pronuncia in commento, il TAR laziale ha precisato che il fine perseguito con la clausola sociale è quello di garantire al personale che viene riassorbito dal nuovo appaltatore, livelli retributivi determinati in modo congruo.

La clausola sociale, dunque, non impone all'aggiudicatario di assumere in forma automatica il personale utilizzato dal gestore uscente nell'esecuzione del servizio. Se così fosse, la clausola sociale finirebbe per ledere o comunque comprimere la libera scelta

organizzativa dell'impresa, e non consentirebbe di bilanciare la tutela dei lavoratori con le specifiche esigenze dell'impresa.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, Sez. II – sentenza 5 maggio 2021 n. 3015 – Appalti – Sulla competenza del RUP ad adottare il provvedimento di esclusione dalla gara – In conformità all'indirizzo già espresso dal Consiglio di Stato, il TAR di Napoli ha ribadito che è illegittima l'esclusione da una procedura di gara disposta dalla Commissione giudicatrice, piuttosto che dalla Stazione appaltante. Alla Commissione spetta solo un'attività di valutazione delle offerte quale organo straordinario e temporaneo, incaricato di svolgere funzioni istruttorie, mentre rientra tra le competenze del R.u.p. adottare il provvedimento di esclusione degli operatori economici. È, dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di stretto giudizio dell'offerta da un punto di vista tecnico ed economico.

TAR LAZIO – ROMA, Sez. III – sentenza 4 maggio 2021 n. 5127 – Appalti – Sulla necessaria sottoscrizione dell'offerta da parte di ogni impresa che partecipi al costituendo RTI e sulla impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio – Secondo il Collegio capitolino è legittima l'esclusione dalla procedura competitiva di un Raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito, il quale ha presentato un'offerta priva della firma del legale rappresentante di una delle mandanti, sebbene espressamente imposto a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Infatti, la sottoscrizione dell'offerta è un requisito fondamentale per dimostrare la volontà dell'impresa di assumere un concreto impegno negoziale nei confronti della stazione appaltante, con la conseguenza che la sua mancanza determina il venir meno di un presupposto essenziale. Peraltro, il TAR ha escluso che il suddetto vizio di sottoscrizione sia rimediabile mediante il soccorso istruttorio, in quanto finirebbe per ledere la *par condicio* tra i concorrenti, proprio perché consentirebbe di rimediare alla carenza di un elemento essenziale dell'offerta, per di più imposto a pena di esclusione dalla stessa legge di gara.

Servizi di interesse economico generale

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Lavoro – sentenza 11 maggio 2021 n. 12421 – Servizi di interesse economico generale – Società in house – Sul divieto per le società in house di assumere a tempo indeterminato senza previo esperimento di una procedura concorsuale – Con la sentenza in commento, i Giudici di legittimità hanno ritenuto sussistere il divieto per le società in house di assumere a tempo indeterminato in assenza di procedura concorsuale anche nei casi di accertamento giudiziale della nullità dei contratti a termine con connesso ripristino del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Ed infatti, il Collegio ha ritenuto che tale vincolo, previsto dell'art. 36, comma 1, D Lgs n. 165 del 2001, debba estendersi anche alle società in house, in quanto tali società, ancorché formalmente private, sono assimilabili ad enti pubblici in relazione al regime giuridico applicabile, anche alla luce del loro capitale interamente pubblico.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Lavoro – sentenza 11 maggio 2021 n. 12414 – Servizi di interesse economico generale – Società in house – Sul reclutamento del personale delle società in house – Con la pronuncia in rassegna, i Giudici di legittimità hanno ricordato che il reclutamento del personale delle società in house è sottoposto all’osservanza dell’art. 35 D Lgs n. 165 del 2001, il quale impone l’espletamento di una procedura concorsuale o selettiva.

Nello specifico, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, il Collegio sostiene che tale onere ha carattere imperativo e, conseguentemente, la sua violazione impedisce la conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. III – sentenza 10 maggio 2021 n. 3682 – Servizi di interesse economico generale – Società in house – Sull’affidamento in house – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che l’affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza impone alla stazione appaltante un onere motivazionale rafforzato.

In particolare, il Collegio ricorda come, ai sensi dell’art. 192, comma 2, D Lgs n. 50 del 2016, l’affidamento in house sia assoggettato a una duplice condizione:

- obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l’esclusione del ricorso al mercato;
- obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all’opzione per l’affidamento in house.

Tuttavia, tecnica di redazione privilegiata dall’Amministrazione non può dirsi soggetta ad una metodica rigida e vincolante essendo sufficiente che la trama argomentativa compendiata nella relativa statuizione dia adeguatamente conto dell’aderenza della scelta compiuta alle coordinate sopra richiamate.

Responsabilità amministrativa

CORTE DEI CONTI, Sez. Giurisdizionale per la Regione Lombardia – sentenza 7 maggio 2021 n. 160 – Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Sul danno all’immagine della P.A. – Con la sentenza in commento, i Giudici contabili hanno ritenuto che si configuri un danno all’immagine della P.A. in caso di percezione di tangenti da parte di amministratori e dipendenti pubblici per aggiudicare appalti.

Ed infatti, la P.A. vede certamente deteriorarsi la propria immagine in presenza di pubblici ufficiali, amministratori e dirigenti che siano dediti alla commissione di gravi delitti per finalità di arricchimento personale.

Pertanto, tali condotte costituiscono fonte di responsabilità risarcitoria a favore della P.A. per danno alla sua immagine.

Edilizia & urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – sentenza 10 maggio 2021 n. 3665 – Edilizia & Urbanistica – Sulla natura della destinazione urbanistica – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che la destinazione urbanistica ha carattere oggettivo, nel senso che deve essere riferita alla tipologia di attività generalmente ammissibile. Pertanto, è da escludersi che la destinazione urbanistica possa modificarsi in base alla tipologia di soggetti coinvolti. Nella specie, è stato ammesso l'esercizio di attività commerciale in un locale seminterrato di una struttura alberghiera, senza che essa debba intendersi rivolta esclusivamente alle persone alloggiate nella stessa. Infatti, posto che il suddetto locale aveva come destinazione urbanistica quella commerciale, nulla osta ad esercitarvi un'attività di vicinato, senza che assuma rilievo l'aspetto soggettivo, ossi se essa debba essere rivolta solo agli ospiti dell'albergo ovvero anche a fruitori esterni.