

NEWSLETTER N. 14 ANNO III

15 – 31 luglio 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 24 luglio 2017, n. 3647 - servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Società Partecipate – Sull'insussistenza in capo al socio privato di una società mista dell'interesse ad agire avverso gli atti della P.A. ad esso pregiudizievoli – Con la recente pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che **in capo al socio privato (nel caso di specie, di minoranza) di una società mista non sussiste l'interesse ad agire avverso gli atti pregiudizievoli adottati dall'Amministrazione che detiene la partecipazione** (che, nel caso di specie, aveva deliberato lo scioglimento della società). In particolare, il Collegio ha osservato che l'interesse legittimo del socio commerciale non può essere considerato autonomo rispetto a quello della società, con la conseguenza per cui **le censure avverso l'operato della P.A. non possono essere individualmente fatte valere innanzi al Giudice Amministrativo.** (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

Tar Lazio - Roma, sez. II, del 27 luglio 2017, n. 3647 - Appalti – Sull'individuazione della durata del contratto – Con tale pronuncia il Tar ha affermato che **ai fini dell'individuazione della durata del contratto di affidamento del servizio, occorre fare esclusivo riferimento a quanto statuito dall'Amministrazione nel bando di gara.** Ne consegue che, nel caso in cui la legge di gara abbia espressamente stabilito la durata del contratto fissandola in determinate annualità (nel caso di specie si trattava del servizio di mensa scolastica per gli AA.AA. 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017), alla scadenza delle stesse deve ritenersi legittima l'indizione di una nuova procedura di selezione del contraente, a nulla rilevando che l'impresa uscente abbia svolto il servizio per un tempo inferiore (per aver avviato la fornitura successivamente al 2014). Insomma, a rilevare non è la durata triennale del servizio, bensì le annualità rispetto alle quali l'Amministrazione ha espresso la propria volontà di impegnarsi attraverso la procedura di gara. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 luglio 2017 n. 3698 - Appalti- Sul dovere della S.A. di acquisire d'ufficio i documenti di cui già in possesso – I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa, **le**

Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica sono tenute ad acquisire d'ufficio la documentazione – necessaria in sede di istruttoria – che sia già nella propria disponibilità. Ne consegue che nel caso in cui l'affidataria uscente, nel partecipare alla nuova gara, non fornisca l'attestazione del buon esito del compimento del servizio oggetto della procedura (che è poi il medesimo che la stessa ha già svolto per la S.A.), non è dato - legittimamente - procedere all'esclusione di detto concorrente, gravando sulla S.A. l'onere di produzione di tale attestazione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 18 luglio 2017, n. 3545 – Appalti – Sul requisito di moralità professionale – Con la sentenza in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato come, in ipotesi di aggiudicazione della procedura ad un'impresa il cui precedente amministratore risulti destinatario di una condanna penale, **il requisito della moralità professionale dell'operatore economico non viene messo in discussione – con conseguente legittimità dell'aggiudicazione – nel caso in cui il medesimo dia prova di aver tempestivamente posto in essere tutti gli atti di dissociazione rispetto alla condotta criminosa che vengano richiesti e ritenuti sufficienti dalla S.A.** E' stato altresì precisato che la valutazione compiuta – in tale materia – dalla S.A. resta insindacabile dal G.A. con il solo limite della contraddittorietà ed irrazionalità.

Tar Lombardia – sede di Milano, sez. I, del 26 luglio 2017, n. 1677 - Appalti – Sulla risarcibilità del danno da mancata aggiudicazione – Con tale pronuncia il Tar ha rilevato che nel caso in cui unitamente all'annullamento dell'aggiudicazione venga richiesta la condanna della S.A. al **risarcimento del danno**, quest'ultimo dovrà essere **riconosciuto all'impresa ricorrente nel caso in cui l'aggiudicazione venga annullata e, al contempo, venga accertata la spettanza del bene della vita – aggiudicazione in capo al ricorrente.** Ciò in quanto si deve ritenere che, in tale ipotesi, l'impresa istante, per effetto dell'operato illegittimo dell'Amministrazione, abbia subito un danno ingiusto consistente nella lesione della sua legittima aspettativa di benefici e vantaggi economici e professionali, risarcibile nella misura dell'utile effettivo stimato desumibile dall'offerta presentata dalla ricorrente e liquidabile da giudice anche in via equitativa.

Tar Basilicata, sez. I, ordinanza del 25 luglio 2017, n. 525 - Appalti – Sull'onere di indicazione separata dei costi della sicurezza secondo il Nuovo Codice: rimessione della questione alla Corte di Giustizia – I Giudici lucani hanno **rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità con il**

diritto europeo della disciplina del Nuovo Codice degli Appalti che prevede che la mancata indicazione separata degli oneri della sicurezza comporta, anche nel silenzio della *lex specialis*, l'esclusione dell'impresa, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio. In particolare, nell'ordinanza di remissione il Collegio ha posto l'accento sull'ipotesi in cui, pur in mancanza di tale indicazione, dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza.

Tar Campania - Napoli, sez. I, del 24 luglio 2017, n. 3933 - Appalti – Sui limiti di applicabilità del criterio della c.d. doppia riparametrazione – Con la sentenza in esame è stato affermato che, posta la *ratio* del **criterio della c.d. doppia riparametrazione** (*i.e.* garantire l'equilibrio tra elementi qualitativi ed economici delle offerte), lo stesso **può essere adottato solamente laddove sia la legge di gara a prevederlo espressamente.** Ciò in quanto, è stato osservato, non si rinviene nella normativa vigente alcuna previsione che disponga la generale e doverosa applicazione di detto criterio, con la conseguenza per cui, nel silenzio della *lex specialis*, lo stesso **non può essere introdotto facoltativamente dalla Commissione come modalità di apprezzamento delle offerte.**

Tar Veneto, sez. III, del 21 luglio 2017, n. 731 - Appalti – Sui casi di immediata impugnabilità delle clausole della *lex specialis* – Con tale pronuncia i Giudici veneti, in linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, hanno **confermato che le clausole della legge di gara possono ritenersi immediatamente impugnabili solamente laddove impediscano la partecipazione dell'impresa alla procedura, così ledendo in via immediata la posizione della stessa.** Nel far ciò, il Collegio ha altresì rilevato che laddove l'aspirante sviluppi **censure contro clausole di *lex specialis* solo potenzialmente lesive** (e.g. criteri di aggiudicazione; modalità di valutazione delle offerte), lo stesso **non potrà – pena l'inammissibilità dell'azione per carenza di interesse – impugnare la legge di gara, dovendo attendere il provvedimento di aggiudicazione.**

Tar Campania - Napoli, sez. VIII, del 21 luglio 2017, n. 3899 - Appalti – Sull'illegittimità della clausola di *lex specialis* che impedisca la formulazione di offerte consapevoli – Con la sentenza in commento il Tar ha affermato **l'illegittimità della clausola del bando che renda – di fatto – impossibile la formulazione consapevole dell'offerta.** Nel far ciò, il Collegio ha reputato tale la previsione della legge di gara indetta dal Comune per l'affidamento della gestione del servizio di riscossione dei tributi locali, che

disponga che all'Amministrazione debba essere garantito un importo annuale minimo pari ad una percentuale delle somme iscritte al Bilancio comunale.

Tar Liguria, sez. II, del 21 luglio 2017, n. 640 - Appalti – Sui casi in cui l'impresa entrante non è legittimata a sostituire il CCNL applicabile ai dipendenti – Ripercorsa la normativa vigente in materia di CCNL e clausole sociali e dato atto della giurisprudenza affermatasi sul punto, i Giudici liguri hanno affermato che **nel caso in cui la legge di gara contenga una clausola sociale che preveda espressamente l'applicazione di un determinato CCNL, l'impresa entrante non può ritenersi legittimata a sostituire lo stesso con altro contratto**. Ed infatti, è stato osservato, tale operazione si rivelerebbe violativa della *par condicio* dei concorrenti che, nel ritenere tale clausola impeditiva di modificazioni, hanno dovuto formulare un'offerta meno vantaggiosa rispetto all'impresa che ha optato per detta sostituzione.

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, del 19 luglio 2017, n. 8704 - Appalti – Sui limiti di applicabilità della disciplina del c.d. rito superaccelerato e sull'avvalimento infragruppo – Il Tar Lazio ha affermato che, posta la natura eccezionale della **disciplina del rito superaccelerato** (art. 120 comma II bis c.p.a.), la stessa **deve essere intesa come di stretta applicazione**, con la conseguenza per cui **nell'ipotesi di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del Committente, non potrà ritenersi adottabile**. Sotto altro aspetto, il Collegio ha osservato come, nella vigenza del Nuovo Codice, **in caso di avvalimento infragruppo è obbligatoria la produzione del contratto di avvalimento**. Cionondimeno, è stato precisato che tale produzione potrà avvenire **anche in sede di soccorso istruttorio a patto che il contratto sia stato stipulato in data antecedente alla presentazione dell'offerta**.

Tar Puglia - Bari, sez. III, del 18 luglio 2017, n. 828 - Appalti – Sulla rilevanza del contratto nei gravi illeciti professionali secondo Nuovo Codice – Con tale sentenza è stato rilevato che nella vigenza del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, i “gravi illeciti professionali” rilevano nella misura in cui siano stati commessi nell'ambito dell'esecuzione di un contratto. Ne deriva che nel **caso di revoca dell'aggiudicazione intervenuta prime della stipula, ovvero a seguito della stessa con conseguente risoluzione anticipata del contratto comunque contestata in giudizio, tali ipotesi non debbano essere qualificate come carenze significative comportanti l'esclusione**.

Consiglio di Stato sez. V, del 18 luglio 2017 n. 3554 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Sulla natura ordinaria dell'affidamento in house e sulla verifica del requisito del controllo analogo – Il Consiglio di Stato ha rilevato come, a fronte degli ultimi interventi normativi e della Corte Costituzionale, **l'affidamento in house** non possa considerarsi eccezionale, costituendo – alla ricorrenza delle condizioni prescritte *ex lege* – una **modalità ordinaria dell'affidamento del servizio**. Inoltre, è stato rilevato, **la decisione dell'Amministrazione di ricorrere a tale strumento non soggiace al sindacato del giudice amministrativo se non nelle ipotesi di illogicità manifesta e/ macroscopico travisamento dei fatti**. Sotto ulteriore aspetto, il Collegio ha ribadito che nel caso in cui l'affidamento segua all'istituzione di una società di capitali da parte di più enti, **la verifica del controllo analogo andrà eseguita secondo un criterio sintetico, nel senso di considerare quello esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità**, al di là della posizione di ogni singola Amministrazione.

Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili, ordinanza del 18 luglio 2017 n. 17705 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Società Partecipate – Sul riparto di giurisdizione in materia di revoca dell'amministratore di una società partecipata – Le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato che **le controversie aventi ad oggetto la revoca di un amministratore di una società partecipata rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario**. Ciò in quanto **tale atto viene compiuto dall'Amministrazione nell'ambito dei poteri discendenti dalla propria qualità di socio** e non anche nell'esercizio del potere amministrativo.

Corte dei Conti – Sezione Regionale per il Controllo Valle d'Aosta, Deliberazione del 14 luglio 2017 n. 7 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Società Partecipate – Sulle ipotesi di inconfiribilità dell'incarico di amministratore ai dipendenti della P.A. e della società controllante – La Corte dei Conti ha osservato come **l'inconfiribilità dell'incarico di amministratore della società controllata** è disciplinata in maniera differente a seconda che si tratti di un dipendente dell'Amministrazione titolare della partecipazione ovvero della società controllante. Ed infatti, è stato evidenziato, a tenore di quanto tassativamente disposto dal Testo Unico Partecipate (art. 11 comma 8), **a fronte del divieto previsto per i dipendenti della P.A., il personale della società controllante può assumere detto incarico a condizione che riversi i relativi compensi alla società di appartenenza**.

Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili, dell’11 luglio 2017 n. 17113 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati-Servizio Rifiuti – *Sulla natura tributaria dell’addizionale regionale alla TIA2* – Ripercorsa l’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di natura delle tariffe in materia ambientale, le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato la **natura tributaria dell’addizionale regionale alla TIA2** (Tariffa di Igiene Ambientale). Nel far ciò, il Collegio ha evidenziato come, nonostante alla richiamata tariffa principale non sia attribuita tale natura, l’addizionale regionale viene viceversa **ex lege (D. Lgs n. 505/1992) definita come tributo annuale dovuto a fronte dell’esercizio di funzioni amministrative di interesse provinciale ed è riscossa mediante un sistema tipico delle pretese tributarie.**

Tar Piemonte, sez. II, del 24 luglio 2017, n. 886 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Società Partecipate – *Sulla sussistenza del diritto di accesso “civico” alle deliberazioni del CdA di una società di servizi a controllo pubblico* – Con la sentenza in esame il Tar ha affermato che **gli atti organizzativi e di gestione di una società sottoposta a controllo pubblico sono ex lege soggetti agli obblighi di trasparenza e, perciò, devono ritenersi ostensibili a fronte delle istanze di accesso “civico”** presentate.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Lombardia, del 22 luglio 2017, n. 91 – Responsabilità Amministrativa – *Sui presupposti per l’affidamento a terzi di incarichi dirigenziali a tempo determinato* – La Corte dei Conti, ricordato che **gli incarichi dirigenziali possono essere conferiti a soggetti estranei all’Amministrazione solo al ricorrere di determinate circostanze** (l’aver svolto almeno per un quinquennio funzioni dirigenziali presso altri Enti; l’essere in possesso di elevatissimi requisiti di professionalità ed esperienza; il provenire da determinati ambiti lavorativi), ha rilevato che **nel caso sottoposto al proprio esame tali condizioni non potevano considerarsi ricorrenti, con ciò condannando gli autori del conferimento al risarcimento del danno erariale** subito dell’Ente.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Lombardia, del 4 luglio 2017, n. 102 – Responsabilità Amministrativa – *Sulla configurabilità del danno erariale in caso di affidamento ad un legale esterno di un incarico avente ad oggetto un pretesa palesemente inammissibile e/o infondata* – Con tale pronuncia i Giudici lombardi hanno affermato la **configurabilità del danno erariale nell’ipotesi di affidamento – da parte della Giunta**

regionale – di un incarico avente ad oggetto una domanda giudiziale inammissibile oltre che infondata. In particolare, il Collegio ha osservato che in tali casi deve non può che rinvenirsi un nesso eziologico tra la condotta dei dipendenti (sorretta dall'elemento psicologico almeno della colpa grave) e l'esborso ingiustamente sostenuto dall'Amministrazione, con conseguente condanna dei primi al risarcimento del pregiudizio subito in proporzione al grado di incidenza del contegno assunto da ognuno di loro.

Corte di Cassazione, Sesta Sezione Penale, del 20 luglio 2017, n. 35901 – Enti Locali – Sulle conseguenze del ricorso arbitrario allo strumento della revoca dell'assessore – Evidenziato che **lo strumento della revoca della carica di assessore risponde a finalità squisitamente pubblicistiche e politiche**, la Cassazione ha affermato che **l'utilizzo arbitrario dello stesso da parte del Sindaco**, che minacciando la revoca della carica induce l'assessore a compiere atti a vantaggio del primo cittadino, **può condurre all'integrazione della fattispecie criminosa della concussione, in cui la nozione di "vantaggio" va intesa in senso ampio e comprensivo anche dei benefici di natura politica.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 17 luglio 2017, n. 17618 – Enti Pubblici – Sul riparto di giurisdizione in materia di risarcimento del danno causato dalla realizzazione di un'opera pubblica – Le Sezioni Unite di Cassazione, in linea con quanto già statuito in precedenti sentenze, hanno confermato che in caso di domanda di **risarcimento del danno subito dalla proprietà di un fondo per effetto della realizzazione di un'opera pubblica nel fondo contiguo, la giurisdizione** si radicherà in capo al giudice ordinario ovvero amministrativo **a seconda delle censure sollevate dal privato.** In particolare, è stato rilevato, nell'ipotesi di **contestazione della realizzazione stessa dell'opera**, la domanda andrà proposta innanzi al **giudice amministrativo** in quanto afferente alla manifestazione del potere pubblico. Viceversa, nel caso in cui la causa del danno sia rintracciata nelle **concrete modalità di esecuzione dell'opera**, l'azione rientrerà nella **giurisdizione ordinaria.**

News

Con il Parere n. 1703 del 18 luglio 2017, il Consiglio di Stato si è espresso sulle Linee Guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione del Bando, in materia di servizi e forniture di servizi ritenuti infungibili.

Il documento è consultabile e scaricabile al seguente link:

https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntmy/~edisp/nsiga_4415564.pdf

In vista della scadenza del 30 settembre 2017, la Corte dei Conti – Sezione delle Autonomie ha - con Delibera n. 19/2017/SEZAUT/INPR del 21 luglio 2017 - pubblicato con Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all'art. 24, D.lgs. n. 175/2016.

Di seguito il link per scaricare la deliberazione:

http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez_autonomie/2017/delibera_19_sezaut_inpr_2017_e_linee_guida.pdf