

# NEWSLETTER N. 12 ANNO III

16 - 30 giugno 2017



Via Sistina n.48- 00187 Roma  
Tel.(+39)06.69921687  
Fax. (+39)06.32652774  
<https://www.aerre.com>  
Email:segreteria@aerre.com

## In evidenza

Consiglio di Stato, sez. V, del 26 giugno 2017 n. 3105 - Appalti- *Sulla funzione delle referenze bancarie* – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che **le referenze bancarie richieste dalla legge di gara devono mantenere lo scopo di dimostrare la capacità economica e finanziaria dei concorrenti non potendo avere contenuto tale da trasformarsi in una garanzia di solvibilità e di affidabilità nell'esecuzione del contratto**, a ciò soccorrendo gli specifici istituti della cauzione provvisoria e definitiva. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)**

## Giurisprudenza amministrativa,civile e contabile

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 27 giugno 2017 n. 15937 - Appalti- *Sull'onere di contestazione del conto finale nei contratti di appalto di lavori pubblici e sulla non debenza di compensi e/o indennità in caso di varianti arbitrarie* – La Corte di Cassazione ha ribadito che **nei contratti di appalto di opere pubbliche, l'appaltatore, anche ove abbia iscritto apposita riserva sulla contabilizzazione delle opere realizzate, è tenuto a reiterare le proprie richieste mediante la contestazione in sede di liquidazione del conto finale**. Ciò in quanto, la mancanza di tale riaffermazione della riserva è elemento idoneo a far presumere la rinuncia alla pretesa precedentemente avanzata e la conseguente accettazione del conto finale. La Suprema Corte ha anche confermato che **nel caso di variazioni in corso d'opera non richieste e che abbiano comportato maggiori esborsi per l'appaltatore, quest'ultimo non avrà diritto né ai compensi per l'attività prestata né ad indennità, né tantomeno all'indennizzo per ingiustificato arricchimento**, essendo tale rimedio espressamente escluso da una specifica norma di legge (art. 342 L. 2248, All. F) del 1865).

Consiglio di Stato, sez. V, del 26 giugno 2017 n. 3110 - Appalti- *Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara* – Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha confermato che **nel caso in cui il bando di gara preveda delle clausole oggettivamente impeditive dell'ammissione del concorrente ovvero impositive di oneri sproporzionati ed ingiustificati, sussiste l'onere di immediata impugnazione dello stesso da parte dell'operatore economico**. Ciò in quanto in tale evenienza la lesione della posizione giuridica si verifica all'atto della pubblicazione della legge di gara, con conseguente irrilevanza dell'effettiva partecipazione alla procedura ai fini del radicamento dell'interesse a ricorrere (Nella specie era stato richiesto un fatturato minimo eccessivamente alto per ogni servizio posto a base di gara e non si era provveduto alla previa

divisione in lotti, ponendo come oggetto della procedura un insieme promiscuo di servizi, così restringendo indebitamente la concorrenza).

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 22 giugno 2017, n. 15640 – Appalti – Sulla giurisdizione del g.o. in materia di risarcimento del danno da aggiudicazione successivamente annullata** – Le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato che le controversie aventi ad oggetto **il risarcimento del danno derivante dall'affidamento sulla legittimità dell'aggiudicazione poi annullata in sede giurisdizionale sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario**. Ciò in quanto **il pregiudizio sofferto dal privato** non discende, in tali casi, dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo ma dal fatto che – **con condotta colposa – l'Amministrazione abbia indotto l'operatore a sostenere dei costi nel convincimento della prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del contratto**.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 21 giugno 2017, n. 3042 – Appalti – Sulla natura della sottoscrizione dell'offerta** – Per il Consiglio di Stato **la sottoscrizione rappresenta un elemento costitutivo dell'offerta ed è volta sia ad attribuire paternità alla stessa, sia ad impegnare il sottoscrittore rispetto al contenuto delle dichiarazioni ivi contenute**. Ne consegue che in caso di mancanza di sottoscrizione, l'offerta non può essere ritenuta valida e ricevibile, anche nel silenzio della legge di gara.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 21 giugno 2017, n. 3035 – Appalti – Sui poteri della Commissione di gara a seguito della riapertura della procedura** – Con la sentenza in esame è stato confermato che nel caso in cui una **procedura di gara venga riaperta a seguito di annullamento giurisdizionale, spetta alla Commissione il potere di riesaminare il procedimento di gara**, con la conseguenza per cui tale organo **potrà legittimamente regolarizzarlo rispetto ad errori commessi in precedenza, anche laddove questi attengano all'ammissione o all'esclusione delle imprese concorrenti**.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 21 giugno 2017, n. 3029 – Appalti – Sull'obbligo di indicazione delle quote di esecuzione del servizio** - I Giudici di Palazzo Spada, nel dirimere una controversia regolata dal vecchio codice dei contratti (D. Lgs n. 163/2006) hanno ribadito **l'obbligo dei consorzi di imprese di rendere la dichiarazione contenente l'indicazione delle quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore**. Nel far ciò, il Collegio ha, altresì, precisato che **tale dichiarazione attiene alle caratteristiche dell'offerta** e non anche al possesso dei requisiti da parte del concorrente, con la conseguenza per cui **la carenza della stessa non può essere sanata attraverso il ricorso al soccorso istruttorio**.

**Consiglio di Stato, sez. VI, del 19 giugno 2017, n. 2977 – Appalti – Sull'inammissibilità dell'avvalimento c.d. "a cascata"** – Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha confermato che posta la cogenza generale del principio di

personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, deve ritenersi possibile derogare allo stesso solamente laddove, in caso di avvalimento, l'ausiliaria e l'ausiliata siano legate dalla dichiarazione di responsabilità della prima, da cui consegue la solidarietà della responsabilità per le prestazioni oggetto del contratto posto a base di gara. Ne **discende l'inammissibilità dell'avvalimento c.d. "a cascata" che, contrariamente a quello ordinario, non può garantire il rapporto costante tra ausiliaria e ausiliata.**

**Consiglio di Stato, sez. VI, del 19 giugno 2017, n. 2973 – Appalti – *Sulle conseguenze dell'offerta di un prezzo inferiore a quello minimo di gara.*** Nelle gare aventi ad oggetto la fornitura di più servizi e prodotti (nella specie di trattava dell'affidamento triennale della gestione di un bar all'interno di un istituto scolastico), la circostanza per cui **l'aggiudicatario abbia offerto – per un solo prodotto – un prezzo più basso rispetto a quello minimo di gara non può comportare l'illegittimità dell'aggiudicazione.** Ed infatti, a parere del Collegio, tale discostamento deve essere interpretato alla luce del principio di proporzionalità, con conseguente **irrilevanza dello stesso nei casi in cui non comprometta la complessiva affidabilità dell'offerta.**

**Tar Valle d'Aosta, del 27 giugno 2017, n. 39 – Appalti – *Sulle condizioni di legittimità del riesame delle offerte da parte di una nuova Commissione* – I Giudici valdostani, nel dare atto della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, hanno rilevato che benché sia **possibile nominare una nuova Commissione a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione ovvero dell'esclusione di un concorrente,** tale **facoltà** deve essere **bilanciata con le specifiche esigenze di gara.** In particolare è stato affermato che **nel caso in cui la precedente Commissione abbia già provveduto all'apertura delle buste tecniche ed economiche, non può considerarsi legittimo procedere nuovamente alla valutazione delle stesse** in quanto ciò comporterebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte.**

**Tar Valle d'Aosta, del 23 giugno 2017, n. 36 – Appalti – *Sull'esclusione del concorrente per gravi illeciti professionali* – Con la recente pronuncia il Tar ha osservato che ai fini dell'esclusione del concorrente per gravi illeciti professionali **la S.A. è tenuta a dimostrare che l'illecito di cui l'operatore economico si è reso colpevole sia tale da intaccare l'integrità professionale dello stesso,** e ciò a prescindere dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale che abbia accertato la violazione. **L'Amministrazione, infatti, conserva discrezionalità con riferimento alla valutazione della condotta del concorrente e potrà procedere alla sua esclusione solamente laddove dimostri che la fattispecie concreta sia riconducibile all'illecito normativamente previsto.****

**Tar Sicilia - Catania, sez. IV, del 16 giugno 2017, n. 1454 – Appalti – *Sull'esperimento della procedura di miglioria* – Con la sentenza in esame il Tar, ricordato che **l'istituto della miglioria ha valenza generale nelle gare da****

**aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha affermato la doverosità del ricorso allo stesso** - anche a prescindere dalla sussistenza di un'espressa previsione di *lex specialis* - **laddove, in presenza di offerte identiche, un concorrente abbia, in sede di seduta di gara, manifestato l'intenzione di formulare un'offerta migliorativa.**

**Tar Umbria, sez. I, del 16 giugno 2017, n. 456 - Appalti – Sulla suddivisione della gara in lotti** – I Giudici umbri hanno ricordato che alla luce della normativa vigente **la suddivisione della gara in più lotti può essere ritenuta legittima solamente laddove renda l'affidamento maggiormente conveniente dal punto di vista economico, logistico e funzionale**, ribadendo al contempo che tale suddivisione non può essere ritenuta ammissibile laddove la gara abbia ad oggetto un complesso di attività che, seppur in linea teorica divisibili, debbano essere accorpate per ragioni di carattere organizzativo (nella specie si trattava di una gara concernente il complesso di servizi relativi ai distributori automatici di domande, dall'istallazione, alla manutenzione, all'assistenza telefonica per il funzionamento degli stessi).

**Tar Umbria, sez. I, del 15 giugno 2017, n. 457 - Appalti – Sull'oggetto delle giustificazioni prodotte in sede di verifica dell'anomalia** – Con la recente sentenza è stato rilevato che **le giustificazioni rese dal concorrente in sede di giudizio di anomalia devono riguardare esclusivamente gli elementi dell'offerta** non potendo, invece, attenere a circostanze future o incerte, estranee all'offerta stessa. (Nella specie l'offerente aveva fatto riferimento ad introiti che avrebbero potuto essere ricavati dalla vendita di un terreno di proprietà ovvero dalla costruzione sul medesimo terreno di appartamenti destinati alla vendita, circostanze ritenute assolutamente irrilevanti dalla S.A.).

**Tar Veneto, sez. I, del 15 giugno 2017, n. 563 - Appalti – Sull'insussistenza dell'obbligo del versamento del contributo Anac nelle concessioni di servizi** – Con tale pronuncia il Tar ha rilevato che **nell'ambito delle concessioni di servizi, il versamento del contributo Anac non può essere ritenuto condizione di ammissibilità dell'offerta posta l'assenza di una espressa previsione di legge** (esistente in materia di appalti di opere pubbliche). Il Collegio ha, sul punto, precisato che estendere tale obbligo alle concessioni di servizi da una parte comporterebbe la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, dall'altra nemmeno permetterebbe alla S.A. di escludere il concorrente che non avesse provveduto al versamento, cui dovrebbe essere concesso un termine ai fini della regolarizzazione della propria posizione.

**Anac, Delibera del 7-22 giugno 2017, n. 618 - Appalti – Sulla legittimità dell'esclusione delle società di capitali dalla partecipazione alla gara per l'affidamento della gestione di una farmacia comunale** – Con la recente delibera l'Anac ha affermato **la conformità alla legislazione vigente della previsione del disciplinare di gara che riserva la partecipazione alla**

**procedura di gara per la gestione delle farmacie comunali alle persone fisiche, alle società di persone e alle cooperative a responsabilità limitata, con esclusione delle società di capitali.**

**Corte dei Conti – Sezione Regionale per il Controllo per la Lombardia, Deliberazione del 9 giugno 2017, n. 190 – Appalti – *Sull'applicabilità degli incentivi previsti per funzioni tecniche negli appalti di lavori anche agli appalti di servizi e forniture* – Con la deliberazione in commento, la Corte dei Conti ha affermato che, stante l'insussistenza di un'espressa esclusione normativa, **gli incentivi previsti per le funzioni tecniche possono, in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ritenersi applicabili anche agli appalti di servizi e forniture.****

**Tar Lazio – Roma, sez. II ter, del 21 giugno 2017 n. 7254 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di procedure di assunzione nelle società in house* – Nel dare atto dell'evoluzione giurisprudenziale registratasi in materia ed in adesione a quanto da ultimo statuito dalle Sezioni Unite di Cassazione con la sentenza n. 7759/2017, il Tar del Lazio ha affermato che **le controversie aventi ad oggetto le procedure di reclutamento del personale indette dalle società in house sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.** In particolare, afferma il Collegio, **la qualificazione della società in house quale mera articolazione della P.A. deve ritenersi rilevante ai soli fini della configurabilità del danno erariale.** Per contro, **le procedure di assunzione del personale attengono ai rapporti che la società gestisce iure privatorum**, con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria.**

**Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Lombardia, del 22 giugno 2017 n. 21 – Responsabilità Amministrativa - *Sull'imputazione della responsabilità per danno erariale per illegittimo conferimento dell'incarico* – Con tale sentenza la Corte dei Conti ha affermato che **in caso di illegittimo affidamento di un incarico dirigenziale** ad un soggetto esterno all'Amministrazione, **la responsabilità per il conseguente danno erariale deve ritenersi imputabile pro quota a tutti i soggetti che hanno – a qualsiasi titolo – contribuito alla scelta del soggetto.****

**Tar Campania - Salerno, sez. II, del 26 giugno 2017, n. 1102 – Enti Locali – *Sull'ostensibilità dei verbali di contestazione notificati al cittadino trasgressore* – Il Tar Campania ha confermato che in materia di sanzioni amministrative per violazione del Codice della Strada, **deve essere riconosciuto il diritto di accesso del trasgressore che ne faccia richiesta, a nulla rilevando che i verbali gli siano stati notificati.****

**Tar Lombardia - Milano, sez. III, del 22 giugno 2017, n. 1409 – Enti Locali – *Sull'ostensibilità degli atti di una seduta segreta del Consiglio Comunale* – Con la pronuncia in esame i Giudici lombardi, nel ribadire che in tema di**

accesso agli atti la riservatezza dei terzi costituisce un valore recessivo rispetto alla tutela degli interessi giuridici dell'istante, hanno affermato che, **in assenza di una specifica norma regolamentare, gli atti della seduta segreta del Consiglio Comunale non possono essere considerati automaticamente sottratti all'accesso**, posto che la segretezza è prevista, di regola, con esclusivo riferimento alla seduta.

**Tribunale Civile di Perugia, sez. I, del 15 giugno 2017 n. 1048- Enti Locali- Sulla natura giuridica della società d'ambito e sull'imputabilità in capo alla stessa delle obbligazioni nascenti dalla gestione del servizio** - Con la sentenza in commento il Tribunale di Perugia ha evidenziato che **le società d'ambito** (nella specie la società di gestione dei rifiuti) **sono organismi aventi propria personalità giuridica cui gli Enti Locali trasferiscono le proprie competenze nella gestione del servizio cui la medesima è deputata**. Ne consegue che le obbligazioni derivanti dall'attività di competenza della società – ivi incluse quelle nascenti dai contratti di appalto stipulati in veste di S.A. – sono imputabili esclusivamente ad essa e non anche agli Enti Locali conferenti.

**Corte dei Conti, Sezione Regionale per il Controllo per la Basilicata, Deliberazione del 14 giugno 2017 n. 40- Enti Locali- Sui requisiti previsti per procedere all'acquisto di immobili** - Con la deliberazione in esame la Corte dei Conti ha ribadito che **la possibilità per gli Enti Locali di procedere ad acquisti immobiliari è limitata ai casi in cui questo risponda ad esigenze indispensabili ed indilazionabili per la medesima Amministrazione**. Ciò precisato, il Collegio ha evidenziato che tali caratteristiche possono ritenersi sussistenti qualora vi sia un obbligo di legge funzionale alla protezione di interessi meritevoli di specifica tutela, non residuino alternative efficacemente praticabili e l'acquisto non possa essere differito pena la compromissione dell'interesse perseguito (Nella specie tali requisiti non sono stati rinvenuti nell'interesse all'acquisto del locale dove era in quel momento allocata la stazione dei Carabinieri giustificato dall'esigenza di non delocalizzare la stessa per ragioni di sicurezza).

**Tar Emilia Romagna – Bologna, sez. I, del 22 giugno 2017, n. 467 – Enti Pubblici – Sulle condizioni per il rimborso delle spese legali da parte dell'Ente di appartenenza** – I Giudici emiliani, nell'evidenziare che **il rimborso delle spese legali da parte dell'Amministrazione di appartenenza deve ritenersi dovuto solamente laddove sussista una diretta connessione dei fatti oggetto di causa con l'espletamento del servizio**, ha affermato la legittimità del diniego dell'istanza opposto ad un militare assolto in un procedimento penale vertente su una lite con un suo superiore. Ciò in quanto, ha osservato il Collegio, in tal caso il processo aveva ad oggetto fatti che potevano essere ricondotti solo indirettamente all'esercizio del servizio, non suscettibili, quindi, di integrare la diretta connessione prevista dalla legge.

Tar Basilicata, sez. I, del 19 giugno, n. 451 – Enti Pubblici – *Sulla risarcibilità del danno derivante dalla mancata attribuzione del giusto punteggio in graduatoria* – Con tale pronuncia il Tar ha ribadito che **ove l'Amministrazione abbia attribuito un punteggio errato ad un soggetto** (nella specie un medico) e da tale attribuzione sia disceso un posizionamento deteriore in graduatoria, **deve essere riconosciuto a detto soggetto il risarcimento del danno da perdita di chance.**

Tar Puglia - Bari, sez. III, del 16 giugno 2017, n. 677 – Enti Pubblici – *Sulla legittimazione all'accesso agli atti* – I Giudici pugliesi, in linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, hanno ribadito che **l'interesse giuridicamente rilevante ai fini della legittimazione all'accesso agli atti deve essere ricercato nella strumentalità – intesa in senso ampio - dell'accesso rispetto alla tutela della posizione giuridica dell'istante.** Ne deriva che, in caso di presentazione di una richiesta motivata con riferimento ad esigente di tutela giurisdizionale, l'accesso dovrà essere autorizzato a prescindere da indagini sulla fondatezza o l'ammissibilità dell'azione da proporre.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 22 giugno 2017, n. 15635 - Edilizia&Urbanistica – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di rimborso dell'indennità di esproprio* – Con la recente ordinanza, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che rientra nella **giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la richiesta di rimborso dell'indennità di esproprio avanzata dal Comune nei confronti del soggetto che ha – successivamente – provveduto alla realizzazione di opere sulle aree espropriate a privati.** In tal caso, infatti, la domanda non riguarda l'esercizio del potere amministrativo, configurandosi, piuttosto come richiesta di un corrispettivo per il diritto di superficie concesso.

Tar Toscana, sez. III, del 19 giugno 2017, n. 840 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità del diniego dell'istanza di occupazione di suolo pubblico motivata con riferimento al pericolo per la circolazione stradale* – I Giudici toscani hanno affermato che nel caso di presentazione di un'istanza di occupazione di suolo pubblico finalizzata alla realizzazione di una pedana su cui collocare tavoli e sedie, deve ritenersi **legittimo il diniego motivato con riferimento alle ridotte dimensioni della carreggiata, ostative alla realizzazione dell'opera per pericolo di pregiudizio alla circolazione stradale.**

## News

Nella G.U. n. 147 del 26 giugno 2017 è stato finalmente pubblicato il Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100: “*Disposizioni integrative e correttive al*



*decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”.*

Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il 27 giugno 2017.

Con Comunicato Stampa del 23 giugno 2017, il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha reso noto che a partire dal 27 giugno le Amministrazioni pubbliche potranno trasmettere l’esito della revisione straordinaria delle partecipazioni (prevista dal Testo Unico sulle Società Partecipate) mediante l’utilizzo di una nuova funzionalità presente sul portale del Dipartimento del Tesoro, le cui istruzioni saranno pubblicate sul sito internet del Dipartimento ([www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it)).

In data 21 giugno 2017 è stata pubblicata la legge di conversione del Decreto Legge sulla Manovra Correttiva degli Enti Locali, recante specifiche novità in materia di contratti pubblici.

In particolare, è stato modificato l’art. 211 del Codice dei Contratti, cui, dopo, il comma I, sono stati aggiunti i seguenti commi:

*“1-bis. L’ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*

*1-ter. L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l’ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all’allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

*1-quater. L’ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”.*

Il testo così modificato è entrato in vigore il 24 giugno 2017.