

NEWSLETTER N. 1 ANNO III

1 – 15 gennaio 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

Corte dei Conti, Sez. Giur. Lazio, del 10 gennaio 2017, n. 4- Servizi pubblici locali&Società partecipate- Affidamenti in house- Sulla non necessarietà del requisito del controllo analogo e sulla giurisdizione del Giudice Contabile- La Corte dei Conti Lazio, con la sentenza in commento, ha affermato la propria giurisdizione in un giudizio di responsabilità amministrativa avviato nei confronti di alcuni Amministratori pubblici per asseriti danni causati ad una società pubblica. Nel caso di specie, a detta dei Giudici Contabili, la sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria e dell'attività prevalente, unitamente alla circostanza relativa all'affidamento diretto dei servizi da parte dell'Ente, inquadrebbe comunque la società secondo il modello dell'in house providing, ferma la responsabilità del Comune che avrebbe dovuto attivarsi per controllare la società a prescindere dalla sussistenza di previsioni statutarie in materia di controllo analogo. **(Tesi in alcun modo condivisa dalla Studio AOR Avvocati che ha seguito il giudizio di primo grado per conto di uno dei convenuti, formulando l'eccezione di difetto di giurisdizione).**

Tar Toscana, sez. III, del 27 dicembre 2016, n.1858 – Appalti – *Sul principio di corrispondenza tra quote di esecuzione e quote di qualificazione nei servizi* – Con la pronuncia in esame il Tar si è pronunciato sulla omessa corrispondenza tra i requisiti posseduti da una mandante e la quota di servizi che la stessa mandante si era impegnata ad eseguire. Il Giudice Toscano, richiamando l'Adunanza Plenaria n. 27 del 2014 ha ribadito che nelle gare di servizi – nel caso in questione si trattava di un'importante gara centralizzata bandita da Estar per i servizi di pulizia delle Aziende Sanitarie della Toscana – per i Raggruppamenti temporanei di imprese non vige alcun obbligo di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione, a meno che gli atti di gara non la prevedano espressamente. La conseguenza è che, dunque, è legittima la partecipazione ad una gara di un RTI in cui – fermo restando che la mandataria debba possedere i requisiti e debba eseguire in misura maggioritaria – la mandante posseda l'1% dei requisiti e dichiari di eseguire il 49% del servizio. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del RTI ricorrente inizialmente escluso).**

Sul costo del lavoro: a distanza di pochi giorni l'una dall'altra, sono state pubblicate due sentenze che hanno affrontato, con esiti opposti, la questione del costo del lavoro alla luce del Nuovo Codice dei Contratti. Entrambe le pronunce sono assai interessanti, posto che hanno approfondito una tematica che, ne siamo sicuri, interesserà ancora a lungo le aule dei Tribunali Amministrativi. La prima in ordine cronologico è stata quella emessa dal **Tar Calabria – Reggio Calabria del 15 dicembre 2016, n. 1315** che, affrontando un caso riguardante l'anomalia dell'offerta, ha sostenuto come il D.Lgs. n. 50 del 2016

abbia profondamente innovato la disciplina in materia di costo del lavoro, rendendo di fatto inderogabili le Tabelle Ministeriali. A detta del Giudice Calabrese, l'art. 97 nel ritenere "inderogabili" i livelli salariali minimi retributivi ha sancito l'impossibilità per le imprese di ridurre le voci previste nelle Tabelle e ciò per la tutela rafforzata che il Nuovo Codice stabilisce a favore dei lavoratori.

Di opposto avviso è invece la sentenza del **Tar Lazio, sez. I ter, del 30 dicembre 2016, n. 12873** che, al contrario, si esprime per una assoluta continuità del Nuovo Codice rispetto al D.Lgs. n. 163 del 2006. Il Giudice Capitolino, infatti, ritiene che nulla sia cambiato rispetto alla previgente normativa e che le Tabelle Ministeriali rimangano dei parametri indicativi sempre derogabili (ovviamente in presenza di documentate ragioni). Le due pronunce – le prime sul tema – rendono chiaro l'orizzonte che ci attende nei prossimi mesi: sarà in altre parole assai probabile che la magistratura amministrativa alternerà sentenze contrastanti con ulteriore incertezza per operatori e stazioni appaltanti.

Consiglio di Stato, sez. V, del 12 gennaio 2017, n. 52 – Appalti – *Sul carattere non unitario della gara suddivisa in lotti* – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha affermato che in presenza di un bando di gara che consente ai partecipanti di potersi aggiudicare i singoli lotti non si è in presenza di una gara unitaria, atteso che dalle singole aggiudicazioni scaturiscono differenti contratti. Di talchè il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 2 gennaio 2017, n. 1 – Appalti – *Sull'onere della S.A.- pena l'illegittimità dell'esclusione - di descrivere puntualmente i fatti integranti i gravi errori professionali* – Con la pronuncia in esame, la prima del 2017, il Consiglio di Stato ha affermato che ai fini dell'esclusione del concorrente per gravi errori professionali la S.A., all'esito della valutazione di tipo discrezionale demandata, è tenuta, pena l'illegittimità del provvedimento, a descrivere compiutamente i fatti integranti i denunciati gravi errori, nonché l'incidenza degli stessi sul rapporto fiduciario.

Tar Abruzzo - Pescara, sez. I, del 9 gennaio 2017 n. 21– Appalti – *Sui soggetti tenuti all'astensione dalla partecipazione alle fasi prodromiche alla procedura di gara per conflitto di interessi* - Con tale sentenza è stato rilevato che l'obbligo di astensione dall'adozione di decisioni o dall'espletamento di attività inerenti alla procedura di gara deve ritenersi operante non solamente per il personale della S.A. che abbia un interesse personale al risultato della gara, ma anche per i soggetti che rivestano posizioni apicali all'interno di società che

intervengano nella procedura (nella specie un componente del C.d.A. della società che aveva curato la predisposizione degli atti di gara rivestiva la medesima qualifica all'interno della società aggiudicataria). Ne consegue che in caso di mancata astensione deve ritenersi illegittima la partecipazione alla procedura del concorrente che, tra i propri organi apicali, conti il soggetto su cui gravava il predetto obbligo.

Tar Sardegna, sez. I, del 9 gennaio 2017 n. 10 – Appalti – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie attinenti alla locazione di immobili da parte della P.A.*- Con la pronuncia in esame il Tar ha confermato che in caso di controversie attinenti alla locazione, da parte della P.A., di immobili finalizzati allo svolgimento dell'attività istituzionale dell'Ente, la giurisdizione si radica in capo al giudice ordinario. Ed infatti, anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione indica una gara per l'individuazione dei fabbricati, la stessa agisce secondo le regole di diritto privato e non anche nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici.

Tar Campania - Salerno, sez. I, del 5 gennaio 2017 n. 34 – Appalti – *Sull'obbligatorietà a pena di esclusione dell'indicazione separata degli oneri della sicurezza aziendale nella vigenza del Nuovo Codice* – I giudici campani hanno ritenuto che anche nel caso in cui la legge di gara indichi complessivamente gli oneri di sicurezza di interferenza ed aziendali (così non consentendo al concorrente di individuare la quota riferibile agli uni e agli altri), l'impresa è comunque tenuta, a pena di esclusione, ad indicare separatamente i propri costi della sicurezza aziendale. Ciò in forza dell'univocità del disposto normativo del Nuovo Codice degli Appalti (art. 90 c. V D. Lgs 50/2016). Nemmeno, è stato precisato, ai fini della regolarizzazione dell'offerta è ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio in quanto in tal caso l'integrazione non atterrebbe ad un requisito formale, bensì sostanziale, della domanda.

Tar Emilia Romagna - Parma, sez. I, del 5 gennaio 2017 n. 7 – Appalti – *Sulla legittimità del diniego di iscrizione nella "White list" dei fornitori in caso di accertati rapporti con società raggiunte da interdittive antimafia definitive* – Con la sentenza in commento è stata affermata la legittimità del provvedimento con cui la Prefettura ha rigettato l'istanza di iscrizione nell'elenco dei fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso (c.d. "White list") sulla base dell'accertata sussistenza di legami familiari tra i soci della società richiedente e gli amministratori di altre imprese raggiunte da interdittive antimafia definitive ed inoppugnabili. In particolare, è stato rilevato che tale accertamento è idoneo a far presumere la stabilità e la continuità dei rapporti intercorrenti tra tali soggetti, con conseguente impossibilità di iscrizione nell'elenco.

Tar Campania – Napoli, sez. I, del 3 gennaio 2017 n. 56 – Appalti – *Sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento al venir meno della convenienza economica per la P.A.* – I Giudici campani hanno

ribadito che nel caso in cui la S.A., a seguito dell'aggiudicazione della gara e prima della stipula del contratto ovvero della convenzione, si avveda del venire meno della convenienza economica dell'affidamento (nella specie in quanto vi era stato un ribasso del prezzo rispetto alla tariffa indicata dall'aggiudicataria), può legittimamente intervenire in autotutela revocando l'aggiudicazione. Il venire meno della convenienza economica configura, infatti, un'ipotesi di nuova valutazione dell'interesse pubblico giustificante l'adozione di un provvedimento di revoca.

Trga Trento, del 3 gennaio 2017 n. 2 – Appalti – *Sull'onere della prova in materia di equivalenza del prodotto offerto alle specifiche tecniche previste dalla lex specialis* – Con la pronuncia in commento i Giudici trentini hanno rilevato che anche laddove la legge di gara nulla preveda a riguardo, l'offerta tecnica deve, a pena di esclusione, essere comunque conforme ovvero equivalente alle specifiche tecniche contenute nel Capitolato, con la precisazione che in entrambi i casi l'onere della prova circa la rispondenza ovvero l'equivalenza incombe sul concorrente. Ne consegue la legittimità dell'esclusione dalla procedura nel caso in cui l'operatore economico non attenda a tale adempimento.

Tar Campania - Salerno, sez. I, del 2 gennaio 2017 n. 10– Appalti – *Sulla ratio dell'art. 80 e sull'illegittimità dell'esclusione comminata in virtù di un provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM* – I Giudici campani hanno dichiarato illegittima l'esclusione del concorrente comminata con riferimento ad un provvedimento sanzionatorio emesso dall'Antitrust per la realizzazione di un'intesa restrittiva della concorrenza. Ciò in quanto – è stato rilevato - tali sanzioni non rientrano tra le ipotesi di esclusione contemplate nell'art. 80 del Nuovo Codice degli Appalti, le quali non hanno alcuna attinenza con i comportamenti lesivi della concorrenza. Ne consegue che, posto che l'art. 80 non può essere interpretato estensivamente e/o analogicamente, l'esclusione comminata con riferimento a provvedimenti sanzionatori dell'AGCM deve ritenersi illegittima.**Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, parere del 21 dicembre 2016 n. 398- Società partecipate- *Sui presupposti necessari per poter qualificare un servizio di interesse generale***- La Corte dei Conti Lombardia, con il parere in commento, nel ricordare la definizione di servizio generale introdotta dal T.U. Partecipate, ha evidenziato che nel caso in cui la partecipazione dell'Ente sia minoritaria (ed in assenza di altri soci pubblici, che consentano il controllo della società), il servizio espletato non può ritenersi "di interesse generale" posto che, a prescindere da ogni altra considerazione relativa alle finalità istituzionali dell'ente, l'intervento pubblico (stante la partecipazione minoritaria) non può garantire l'accesso al servizio così come declinato nell'art. 2 del Testo Unico: l'accesso al servizio non sarebbe svolto dal mercato o sarebbe svolto a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica,

economica, continuità, non discriminazione. In sostanza a detta dei Giudici Contabili una partecipazione poco significativa non sarebbe in grado di determinare le condizioni di accesso al servizio che potrebbero legittimare il mantenimento della quota.

Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Abruzzo, parere del 21 dicembre 2016 n. 252- Società partecipate- *Sulle validità delle disposizioni dei T.U. Partecipate successivamente alla sentenza della corte costituzionale n. 251/2016 e sull'obbligo di contenimento delle assunzioni di personale nelle società a partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 175/2016*- Con il parere in esame la Corte dei Conti, dopo aver ribadito che le disposizioni normative di cui al "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" risultano ad oggi senz'altro vigenti, nonostante la declaratoria di incostituzionalità della rispettiva delega legislativa (c.d. Legge Madia), alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, ha affrontato la questione relativa alla deroga ai vincoli assunzionali in capo alle società partecipate. I Giudici Contabili, dopo aver dato atto di un contrasto tra varie Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sul punto (chi riteneva possibile da parte di una società in house, di "derogare" alle limitazioni previste per le assunzioni di personale in ragione della necessità di ampliare i servizi alla collettività da parte del soggetto societario e che invece no), hanno ritenuto che con l'entrata in vigore del nuovo Testo Unico, gli articoli 19 e 25 del decreto legislativo n. 175/2016, precludono agli enti locali, in sede di adozione degli atti di indirizzo, di derogare all'obbligo di contenimento delle assunzioni di personale nelle società partecipate nel caso in cui le stesse siano tenute a svolgere nuovi ed ulteriori servizi.

Corte di Cassazione, sez. I Civile, del 4 gennaio 2017, n. 82 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla prevalenza dell'azione ripristinatoria su quella risarcitoria in caso di violazione delle norme sulle distanze* – Con tale pronuncia la Cassazione ha affermato che in ipotesi di azione di accertamento della violazione delle norme sulle distanze, il rimedio ripristinatorio (volto, in tal caso alla rimessione in pristino) deve considerarsi prevalente rispetto al rimedio del risarcimento per equivalente, anche laddove si prospetti come eccessivamente oneroso. Ciò in quanto da una parte il diritto fatto valere con la prefata azione ha natura assoluta, dall'altra è lo stesso legislatore (art. 872 c.c.) a prevedere il rimedio della rimessione in pristino come speciale rispetto a quello risarcitorio.

Tar Campania - Napoli, sez. VIII, del 3 gennaio 2017, n. 60 – Edilizia&Urbanistica - *Sull'illegittimità dell'annullamento del permesso di costruire intervenuto dopo un ingente lasso di tempo* – Con la sentenza in esame il Tar ha affermato l'illegittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione disponga l'annullamento in autotutela del permesso di

costruire nel caso in cui l'atto demolitorio intervenga a seguito del decorso di un ingente lasso di tempo dal rilascio del permesso (nella specie 11 anni), non contenga l'esplicitazione delle ragioni di interesse pubblico ad esso sottese e nemmeno consideri l'affidamento del privato alla conservazione del titolo abilitativo. (Cfr. **Tar Lombardia - Milano, sez. I, del 6 dicembre 2016, n. 2307**– in Newsletter n. 21/2016).

Tar Lombardia – Brescia, sez. I, del 4 gennaio 2017, n. 15 – *Enti Pubblici – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in caso di impugnazione di atti del Responsabile della Corruzione*– Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito che in caso di impugnazione da parte di un dipendente della P.A. di atti emanati dalla medesima Amministrazione (nota del Responsabile della Corruzione) nell'ambito del rapporto di lavoro, la giurisdizione si radica in capo al giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro. È stato, altresì, precisato che tale regola di riparto viene derogata, tra gli altri, nel caso in cui l'atto gravato sia qualificabile come atto generale o di macro organizzazione in quanto in tale ipotesi la P.A. esercita un potere di natura non gestionale ma autoritativa, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

News

Decreto Legge del 30/12/2016 n. 244 (G.U. 30/12/2016 n. 304) c.d. Decreto Milleproroghe: Prorogato l'obbligo di pubblicazione degli atti di gara **sui quotidiani cartacei** fino all'entrata in vigore del decreto del MITT (che doveva essere pubblicato entro il 19/10/2016) sulla piattaforma digitale ANAC.

Anac: Si segnalano le Deliberazioni nn. 1303, 1304 ed 1307 del 28 dicembre 2016, a mezzo delle quali l'Anac ha fornito chiarimenti in ordine alla disciplina vigente in tema di incompatibilità ed inconfiribilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (D. Lgs n. 39/2013). Le deliberazioni sono consultabili e scaricabili al seguente link: <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Delibere>