

NEWSLETTER N. 5 ANNO III

1-15 marzo 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

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 13 marzo 2017, n. 3429 – Appalti – *Sull’efficacia probatoria fino a querela di falso dei verbali della Commissione di gara* – Con la recente sentenza, il Tar del Lazio, in linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, ha ribadito che i verbali di gara devono essere considerati come facenti prova fino a querela di falso anche in relazione all’accertamento dei documenti contenuti nelle buste presentate dagli offerenti. Ne consegue che il concorrente che intenda porre in dubbio la correttezza e la veridicità del contenuto dei verbali, nel ricorrere all’istituto della querela di falso, sarà tenuto a dimostrare la presenza all’interno del plico del documento la cui mancanza ne ha determinato l’esclusione dalla gara (nella specie la dichiarazione d’impegno a prestare la garanzia definitiva) **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della società ricorrente).**

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza del 13 marzo 2017, n. 1152 – Appalti – *Sugli effetti della cessione del ramo di azienda sulle attestazioni SOA* – Con l’ordinanza in esame la Sezione ha rimesso all’Adunanza Plenaria la questione attinente agli effetti della cessione di ramo d’azienda sulle attestazioni SOA. In particolare, è stato chiesto all’Adunanza di chiarire se l’effetto traslativo della cessione comporti sempre la perdita della qualificazione ovvero se il trasferimento della stessa si verifichi solo nei casi in cui per effetto della cessione si formi un nuovo soggetto dotato della qualificazione un tempo posseduta dal cessionario (che, in tal caso, dovrà riformulare la richiesta). Ancora, l’Adunanza dovrà chiarire se l’accertamento effettuato dalla SOA valga solamente per il futuro, oppure se, ove l’organismo SOA accerti “*ex post*” il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente l’attestazione possa valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità.

Consiglio di Stato, sez. III, dell’8 marzo 2017, n. 1091 – Appalti – *Sul possesso ininterrotto dell’attestazione SOA ai fini della partecipazione alle gare pubbliche* – Con tale sentenza, il Consiglio di Stato ha ribadito che ai fini della dimostrazione del possesso dell’attestazione SOA senza soluzione di continuità è sufficiente che il concorrente che abbia detta attestazione prossima alla scadenza si sia attivato tempestivamente e nei termini di legge (*i.e.* 90 giorni prima della scadenza) per richiedere il rinnovo della stessa. Ciò in quanto la verifica positiva del mantenimento dei requisiti ha efficacia retroattiva ed è quindi idonea a coprire periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione sino all’accoglimento della domanda di rinnovo, che deve, comunque, intervenire

prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto.

Consiglio di Stato, sez. III, del 2 marzo 2017, n. 982 – Appalti – *Sui presupposti per l'adozione delle informative antimafia interdittive* – Con la pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che ai fini dell'emanazione dell'informativa antimafia interdittiva, il Prefetto è tenuto, di norma, a valutare autonomamente il provvedimento giurisdizionale emesso non potendo darsi luogo ad un automatismo tra emissione della sentenza e dell'informativa. Tuttavia, è stato precisato, è possibile prescindere da tale accertamento – e procedere, dunque, immediatamente all'interdittiva - laddove sia emersa la commissione di delitti in relazione ai quali il legislatore ha presunto un collegamento con la criminalità organizzata (nella specie traffico illecito di rifiuti).

Consiglio di Stato, sez. VI, del 2 marzo 2017, n. 978 – Appalti – *Sulle condizioni di ammissibilità dei chiarimenti della Stazione Appaltante* – Con tale sentenza è stato rilevato che la Stazione Appaltante può legittimamente fornire dei chiarimenti in merito alla *lex specialis* a condizione che gli stessi intervengano in una fase anteriore all'inizio dell'esame delle offerte e che non siano, comunque, tali da modificare ovvero integrare la disciplina già dettata dagli atti di gara. È stato, altresì, evidenziato che nel caso in cui la *lex specialis* sia equivoca ovvero erronea, prima di procedere all'esame delle offerte la S.A. dovrebbe indicare ai partecipanti le correzioni e le rettifiche da apportare, così da permettere agli stessi di allinearsi alle nuove condizioni prima di partecipare alla gara.

Consiglio di Stato, sez. III, del 2 marzo 2017, n. 975 – Appalti – *Sulla ratio del soccorso istruttorio e sui casi di doverosa applicazione dello stesso* – I Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che l'istituto del soccorso istruttorio è volto ad evitare che per vizi e/o irregolarità meramente formali gli operatori economici più meritevoli possano essere esclusi dalla procedura. Partendo da tale premessa, il Collegio ha, poi, rilevato che la Stazione Appaltante è tenuta a coltivare la prefata impostazione sostanzialistica dell'istituto anche allorché l'incompletezza della dichiarazione sia dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa e sia provato che la concorrente aggiudicataria fosse realmente in possesso del prescritto requisito soggettivo sin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento.

Consiglio di Stato, sez. V, del 1° marzo 2017, n. 932 – Appalti – *Sul contratto applicabile al personale dipendente negli appalti pubblici* – Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha affermato che la scelta del contratto collettivo da applicare al personale dipendente rientra nella discrezionalità dell'imprenditore, fermo il limite della coerenza dello stesso con l'oggetto dell'appalto. Ne deriva che nel caso di mancanza di una specifica previsione di *lex specialis* che imponga l'applicazione di un determinato contratto, le imprese

partecipanti possono valutare quale indicare. Con l'ulteriore conseguenza per cui gli eventuali risparmi conseguiti dall'applicazione di un determinato CCNL non danno luogo ad anomalia dell'offerta ove il medesimo sia rispondente alle finalità dell'appalto.

Tar Sicilia – Catania, sez. III, del 13 marzo 2017 n. 499 – Appalti – *Sull'illegittimità dell'esclusione comminata per mancato pregresso svolgimento di servizi identici a quello di gara* – I Giudici siciliani hanno rilevato che nel caso in cui la legge di gara preveda, ai fini della partecipazione, il pregresso svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto della procedura, deve ritenersi illegittimo il provvedimento di esclusione motivato con riferimento al non avere, il concorrente, svolto servizi identici al medesimo. Ha ribadito, infatti, il Collegio che la clausola di *lex specialis* in materia di servizi analoghi è propriamente volta a contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, di talché non può essere non considerata nella verifica del possesso dei requisiti.

Tar Lazio - Roma, sez. III, ordinanza dell'8 marzo 2017 n. 283 – Appalti – *Sull'obbligo di dichiarare le sanzioni conseguenti all'accertamento delle gravi carenze nell'esecuzione del contratto nella vigenza del Nuovo Codice* – Con la sentenza in esame il Tar ha affermato che nella vigenza del Nuovo Codice dei Contratti, l'impresa che sia stata raggiunta da sanzioni per delle gravi carenze riscontrate nell'esecuzione di precedenti contratti, è tenuta a rendere la relativa dichiarazione anche laddove abbia impugnato le medesime sanzioni innanzi all'autorità competente.

Tar Campania, Napoli, sez. II, dell'8 marzo 2017 n. 1336 – Appalti – *Sull'applicazione del principio di rotazione negli appalti sotto soglia* – Con tale pronuncia, evidenziata la sussistenza di ampia discrezionalità delle SS.AA. nella gestione delle procedure d'appalto sotto soglia, è stata rilevata la legittimità di un affidamento diretto disposto omettendo la consultazione del precedente gestore ai fini della indagine di mercato preliminare all'affidamento. Ciò in quanto, ha osservato il Collegio, in applicazione del principio di rotazione va senza dubbio preferito l'affidamento a soggetti diversi dai precedenti gestori.

Tar Veneto, sez. I, dell'8 marzo 2017 n. 235 – Appalti – *Sui casi di non applicabilità della sanzione pecuniaria in caso di omessa indicazione del nominativo del subappaltatore* – Dato atto della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, il Tar Veneto ha ritenuto illegittima la sanzione pecuniaria irrogata per omessa indicazione del nominativo del subappaltatore nell'ambito di una gara contemplante il subappalto necessario e priva della previsione della sanzione espulsiva automatica. In particolare, è stato rilevato che in tali casi il concorrente che non indichi detto nominativo non incorre in alcuna irregolarità dell'offerta che giustifichi il ricorso al soccorso istruttorio “a pagamento”.

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 7 marzo 2017 n. 3215 – Appalti – *Sulle condizioni di legittimità della revoca dell’aggiudicazione intervenuta a distanza di quattro anni* – Con tale pronuncia i Giudici capitolini hanno affermato la legittimità della revoca dell’aggiudicazione che, benché disposta a distanza di quattro anni dalla stessa, sia motivata con riguardo al carattere non veritiero delle dichiarazioni rese dall’aggiudicatario in sede di gara. È stato, altresì, precisato che tale intervento in autotutela deve considerarsi legittimo anche in assenza di una sentenza passata in giudicato attestante la falsità di quanto dichiarato.

Tar Emilia Romagna - Bologna, sez. II, del 7 marzo 2017 n. 209 – Appalti – *Sui casi di legittimità della consegna anticipata dell’appalto* – Con la sentenza in commento il Tar ha precisato che la consegna dell’appalto prima che il contratto sia divenuto efficace deve, in conformità a quanto prescritto dal Nuovo Codice dei Contratti, considerarsi legittima nel caso in cui le prestazioni ivi previste vengano richieste dalla stazione appaltante in via d’urgenza. Ebbene, è stato osservato, tra tali servizi da espletarsi in via d’urgenza rientra senza dubbio quello – oggetto di causa - di sgombero neve e trattamento antigelo nel periodo invernale , con conseguente legittimità della consegna anticipata dell’appalto.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione del 20 febbraio 2017, n. 111 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – *Sulla necessaria osservanza dei principi di sana gestione finanziaria nelle società in house* – Con la recente deliberazione la Corte dei Conti ha affermato che le società *in house* sono tenute all’osservanza dei principi di sana gestione finanziaria, tra gli altri, al fine di garantire l’equilibrio economico finanziario dell’organismo partecipato. In particolare, è stato osservato, la necessità del rispetto di tali canoni non può essere esclusa dalla sussistenza del controllo analogo esercitato dall’Amministrazione. Ciò in quanto la partecipazione dell’Ente non fa venir meno la natura privatistica della società, con conseguente assoggettabilità della stessa ai principi vigenti in materia.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione del 20 febbraio 2017, n. 110 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – *Sulla natura dell’attività svolta da una società partecipata che gestisce case da gioco* – Con la deliberazione in commento i Giudici veneti hanno affermato la natura imprenditoriale dell’attività di gestione di case da gioco esercitata da una società partecipata, precisando, al contempo, che i proventi derivati da tale attività possono essere qualificati quali entrate tributarie dell’ente solo ove siano versati con periodicità stabilita e quale risultato della gestione al netto dei costi e del corrispettivo spettante al gestore.

Tar Emilia Romagna – Parma, sez. I, del 6 marzo 2017, n. 88 - Enti Locali – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alle indennità dei consiglieri e agli amministratori comunali* – Con la sentenza in commento i Giudici emiliani, in linea con la giurisprudenza di legittimità affermatasi in materia, hanno rilevato che le controversie concernenti il

trattamento economico spettante *ex lege* agli amministratori ed ai consiglieri comunali sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. Ciò in virtù del rapporto di servizio onorario che lega il soggetto all'Amministrazione, nonché della misura prestabilita dei compensi dovuti.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione del 15 febbraio 2017, n. 75 – Enti Locali – *Sulle cautele da adottare in caso di utilizzo di risorse pubbliche attraverso modelli societari* - Con tale pronuncia la Corte dei Conti ha ribadito che nel caso in cui l'Ente agisca attraverso l'utilizzo di modelli privatistici societari, non è esonerato dall'adottare tutte le cautele insite nell'investimento di denaro pubblico consistenti in una adeguata e continua attività di vigilanza e controllo. Ed infatti, ha osservato il Collegio, in tali casi resta necessario effettuare una seria indagine sui costi e ricavi dell'attività programmata e sulla permanenza della pertinenza dell'oggetto sociale e alle finalità dell'Ente.

Consiglio di Stato, sez. III, dell'8 marzo 2017, n. 1109 – Enti Pubblici – *Sulla possibilità di applicare le informative antimafia anche ai procedimenti autorizzatori* - Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha rilevato che le informazioni antimafia possono essere utilizzate anche nei procedimenti autorizzatori. Partendo da tale premessa è stata ritenuta legittima la revoca licenza sanitaria d'uso per l'esercizio dell'attività di produzione di carta e cartotecnica intervenuta sulla base di una informativa antimafia interdittiva.

Tar Toscana, sez. II, del 10 marzo 2017 n. 376- – Enti Pubblici – *Sui soggetti legittimati all'impugnazione dell'autorizzazione al subingresso nell'affidamento di una concessione demaniale marittima*– Il Tar Toscana, richiamata la normativa dettata dal Codice della Navigazione, ha affermato che in caso di autorizzazione al subingresso nella gestione di una concessione demaniale marittima, il relativo provvedimento può essere impugnato solamente dal concessionario originario. Viceversa deve affermarsi il difetto di legittimazione all'impugnazione dei dipendenti del concessionario uscente nonché dei rappresentanti sindacali degli stessi in quanto detti soggetti non sono portatori di un interesse diretto all'annullamento del provvedimento.

Tar Lazio, Roma, sez. I quater, ordinanza del 2 marzo 2017 n. 1030- – Enti Pubblici – *Sulla sospensione della pubblicazione dei dati reddituali dei dirigenti del Garante della Privacy* – Con la recente ordinanza il Tar Lazio ha sospeso l'efficacia delle note che disponevano la pubblicazione dei dati reddituali e dello stato patrimoniale dei dirigenti del Garante della Privacy rilevando la sussistenza di profili di fondatezza delle censure riguardanti la compatibilità del prefato obbligo di pubblicazione con il diritto europeo nonché delle questioni di legittimità costituzionali sollevate dai medesimi ricorrenti.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 28 febbraio 2017 n. 5060 – Enti Pubblici – *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulle*

controversie concernenti l'individuazione dei piani educativi da parte dell'istituzione scolastica – Le Sezioni Unite di Cassazione, in linea con la giurisprudenza di legittimità civile ed amministrativa, hanno ribadito che le controversie attinenti all'individuazione dei piani educativi da parte delle istituzioni scolastiche (nella specie si trattava della decisione sulla consistenza dell'insegnamento di sostegno) sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Viceversa, qualora il piano educativo sia già stato approvato e la materia del contendere verta sull'applicazione del piano medesimo, la giurisdizione si radica in capo al giudice ordinario

Consiglio di Stato, sez. VI, del 2 marzo 2017 n. 985 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla necessità del permesso di costruire per la costruzione di un soppalco* – In linea con l'orientamento affermatosi in materia, il Consiglio di Stato ha rilevato che qualora la costruzione di un soppalco comporti, a causa delle dimensioni dello stesso, una sostanziale ristrutturazione dell'immobile con incremento delle superfici, l'interessato sarà tenuto a richiedere il rilascio del permesso di costruire. Viceversa, laddove il medesimo soppalco sia di dimensioni modeste e non comporti aumento di volumetria (ad esempio in quanto adibito a ripostiglio), deve escludersi la necessità del predetto titolo abilitativo.

Tar Piemonte, sez. II, dell'8 marzo 2017 n. 321 - Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione adottata a distanza di lungo tempo dall'abuso nei casi in cui la P.A. sia venuta a conoscenza dello stesso recentemente* – Con tale pronuncia il Tar ha affermato la legittimità dell'ordinanza di demolizione che, benché adottata a distanza di un ingente lasso di tempo dalla commissione della violazione (nella specie 30 anni), riguardi un abuso di cui la P.A. sia venuta a conoscenza solo più recentemente. A tale riguardo è stato osservato che ai fini del consolidamento del legittimo affidamento del privato, l'inerzia dell'Amministrazione può rilevare solamente nei casi in cui la medesima P.A., pur essendo a conoscenza dell'abuso, ometta di intervenire per la repressione dello stesso.

News

Con determinazione n. 235 del 15 febbraio 2017, l'Anac ha pubblicato le “**Linee Guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016**”.

Il documento è consultabile e scaricabile dal seguente link:

http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/determinazioni/2017/Del_n_235_2017_linee_guida%20n7.pdf