NEWSLETTER N. 20 ANNO III

15 - 30 novembre 2017



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

In evidenza

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 17 novembre 2017 n. 11410 -Appalti – Sulla decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento di ammissione dei concorrenti al prosieguo della gara – Con la recente pronuncia è stato ribadito che nel caso in cui il ricorrente si dolga dell'ammissione di altra impresa al prosieguo della procedura di gara, la relativa impugnazione deve essere proposta nel termine di trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione dell'elenco degli ammessi sul profilo del Committente ovvero, comunque (come nel caso di specie) dall'avvenuta conoscenza in seduta pubblica dell'ammissione degli altri concorrenti, con la conseguenza per cui la proposizione oltre detto termine della doglianza comporta, inevitabilmente, l'inammissibilità della stessa. (Giudizio seguito dallo Studio AOR **Avvocati per conto della Stazione Appaltante**)

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 16 novembre 2017 n. 11352 - Appalti – Sull'Ente competente ad emanare il provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle gare bandite da una Centrale Unica di Committenza – Con tale sentenza, disattendendo i motivi proposti dalla ricorrente, il Tar ha affermato che la circostanza per cui una gara venga bandita e gestita da una Centrale Unica di Committenza non comporta, nel silenzio della lex specialis, alcuno spostamento di competenza in punto di aggiudicazione. Ed infatti, è stato osservato come il Comune beneficiario dei servizi messi a gara ben possa procedere all'aggiudicazione della stessa senza che ciò comporti l'illegittimità del provvedimento emesso. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Stazione Appaltante)

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 novembre 2017, n. 5549 - <u>Appalti-Sul termine di impugnazione incidentale in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria e sulla nozione di "servizi analoghi" – Il Consiglio di Stato ha ribadito che in caso di proposizione di ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria, il soggetto che intenda proporre impugnazione incidentale è tenuto a farlo nei trenta giorni decorrenti dalla notifica del ricorso principale, non potendo rinviare la proposizione delle proprie censure alla fase della</u>



controimpugnazione dell'aggiudicazione definitiva, gravata dal ricorrente principale con motivi aggiunti. Sotto differente aspetto, il Collegio ha, poi, rilevato che nel caso in cui la legge di gara richieda lo svolgimento di servizi analoghi (e non identici), devono essere ammessi alla partecipazione alla procedura gli operatori che offrano servizi simili a quelli oggetto di gara, che possano essere accomunati a questi ultimi *ratione materiae*.

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 novembre 2017, n. 5546 - Appalti-Sull'inammissibilità della domanda risarcitoria formulata in maniera generica — Con la pronuncia in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato l'inammissibilità della domanda risarcitoria formulata da parte del ricorrente escluso dalla partecipazione alla gara in termini generici ("risarcimento di ogni danno dubito e subendo"). In particolare, il Collegio ha sottolineato che ai fini dell'ammissibilità di detta istanza è necessaria la prova del danno concretamente subito che, nei casi di ricorso avverso l'esclusione da una procedura di gara, si sostanzia nella dimostrazione del pregiudizio sofferto a causa del provvedimento amministrativo illegittimo, impeditivo del conseguimento del bene della vita preteso (i.e. l'aggiudicazione della gara).

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza del 24 novembre 2017 n. 5492 – Appalti - Sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale della S.A. nella fase anteriore alla scelta del contraente: rimessione della questione all'Adunanza Plenaria – Rilevata la sussistenza di contrasti e dubbi giurisprudenziali in materia, il Consiglio di Stato ha, con l'ordinanza in esame, rimesso all'Adunanza Plenaria la questione inerente alla configurabilità della responsabilità precontrattuale della S.A. nelle fasi precedenti alla scelta del contraente, in cui le imprese concorrenti vantano esclusivamente un interesse legittimo al corretto svolgimento dell'azione amministrativa. In particolare, il Collegio si è chiesto se, in caso di risposta positiva al primo -generale – quesito, tale responsabilità debba essere riferita esclusivamente al contegno tenuto dalla P.A. prima dell'emanazione del bando ovvero possa essere estesa anche a tutti i comportamenti successivi, sino alla scelta del contraente.

Consiglio di Stato, sez. V, del 22 novembre 2017 n. 5445- Appalti-Sulle conseguenze della scarsa intellegibilità dell'indicazione in lettere del ribasso – I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che nel caso in cui la Commissione giudicatrice pur ravvisando la notevole difficoltà – per la pessima grafia del redigente - di



interpretare la voce di ribasso indicata in lettere, riesca a comprenderla con l'ausilio dell'indicazione in numeri del medesimo ribasso, non può ravvisarsi alcuna illegittimità nel contegno dalla stessa tenuto. Nemmeno, è stato rilevato, l'inversione – nel verbale di gara – delle parole utilizzate dall'impresa può essere considerata come una correzione dell'offerta non avendo alcun effetto sul contenuto della stessa.

Consiglio di Stato, sez. V, del 22 novembre 2017 n. 5438- Appalti-Sull'illegittimità della clausola del bando che imponga l'acquiescenza dei concorrenti ai chiarimenti — In conformità all'orientamento già espresso, il Consiglio di Stato ha affermato l'illegittimità della previsione del bando che imponga ai concorrenti l'acquiescenza ai chiarimenti eventualmente resi dalla S.A. Ed infatti, è stato osservato, una simile previsione implicherebbe la rinuncia dell'operatore economico alla proposizione di censure avverso gli atti di gara ed i chiarimenti resi dall'Amministrazione. Rinuncia del tutto illegittima in quanto in contrasto con i principi generali di difesa e garanzia della tutela giurisdizionale.

Consiglio di Stato, sez. V, del 22 novembre 2017 n. 5436 - <u>Appalti-Sulla compatibilità tra i ruoli di Presidente della Commissione e R.U.P. nella vigenza del vecchio Codice</u> — Richiamata la giurisprudenza sviluppatasi in materia nonché quanto previsto dal vecchio Codice degli Appalti e dal relativo Regolamento, il Consiglio di Stato ha escluso l'incompatibilità tra i ruoli di Presidente della Commissione di gara e R.U.P. Ne consegue, allora, che — almeno nella vigenza del vecchio Codice — deve essere affermata la piena compatibilità tra dette funzioni, non sussistendo alcuna norma escludente detta conciliabilità.

Consiglio di Stato, sez. V, del 22 novembre 2017 n. 5429 - Appalti-Sui requisiti della dichiarazione negoziale dell'impegno nell'avvalimento di garanzia — In conformità all'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia, il Consiglio di Stato ha affermato che nei casi di avvalimento di garanzia non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno menzioni espressamente tutti i beni patrimoniali messi a disposizione dall'ausiliaria. D'altra parte, ha osservato il Collegio, nemmeno può ritenersi sufficiente l'apposizione della formula generica della messa a disposizione delle risorse necessarie per la durata dell'appalto. In definitiva, dunque, ai fini della sufficienza della dichiarazione è necessario che dalla stessa emerga il concreto



impegno dell'ausiliaria a garantire l'ausiliata attraverso le proprie risorse economiche e le proprie specifiche competenze.

Consiglio di Stato, sez. V, del 22 novembre 2017 n. 5424 - Appalti-Sulla doverosità della proroga del termine di presentazione delle offerte in caso di richieste di chiarimenti — Richiamata la normativa vigente in materia, i Giudici di Palazzo Spada hanno qualificato come "atto dovuto" la proroga del termine per la presentazione delle offerte in caso di intervenuta richiesta di chiarimenti sulle clausole della legge di gara. Ad ogni buon conto, è stato rilevato come tale doverosità debba ravvisarsi non in ogni caso, ma solamente laddove la richiesta di chiarimenti involga aspetti estremamente rilevanti della procedura, tali da poter condizionare la formulazione dell'offerta.

Tar Calabria – Reggio Calabria, sez. I, del 24 novembre 2017, n. 948 - Appalti – Sull'illegittimità dell'esclusione per carenza del requisito della regolarità fiscale in caso di sospensione della cartella esattoriale – Con tale sentenza il Tar ha rilevato che qualora a seguito di tempestiva presentazione dell'istanza di rottamazione da parte dell'impresa concorrente, l'Agenzia abbia sospeso la cartella esattoriale emessa ed abbia, altresì, certificato la regolarità della situazione fiscale della società, la Stazione Appaltante non può procedere – pena l'illegittimità del provvedimento – all'esclusione di tale concorrente per carenza del requisito della regolarità fiscale. Ed infatti, ha osservato il Collegio, in tale caso deve ritenersi applicabile la disposizione del Codice che esclude l'operatività delle norme sull'esclusione per violazioni gravi e definitivamente accertate in materia fiscale qualora l'operatore abbia ottemperato ai relativi obblighi (art. 80 comma IV D. Lgs n. 50/2016).

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 23 novembre 2017, n. 11611 - Appalti – Sul requisito della regolarità fiscale nella vigenza del vecchio Codice – I Giudici capitolini hanno ribadito che nella vigenza del vecchio Codice il requisito della regolarità fiscale dovesse ritenersi insussistente in caso di violazione definitivamente accertata degli obblighi fiscali e tributari. Ebbene, ha affermato il Collegio, non è dato rilevare la definitività della violazione in caso di motivazione contraddittoria della cartella esattoriale e di pendenza dell'impugnazione della stessa, con conseguente illegittimità dell'esclusione del concorrente motivata con esclusivo riferimento a tale rilievo.



Tar Veneto, sez. I, del 22 novembre 2017, n. 1039 - Appalti – Sull'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del concorrente che abbia omesso di versare il deposito cauzionale a garanzia dell'offerta – Con la recente pronuncia, avente ad oggetto una procedura di gara per l'assegnazione di un immobile comunale, il Tar ha affermato che qualora il bando preveda la necessità del deposito cauzionale (nel caso di specie pari al 10% dell'importo totale) ai fini della garanzia della serietà dell'offerta e dell'esecuzione del contratto, l'aggiudicazione disposta in favore del concorrente che non abbia proceduto al versamento di tale importo deve ritenersi illegittima in quanto disposta in carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

Tar Lombardia - Brescia, sez. II, del 16 novembre 2017, n. 1360 - Appalti - Sulla composizione della Commissione di gara - Con la sentenza in esame, i Giudici lombardi hanno rilevato come la disciplina dettata dal nuovo Codice in materia di composizione della Commissione di gara vada interpretata in modo graduato, specie in considerazione della mancata creazione - ad oggi - dell'albo cui detta normativa fa riferimento. Ne consegue, allora, che sino all'entrata a regime di tali disposizioni, la scelta dei Commissari deve avvenire secondo le ordinarie modalità ed in considerazione delle esigenze dell'Amministrazione.

Tar Toscana, sez. I, del 16 novembre 2017, n. 1396 - Appalti – Sull'asseverazione del piano economico finanziario quale elemento essenziale dell'offerta e sui soggetti abilitati a tale asseverazione – Con la pronuncia in commento il Tar ha ribadito che l'asseverazione del piano economico costituisce un requisito essenziale dell'offerta, con la conseguenza che la mancanza della stessa non è regolarizzabile attraverso il ricorso al soccorso istruttorio. Il Collegio ha, inoltre, evidenziato che nell'ambito dei soggetti abilitati a tale asseverazione non rientrano gli intermediari finanziari diversi dagli istituti di credito e dalle società di servizi costituite dagli istituti di credito. Ne deriva, allora, che nel caso di PEF asseverato da tali intermediari, l'asseverazione deve intendersi come non apposta, con conseguente carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

Consiglio di Stato, sez. V, del 21 novembre 2017 n. 5386 – <u>Servizi di interesse generale e Organismi partecipati</u> – <u>Società Partecipate</u> – <u>Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di liquidazione di una società partecipata e assegnazione dei beni sociali residui— Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno declinato la loro giurisdizione in favore del giudice ordinario nelle</u>



controversie aventi ad oggetto la liquidazione di una società partecipata e l'assegnazione dei beni residui ad alcuni dei soci. Ciò in quanto, è stato affermato, trattasi di operazioni che nulla hanno a che vedere con l'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione partecipante, involgendo, al contrario, diritti soggettivi scrutinabili dal giudice ordinario. In particolare, con riferimento all'assegnazione diretta ai soci dei beni residui, il Collegio ha rilevato la piena legittimità di tale operazione che non può essere configurata come una vendita, essendo funzionalmente collegata alla liquidazione della società e, conseguentemente, regolata dalle disposizioni del codice civile (artt. 2484 e segg. c.c.).

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, del 27 novembre 2017, n. 11733 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Società Partecipate – Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle procedure di gara indette da una Fondazione privata non qualificabile come organismo di diritto pubblico – I Giudici capitolini hanno escluso la qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico di una fondazione privata (nella specie si trattava della Fondazione Policlinico Universitario Agostino Gemelli) costituita da un'Università privata e finanziata solamente in minima parte da soggetti pubblici. Partendo da tale dato, il Collegio ha affermato che le procedure di selezione del contraente avviate da tale Fondazione sfuggono all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, con conseguente impossibilità di radicamento della giurisdizione amministrativa nelle controversie relative alle stesse.

Corte dei conti - Sezione delle Autonomie, del 22 novembre 2017 n. 25 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sulle modalità di calcolo delle capacità assunzionali degli enti locali - Con la pronuncia in commento, la Sezione Autonomie, investita della questione da parte della Sezione di controllo per la Regione Sardegna (con riferimento alla richiesta di parere presentata da un Comune in ordine all'utilizzo, nel 2017, dei resti della capacità assunzionale dell'anno 2015, determinata sulla base di cessazioni intervenute nell'anno 2014. Nello specifico era stato chiesto alla sezione di Controllo se l'Ente potesse utilizzare nel 2017 il 100% della capacità assunzionale relativa alle cessazioni intervenute nell'anno 2014 oppure se l'utilizzo del resto di tale capacità assunzionale dovesse essere conteggiato nella misura del 75% della spesa del personale) ha enunciato i seguenti principi di diritto:

"a) la determinazione della capacità assunzionale costituisce il contenuto legale tipico della facoltà di procedere ad assunzioni,



potenzialmente correlata alle cessazioni dal servizio, costitutiva di uno spazio finanziario di spesa nei limiti dei vincoli di finanza pubblica;

- b) la quantificazione effettiva della capacità assunzionale al momento della utilizzazione va determinata tenendo conto della capacità assunzionale di competenza, calcolata applicando la percentuale di turn over utilizzabile secondo la legge vigente nell'anno in cui si procede all'assunzione e sommando a questa gli eventuali resti assunzionali;
- c) i resti assunzionali sono rappresentati dalle capacità assunzionali maturate e quantificate secondo le norme vigenti ratione temporis dell'epoca di cessazione dal servizio del personale ma non utilizzate entro il triennio successivo alla maturazione. Detta quantificazione rimane cristallizzata nei predetti termini".

Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione del 20 novembre 2017, n. 320/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sulla necessità del trasferimento del rischio nei contratti di partenariato pubblico privato – La Corte dei Conti ha affermato che ai fini della qualificabilità di un contratto (nella specie di joint venture) come contratto di partenariato pubblico privato è necessario che a mezzo dello stesso venga trasferito in capo all'operatore il rischio, inteso nella triplice accezione di rischio di costruzione, rischio di disponibilità e rischio di domanda. Ciò posto, il Collegio ha precisato che l'allocazione di tale rischio sull'operatore deve permanere per l'intera durata del rapporto e che l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vigilare su detta permanenza.

Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione del 17 novembre 2017 n. 201/PAR - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati -Sulla necessaria sufficienza del patrimonio delle Fondazioni costituite da Enti locali sulla natura dei contributi erogabili dagli – La Corte dei Conti ha ribadito che **le Fondazioni** – anche ove siano state costituite da Enti locali per lo svolgimento di un particolare servizio nell'interesse della collettività – restano soggetti di diritto privato e, come tali, sono tenute al raggiungimento del loro scopo esclusivamente attraverso l'utilizzo del proprio patrimonio. Ciò detto, il Collegio ha osservato come il ripiano delle perdite delle Fondazioni da parte degli Enti locali costitutori sia del tutto incompatibile con il paradigma privatistico, con la conseguenza per cui ove il patrimonio della Fondazione divenga insufficiente al raggiungimento dello scopo per cui è stata costituita, la stessa si estingue, restando precluso agli Enti qualsivoglia intervento di



risanamento. D'altra parte, la Corte ha affermato che tra le Fondazioni e le Amministrazioni costitutrici ben possono intercorrere rapporti convenzionali regolamentati che prevedano la corresponsione da parte dell'Ente di utilità per l'erogazione del servizio. In tal caso, infatti, i contributi erogati confluiscono nel patrimonio della Fondazione, senza, però, snaturare il regime gestorio puramente civilistico. Viceversa, laddove l'Ente locale assuma l'impegno di far fronte alle perdite della gestione corrente della fondazione, sia mediante l'erogazione di generici contributi annuali che con formale ripiano di perdite accertate al termine dell'esercizio, verrebbe meno la natura di fondazione dell'organismo agevolato che, di fatto, si trasformerebbe in ente strumentale del Comune o della Provincia, assumendo natura pubblica alla stessa stregua di un'azienda speciale o di un organismo societario.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Lombardia, del 20 novembre 2017, n. 163 – Responsabilità Amministrativa e Contabile - Sull'obbligo di autodenuncia – Con la sentenza in esame è stato rilevato che nel caso in cui vi sia coincidenza tra l'autore della condotta illecita ed il soggetto tenuto alla denuncia della stessa (nella specie si trattava di un Sindaco che aveva utilizzato la carta di credito del Comune per scopi estranei all'Ente), sussiste in capo al medesimo l'obbligo di autodenuncia del danno erariale cagionato. Ne deriva che in ipotesi di omissione della denuncia, ove sia ancora possibile procedere alla reintegrazione dell'erario l'autore risponderà della commissione del fatto. Viceversa, ove tale reintegrazione non sia più possibile lo stesso sarà ritenuto responsabile per non aver provveduto alla denuncia, di fatto impedendo il recupero delle somme.

Corte di Cassazione, sez. III Civile, ordinanza del 21 novembre 2017, 27543 Enti Locali n. Sulla responsabilità degli Enti proprietari di strade pubbliche per i danni derivanti dalla fauna selvatica - La Corte di Cassazione ha affermato che ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'Ente proprietario di strade pubbliche per i danni occorsi agli automobilisti a causa della fauna selvatica (nella specie la dell'automobile collisione con un cinghiale comparso all'improvviso), è necessario fornire la prova del comportamento colposo dell'Amministrazione, secondo il paradigma generale della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.).

Tar Campania - Napoli, sez. VII, del 20 novembre 2017 n. 5469 – <u>Enti Locali</u> - Sulla legittimità del diniego di rinnovo della concessione demaniale marittima in caso di accertata violazione



degli obblighi previsti dalla stessa — Con tale pronuncia il Tar ha affermato la legittimità del provvedimento di diniego di rinnovo della concessione demaniale marittima emesso dal Comune e motivato con riferimento all'avvenuto accertamento di violazioni — da parte del concessionario — degli obblighi previsti dalla convenzione stessa (nel caso di specie era stato disposto il subentro di un terzo soggetto senza il preventivo assenso dell'Amministrazione ed il pontile oggetto della concessione era stato utilizzato per scopi diversi ed estranei alla stessa).

Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 26 ottobre 2017, n. 297/PAR – Enti Locali - Sulla natura della spesa sostenuta per compensare il servizio di assistenza sociale in convenzione – Con la deliberazione in commento la Corte dei Conti ha affermato che nel caso in cui il Comune abbia stipulato una convenzione con un Ente per il servizio di assistenza sociale, le spese sostenute per il pagamento dei compensi al professionista intervenuto non possono essere considerate come "spese per il personale", configurandosi, piuttosto, come corrispettivo di una prestazione di servizio.

Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 25 ottobre 2017 n. 283/PAR – Enti Locali – Sul procedimento di approvazione del bilancio delle aziende speciali consortili – I Giudici lombardi hanno evidenziato che il bilancio delle aziende speciali consortile deve essere approvato dall'assemblea consortile – in cui sono rappresentati tutti gli Enti locali consorziati – per poi essere trasmesso agli stessi per l'ulteriore approvazione in seno al Consiglio Comunale.

Consiglio di Stato, sez. IV, del 24 novembre 2017, n. 5480 – Edilizia Urbanistica - Sulla necessità della comunicazione di avvio del procedimento espropriativo – Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, ribadita l'obbligatorietà – pena l'illegittimità dell'intero procedimento – della comunicazione di avvio della procedura espropriativa, ha precisato che la stessa deve contenere l'indicazione specifica di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi relativi all'espropriazione (particelle e nominativi dei soggetti interessati) avendo la precipua funzione di consentire all'espropriando di decidere se partecipare o meno alla procedura. Il Collegio ha, inoltre, evidenziato che la necessità di tale comunicazione permane anche nel caso in cui si tratti procedure già note ai proprietari che, solamente a seguito della ricezione dell'avviso di avvio del procedimento, potranno valutare concretamente la posizione da assumere all'interno dello stesso.



News

La Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti ha, con il comunicato del 9 novembre 2017, fissato al **30 gennaio 2018** il **termine entro cui comunicare le partecipazioni dirette e indirette detenute**, specificando le informazioni che gli Enti sono tenuti a trasmettere.

L'avviso è consultabile e scaricabile dal seguente indirizzo: http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomie/2017/20171109 avviso apertura rilevazione parte cipate.pdf

Si segnala – in materia di **servizio idrico integrato** - l'apertura di **due consultazioni** da parte **dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas**:

- la n. **748/2017/R/idr**, relativa alla regolazione della qualità tecnica del servizio idrico integrato (termine per l'invio di osservazioni: 7 dicembre 2017);
- la n. **767/2017/R/idr**, relativa all'aggiornamento biennale delle predisposizioni tariffarie del servizio idrico integrato (termine per l'invio di osservazioni: 13 dicembre 2017).

