

NEWSLETTER N. 4 ANNO IV

16 – 28 febbraio 2018



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

In evidenza

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 21 febbraio 2018 n. 1101 - Appalti – Sulla sostituzione dell’ausiliaria durante la procedura di gara – Nell’accogliere l’appello proposto, il Consiglio di Stato ha rilevato come, sotto la vigenza del Nuovo Codice dei Contratti, **la sostituzione dell’impresa ausiliaria che non abbia mantenuto ininterrottamente il requisito della regolarità contributiva deve essere considerata come obbligatoria per la Stazione Appaltante** ai sensi di quanto disposto dall’art. 89 comma III del Codice. Ciò posto il Collegio ha sottolineato l’innovatività di tale previsione rispetto al previgente assetto normativo, definendo la *ratio* della stessa in termini di **esigenza di evitare che un operatore economico possa essere escluso per ragioni ad esso non direttamente riconducibili** (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell’impresa appellante).

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 28 febbraio 2018 n. 1228 - Appalti – Sull’indicazione degli oneri della sicurezza nella vigenza del Nuovo Codice – Richiamato un proprio recentissimo precedente, il Consiglio di Stato ha ribadito che la lettera della norma contenuta nel Nuovo codice dei Contratti (art. 95 comma X D. Lgs n. 50/2016) è del tutto univoca del prevedere **che gli oneri di sicurezza devono – a pena di esclusione – essere indicati nell’offerta economica, qualificandosi come elemento essenziale della stessa** (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 7 febbraio 2018 n. 815 in Newsletter AOR n. 3/2018).

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 28 febbraio 2018 n. 1216 - Appalti – Sul contenuto necessario della dichiarazione costitutiva dell’impegno nell’avvalimento di garanzia – Con la recente pronuncia, il Giudici di palazzo Spada hanno confermato che, posta la differenza tra **avvalimento di garanzia** ed avvalimento tecnico operativo, nel primo caso **la dichiarazione dell’ausiliaria deve certamente contenere l’impegno della stessa a mettere a disposizione dell’ausiliata il proprio patrimonio e la propria solidità finanziaria, senza, però, che ciò comporti la doverosità dell’indicazione degli specifici beni patrimoniali** su cui l’avvalimento si fonda. Viceversa, ricorda il Collegio, la specificazione dei mezzi messi a disposizione dell’ausiliata resta assolutamente necessaria nell’avvalimento tecnico operativo, in cui la S.A. deve essere resa edotta dei requisiti effettivamente messi a disposizione dall’ausiliaria.

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 27 febbraio 2018 n. 1202 - Appalti – Sulla discordanza tra importo offerto e ribasso percentuale indicato – Confermando il proprio orientamento, il Consiglio di Stato ha ribadito che **nel caso** in cui venga rilevata una **discordanza tra l'importo offerto ed il ribasso percentuale indicato, la S.A. è tenuta a considerare il valore indicato nel ribasso**. Detta soluzione, osserva il Collegio, si ricava dalla **normativa** applicabile (*ratione temporis* il D. Lgs n. 163/2006 ed il relativo Regolamento – art. 119 comma II D.P.R. 207/2010), che **esplicitamente afferma la preminenza dell'indicazione del ribasso percentuale**. Ne deriva che detta **discordanza non assume alcun valore con riferimento alla certezza del contenuto dell'offerta** e deve essere superata dalla S.A. mediante la correzione dell'errore materiale commesso dal concorrente.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, sentenza del 19 febbraio 2018 n. 96; Tar Piemonte- Torino, sez. II, sentenza del 16 febbraio 2018, n. 238 - Appalti – Sul momento di applicazione del principio dell'invarianza della soglia: Consiglio di Giustizia e Tar Torino a confronto – Nell'arco di pochi giorni il principio di invarianza della soglia di anomalia ha ricevuto due opposte interpretazioni, così restando – di fatto – al centro dei dibattiti giurisprudenziali.

Dapprima il **Tar Piemonte**, confermando un proprio precedente orientamento, ha affermato che **la media dei valori delle offerte economiche deve ritenersi immutabile dal momento dell'”apertura” delle stesse**. Ciò in quanto, a dire del Collegio, attraverso tale anticipazione del momento di immodificabilità di detta media si possono **evitare inutili regressi del procedimento**. Una interpretazione rigorosa, dunque, ma orientata alla garanzia di una maggiore semplificazione e certezza.

Ebbene, a distanza di tre giorni il **Consiglio di Giustizia** è intervenuto sull'argomento fornendo una lettura del principio del tutto differente. In particolare, ad avviso dei Giudici siciliani, **la regola dell'immodificabilità della media e della soglia di anomalia** deve intendersi operante **solamente dal momento in cui è intervenuta l'aggiudicazione definitiva, non potendosi, al contrario, invocare nelle precedenti fasi della procedura**. Ciò in quanto, evidenzia il Collegio, non v'è alcun riferimento normativo che consenta l'anticipazione dell'operatività di **detto principio** che – secondo quanto disposto dalla citata disposizione – **può ritenersi cogente solo una volta terminate le fasi di “ammissione, regolarizzazione o esclusione”, che possono svilupparsi anche dopo l'aggiudicazione provvisoria**.

Tar Lombardia - Milano – sez. III, sentenza del 28 febbraio 2018 n. 595 – Appalti – Sulla revisione dei prezzi – Con la recente pronuncia, il Tar Lombardia, sottolineata la *ratio* dell’istituto della revisione dei prezzi, ha affermato che lo stesso deve intendersi applicabile **solamente alle vere e proprie “proroghe” del contratto originario, non potendosi - invece – estendere ai nuovi rapporti giuridici intervenuti tra le parti (seppure recanti il medesimo oggetto)**. Del pari, è stato osservato, detto istituto non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui l’operatore economico si veda rinnovato il contratto al di là dell’espletamento di una gara, ma a prezzo concordato. In tal caso, infatti, la previsione di un tale meccanismo confliggerebbe con la sua stessa *ratio*, oltre che con la volontà delle parti.

Tar Sicilia - Catania, sez. I, sentenza del 27 febbraio 2018 n. 466 - Appalti – Sui presupposti di legittimità della revoca dell’aggiudicazione e sulle conseguenze indennitarie – Nel confermare l’orientamento giurisprudenziale consolidatosi in materia, i Giudici siciliani hanno rilevato che qualora ai fini della salvaguardia dell’interesse pubblico si renda necessario e/o opportuno eliminare gli effetti di una procedura di gara conclusa, la S.A. **ben può procedere alla revoca dell’aggiudicazione**, essendo – comunque – tenuta a **motivare adeguatamente in ordine alle ragioni che hanno determinato l’intervento in autotutela**. Sulla base di tale principio, il Collegio ha ritenuto legittima la revoca dell’aggiudicazione disposta in quanto i servizi oggetto dell’appalto (costruzione di una nuova struttura carceraria) non erano più necessari per l’Amministrazione (alla luce del registrato calo del numero di posti detentivi necessari). Ciò precisato, il Collegio ha confermato che in tali ipotesi **va corrisposta all’operatore economico un’equa indennità, comprendente esclusivamente il danno emergente** (spese sostenute).

Tar Lombardia - Milano - sez. III, sentenza del 27 febbraio 2018, n. 556 – Servizi di interesse generale & Organismi partecipati – Sul carattere strumentale del servizio pubblico locale di refezione scolastica – Nel confermare la giurisprudenza di merito affermatasi in materia, i Giudici lombardi hanno ribadito che **il servizio di refezione scolastica deve essere qualificato come strumentale rispetto al diritto all’istruzione**. Da tale affermazione deriva che **sull’Amministrazione comunale non grava alcun obbligo di attivazione di detto servizio, che può essere istituito “a domanda”,** ma la cui insussistenza **non rileva ai fini dell’affermazione del rispetto del diritto all’istruzione degli alunni**.

Tar Calabria - Catanzaro - sez. II, sentenza del 21 febbraio 2018, n. 496 – Servizi di interesse generale & Organismi partecipati –

Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di responsabilità dell'Amministrazione per il fallimento di una società in house – Con la sentenza in esame il Tar ha affermato che **l'accertamento relativo alla sussistenza della responsabilità dell'Amministrazione nell'aver cagionato il fallimento di una società in house** (anche se interamente partecipata) deve essere **demandato al giudice ordinario**. Ciò in quanto, ha evidenziato il Collegio, una simile azione ha ad oggetto **aspetti assolutamente privatistici, attinenti alla gestione della società e del tutto estranei all'esercizio di poteri autoritativi**.

Tar Piemonte - sez. II, sentenza del 27 febbraio 2018, n. 280 – Edilizia&Urbanistica – Sull'inapplicabilità dell'istituto del silenzio assenso alle istanze di permesso di costruire in deroga – Con la recente pronuncia, i Giudici piemontesi – nel confermare il proprio orientamento – hanno affermato **l'inapplicabilità dell'istituto del silenzio assenso alle istanze volte all'ottenimento di un permesso di costruire in deroga allo strumento urbanistico vigente**. In particolare, il Collegio ha affermato che **l'operatività di detto istituto di semplificazione deve essere circoscritta alle richieste di rilascio del permesso di costruire "ordinario"**, rispetto alle quali l'Amministrazione è chiamata a compiere una verifica di mera legittimità del progetto alla normativa di settore. Viceversa, **nelle ipotesi in cui l'istanza del privato riguardi la realizzazione di opere per la quale si rende necessaria la previa variazione dello strumento urbanistico, la valutazione della P.A. si connota di ampia discrezionalità** in quanto è tesa a verificare la convergenza dell'interesse pubblico alla modifica dello strumento con quello privato alla nuova edificazione, **con conseguente inapplicabilità dell'istituto del silenzio assenso**.

Tar Toscana - sez. III, sentenza del 27 febbraio 2018, n. 309 – Edilizia&Urbanistica – Sulla debenza degli oneri di costruzione in caso di mutamento di destinazione d'uso senza opere – Con la sentenza in esame, il Tar ha ritenuto **legittimo il provvedimento** a mezzo del quale l'Amministrazione comunale **ha richiesto il pagamento degli oneri di costruzione al privato richiedente il mutamento di destinazione d'uso** di un immobile (da artigianale a commerciale) **senza opere**. Ad avviso del Collegio, infatti, a prescindere dalla realizzazione delle opere, **il mutamento di destinazione d'uso di un immobile tra categorie urbanistiche differenti** (come nel caso di specie) **comporta un aggravio del carico urbanistico** con conseguente debenza di detti oneri.