

NEWSLETTER N. 6 ANNO IV

15 - 31 marzo 2018



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

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. v- sentenza del 27 marzo 2018 n. 1915 Appalti – *Sulle conseguenze dell'esistenza di condanne penali passate in giudicato* – Con la recente sentenza, nel confermare il proprio precedente orientamento, il Consiglio di Stato ha ribadito che **la sussistenza di condanne penali a carico dell'operatore economico concorrente non comporta ex se l'esclusione dello stesso dalla gara**. Ed infatti, secondo il Collegio, spetta alla **Stazione Appaltante valutare – discrezionalmente - la reale e concreta incidenza di dette condanne sul requisito della moralità professionale del soggetto, tenuto conto dell'oggetto cui si riferisce l'appalto**. Sulla scorta di detti principi, nel caso sottoposto all'attenzione dei Giudici, non sono state considerate rilevanti n. 34 condanne riportate dall'operatore e riguardanti fattispecie che, seppure penalmente rilevanti (si trattava di omesso controllo sul contenuto del periodico diretto dal soggetto – art. 57 c.p.) non rientravano nell'ambito dei reati in danno dello Stato, comportanti l'incapacità di contrarre con la P.A.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 23 marzo 2018 n. 1845 - Appalti – *Sull'obbligatorietà o meno dell'applicazione del criterio della doppia riparametrazione nella valutazione dell'offerta tecnica* – In linea con la prevalente giurisprudenza amministrativa, il Collegio ha ribadito che l'applicazione del **criterio della c.d. doppia riparametrazione nell'ambito della valutazione delle offerte tecniche costituisce – in via ordinaria – una facoltà della S.A.**, non sussistendo alcuna norma di carattere generale impositiva di detta regola. Viceversa, il criterio *de quo* deve ritenersi **obbligatorio nel caso in cui l'applicazione dello stesso sia espressamente prevista dalla legge di gara**.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 23 marzo 2018 n. 1843 - Appalti – *Sulla decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti di ammissione al prosieguo della procedura* – Con tale pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che, posto che **i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti al prosieguo della procedura devono essere impugnati entro trenta giorni dalla pubblicazione degli stessi sul profilo del committente** (art. 120 comma II bis Codice), **anche laddove dette determinazioni non vengano pubblicate**, il termine di trenta giorni deve, comunque,

ritenersi **decorrente dal momento di intervenuta piena conoscenza dell'atto da impugnare nonché dei profili di lesività dello stesso.**

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 21 marzo 2018 n. 1810 - Appalti – Sulle differenze tra contratto di avvalimento e dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria – Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha evidenziato che **la dichiarazione unilaterale compiuta dall'ausiliaria alla Stazione Appaltante è atto diverso rispetto al contratto di avvalimento.** Ed infatti, mentre **la prima costituisce un atto di impegno compiuto dall'impresa negli esclusivi confronti dell'Amministrazione, il secondo costituisce la fonte del rapporto giuridico tra l'ausiliaria e l'ausiliata.** Da detta divergenza, ha osservato il Collegio, deriva **l'impossibilità di interpretare in combinato tali atti, nonché di desumere il contenuto del contratto di avvalimento anche da elementi della dichiarazione.**

Tar Veneto – sez. III, sentenza del 26 marzo 2018, n. 348 – Appalti – Sull'onere di indicazione del valore presunto dell'affidamento e sulle conseguenze – in punto di impugnazione – dell'omissione di detta indicazione – Nel prendere le mosse dal dato letterale della norma impositiva dell'**onere – a carico dell'Amministrazione – di indicazione del valore presunto della concessione** (art. 167 Codice dei contratti), i Giudici veneti hanno ribadito che **la doverosità di detto adempimento può essere superata laddove la S.A. non sia obiettivamente in grado di provvedere in tal senso** (e.g. in quanto trattasi del primo affidamento del servizio). Ciò posto, il Collegio ha precisato che in detta ultima ipotesi, **l'Amministrazione resta comunque tenuta ad indicare ogni elemento utile alla predisposizione – da parte dell'operatore economico – di un'offerta seria.**

Sotto connesso aspetto, i Giudici hanno rilevato che **l'omessa indicazione del valore della concessione** – in quanto presuntivamente preclusiva della formulazione di un'offerta consapevole – **va impugnata immediatamente e non anche unitamente all'aggiudicazione.** Ne deriva, allora, che nel caso in cui detta omissione venga gravata unitamente all'aggiudicazione, la censura deve considerarsi tardiva se dalla mancanza di indicazione è derivata l'impossibilità di formulare un'offerta seria e/o inammissibile per carenza di interesse se l'operatore è comunque riuscito a predisporre una proposta consapevole.

Tar Lombardia - Brescia – sez. II, sentenza del 26 marzo 2018 n. 354 – Appalti – Sul principio di rotazione – Con tale sentenza il Tar ha affermato che **il principio di rotazione costituisce un corollario del canone di non discriminazione** e va, pertanto, **interpretato come “di portata generale”,** volto ad evitare l'insorgere ed il

consolidamento di rendite da posizione del gestore uscente e – al contempo – a favorire la più ampia partecipazione alle procedure di evidenza pubblica. Da tale dato il Collegio ha dedotto che detto principio deve ritenersi cogente **anche nelle gare finalizzate all'individuazione di una cooperativa sociale che – nell'ambito dell'attività oggetto di gara** (nella specie il servizio di pulizia dei locali comunali) – **favorisca l'inserimento nel mondo del lavoro di soggetti svantaggiati.**

Tar Calabria – Reggio Calabria, sentenza del 22 marzo 2018 n. 137 – Appalti – Sulla mancanza di necessità della comunicazione di avvio del procedimento in caso di revoca dell'aggiudicazione per mancanza di requisiti partecipativi – Nell'aderire al consolidato indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia, il Tar Calabria ha ribadito che nel caso in cui l'Amministrazione intenda procedere alla **revoca dell'aggiudicazione per riscontrata carenza di requisiti partecipativi in capo all'aggiudicatario, non è tenuta alla comunicazione dell'avvio del relativo procedimento.** Ed infatti, ha osservato il Collegio, in tale caso, in primo **luogo non si aprirebbe alcun nuovo procedimento** e, comunque, la revoca si porrebbe come **atto di natura strettamente vincolata.**

Tar Lombardia - Brescia, sez. I, sentenza del 21 marzo 2018 n. 321 – Appalti – Sull'effettiva configurabilità di un grave illecito professionale – Con la pronuncia in esame è stato rilevato che nel caso in cui – nell'ambito di un precedente appalto – l'operatore economico abbia assunto un contegno violativo e/o elusivo delle prescrizioni dell'Amministrazione (nella specie erano state eseguite delle opere non ancora autorizzate), detto **fatto non può considerarsi idoneo ad integrare un grave illecito professionale giustificante l'esclusione del concorrente se l'operato della società è stato successivamente ratificato dalla S.A.** (nel caso di specie, mediante l'accettazione delle opere). In tale caso, infatti – ha osservato il Collegio – un solo episodio di tal specie non è sufficiente a fondare il giudizio sull'inaffidabilità dell'impresa.

Tar Lombardia - Milano, sez. IV, sentenza del 20 marzo 2018 n. 758 – Appalti – Sul contrasto tra bando e capitolato – Nel recepire il consolidato orientamento giurisprudenziale affermatosi in materia, il Tar ha confermato che **in caso di rilevato contrasto tra le prescrizioni contenute nel bando e le disposizioni del capitolato, occorre riconoscere la prevalenza delle prime.**

Tar Piemonte, sez. I, sentenza del 20 marzo 2018 n. 327 – Appalti – Sull'irrelevanza – ai fini dell'indicazione del costo del lavoro – dell'eventuale rinuncia a parte del trattamento economico da parte dei dipendenti di una Cooperativa – I Giudici piemontesi hanno

affermato che **l'eventuale rinuncia compiuta dai dipendenti di una Cooperativa a parte del trattamento economico agli stessi spettanti non può considerarsi rilevante nell'ambito dell'indicazione del costo del lavoro offerto (e nella valutazione dello stesso)**, che dovrà, comunque, comprendere gli importi "rinunciati". Ciò in quanto, ha osservato il Collegio, **un simile meccanismo determinerebbe un'indebita posizione di vantaggio a favore delle Cooperative ed una speculare lesione della *par condicio* dei concorrenti.**

Tar Emilia Romagna – Parma, sez. I, sentenza del 19 marzo 2018 n. 80 – Appalti – Sul superamento della separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione – Con tale sentenza il Tar ha osservato come **l'elencazione dei criteri di valutazione delle offerte** (nell'ambito degli appalti da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) **prevista dal Codice, contempra gli elementi di valutazione oggettiva e soggettiva delle offerte** (e.g. organizzazione, condizioni di esecuzione, esperienza) **che** – come già osservato dall'Anac nelle Linee Guida n. 2 – "Offerta economicamente più vantaggiosa" – **consentono di ritenere superata la rigida dicotomia tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, così da permettere alla S.A. di valutare anche dei requisiti soggettivi dell'impresa qualora si rivelino particolarmente meritevoli di apprezzamento.**

Tar Abruzzo - Pescara, sez. I, sentenza del 15 marzo 2018 n. 101 – Servizi di interesse generale & Organismi partecipati – Sulla giurisdizione del g.o. in materia di assunzione del personale delle società partecipate – In linea con la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile, il Tar ha ribadito che **le controversie concernenti le procedure selettive volte all'assunzione del personale alle dipendenze delle società partecipate** (nella specie una società *in house*), sono devolute alla **giurisdizione del giudice ordinario**. Ciò in quanto, ha confermato il Collegio, **la finalizzazione della società al soddisfacimento dell'interesse pubblico non influisce** sulla sua natura privatistica, e, dunque, **sulla gestione *iure privatorum* delle procedure di reclutamento dei dipendenti.**

Corte di Cassazione – sez. Lavoro, sentenza del 22 febbraio 2018 n. 4358 – Servizi di interesse generale & Organismi partecipati – Sull'impossibilità di conversione del contratto di lavoro – da a tempo determinato a a tempo indeterminato nelle società partecipate – La Cassazione ha affermato che, **posto che nelle società a partecipazione pubblica, l'assunzione del personale deve avvenire per il tramite dell'espletamento di procedure selettive e concorsuali, non è dato ammettere, in tale ambito, la possibilità di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in**

rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Una simile operazione violerebbe, infatti, la regola concorsuale nonché gli immanenti principi costituzionali riguardanti l'azione amministrativa.

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Sicilia – Deliberazione del 27 marzo 2018 n. 68 – Enti Locali – Sui criteri di individuazione e computo del compenso dei componenti dell'organo di revisione dell'Ente – Con la recente Deliberazione, i Giudici contabili hanno chiarito che, poste le misure di contenimento della spesa pubblica introdotte dal D.L. 78/2010 (*i.e.* riduzione del 10% dei compensi rispetto agli importi risultanti alla data del 30.04.2010), ai fini dell'individuazione della misura del compenso da riconoscere ai componenti dell'organo di revisione dell'Ente **occorre avere riguardo al trattamento agli stessi riconosciuto alla data del 30.04.2010. Ne deriva che ogni emolumento già riconosciuto prima di detta data – ivi comprese le maggiorazioni – può concorrere alla formazione della base di compenso su cui operare la prescritta riduzione.**

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia – Deliberazione del 27 marzo 2018 n. 93; Sezione di Controllo per la Toscana – Deliberazione del 27 marzo 2018, n. 19 – Enti Locali – Sui presupposti del riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche ai dipendenti dell'Ente – Con la pronuncia in commento, la Corte lombarda ha ribadito che **il presupposto necessario ai fini del riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche** (art. 113 D. Lgs n. 50/2016) ai dipendenti dell'Ente, **è l'adozione da parte dell'Amministrazione del Regolamento disciplinante le modalità ed i criteri di ripartizione dell'apposito fondo.** A fronte di ciò, è stato, comunque, precisato che a seguito dell'adozione di detto Regolamento resta possibile per l'Ente provvedere alla ripartizione degli incentivi per le funzioni tecniche espletate dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti ma prima del Regolamento stesso.

In pari data, la materia degli incentivi per le funzioni tecniche è stata trattata anche dalla Sezione di controllo per la Toscana, la quale, sulla base dell'impostazione già riportata, è giunta a ritenere che **nelle more dell'adozione del Regolamento, l'Amministrazione può – comunque – provvedere all'accantonamento delle risorse destinate al Fondo,** ovviamente nel limite di legge (2%).

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per il Piemonte – Deliberazione del 27 marzo 2018 n. 30 – Enti Locali – Sulla possibilità di erogare dei servizi extrascolastici con costi a carico del Comune anche a bambini non residenti – Interrogata sul punto, la Corte dei Conti ha rilevato che, **sebbene l'attività degli Enti locali sia naturalmente destinata alla propria comunità territoriale, ciò**

non esclude la possibilità per l'Amministrazione di offrire ad utenti non residenti gli stessi servizi (ed alle stesse condizioni economiche) che vengono normalmente fruiti dai residenti. Ad ogni buon conto, in considerazione dell'**opportunità della partecipazione degli altri Enti interessati dal servizio**, i Giudici hanno suggerito il coinvolgimento di questi ultimi nella ripartizione delle spese.

Tar Marche, sez. I, sentenza del 16 marzo 2018 n. 186 – Enti Locali – *Sull'illegittimità dell'attribuzione ad un Revisore del compito di redigere e trasmettere i modelli Iva e Irap* – Con tale sentenza, il Tar ha affermato **l'illegittimità della delibera** a mezzo della quale il Consiglio comunale, nell'ambito della nomina del Collegio dei Revisori, **ha onerato un componente dello stesso della redazione e della trasmissione dei modelli Iva e Irap**. In particolare, il Collegio ha evidenziato come **l'attribuzione** di tale compito ad un Revisore, **oltre a non essere prescritta dalla legge** (art. 239 T.U.E.L.), **confligge con la funzione stessa del Revisore**, che – così facendo – si troverebbe ad esercitare la vigilanza ed il controllo su atti da lui stesso redatti.

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per il Lazio – Deliberazione del 16 marzo 2018 n. 5 – Enti Locali – *Sulle deroghe alla distinzione tra organi politici e gestionale negli Enti di piccole dimensioni* – Sulla scorta dell'unanime orientamento giurisprudenziale, la Corte dei Conti **ha ribadito la possibilità – per i Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti – di affidare ad un unico soggetto, Sindaco o Assessore, funzioni sia politiche che gestionali**. È stato, ad ogni buon conto precisato che, posta tale indubbia possibilità, **detta opzione deve essere comunque dettagliatamente regolamentata a monte dall'Ente**, che, infatti – ai fini del contenimento della spesa – può decidere di associarsi con altri Comuni ovvero affidare più funzioni ad un unico soggetto.

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per le Marche – Deliberazione del 15 marzo 2018 n. 21 – Enti Locali – *Sulla possibilità di mantenere la partecipazione in una società in perdita che gestisce la farmacia comunale* – Interrogata sul punto, la Corte dei Conti ha rilevato che, pur considerando l'esigenza di tutela del diritto alla salute dei cittadini, **nel caso in cui la società che gestisce il servizio di farmacia comunale (unica farmacia nel territorio) è in perdita, l'Ente è tenuto a compiere una valutazione approfondita circa l'opportunità di mantenere la partecipazione nella società, anche considerando la possibilità di prevedere una forma diretta di gestione societaria con la partecipazione dei farmacisti, ovvero la cessione a terzi dell'attività**.

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Toscana – Deliberazione del 15 marzo 2018 n. 11 – Enti Locali – Sulla possibilità di riconoscere al Vice segretario comunale i diritti di rogito – Partendo dal dato letterale della disposizione applicabile in materia (art. 10 comma II bis del D.L. n. 114/2014), i Giudici toscani hanno affermato la **possibilità di riconoscere i diritti di rogito ai vice Segretari comunali, per le funzioni espletate in sostituzione dei Segretari comunali in caso di assenza di questi ultimi.**

Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana – ordinanza del 27 marzo 2018 n. 175 – Edilizia&Urbanistica – Sulla natura giuridica dell'atto di rideterminazione degli oneri concessori: rimessione della questione all'Adunanza Plenaria – Il Consiglio di Giustizia ha recentemente rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa all'individuazione della natura giuridica del provvedimento di rideterminazione degli oneri concessori. In particolare, il Collegio, dato atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, ha interrogato l'Adunanza sul **se detti atti debbano essere interpretati come espressione dell'autotutela pubblicistica ovvero delle facoltà delle parti del rapporto concessorio, nonché sulla rilevanza – nelle fattispecie *de quibus* – del legittimo affidamento del privato.**