

# NEWSLETTER N. 18 ANNO III

15 - 31 ottobre 2017



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

## In evidenza

**Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 23 ottobre 2017 n. 10584 - Appalti – Sulla sufficienza del punteggio numerico nelle gare da aggiudicare secondo in criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa** – In conformità a quanto stabilito dalla costante giurisprudenza, il Tar ha affermato che **nelle gare da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’attribuzione del solo punteggio numerico in relazione ai vari elementi dell’offerta deve ritenersi sufficiente nei casi** – come quello sottoposto all’esame del Collegio – **in cui i criteri di valutazione** siano adeguatamente dettagliati, e **consentano**, perciò, **che l’attribuzione del voto numerico** (stabilito nel minimo e nel massimo) **dimostri la logicità e la congruità del giudizio tecnico reso.** (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Stazione Appaltante)

**Tar Campania - Napoli, sez. I, del 26 ottobre 2017 n. 5020 e Tar Campania – Salerno, sez. I, n. 1527 del 25 ottobre 2017, - Appalti – Omessa indicazione degli oneri di sicurezza nella vigenza del Nuovo Codice: ancora contrasti giurisprudenziali** – Si segnalano le due pronunce dei Tribunali campani, che intervenendo nuovamente in materia di omessa indicazione degli oneri della sicurezza, hanno reso interpretazioni antitetiche della normativa *de qua*. In particolare, il Tar Napoli ha affermato **l’illegittimità dell’esclusione del concorrente** (nella specie un R.t.i.) **che, pur avendone tenuto conto nella formulazione dell’offerta, abbia formalmente omesso di indicare separatamente gli oneri della sicurezza ove tale indicazione, sia richiesta dalla legge di gara, ma non a pena di esclusione.** Ad avviso del Collegio, in casi come quello sottoposto al suo esame, **la S.A. è tenuta, prima di procedere all’esclusione, ad attivare la procedura di soccorso istruttorio.** Ciò in quanto, è stato osservato, benché il Nuovo Codice non contempli l’apertura di detto procedimento, **le disposizioni vigenti nella materia *de qua* devono, comunque, essere interpretate conformemente a quanto rilevato dalla giurisprudenza europea, che ha evidenziato la preminenza del dato sostanziale dell’effettiva considerazione di tali costi nella formulazione dell’offerta su quello formale della separata indicazione degli stessi.**

A fronte di ciò, con **sentenza n. 1527 del 25 ottobre 2017**, il **Tar Campania – Salerno** ha affermato esattamente il contrario di quanto ritenuto dal Collegio partenopeo, evidenziando come **le disposizioni**

## Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

**introdotta dal Nuovo Codice** (artt. 95 comma X e 83 comma IX) **impongano l'esclusione immediata del concorrente anche in caso di omissione meramente formale dell'indicazione degli oneri, restando precluso il ricorso al soccorso istruttorio.**

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 27 ottobre 2017, n. 25644 – *Appalti* - *Sulla natura della responsabilità derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione e del contratto* – Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha affermato **la natura contrattuale – da contatto sociale – della responsabilità amministrativa discendente dall'annullamento dell'aggiudicazione e del relativo contratto.** Ciò in quanto la **vicenda** annullatoria di tali atti deve essere intesa come **produttiva di obblighi** non “di prestazione” (suscettibili di generare responsabilità aquiliana), ma **“di protezione e informazione”, la cui violazione comporta l'insorgere di responsabilità contrattuale.** Ne deriva, allora, che l'azione di risarcimento può essere proposta nel **termine di prescrizione decennale.**

Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere del 19 ottobre 2017, n. 2163 - *Appalti*- *Sui criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione all'albo nazionale* – A seguito delle modifiche apportate in materia dal Decreto correttivo del Nuovo Codice, il Consiglio di Stato è nuovamente intervenuto in sede consultiva sulla disciplina dei criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici. Nel far ciò, richiamando i rilievi già compiuti nel parere precedentemente reso (parere n. 1919/2016), il Collegio ha rilevato **l'opportunità di differenziare, all'interno dell'Albo, gli esperti “esterni” e “interni” alle SS.AA., al fine di assicurare la scelta di componenti effettivamente idonei nelle gare ad alto contenuto scientifico, tecnologico ed innovativo.** Inoltre, con particolare riferimento a detto tipo di procedure, il Consiglio di Stato ha evidenziato **la necessità di esplicitare delle ipotesi esemplificative di appalti altamente complessi, così da agevolare le Amministrazioni nella qualificazione delle gare.** In tema, poi, di **compensi dei Commissari,** il Collegio ha sollecitato la **pronta adozione del decreto ministeriale di determinazione degli stessi.**

**Consiglio di Stato, sez. VI, del 17 ottobre 2017 n. 4803 - Appalti-Sul metodo di calcolo aritmetico della soglia di anomalia –** Il Consiglio di Stato ha ribadito, nei termini che seguono, i passaggi da seguire al fine del calcolo della c.d. “soglia di anomalia”:

- a)** predisposizione dell’elenco delle offerte in ordine crescente dei ribassi;
- b)** calcolo del 10% delle offerte ammesse e arrotondamento di tale valore all’unità superiore;
- c)** accantonamento in via provvisoria di un numero di offerte pari a quello risultante sub b) sia per il minor ribasso che per il maggior ribasso (c.d. taglio delle ali);
- d)** calcolo della media aritmetica dei ribassi effettuati nelle offerte che restano dopo l’operazione sub c);
- e)** calcolo – nell’ambito delle offerte che restano dopo il “taglio delle ali” - della differenza tra tali ribassi e la media calcolata sub d);
- f)** calcolo della media aritmetica delle differenze sub e);
- g)** somma tra la media sub d) e la media sub f). Tale ultimo valore costituisce la soglia di anomalia.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 16 ottobre 2017 n. 4788 - Appalti-Sui riflessi del principio di tassatività delle cause di esclusione in caso di mancata previsione da parte della legge di gara di un adempimento dichiarativo a pena di esclusione–** Con tale sentenza è stato ribadito che la mancata espressa previsione di una sanzione espulsiva all’interno della *lex specialis*, comporta – per il principio di tassatività delle cause di esclusione - l’impossibilità di procedere all’esclusione del concorrente. In applicazione di detto canone, il Collegio ha affermato **l’illegittimità della sanzione espulsiva disposta a carico di un operatore economico che, nell’ambito delle dichiarazioni di moralità professionale, abbia omesso di produrre le stesse con riferimento agli amministratori di un’azienda di cui aveva acquisito un ramo, in assenza di una specifica previsione di obbligatorietà di detta dichiarazione a pena di esclusione (posta, comunque, l’effettiva sussistenza di detti requisiti in capo ai richiamati soggetti).**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 16 ottobre 2017 n. 4787 - Appalti-Sui presupposti di legittimità del diniego di aggiudicazione definitiva –** In conformità all’indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia, il Consiglio di Stato ha affermato **la legittimità del provvedimento di diniego di aggiudicazione definitiva per mancata convenienza dell’offerta precisando, comunque, che a tale fine è necessaria la presenza, nella legge di gara, di una clausola che espressamente facoltizzi l’Amministrazione a non**

**procedere ad aggiudicazione ove non lo ritenga conveniente, nonché la accertata mancanza di disponibilità dell'aggiudicatario provvisorio a procedere ad una rimodulazione migliorativa del prezzo offerto ovvero ad un perfezionamento dell'offerta tecnica.**

**Tar Calabria, sez. I, del 25 ottobre 2017, n. 1600 - Appalti – Sull'assunzione del rischio quale elemento qualificante della concessione di servizi** – Richiamate la legislazione e la giurisprudenza europee, il Tar ha confermato che **l'elemento principale che differenzia le concessioni di servizi dagli appalti di servizi è ravvisabile nell'assunzione del rischio imprenditoriale che l'operatore economico assume nell'ambito delle concessioni.** Ciò premesso il Collegio ha, altresì, precisato che **tale “rischio imprenditoriale” deve essere definito come rischio di esposizione all'alea del mercato, all'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo del servizio, oppure, ancora, allo squilibrio tra domanda ed offerta.** Viceversa, è stato evidenziato, **non rientra nel in detto “rischio” quello legato alla cattiva gestione ovvero ad errori di valutazione commessi dall'operatore,** che, come tali, rientrano nel normale rischio di impresa. Sulla base di dette coordinate, i Giudici hanno affermato che nelle concessioni di servizi, mentre incombe sulla S.A. l'onere di stima ed indicazione del valore della concessione, **l'operatore resta libero di formulare l'offerta al di là di quanto indicato dall'Amministrazione e sulla base della propria previsione dei ricavi,** assumendo il rischio economico derivante dall'eventuale errore di stima.

**Tar Campania – Napoli, sez. V, del 24 ottobre 2017, n. 4995 - Appalti – Sull'illegittimità del criterio del prezzo più basso negli appalti ad alta densità di manodopera** – D'accordo con la giurisprudenza di legittimità affermatasi in materia, il Tar ha confermato **l'illegittimità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso nel caso di appalti ad alta densità di manodopera.** In tale casi, infatti, ha affermato il Collegio, **l'aggiudicazione della gara non può che avvenire mediante il diverso – ed oggi generale – criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.** Tale illegittimità, è stato precisato, deve essere fatta valere dal concorrente che si ritenga lesa mediante impugnazione del bando di gara.

**Tar Sardegna, sez. V, del 23 ottobre 2017, n. 664 - Appalti – Sul grado di necessaria competenza tecnica dei commissari di gara** – Con tale sentenza il Tar ha rilevato come **la necessaria competenza tecnica dei componenti della Commissione di gara deve essere**

**intesa nel senso che gli stessi devono essere esperti dell'area di attività in cui ricade l'appalto, ma non anche degli specifici aspetti contemplati dallo stesso.** Ed infatti, è stato osservato, il carattere collegiale dell'organo è finalizzato a garantire una competenza ad ampio spettro sulle tematiche di gara, non esigendosi, d'altro canto, una conoscenza particolareggiata di ogni dettaglio da parte di ciascun componente.

**Tar Lazio – Roma, sez. III quater, del 20 ottobre 2017, n. 10561 - Appalti – Sui limiti della differibilità dell'accesso nelle procedure di gara aggiudicate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** – I Giudici capitolini hanno ribadito che **l'impugnabilità del provvedimento di ammissione ed esclusione dal prosieguo della procedura nei trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione, rende concreto, diretto ed attuale l'interesse dei concorrenti ad esercitare il diritto di accesso agli atti ai fini della predisposizione delle proprie difese.** Ne deriva **l'ammissibilità delle istanze presentate e la generale doverosità di evasione delle stesse, eccezion fatta per i dati tecnici** contenuti nelle offerte presentate nell'ambito delle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **che restano coperti da segreto industriale e/o commerciale.**

**Tar Campania – Napoli, sez. VIII, del 19 ottobre 2017, n. 4884 - Appalti – Sulla decorrenza del termine di impugnazione, sull'organo competente alla verifica dell'anomalia dell'offerta e sul relativo procedimento** – Con la recente pronuncia, i Giudici campani hanno affermato che **nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione non venga pubblicato sul profilo del committente, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dello stesso decorre dalla ricezione mediante p.e.c. o, comunque, dall'avvenuta conoscenza dello stesso.** Sotto differente profilo, il Collegio ha rilevato che le disposizioni del **Nuovo Codice non prevedono alcun trasferimento di competenza della verifica di anomalia dell'offerta dal RUP alla Commissione giudicatrice.** Ne deriva, allora, che, **nelle gare da aggiudicarsi secondo il prezzo più basso il RUP procede autonomamente all'accertamento della congruità delle offerte, mentre ove il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lo stesso dovrà avvalersi del supporto della Commissione.** Sempre in materia di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, è stato evidenziato come **ben sia possibile che, benché il Nuovo Codice preveda una procedura semplificata, la stessa venga arricchita di ulteriori fasi di contraddittorio** in caso di sufficienza delle

giustificazioni e contestuale permanenza di dubbi che un ulteriore confronto potrebbe risolvere.

**Tar Toscana, sez. I, del 17 ottobre 2017, n. 1244 - Appalti – Sui criteri ambientali minimi** – Con la sentenza in esame, i Giudici toscani – disattendendo la tesi dell’impresa ricorrente – hanno affermato che in via generale **i criteri ambientali minimi (di cui al D.M. 25.07.2011) devono essere rispettati con riferimento non già all’intero valore dell’appalto, ma esclusivamente al 50% dello stesso**. Ciò posto, il Collegio ha osservato come, nella pratica, ai fini del rispetto di tali criteri l’offerente dovrà, dunque, formulare un’offerta conforme alle prescrizioni dettate in materia per almeno il 40% della metà del valore complessivo dell’appalto (dunque su un appalto di valore – e.g.- pari a € 10.000, il concorrente dovrà considerare la soglia minima del 40% sul valore di € 5.000).

**Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Deliberazione del 10 ottobre 2017 n. 269 – Appalti - Sulla natura degli incentivi per funzioni tecniche riconosciuti al personale delle SS.AA.** – La Sezione per le Autonomie, ricostruita l’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di incentivi c.d. tecnici, ha rilevato come **gli incentivi per le funzioni tecniche previsti dal Nuovo Codice dei contratti come attribuibili ai dipendenti dell’Ente in considerazione delle funzioni svolte, rivestono carattere retributivo e devono, perciò, essere compresi nelle voci di costo sottoposte ai vincoli relativi al contenimento della spesa pubblica per il personale**.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 24 ottobre 2017 n. 4902 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sulla natura non eccezionale dell’affidamento in house degli appalti di servizi** – Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada, dopo aver ricordato che non sussistono, nell’attuale quadro normativo, limitazioni alle modalità di affidamento in house di un servizio, **ha ribadito (cfr. Sez. V, del 22 gennaio 2015, n. 257) la natura ordinaria e non eccezionale dell’affidamento in house**, ricorrendone i presupposti, rilevando altresì come la relativa decisione dell’amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l’ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta. Al contempo è stata ulteriormente rammentata (cfr. Sez. V, del 18 luglio 2017, n. 3554) la chiara dizione del quinto “considerando” della direttiva 2014/24/UE, laddove prevede espressamente che *<nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi*

*che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva>.*

**Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Veneto, deliberazione del 24 ottobre 2017 n. 532/2017/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - *Sulla necessaria sufficienza ed adeguatezza del patrimonio conferito nelle fondazioni di diritto privato costituite da un Ente Locale* – Con l’interessante pronuncia in esame i Giudici Contabili, dopo aver ricordato che il rapporto finanziario tra ente locale e fondazione, si deve esaurire nell’atto costitutivo (salvo eventuali contributi, predeterminati da una specifica convenzione di servizio sulla base di un accertato e motivato interesse pubblico), hanno ricordato che **l’ipotesi di una contribuzione “a regime”, necessaria a colmare le perdite a cui la fondazione vada incontro e garantirne l’equilibrio economico-finanziario, non è conciliabile con l’istituto attivato dall’ente.****

**Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Lombardia, Deliberazione dell’11 ottobre 2017 n. 269 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Società partecipate - *Sull’impossibilità per il Segretario Comunale di ricoprire la carica di amministratore unico in una società interamente controllata dall’Amministrazione di appartenenza* – La Corte dei Conti, ricordato che dal momento della presa di servizio presso un Comune sorge tra il Segretario Comunale e l’Amministrazione un rapporto organico e di servizio a tempo determinato, ha affermato l’applicabilità a detta figura dell’incompatibilità con l’assunzione di incarichi direttivi e gestionali presso società partecipate dal Comune stesso. In particolare, il Collegio ha evidenziato **come il rapporto che lega il Segretario all’Amministrazione è assimilabile al rapporto di dipendenza, con la conseguenza per cui l’assunzione di una carica gestionale in società controllate potrebbe essere idoneo a far sorgere il conflitto di interessi.****

**Anac, Deliberazione dell’11 ottobre 2017 n. 1005 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Società partecipate – *Sulla compatibilità tra l’incarico di Direttore Generale e Presidente e Amministratore Delegato della medesima società partecipata* – Ricostruita la normativa vigente ed i precedenti dell’Autorità in materia di incompatibilità tra cariche nell’amministrazione di una società a controllo pubblico, l’Anac ha evidenziato **come la disciplina preveda tali incompatibilità esclusivamente qualora un medesimo soggetto rivesta una qualifica apicale nella società controllata e nell’Amministrazione****

**controllante.** Viceversa, ove si tratti di cariche della medesima società, le stesse devono ritenersi pienamente compatibili.

**Anac, Deliberazione dell'11 ottobre 2017 n. 976 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Servizio Idrico Integrato – Sul requisito del controllo analogo come qualificante un soggetto in house –** Adita in sede consultiva, l'Anac ha, con il parere in esame, ribadito che **ai fini della qualificabilità di un soggetto come in house providing, è necessario** – tra l'altro – **che sullo stesso l'Ente partecipante eserciti – anche congiuntamente ad altre Amministrazioni - un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.** Sulla base di tale principio l'Autorità ha manifestato importanti criticità nella gestione *in house* del servizio idrico integrato sardo, rilevando – tra l'altro - come il soggetto privato gestore sia partecipato in larga parte dalla Regione Sardegna (per circa il 70%) e per la restante parte dai Comuni aderenti. Ebbene, è stato osservato che la prefata sproporzione tra la partecipazione dell'uno e dell'altro Ente comporta necessariamente la parcellizzazione dei poteri dei Comuni che non potranno effettivamente esercitare il “controllo analogo” ed influire, pertanto, in maniera decisiva sulla gestione del servizio.

**Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Veneto, del 17 ottobre 2017, n. 120 – Responsabilità Amministrativa - Sull'inammissibilità dell'azione risarcitoria erariale in caso restituzione volontaria di quanto indebitamente percepito –** Con la sentenza in esame è stato rilevato che nel caso in cui, **a fronte di un'azione risarcitoria promossa dalla parte pubblica per indebita percezione di un finanziamento pubblico, il legittimato passivo del giudizio adempia spontaneamente all'obbligo di restituzione, non sarà più configurabile alcun danno erariale** di cui chiedere il ristoro, con conseguente **inammissibilità dell'atto di citazione per carenza di interesse.**

**Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, del 31 ottobre 2017 n. 25976 – Enti Pubblici – Sulla necessaria preventiva comunicazione del legale di fiducia da parte del dipendente ai fini del rimborso delle spese legali –** Con tale pronuncia, ribadito che ai fini dell'accesso di un dipendente al patrocinio legale a spese dell'Amministrazione di appartenenza, quest'ultima deve poter compiere una valutazione circa l'insussistenza di conflitti di interessi con il legale prescelto, che deve essere “*di comune gradimento*”, ha affermato che **ai fini dell'accesso a tale agevolazione, il dipendente è tenuto ad informare preventivamente l'Ente della scelta effettuata, non potendo, al contrario, nominare**

**unilateralmente un avvocato di fiducia e poi richiedere all'Amministrazione il rimborso delle spese sostenute.**

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 27 ottobre 2017 n. 4958 – Enti Pubblici – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di conferimento di incarichi all'esito di procedure interne all'Ente** – Il Consiglio di Stato ha declinato la propria giurisdizione in favore di quella del **giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti di assegnazione di incarichi di posizione organizzativa non dirigenziale emessi all'esito di una procedura di interpello riservata al personale interno dell'Ente** (nella specie si trattava dell'Agenzia delle Entrate). Ciò in quanto, ha affermato il Collegio, in tali casi il conferimento di incarico discende da un atto che l'Amministrazione compie **con i poteri del privato datore di lavoro**, non configurandosi, al contrario, alcun accesso del dipendente a categorie superiori (per cui sarebbe necessario l'espletamento di una procedura di selezione pubblica).

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 17 ottobre 2017, n. 8 – Edilizia&Urbanistica - Sui presupposti per l'annullabilità della concessione edilizia in sanatoria a seguito di un lungo lasso di tempo** – L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta in materia di annullabilità dei titoli edilizi in sanatoria a seguito di un considerevole lasso di tempo dal rilascio degli stessi significando che **l'intervento repressivo dell'abuso deve ritenersi legittimo solamente ove l'Amministrazione motivi lo stesso con riferimento ad un interesse non già generico (al ripristino della legalità), ma specifico e concretamente riferibile al caso di specie, tenendo, d'altra parte, conto degli interessi medio tempore acquisiti dal privato** destinatario del provvedimento demolitorio.

**Consiglio di Stato, sez. VI, del 30 ottobre 2017, n. 5018 – Edilizia&Urbanistica - Sui presupposti necessari per l'annullamento tardivo di una d.i.a.**– Con la recente sentenza, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che **ai fini della legittimità dell'annullamento tardivo di una d.i.a. l'Amministrazione è tenuta a rispettare tutte le garanzie procedurali**, formali e sostanziali. In particolare, il Collegio ha evidenziato **la necessità della comunicazione di avvio del procedimento, della tempestività dell'intervento** (che deve essere posto in essere entro un termine ragionevole, ad oggi normatizzato in diciotto mesi), **nonché di una motivazione basata su un interesse concreto, diverso dal mero ripristino della legalità.**

## News

Con il comunicato del 25 ottobre 2017, l'Anac ha reso nota **la proroga al 30 novembre 2017 del termine per la presentazione della domanda di iscrizione all'elenco Anac per gli affidamenti *in house*** di cui al punto 9.2 delle Linee guida ANAC n. 7.

Di seguito il link dove si può consultare e scaricare detto documento:

<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/ComunicatiPresidente/2017/com.pres.25.10.2017.pdf>