

NEWSLETTER N. 5 ANNO IV

1-15 marzo 2018



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 – sez. III quater, sentenza del 8 marzo 2018 n. 2673 – Enti Pubblici - Sulla liquidazione di indennizzo in caso di emotrasfusioni infette - Con la recente pronuncia il Tar Lazio ha affermato che **la liquidazione di indennizzi in favore degli eredi di soggetti danneggiati da emotrasfusioni infette costituisce un diritto soggettivo** rispetto al quale non residuano margini di discrezionalità in capo alla P.A., con la conseguenza per cui ogni azione volta all'accertamento e/o liquidazione del predetto indennizzo spetta alla giurisdizione del giudice ordinario (**Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati**).

Consiglio di Stato, sez. III- sentenza del 14 marzo 2018 n. 1643 Appalti – Sulla legittimazione all'impugnazione degli atti di gara – Con la recente pronuncia, il Consiglio di Stato ha affermato che **il concorrente ha legittimazione ad impugnare gli atti di gara per la rinnovazione delle stessa solo qualora dimostri una utilità sostanziale ricavabile dall'accoglimento del ricorso**; mentre una qualche utilità, solo indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza di una posizione legittimante all'impugnazione.

Consiglio di Stato, sez. III- sentenza del 13 marzo 2018 n. 1609 Appalti – Sulla verifica di anomalia dell'offerta e sulla legittimità del criterio di scelta del “minor prezzo” - Nelle gare di appalto, **un'offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi**. Perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre invece che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate. Nel rendere la sentenza in esame, il Collegio ha altresì precisato che **la possibilità della scelta del criterio del “minor prezzo” resta circoscritta alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali**.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 8 marzo 2018 n. 1495 - Appalti – Sulla rappresentanza all'interno di un consorzio ordinario – Richiamando l'orientamento giurisprudenziale risalente, il Consiglio di Stato ha affermato che **nell'ambito di un consorzio ordinario non è necessario indicare quale impresa fra le consorziate svolga il ruolo di capogruppo-mandataria**, non

essendoci mandante e mandataria all'interno del consorzio ed essendo la rappresentanza attribuita agli organi consortili; con la conseguenza che **i requisiti sono apportati cumulativamente dalle consorziate, senza alcun vincolo al rispetto di una quota maggioritaria o alla corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione.**

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 5 marzo 2018 n. 1335 - Appalti – Sulla omessa indicazione dei sub-pesi e sulla corretta verbalizzazione delle operazioni di gara – Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha ritenuto **inammissibile la censura di genericità dei criteri per mancata indicazione dei sub-pesi qualora il ricorrente/concorrente non abbia indicato in che termini la indicazione dei sub-pesi avrebbe garantito la sufficiente specificazione del voto numerico.** Con la medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha inoltre ribadito il principio secondo cui **la mancata e pedissequa indicazione nei verbali di gara delle operazioni di custodia dei plichi contenenti le offerte non costituisce un vizio che inficia la procedura di gara.**

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 2 marzo 2018 n. 1299 - Appalti – Sull'esclusione per gravi illeciti professionali – Con la recente pronuncia, il Consiglio di Stato ha affermato che **l'elencazione “dei gravi illeciti professionali” contenuta nel Codice dei Contratti ha valore solo esemplificativo e non esclude che la stazione appaltante possa disporre l'esclusione del concorrente dalla gara per grave illecito professionale al di fuori dei casi indicati nell'elenco** (salvo in tale ultima ipotesi l'obbligo di motivare adeguatamente in merito sulla scelta di esclusione del concorrente dalla gara).

Corte di Giustizia Europea – sez. VIII, sentenza del 28 febbraio 2018 n. C-523/16 e C-536/16 – Appalti – Sui limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio – Con la presente pronuncia, la Corte di Giustizia ha affermato che **i principi del diritto dell'UE non ostano ad una normativa nazionale che istituisca un meccanismo di soccorso istruttorio per sanare irregolarità essenziali dell'offerta, previo pagamento di una sanzione pecuniaria.** Per contro, **i medesimi principi dell'UE ostano ad una normativa nazionale che istituisca un meccanismo di soccorso istruttorio per porre rimedio alla mancanza di un documento** (che, secondo le espresse disposizioni dei documenti di gara, deve portare alla esclusione del concorrente), **ovvero per eliminare le irregolarità che inficiano l'offerta** (in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta).

Tar Emilia Romagna – sez. II, sentenza del 14 marzo 2018, n. 227– Appalti – Sulla compatibilità tra RUP e Presidente della commissione giudicatrice – In base alla citata pronuncia, nell’attuale disciplina del Codice dei Contratti pubblici, trova applicazione il principio - affermato dalla prevalente giurisprudenza ed avente portata generale – che stabilisce la **cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della commissione giudicatrice** (nei medesimi termini, vds. **Tar Molise, sez. I[^], sentenza 6 marzo 2018 n. 122**, sulla compatibilità del ruolo di Presidente della commissione di gara con quello di componente del Gruppo di Progettazione lavori).

Tar Lombardia, Milano – sez. IV, sentenza del 9 febbraio 2018 n. 380 – Appalti – Sul principio di rotazione – Confermando l’orientamento giurisprudenziale consolidato, il Consiglio di Stato ha ribadito che **il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate non ha una valenza precettiva**; sicchè, sempre che l’invito a partecipare sia rivolto a più imprese e risultino rispettati il principio di trasparenza, di imparzialità nella valutazione delle offerte, non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale.

Tar Napoli, sez. I, sentenza del 1° marzo 2018 n. 1336 – Appalti – Sui limiti al potere di esclusione – Il TAR campano ha affermato che **non può procedersi all’esclusione del concorrente dalla gara nel caso in cui sia riscontrata una violazione tributaria a carico del subappaltatore**, salvo l’obbligo dell’affidatario successivo di provvedere in tale evenienza alla sostituzione del subappaltatore. Allo stesso modo, **non può procedersi alla esclusione del concorrente dalla gara ove questi non disponga dell’iscrizione all’Albo Nazionale dei Gestori Ambientali**, non assumendo tale iscrizione natura di requisito di partecipazione ma la diversa qualificazione di esecuzione comportante il divieto di stipulare il contratto di appalto.

Tar Napoli, sez. I, sentenza del 1° marzo 2018 n. 1334 – Appalti – Sulla previsione delle c.d. “clausole sociali” – Con la recente pronuncia il Tar campano ha affermato che **per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale** – con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera (quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell’importo totale del contratto) – **i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono prevedere, nel rispetto dei principi dell’UE, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del**

personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore.

Tar Sicilia - Catania, sez. I, sentenza del 27 febbraio 2018 n. 466 - Appalti – *Sull'indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza* – Il TAR Sicilia ha ritenuto **legittima l'esclusione del concorrente dalla gara che non abbia indicato nell'offerta economica i costi della manodopera e della sicurezza, anche in presenza di clausole difformi e/o ambigue della documentazione di gara; ciò in conseguenza del carattere imperativo ed inderogabile della disposizione del Codice dei Contratti (art. 95, d.lgs. 50/2016) che prevede l'obbligo dell'operatore di indicare nell'offerta economica tali elementi. La mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e della sicurezza non è inoltre sanabile mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio trattandosi di elementi essenziali dell'offerta economica (n tale senso, vds. anche sez. III[^], 9 marzo 2018 n. 505)**

Tar Napoli, sez. VI, sentenza del 13 marzo 2018 n. 1566– Servizi di interesse generale & Organismi partecipati – *Sulla possibilità di consumare il c.d. pasto domestico in luogo della fruizione del servizio mensa* – Il Tar campano ha ritenuto **illegittimo il regolamento del servizio di refezione scolastica adottato da un Comune nella parte in cui prevedeva come obbligatorio siffatto servizio escludendo di conseguenza la possibilità per gli alunni di consumare il c.d. pasto domestico. In particolare, a parere del Collegio, gli alunni devono poter scegliere se fruire del servizio mensa offerto dall'Istituto scolastico ovvero consumare un pasto di preparazione casalinga, restando, comunque, onere della Scuola organizzare la fruizione congiunta degli alimenti.**

Corte dei Conti – Sez. Appello, sentenza del 2 marzo 2018 n. 125 – Responsabilità amministrativa - *Sulla responsabilità erariale per mancato rispetto delle procedure contabili* – Con la citata pronuncia, il Giudice contabile ha affermato che **risponde per danno erariale il dirigente che ordina una prestazione senza adottare il necessario impegno di spesa, creando, per questa via, i presupposti per l'esborso degli oneri accessori connessi alle iniziative giudiziarie promosse dalla ditta affidataria per il soddisfacimento delle pretese creditorie (L'adozione dell'impegno, infatti, quale accantonamento e destinazione di una somma per la realizzazione di una determinata iniziativa onerosa, è volto ad assicurare la corretta gestione delle risorse pubbliche).**

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 13 marzo 2018, n. 1603 – Enti Locali – *Sulla responsabilità precontrattuale della P.A.* – Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che **non**

sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di provvedimenti non idonei ad ingenerare un legittimo affidamento sul conferimento di incarichi (nel caso di specie si trattava di una mera dichiarazione di intenti con la quale era stato deciso il conferimento di un incarico di bonifica di alcuni terreni comunali, sottoposto a condizione sospensiva e non seguita da vincoli negoziali di sorta tra le parti).

Corte di Cassazione, SS.UU. Civili – ordinanza del 6 marzo 2018 n. 5304 – Enti pubblici – Sulla nomina di componenti del CdA di enti pubblici - Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha affermato che **appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie che hanno ad oggetto la nomina/revoca/decadenza dalla carica di componente del consiglio di amministrazione di un ente pubblico (anche economico)**, venendo in considerazione l'esercizio di potestà pubblicistiche e quindi posizioni giuridiche di interesse legittimo.

Corte di Cassazione, SS.UU. Civili – ordinanza del 9 marzo 2018 n. 5790 – Edilizia&Urbanistica – Sulla dichiarazione di inefficacia di un atto di cessione di area – Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha affermato che nella materia urbanistica ed edilizia, **l'azione con la quale i privati proprietari di un terreno hanno diffidato il Comune a portare a termine il procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di una variante di P.R.G rientra nella giurisdizione del G.O.**, trattandosi di azione volta ad accertare un mero comportamento (omissivo) del Comune (mancata adozione di variante al PRG) che non comporta la prospettazione di una violazione degli obblighi della p.a., né la lesione di un interesse pubblico connesso all'acquisto.

News

Si segnala deliberazione n. 28/2018 della Corte dei Conti (Sezione Controllo Umbria) sui vincoli e limiti dello scorrimento delle graduatorie preesistenti.

È stato chiesto parere in merito alla possibilità di coprire posti a tempo pieno della dotazione organica 2017, utilizzando graduatorie approvate nel 2012 “*per la copertura di posti a tempo parziale [di] vari profili*”.

I magistrati contabili dell'Umbria con la deliberazione 28/2018, hanno ribadito che le graduatorie non sono utilizzabili per la copertura di posti di nuova istituzione o trasformati (ex articolo 91, comma 4, del Tuel).

Tale principio generale, applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche, e non solo agli enti locali, è finalizzato ad escludere modifiche di organico per favorire candidati già noti.

Per i posti preesistenti alle graduatorie, invece, rientra nei poteri discrezionali dell'amministrazione, ed è oggetto di "*riserva amministrativa*", l'utilizzazione delle graduatorie già approvate (ed ancora valide), in alternativa al bando di un nuovo concorso (Ad. Pl. Cons. Sta. n. 14/2011).

La scelta in concreto operata, ovviamente, va espressa mediante atti adeguatamente motivati, tenendo nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei.

Nello specifico l'amministrazione, al fine di non compromettere la intrinseca ragionevolezza della scelta operata, deve valutare, secondo gli orientamenti del Giudice Amministrativo:

- l'esigenza di stabilizzazione del personale precario;
- l'eventuale sopravvenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione
- l'esatto contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura è indetto il nuovo concorso e le eventuali distinzioni rispetto a quanto descritto nel bando relativo alla preesistente graduatoria;
- le peculiari caratteristiche sostanziali dei posti da coprire con lo scorrimento, rispetto a "*quelli indicati nelle precedenti procedure*" concorsuali.