

NEWSLETTER N. 21 ANNO III

1- 15 dicembre 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

Tar Lazio – Roma, sez. III quater, del 6 dicembre 2017 n. 12045 - Appalti – Sulla notificazione dei ricorsi ad un indirizzo PEC diverso dal Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (c.d. ReGinde) – Con la recente pronuncia il TAR Lazio, in accoglimento dell'eccezione pregiudiziale sollevata dalla controinteressata, ha dichiarato inammissibile il ricorso notificato da un operatore economico ad un'amministrazione pubblica all'indirizzo PEC estratto dal registro IPA. A seguito della modifica normativa operata dalla legge 114/2014, ha rilevato il Collegio, il registro IPA non è più espressamente annoverato tra i pubblici elenchi dai quali estrarre gli indirizzi PEC da usare per le notificazioni, con la conseguenza che, ai fini della notifica telematica di un atto processuale ad un'amministrazione pubblica, è possibile utilizzare esclusivamente l'indirizzo PEC inserito nell'apposito ReGinde tenuto dal Ministero della Giustizia (in senso conforme sul punto TAR Sicilia, Palermo III, 13 luglio 2017 n. 1842; TAR Basilicata, I, 21 settembre 2017 n. 607; TAR Sicilia-Catania, III, 13 ottobre 2017, n. 2401). Diversamente, **la notifica dell'atto introduttivo del giudizio ad un indirizzo PEC diverso da quello indicato nel ReGinde è da considerarsi nulla e come tale suscettibile di essere sanata solo mediante costituzione in giudizio della parte interessata (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Società controinteressata).**

In senso contrario alla citata pronuncia, si segnala che con **ordinanza 13 dicembre 2017 n. 5891, la Sez. VI del Consiglio di Stato**, ha ammesso la possibilità di rinnovare la notifica dell'appello nel caso di notifica ad un indirizzo PEC non contenuto negli specifici registri appositamente individuati dalla legge).

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 dicembre 2017, n. 5773 - Appalti – Sulla illegittimità di una gara di appalto in relazione a servizi aggiunti sottoposti al regime concessorio – Con la sentenza in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato **illegittima la gara di appalto bandita da Consip avente ad oggetto oltre ai servizi di biglietteria e vigilanza anche servizi aggiuntivi (fornitura/noleggio e gestione di radioguide, audioguide ecc...)** i quali in base alla disciplina speciale (codice dei beni culturali; art.

117, d.lgs. n. 42/2004) sono sottoposti invece al diverso regime concessorio.

Consiglio di Stato, sez. V, del 7 dicembre 2017 n. 5772 - Appalti – Sulla possibilità di ammettere r.t.i. di tipo verticale in sede di gara – In applicazione del principio espresso dall’Adunanza Plenaria (sentenza 13 giugno 2012 n. 22), il Consiglio di Stato ha ribadito che **la possibilità di dar vita ad un r.t.i. di tipo verticale sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara le prestazioni principali e quelle secondarie**, attese le caratteristiche proprie dell’r.t.i. di tipo verticale, connotata dal fatto che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla “prestazione prevalente”, diverse da quelle delle mandanti portatrici invece di competenze relative alle prestazioni secondarie “scorporabili”.

Corte Costituzionale, sentenza del 6 dicembre 2017 n. 254. – Appalti – Trattamenti retributivi e contributivi dovuti ai lavoratori – La Corte Costituzionale **ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all’art. 29, comma 2 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 che, in caso di appalto di opere e servizi, prevede un’obbligazione solidale tra committente/datore di lavoro, appaltatore e subappaltatore entro i limiti di due anni dalla cessazione dell’appalto, di corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto, senza prevedere identica garanzia anche a favore dei dipendenti del subfornitore**. La *ratio* di tale esclusione secondo la Consulta sarebbe infatti pienamente giustificata dalla specialità della disciplina che regola la subfornitura (legge 18 giugno 1998, n. 192) rispetto al contratto di appalto di cui all’art. 1655 c.c.

Consiglio di Stato, sez. V, del 4 dicembre 2017 n. 5694 – Appalti – Sul sindacato c.d. “debole” del G.A. con riferimento alle valutazioni tecniche compiute dall’Amministrazione e sul principio di immodificabilità e competenza della Commissione di gara. – In riforma della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio già espresso da consolidata giurisprudenza secondo cui **il Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche compiute dall’Amministrazione può limitarsi solo ad un sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità del percorso logico-valutativo compiuto dall’Amministrazione (c.d. sindacato debole)**, non potendo invece spingersi fino ad esprimere proprie ed autonome valutazioni discrezionali che competono in via esclusiva soltanto all’Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che, pur non sussistendo un principio di assoluta immodificabilità, **la modifica dei componenti della Commissione**

di gara è possibile solo in via eccezionale in caso di indisponibilità da parte di uno di essi e possibilmente nella fase antecedente all'inizio delle operazioni valutative; mentre la competenza della Commissione di gara può ritenersi soddisfatta allorché solo due dei tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui si riferisce il singolo appalto, essendo sufficiente che il terzo vanti una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare.

Consiglio di Stato, sez. V, del 4 dicembre 2017 n. 5704- Appalti-*Sulle differenti ipotesi di errore professionale tra il previgente Codice (art. 38, lettera f), d.lgs. n. 163/2006) e il nuovo Codice (art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. n. 50/2016)* – In continuità con il precedente indirizzo giurisprudenziale, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che **l'errore professionale di cui alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 – avente natura fiduciaria (e non sanzionatoria) ovvero quella consentire di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa nell'esercizio della sua attività professionale in vista della corretta esecuzione dell'appalto da affidare – **si riferisce ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico escludendo dal campo applicativo della norma in esame i fatti, anche illeciti, occorsi nella procedura di affidamento; mentre, l'art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. 50/2016, si estende anche alla fase prodromica alla esecuzione del contratto.** Con la medesima pronuncia il Consiglio di Stato ha tuttavia evidenziato che la previsione dell'attuale art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. 50/2016 ha carattere innovativo rispetto a quella del previgente Codice e che la stessa non è pertanto estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette a quest'ultimo.**

Tar Campania – Napoli, sez. V, dell'11 dicembre 2017, n. 5815 - Appalti – *Sulla illegittima esclusione delle associazioni di volontariato dalla partecipazione* – **Nelle gare pubbliche l'impegno al rispetto delle condizioni contrattuali e retributive previste in favore del personale impiegato nell'appalto (c.d. clausola sociale) va assolto in sede di esecuzione e non di partecipazione alla gara. Sulla base di tale principio il TAR Campano ha dichiarato illegittima la clausola di un bando di gara che escludeva dalla partecipazione alla gara enti e/o associazioni non aventi scopo di lucro ovvero di volontariato, in ragione del fatto che ad esse non può imporsi l'obbligatoria assunzione di personale dipendente. Il Tar Campano ha quindi ritenuto illegittima tale clausola, traducendosi la stessa in una illegittima trasformazione di una condizione di esecuzione in un requisito di partecipazione.**

Tar Lazio-Roma, sez. III ter, del 6 dicembre 2017 n. 12032 - Appalti - Sull'onere della prova in materia di risarcimento del danno in relazione ad una procedura di gara pubblica – Dopo aver dichiarato l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse per mancata impugnazione degli atti successivi al provvedimento impugnato di esclusione dalla gara (revoca /indizione nuova procedura di gara), **sulla base del principio sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui è onere della parte fornire al Giudice la prova dell'esistenza del danno e della sua entità, il TAR del Lazio ha respinto la domanda risarcitoria per danno da mancata aggiudicazione e danno curriculare per mancata allegazione delle prova del danno e della sua entità**, con condanna alle spese processuali in ossequio al principio di soccombenza virtuale.

Tar Campania - Salerno, sez. I, del 4 dicembre 2017 n. 1700 - Appalti - Sulla giurisdizione in tema di deliberazioni aventi ad oggetto il recesso dal contratto di tesoreria comunale – Nell'ambito di un contratto tra l'Ente locale e un Istituto di credito **l'impugnazione della deliberazione con la quale il Comune ha stabilito di recedere dal contratto per gli inadempimenti contestati al tesoriere rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. (e non del G.A.), atteso che l'accordo negoziale va qualificato come contratto di appalto e non come concessione di servizi**, rispetto al quale non emergono atti autoritativi ma meri inadempimenti di natura privatistica.

Tar Marche. sez. I, del 4 dicembre 2017 n. 902 - Appalti- Sui limiti di accesso ai pareri legali – Confermando un indirizzo giurisprudenziale consolidato, il TAR Marche ha ribadito il principio generale secondo cui **è sottratto all'accesso un parere legale espresso dal consulente legale allorché tale parere sia finalizzato a definire la strategia difensiva dell'Ente e non abbia natura di atto endoprocedimentale o strumentale** posto a sostegno del provvedimento assunto dall'Ente medesimo (nel caso, si trattava di un provvedimento di sospensione disciplinare dal servizio).

Tar Salerno, sez. I, del 1° dicembre 2017, n. 1690 - Appalti- Sul difetto di giurisdizione in materia di appalti aggiudicati da un'impresa pubblica al di fuori dei settori c.d. speciali. – Con la pronuncia in esame, il TAR Campano ha ribadito il principio già espresso dall'Adunanza Plenaria (sentenza n. 16/2011) secondo il quale **le imprese pubbliche quando affidano un appalto nei c.d. "settori speciali" (ex "settori esclusi"), caratterizzati da un sostanziale monopolio devono osservare le specifiche regole concorrenziali delineate nel Codice dei Contratti (art. 27 d.lgs. 163/2006; ora, art. 4, d.lgs. 50/2016); tali esigenze non sussistono invece qualora il servizio affidato da un'impresa pubblica non**

rientri nei c.d. “settori speciali” o in settori strettamente strumentali all’attività proprie del concessionario di servizio, con la conseguenza che al di fuori dei c.d. “settori speciali” non si applica la normativa del Codice dei contratti pubblici con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Né a tal fine rileva che la stazione appaltante si sia spontaneamente vincolata al rispetto di una (non necessaria) procedura ad evidenza pubblica; il c.d. autovincolo è infatti inidoneo a determinare ‘spostamenti’ di giurisdizione (nel caso, si trattava di servizi di pulizia aggiudicati da un’impresa pubblica).

TRGA, Sez. Trento, del 1° dicembre 2017 n. 319 - Appalti – Oneri per la sicurezza negli appalti di servizi assicurativi – Nel caso di servizi riconducibili ad un appalto di “servizi intellettuali” i concorrenti sono esonerati dall’indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza, ai sensi dell’art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, che espressamente esonera gli appalti di servizi intellettuali da tale indicazione. Sulla base del suddetto principio, il TAR Trento ha dichiarato l’illegittimità della clausola del bando di gara che, in mancanza della suddetta indicazione, prevedeva l’automatica esclusione del concorrente dalla gara.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 5 dicembre 2017, n. 5736 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Servizi di interesse generale - Sulla rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea della questione relativa all’applicazione retroattiva dei criteri espressi dalle Linee Guida ANAC – In materia di determinazione dei rimborsi spettanti ai gestori del servizio di distribuzione del gas naturale, **il Consiglio di Stato ha disposto il rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di Giustizia dell’U.E. al fine di stabilire se i principi europei (di certezza del diritto e di legittimo affidamento), ostino ad una normativa nazionale (Linee Guida ANAC) che prevede un’applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell’entità dei rimborsi spettanti agli ex concessionari con incidenza su pregressi rapporti negoziali**, con conseguente violazione del principio di irretroattività degli atti amministrativi

Tar Puglia - Bari, sez. II, ordinanza del 3 dicembre 2017 n. 461 - Enti locali – Sulla legittimità di deleghe rilasciate dal Sindaco su temi di interesse generale – Ad eccezione del caso in cui siano state conferite deleghe da parte del Sindaco in favore di Consiglieri comunali per svolgere attività riservata ad altri organi dell’Ente, **il Tar Puglia ha ritenuto legittime, in sede cautelare, le deleghe rilasciate in favore di Consiglieri comunali a fini consultivi, per un’attività di mero studio su temi di interesse generale.**

Consiglio di Stato, sez. IV, del 7 dicembre 2017 n. 5762 - Edilizia&Urbanistica – Sulla necessità del permesso di costruire in relazione ad opere edilizie che non hanno il carattere della precarietà – Al fine di verificare se la realizzazione di un’opera edilizia necessita del rilascio del permesso di costruire e sia soggetta al rispetto delle distanze tra fabbricati occorre avere riguardo non alle caratteristiche costruttive del fabbricato, bensì alla funzione cui il manufatto è destinato, ovvero alla sua utilizzazione perdurante nel tempo, di talchè l’alterazione del territorio non può essere considerata urbanisticamente irrilevante (nel caso, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il permesso di costruire in relazione a box prefabbricati rispetto ai quali non erano state rispettate le distanze tra fabbricati).

News

Corte dei Conti, sez. Autonomie, Adunanza del 14 novembre 2017, Deliberazione n.27/SEZAUT/2017/FRG - Organismi Partecipati dagli Enti Territoriali - Relazione anno 2017

Si segnala che è stata approvata, da parte della Sezione Autonomie, la Relazione 2017 con la quale la Corte dei Conti riferisce al Parlamento su “*Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*”.

Di seguito un estratto delle conclusioni della Corte:

La Sezione delle autonomie, ha incentrato la presente indagine sui risultati economici e finanziari degli organismi partecipati dagli Enti territoriali e sull’impatto delle esternalizzazioni sui bilanci degli enti partecipanti. Ciò al fine di dare evidenza di un fenomeno, diffuso a livello nazionale, che genera ingenti costi a carico della finanza territoriale ed è stato, pertanto, oggetto di stratificati interventi normativi poi riordinati nel d.lgs. n. 175/2016.

Il monitoraggio, effettuato dalle Sezioni regionali di controllo sui piani di razionalizzazione presentati a seguito della legge di stabilità 2015, mostra un elevato numero di enti adempienti (oltre l’80%). Nel novero sono, però, ricompresi anche quelli che hanno dichiarato di non essere in possesso di partecipazioni (o di non essere soggetti all’obbligo di trasmissione dei piani).

Nonostante i ripetuti aggiornamenti dei piani, gli esiti delle istruttorie svolte dalle Sezioni territoriali evidenziano la difficoltà degli enti di motivare le scelte di mantenimento sotto il duplice profilo dell’indispensabilità per il conseguimento delle finalità istituzionali – soprattutto con riguardo alle c.d. “partecipazioni polvere” – e della redditività degli organismi, in rapporto all’impegno economico sopportato dall’ente partecipante. Gli organismi oggetto di indagine sono quelli censiti nella banca dati MEF-Corte dei conti di cui sono stati esaminati i dati di bilancio civilistico 2015 allo stato disponibili, anche per ricostruire il sistema degli affidamenti e i flussi finanziari con i soggetti pubblici

partecipanti/controllanti (Regioni, Province autonome, Province, Città metropolitane e Comuni). Allo scopo, sono state considerate anche le partecipazioni indirette, limitatamente al primo livello.

Al riguardo, si evidenzia che il 14,26% dei Comuni (1.147 su 8.046) non risulta in possesso di partecipazioni in società/organismi, sulla base delle informazioni inserite in banca dati.

Dall'esame degli organismi oggetto dell'indagine risulta che quelli operanti nei servizi pubblici locali sono numericamente ridotti (il 34,62% del totale), pur rappresentando una parte importante del valore della produzione (il 71,30% dell'importo complessivo). La maggioranza (il 65,38%) si colloca nelle diversificate attività definite come "strumentali" (cfr. tabella 38), dove, peraltro, sono più frequenti gli organismi in perdita (cfr. tabella 25).

Con riferimento ai 3.807 organismi con fatturato non superiore a 2,5 milioni (cfr. tabelle 23 e 24), si rileva che il numero degli addetti è di oltre 28.000 unità (pari ad una media di 7,48 dipendenti per organismo), a fronte di un totale di oltre 338.150 dipendenti distribuiti su 5.869 organismi complessivamente osservati (pari ad una media di 57,61 dipendenti per organismo). Analoghe considerazioni possono essere svolte per gli organismi con un numero di dipendenti inferiore alle 20 unità (3.153 organismi, di cui 2.623 società) o con un numero di dipendenti inferiore a quello degli amministratori (265 organismi, di cui 190 società).

L'osservazione sotto il profilo del rispetto dei principi della concorrenza – ulteriormente salvaguardati dal d.lgs. n. 175/2016 – evidenzia, per la totalità degli organismi osservati, la netta prevalenza di affidamenti in house, mentre le gare con impresa terza risultano essere soltanto 800 (su un totale di 14.941 affidamenti) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, 139 (cfr. tabella 41).

L'analisi dei risultati economici registra la netta prevalenza degli organismi in utile, meno evidente per quanto riguarda quelli interamente pubblici. Relativamente a quest'ultima categoria, ciò non toglie che in alcune Regioni (Lombardia, Lazio, Molise, Campania, Calabria e Sicilia) le perdite d'esercizio risultino in larga misura superiori agli utili d'esercizio al netto delle imposte. Per gli organismi operanti in Molise, Campania, Calabria e Sicilia, la prevalenza delle perdite sugli utili si ripete per entrambi gli aggregati, sintomo della presenza di criticità di sistema più marcate che altrove (cfr. tabelle 12 e 13).

Da un'analisi di maggiore dettaglio, si rilevano valori medi di incidenza del costo del personale sul costo della produzione più elevati negli organismi a totale partecipazione pubblica (30,33%), laddove il dato complessivo medio evidenzia una percentuale ridotta al 20,99%.

Il fenomeno può essere sintomatico della scarsa efficacia delle politiche di contenimento del costo del lavoro e dei vincoli

assunzionali nei confronti delle società partecipate pubbliche al 100%, soprattutto nei servizi c.d. “strumentali”. Infatti, nei servizi pubblici di interesse economico generale il peso determinante del costo del lavoro sull'intero costo della produzione, quale fattore produttivo capace di condizionare il rendimento degli altri fattori, è associato a livelli elevati del valore della produzione (cfr. tabelle 25 e 38).

L'analisi mostra come oltre il 40% degli organismi in perdita sia a totale partecipazione pubblica, mentre quelli misti a prevalenza privata costituiscano la categoria all'interno della quale le perdite sono più diffuse, con una tendenza al peggioramento dei risultati, nell'arco del quadriennio (cfr. tabella 18). Con riguardo ai 275 organismi in perdita nell'intero quadriennio, emerge che solo un quarto dei risultati d'esercizio negativi è ascrivibile a quelli a totale partecipazione pubblica, mentre le maggiori perdite sono riconducibili agli organismi misti, a prevalenza pubblica o privata (cfr. tabella 20).

Sul piano territoriale (cfr. tabella 19), si rileva che in quasi tutte le Regioni del Nord le perdite di esercizio non interessano più di un quarto degli organismi, mentre nelle restanti aree il trend negativo è più diffuso (sfiorando il 50% in Calabria o addirittura superandolo), ma è comunque di minore impatto a livello complessivo. Infatti, guardando al profilo quantitativo, si osserva che quasi due terzi delle perdite sono concentrate tra gli organismi del Nord, anche se il fenomeno risulta negli ultimi due anni in rapida attenuazione per effetto delle migliori performance degli organismi del Veneto, dell'Emilia-Romagna, del Friuli-Venezia Giulia e del Piemonte, cui si aggiungono, nel 2015, quelli della Regione Toscana, dopo il consistente incremento fatto registrare nel 2014.

Diversamente, si registra un tendenziale incremento delle perdite per gli organismi con risultato negativo in tutti gli esercizi del quadriennio 2012-2015 (cfr. tabella 21). Allo stesso tempo, emerge che l'andamento delle perdite non è sempre correlato alle oscillazioni del valore della produzione e che, in rari casi, le perdite hanno finito con il sovrastare lo stesso fatturato (v. Sicilia).

L'esame della gestione finanziaria – effettuata su 5.869 OO.PP. per i quali erano disponibili i dati di bilancio civilistico 2015 – dimostra una prevalenza dei debiti sui crediti in tutti gli organismi oggetto della presente indagine, ad eccezione della Sardegna e, per le partecipazioni pubbliche totalitarie, della Campania e della Sicilia (cfr. tabelle 16 e 17). Nel complesso, i debiti degli organismi partecipati ammontano a 108,25 miliardi, di cui circa un terzo è attribuibile, in sostanza, alle partecipazioni totalitarie.

Dal rapporto tra capitale di terzi (totale debiti) e capitale proprio (patrimonio netto) emerge un andamento del quoziente di indebitamento difforme da Regione a Regione (cfr. tabelle 16 e 17). Il quoziente è generalmente superiore all'unità, indice di ridotta

capitalizzazione delle aziende (specie in quelle del Sud mentre, per le altre Regioni, spiccano i valori oltre la media della Sardegna e del Lazio).

Con riferimento all'insieme degli organismi osservati (i 5.869 con dati di bilancio civilistico 2015), le tabelle 42 e 43 tendono ad evidenziare come le partecipazioni dirette e indirette degli Enti territoriali (già censite dalle tabelle 7 e 8) siano distribuite sul territorio.

È interessante notare come, al di là di una prevalente concentrazione nella Regione di appartenenza dell'ente socio, le partecipazioni siano presenti anche fuori Regione, con evidenti differenze di comportamento tra enti appartenenti a realtà regionali diverse.

Il fenomeno è maggiormente evidente per le partecipazioni indirette, che risultano distribuite sull'intero territorio nazionale per la maggior parte degli Enti dell'area Nord. Con riguardo alle partecipazioni dirette, la distribuzione fuori Regione è più contenuta e, comunque, più frequente al Nord e al Centro, mentre nel Sud il fenomeno, in base ai dati forniti, appare alquanto circoscritto.

In linea generale si evidenzia una corrispondenza tra il possesso di partecipazioni dirette fuori Regione e l'affidamento di servizi da parte degli Enti possessori di tali quote ed una maggiore dinamicità, in tal senso, nelle Regioni del Centro-Nord rispetto al Meridione e alle Isole. Sul piano specifico, è degna di nota la presenza di partecipazioni con relativi affidamenti di servizi da parte di enti di Sicilia e Sardegna nei confronti di organismi aventi sede legale in Emilia-Romagna, nel Lazio e in Abruzzo, mentre, al Nord, si evidenzia la presenza di un consistente numero di affidamenti fuori Regione da parte del Veneto (tabella 44).

Questo il link dove poter consultare e scaricare il documento:
http://www.corteconti.it/.../sez_au.../2017/delibera_27_2017.pdf