

# NEWSLETTER N. 13 ANNO IV

1 – 15 luglio 2018



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](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

Consiglio di Stato - sez. III, sentenza del 3 luglio 2018 n. 4065 – Appalti – *Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio nelle gare telematiche su piattaforma Sintel* – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato ha **accolto l'appello** proposto **avverso la sentenza del Tar Lombardo che, nell'ambito di una gara telematica, aveva confermato l'esclusione di una società che aveva presentato un file in formato “.doc” anziché in formato “.pdf”** (come richiesto dagli atti di gara). In particolare, i Giudici di palazzo Spada, nel riformare la sentenza del TAR, hanno statuito che **l'irregolarità contestata alla parte appellante, inerendo alla domanda di partecipazione** (e non, quindi, all'offerta economica o a quella tecnica), rientrasse **pienamente entro il perimetro applicativo del soccorso istruttorio**. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'impresa appellante).

Tar Calabria - Catanzaro - sez. I, sentenza del 3 luglio 2018 n. 1316 – Enti Pubblici – *Sull'autonomia della titolarità delle licenze di rivendita di generi di monopolio rispetto alle vicende traslative dell'attività di rivendita* – Con la pronuncia in esame il Tar ha rilevato che **la titolarità della licenza per la rivendita di generi di monopolio costituisce una posizione assolutamente autonoma rispetto alle vicende traslative che interessano l'attività commerciale nell'ambito della quale la licenza si connette** (nella specie una cessione di azienda con rinuncia espressa all'attività di rivendita cui era seguito il trasferimento all'originario proprietario dei locali in cui l'attività veniva svolta). Ne deriva che **a prescindere dagli atti privatistici di trasferimento la licenza resta nella titolarità del soggetto cui è stata rilasciata**. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato).

## Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 9 luglio 2018 n. 4178 - Appalti – *Sulle ipotesi in cui è dato ricorrere all'impugnazione pur non avendo partecipato alla gara* – Ricordato che secondo la regola generale **la contestazione della procedura può essere effettuata solamente dall'impresa che abbia partecipato alla stessa**, i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che, **in deroga a tale principio, l'impresa che non abbia preso parte alla procedura può procedere all'impugnazione degli atti della stessa nelle ipotesi in cui voglia contestare in radice l'indizione stessa della gara o – al contrario – il mancato espletamento della gara medesima, ovvero ove si dolga dell'immediata lesività delle clausole del bando**.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 6 luglio 2018 n. 4143 - Appalti – *Sulla composizione numerica della Commissione e sulla possibilità di suddividere i lavori in più sottocommissioni* – Ricapitolata

l'evoluzione normativa registratasi in materia, il Consiglio di Stato ha ribadito che **le Commissioni ben possono essere formate da un numero pari di soggetti**, non rinvenendosi alcuna disposizione in senso contrario. Quanto poi, alla questione relativa alla possibilità per la Commissione di suddividere i lavori mediante la creazione di più sottocommissioni, il Collegio ha rilevato che, **benché resti immanente il principio secondo cui le decisioni devono essere assunte dal plenum, deve comunque affermarsi la legittimità dell'operato delle sottocommissioni qualora afferisca a questioni vagliabili ex post dalla Commissione nel plenum dei propri componenti.**

**Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 3 luglio 2018 n. 4054 - Appalti – Sul principio di posteriorità della nomina della Commissione e sul rilievo di situazioni di incompatibilità** – Con tale pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che **il principio di posteriorità della nomina della Commissione deve essere inteso come riferibile solamente al plenum della Commissione e non anche all'eventuale individuazione di un solo componente** della stessa, che ben può essere individuato in un momento antecedente alla presentazione delle offerte. Ancora, sotto altro aspetto, il Collegio ha rilevato che **le eventuali situazioni di incompatibilità dei Commissari devono risultare in modo inequivoco da elementi di fatto gravi, precisi e concordanti**, non potendo – viceversa – essere meramente supposte.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 2 luglio 2018 n. 4040 – Appalti – Sulle conseguenze della violazione di una clausola sociale ex art. 50 D. Lgs n. 50/2016** – Con la recente sentenza, il Consiglio di Stato ha affermato che **l'eventuale violazione di una clausola sociale di cui all'art. 50 del Codice comporta l'illegittimità e non già la nullità del capitolato speciale**. In particolare è stato rilevato che la prefata violazione **non è sussumibile nella categoria della nullità del provvedimento amministrativo**, dovendo – perciò – essere censurata mediante gli **ordinari rimedi demolitori**. Peraltro, ha precisato il Collegio, che **anche la violazione di norme di diritto europeo deve essere censurata innanzi al giudice amministrativo mediante azione di annullamento**, posta l'assenza - nella disposizione che sancisce la nullità dell'atto amministrativo (art. 21 septies L. n. 241/1990) di qualsivoglia riferimento al contrasto tra il provvedimento emesso e il diritto UE.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 2 luglio 2018 n. 4039 - Appalti – Sul possesso del requisito della regolarità contributiva nella vigenza del nuovo Codice** – Ricordato che, secondo l'attuale impianto codicistico, **il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della presentazione della domanda e permanere per tutta la durata della procedura**, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che **deve ritenersi ammessa la partecipazione alla gara dell'operatore che, raggiunto da un preavviso di DURC negativo, abbia entro il termine per la presentazione dell'offerta provveduto alla regolarizzazione della propria posizione contributiva anche mediante richiesta di rateizzazione.**

**Tar Campania - Napoli – sez. V, sentenza dell'11 luglio 2018 n. 4600**

– Appalti – *Sull'inderogabilità delle voci di costo attinenti direttamente al costo del lavoro* – Con la recente sentenza, i Giudici campani hanno affermato che **non tutti valori di costo contenuti nelle Tabelle ministeriali possono essere considerati come derogabili**. In particolare, il Collegio ha rilevato **l'inderogabilità delle voci attinenti in maniera diretta al costo del lavoro e, nella specie, quella contemplante le ore mediamente lavorate**. Ciò in quanto, è stato precisato, si tratta di un valore contenente una stima (necessariamente presuntiva) di un numero di ore annue che, a vario titolo, non saranno lavorate, con la conseguenza per cui rispetto a tale valore nemmeno l'impresa può verosimilmente provvedere ad un calcolo differente e – nella specie – minore. Ne deriva, allora, **l'inderogabilità del valore previsto nella tabella, che non può essere modificato e successivamente giustificato mediante il ricorso a mere dichiarazioni rilasciate dal legale rappresentante dell'impresa**.

**Tar Puglia - Bari – sez. I, sentenza del 10 luglio 2018 n. 1065** – Appalti – *Sulla natura dell'obbligo di versamento del contributo ANAC e sulle conseguenze dell'omissione dello stesso* – In linea con l'orientamento affermatosi in materia, il Tar ha ribadito che **l'avvenuto versamento del contributo Anac** deve essere definito come una **condizione di ammissibilità dell'offerta**, con la conseguenza per cui l'**omissione** dello stesso non può che comportare **l'esclusione del concorrente**, non potendo detta carenza essere sanata in un momento successivo alla presentazione dell'offerta.

**Tar Campania - Napoli – sez. III, sentenza del 10 luglio 2018 n. 4563** – Appalti – *Sulla qualificabilità in termini di interesse legittimo della posizione dell'aggiudicatario in ordine alla stipula del contratto* – Con la sentenza il esame il Tar ha affermato **la posizione dell'aggiudicatario in ordine alla stipula del contratto deve essere qualificata in termini di interesse legittimo**, con la conseguenza per cui **in caso di inerzia della S.A., lo stesso potrà agire avverso il silenzio ai fini dell'ottenimento di una pronuncia dichiarativa dell'obbligo dell'Amministrazione a provvedere**, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

**Tar Lazio - Roma – sez. III bis, sentenza del 9 luglio 2018 n. 5139** – Appalti – *Sul contenuto del contratto di avvalimento di garanzia* – Con tale pronuncia i Giudici capitolini hanno confermato che **il contratto di avvalimento di garanzia deve contenere la dichiarazione dell'ausiliaria redatta in modo tale da far emergere il concreto impegno di quest'ultima a mettere a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse economiche necessarie alla partecipazione alla gara**, non potendosi – viceversa – considerare validi ai fini della partecipazione alla gara i contratti del tutto generici, dai quali la prefata disponibilità dell'impresa ausiliaria non sia desumibile. Ciò detto, il Collegio ha, altresì, rilevato che **l'indagine circa l'efficacia di detto contratto va accertata in concreto mediante l'analisi del contenuto dello stesso**.

**Tar Campania - Napoli – sez. VI, sentenza del 9 luglio 2018 n. 4541** – Appalti – *Sull'ambito di applicabilità del principio di rotazione* – Il Tar campano, ribadito che nell'ambito degli appalti sotto soglia **il**

**principio di rotazione deve essere inteso come regola generale a tenore della quale è precluso l'invito del gestore uscente alla nuova procedura di gara**, ha precisato che lo stesso deve ritenersi **operante anche nel caso in cui il precedente appalto venga modificato nel senso di affidare solamente una parte del servizio precedentemente gestito**. Ciò in quanto, ha affermato il Collegio, la messa a gara anche di una sola porzione del vecchio appalto costituisce circostanza idonea a far sorgere il prefato divieto, nell'ottica di evitare il rischio della creazione di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 27 giugno 2018, n. 3946 – Servizi interesse generale&Organismi partecipati – Sulla legittimità del passaggio dalla società di capitali all'azienda speciale** – Dopo i giudici contabili (cfr. il parere della Corte dei Conti, sezione centrale autonomie, 21 gennaio 2014, n. 2,) anche il Consiglio di Stato ha considerato **ammissibile il passaggio c.d. regressivo da società di capitali ad azienda speciale**. Ciò ha fatto sia in considerazione della **non tassatività delle fattispecie elencate nell'art. 2500 septies c.c.**, sia **in virtù della compatibilità con le disposizioni pubblicistiche**, che tendono ad uniformare il regime delle società *in house* e delle aziende speciali quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica e di controllo da parte della p.a. di riferimento.

**Tar Lazio – Roma, sez. II bis, sentenza del 6 luglio 2018, n. 7524 – Servizi interesse generale&Organismi partecipati – Sui presupposti necessari per l'affidamento diretto del servizio ad una società mista e sui criteri di scelta del socio privato** – Con la pronuncia in esame, il Tar Lazio ha ricordato che le regole applicative che presiedono l'affidamento diretto di servizi a società miste pubblico-private per le quali vi sia stata (come nella fattispecie oggetto di giudizio) una previa gara c.d. "a doppio oggetto" per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio, sono state indicate dalla giurisprudenza europea e nazionale. In particolare è stato rilevato come **uno dei requisiti fondamentali richiesti dalla normativa è che l'oggetto della gara (c.d. "a doppio oggetto") sia predeterminato e non genericamente descritto**, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza. Orbene, il Collegio **non** ha ritenuto tale requisito **sussistente qualora l'originario bando per la scelta del socio sia del tutto generico ed onnicomprensivo**, idoneo a far ricadere, potenzialmente, qualsiasi servizio nel suo perimetro, e, conseguentemente, del tutto inidoneo a integrare i requisiti per l'affidamento diretto dello specifico servizio oggetto del giudizio.

Al contempo il Collegio ha ribadito che **i criteri di scelta del socio privato di una società mista si devono riferire non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire**, cosicché la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo.

**Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per le Marche, Deliberazione del 12 luglio 2018 n. 32 – Enti Locali – Sulla destinazione dei proventi derivanti dall'alienazione del patrimonio immobiliare** – Con la recente deliberazione, la Corte dei Conti ha

confermato che **i proventi dell'alienazione del patrimonio immobiliare sono soggetti – per espressa previsione normativa – a vincolo di destinazione e devono, perciò, essere collocati nell'ambito delle risorse volte alla riduzione dell'indebitamento.** Ciò ricordato, il Collegio ha precisato che detto **vincolo** deve ritenersi **cogente anche laddove la somma destinata all'estinzione anticipata dei prestiti non venga utilizzata nell'anno in corso** in ragione della sua modesta entità, **ben potendo l'Amministrazione attingervi negli esercizi successivi.**

**Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 9 luglio 2018 n. 4159 – Edilizia&Urbanistica – Sulla natura e la funzione degli oneri concessori** – Nel dare seguito al proprio orientamento, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che **gli oneri di urbanizzazione sono dovuti dal privato edificante a prescindere dall'effettiva esistenza delle opere nonché dalla misura delle spese sostenute dall'Amministrazione** ai fini della loro realizzazione, trovando **giustificazione solamente nel beneficio che il privato trae dalla possibilità di costruire in una determinata zona.**

**Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 5 luglio 2018 n. 4123 – Edilizia&Urbanistica – Sulla giurisdizione in materia di accertamento della debenza dei contributi di costruzione e sull'individuazione del termine di prescrizione del contributo** – In coerenza con le precedenti pronunce rese in materia, il Consiglio di Stato ha affermato che **ove si controverta in tema di sussistenza dell'obbligazione pecuniaria relativa agli oneri di costruzione, la giurisdizione si radica in capo al giudice amministrativo.** Ciò ribadito, il Collegio ha, altresì, rilevato che ai fini **dell'individuazione del dies a quo della decorrenza del termine di prescrizione del contributo occorre avere riguardo alla data di rilascio del titolo abilitativo** e non anche all'ultimazione dei lavori. Detto ultimo momento rileva, infatti, unicamente ai fini dell'applicazione della sanzione per omesso pagamento dei contributi concessori.