

NEWSLETTER N. 8 ANNO III

16 - 30 aprile 2017



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

In evidenza

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Tribunale Civile di Tivoli- sezione Lavoro, del 19 aprile 2017, n. 361 – Enti Locali– *Sulla legittimità della revoca dell’incarico dirigenziale esterno in caso di condanna penale* – Con la pronuncia in oggetto il Tribunale, in accoglimento delle eccezioni sollevate dal Comune resistente, ha avallato la scelta dello stesso di procedere alla **revoca dell’incarico dirigenziale affidato ad un professionista esterno a seguito della condanna del medesimo per reati contro la Pubblica Amministrazione. In particolare il Giudicante ha rilevato l’opportunità della rivalutazione dell’interesse dell’Amministrazione a mantenere un incarico che – di fatto – non veniva esercitato da più di un anno a causa della sentenza penale di condanna, non ritenendo, per converso, meritevole di tutela la posizione del privato. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell’Amministrazione resistente)**.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 aprile 2017, n. 1955 – Appalti – *Sull’esclusione del concorrente per gravi illeciti professionali* – Secondo quanto recentemente affermato dal Consiglio di Stato, deve ritenersi **illegittima l’esclusione del concorrente per gravi illeciti professionali ove la S.A. non dimostri adeguatamente che gli stessi hanno comportato un’importante diminuzione dell’affidabilità dell’impresa. In particolare, è stato osservato, tale prova non può dirsi raggiunta nel caso in cui il motivo dell’esclusione consista nella risoluzione di un contratto stipulato con altra Amministrazione, impugnata dall’operatore e in relazione alla quale sia pendente giudizio al momento dell’emanazione del provvedimento espulsivo.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 19 aprile 2017, n. 1825 – Appalti – *Sulla necessità dell’iscrizione del concorrente all’Albo professionale di competenza* – Con la sentenza in esame è stato osservato che **l’iscrizione all’Albo Professionale rappresenta un requisito speciale di idoneità professionale e, in quanto tale, deve essere posseduto dal concorrente – a pena d’esclusione – alla scadenza del termine della presentazione delle domande, a nulla rilevando che la *lex specialis* non rechi una specifica disposizione a riguardo.**

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, del 12 aprile 2017, n. 188 – Appalti – *Sul principio di rotazione* – Ribadita l’importanza e la finalizzazione del **principio di rotazione tendente ad assicurare la massima partecipazione alle procedure di gara, il Consiglio di Giustizia ha affermato che, in virtù di tale canone, la S.A. deve dar conto delle ragioni che la hanno condotta ad invitare nuovamente il precedente gestore a**

partecipare alla gara. In assenza di tale motivazione l'aggiudicazione al gestore uscente deve ritenersi illegittima.

Tar Lazio – Roma, sez. III quater, del 27 aprile 2017, n. 4951 – Appalti – Sulla competenza del RUP a disporre l'esclusione del concorrente – Con la sentenza in commento, il Tar del Lazio, nell'uniformarsi a quanto chiarito dall'Anac nelle Linee Guida formulate in materia di compiti e ruolo del **Responsabile Unico del Procedimento**, ha chiarito che **nelle gare da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** tale organo **deve ritenersi competente a disporre l'esclusione del concorrente sulla base dell'esame del possesso dei requisiti**. Ciò in quanto, a fronte delle valutazioni tecniche ed economiche effettuate dalla Commissione, il RUP è chiamato a svolgere la verifica della regolarità della documentazione presentata e della sussistenza dei requisiti adottando ogni conseguente provvedimento.

Trga Trento, del 26 aprile 2017, n. 142 - Appalti - Sull'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale – I Giudici trentini, ribadito che la sanzione dell'esclusione per **imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale** è volta a garantire il rispetto dei principi di segretezza e concorrenza nelle gare pubbliche, hanno chiarito, in linea con la precedente giurisprudenza, che tale ipotesi **si verifica**, tra le altre, **in caso di sussistenza di un legame di parentela diretto tra i legali rappresentanti delle imprese, di identità del luogo di residenza degli stessi, ovvero di elezione del domicilio presso il medesimo professionista**.

Tar Sardegna, sez. I, del 21 aprile 2017 n. 275 – Appalti – Sulle conseguenze in caso di mancata produzione dell'impegno del fideiussore a prestare la garanzia definitiva – Con tale pronuncia è stato ribadito che la presentazione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto è previsto dalla legge a pena di esclusione. Ne consegue che in caso di **carenza di tale documento non si potrà che disporre l'esclusione del concorrente, non essendo dato ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio** (previsto solo nei casi di carenze formali della domanda).

Tar Lombardia – Milano, sez. IV, del 19 aprile 2017 n. 902 – Appalti – Sull'inammissibilità di un'offerta contenente l'indicazione di una sola voce di costo – Con la recente sentenza, il Tar ha affermato **l'illegittimità di un'offerta estremamente bassa in quanto – di fatto – contenente l'indicazione di una sola voce di costo**. Nella specie, nell'ambito di una procedura negoziata per l'affidamento dell'incarico di assistenza giudiziale di un Ente locale, un professionista aveva presentato un'offerta estremamente bassa (550 euro), deducendo che la stessa dovesse essere riferita alle sole spese vive, posta la certezza della vittoria in giudizio, e la liquidazione dei compensi da parte del giudice. A fronte di ciò il Tribunale, riconosciuto il carattere indeterminato del contenuto dell'offerta, ha ritenuto legittima l'esclusione della stessa.

Tar Sardegna, sez. I, del 19 aprile 2017 n. 262– Appalti – Sulla riparametrazione dei punteggi– Con la pronuncia in esame, i Giudici sardi hanno ribadito che nelle gare da aggiudicare attraverso il criterio dell’offerta più vantaggiosa **si può ricorrere alla riparametrazione dei punteggi solo ove e nei limiti in cui tale possibilità sia prevista dalla *lex specialis*** in quanto l’utilizzo scorretto di tale strumento potrebbe avere l’effetto di influenzare in modo decisivo il risultato finale (e.g. laddove lasciato all’arbitrio della Commissione).

Tar Lazio - Roma, sez. III, del 18 aprile 2017 n. 4681 – Appalti – Sull’illegittimità della sospensione degli effetti dell’aggiudicazione in pendenza di un giudizio non riguardante la legittimità della gara– Ad avviso del Tar Lazio deve ritenersi **illegittimo per violazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa il provvedimento con il quale la Stazione Appaltante sospenda gli effetti dell’aggiudicazione definitiva di una gara in virtù della pendenza di un giudizio non riguardante la legittimità della procedura** (nella specie la materia del contendere risiedeva nella sussistenza del diritto di esclusiva nella realizzazione dei prodotti oggetto della gara).

Tar Toscana, sez. I, del 18 aprile 2017 n. 582 – Appalti – Sulla decorrenza del termine per l’impugnazione dell’ammissione di altro concorrente– I Giudici toscani hanno confermato che **il termine per l’impugnazione dell’ammissione alla gara di altro concorrente decorre dal momento in cui il ricorrente viene, comunque, a conoscenza del provvedimento stesso e dei profili che lo rendano immediatamente lesivo**, a nulla rilevando che la S.A. non abbia provveduto alla pubblicazione dell’atto sul profilo del Committente. Ne consegue che nel caso in cui con il ricorso proposto avverso l’aggiudicazione, l’istante deduca motivi inerenti all’ammissione dell’aggiudicatario alla gara, lo stesso deve essere considerato irricevibile perché tardivo.

Tar Sicilia – Palermo, sez. III, del 14 aprile 2017, n. 1025 - Appalti – Sui casi in cui la mancata presentazione del DGUE non determina l’esclusione dalla gara - Con la sentenza in esame, il Tar Sicilia, rilevato che **l’utilizzo Documento di Gara Unico Europeo non è previsto dalla legge come obbligatorio pena l’esclusione dalla procedura**, ha precisato che la rilevanza che tale atto assume nelle gare pubbliche discende dal contenuto dello stesso. Ne deriva che qualora il concorrente, pur non presentando in DGUE, dimostri comunque il possesso di tutti i requisiti richiesti, non potrà legittimamente ricorrersi alla sua esclusione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 24 aprile 2017 n. 1894 - – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Sul giudice competente in materia di scelta del socio privato nelle società miste – Il Consiglio di Stato ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto

l'attività prodromica alla scelta della P.A. di operare attraverso il modello societario (ossia costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima). D'altra parte, è stato ribadito, **le determinazioni prese a valle di tale scelta (nel caso di specie la dismissione dell'intero pacchetto pubblico) sono disciplinate dalla normativa privatistica e rientrano, perciò, nella giurisdizione del giudice ordinario.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 19 aprile 2017, n. 9862 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Servizio Farmaceutico– *Sul giudice competente in materia di crediti vantati dalle farmacie nei confronti della ASL* – Le Sezioni Unite di Cassazione, ripercorsa la disciplina inerente al riparto di giurisdizione, hanno affermato che **rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto i crediti vantati dalle farmacie nei confronti delle ASL per il recupero degli “extra sconti” praticati dalle case farmaceutiche. Ciò in quanto in tal caso, l'Ente non esercita alcuna attività valutativa o discrezionale limitandosi ad applicare matematicamente la disciplina di settore vigente.**

Consiglio di Stato, sez. V, del 24 aprile 2017, n. 1899 – Servizi Interesse Generale e Organismi Partecipati – *Sul giudice competente in materia di gare indette da un'azienda concessionaria per la locazione di spazi commerciali* – Il Consiglio di Stato ha affermato la **giurisdizione del giudice ordinario in materia di gara indetta dalla concessionaria di servizio pubblico (gestione della metropolitana) ai fini della locazione degli spazi commerciali situati nelle stazioni. Ciò in quanto, è stato affermato, si tratta di rapporti tra il concessionario ed il terzo cui l'Amministrazione rimane del tutto estranea.**

Tar Puglia - Lecce, sez. III, del 24 aprile 2017 n. 634– Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – *Sull'illegittimità dell'affidamento del servizio rifiuti disposto con ordinanza contingibile e urgente* – I Giudici pugliesi hanno affermato l'illegittimità dell'affidamento di un servizio (nella specie di igiene urbana) disposto con ordinanza contingibile ed urgente ad un'impresa sino alla selezione del nuovo contraente (tramite futura gara) **ove le ragioni di urgenza, poste a fondamento del provvedimento extra ordinem, devono ritenersi colpevolmente riconducibili a comportamenti della stessa Amministrazione.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 26 aprile 2017, n. 10231 – Responsabilità amministrativa – *Sulla natura della responsabilità del direttore dei lavori nominato dal contraente generale* – Con tale pronuncia le Sezioni Unite di Cassazione, rilevato che il Direttore dei Lavori esercita l'attività ad esso demandata non in quanto dipendente dell'Amministrazione, ma semplicemente in virtù del vincolo negoziale discendente dalla sua nomina, ha **escluso la natura amministrativa della responsabilità dello stesso. Ne**

conseguenze che l'eventuale azione di responsabilità dovrà essere esercitata innanzi al giudice ordinario, mancando i presupposti per il radicamento della giurisdizione del giudice contabile.

Corte dei Conti, Sezione I di Appello, ordinanza del 20 aprile 2017, n. 51 – Responsabilità amministrativa – Sulla disciplina processuale applicabile nei giudizi di responsabilità amministrativa: Rimessione alle Sezioni Riunite - Con la recente ordinanza, la prima sezione di appello della Corte dei Conti ha **rimesso all'esame delle Sezioni Riunite la questione inerente alla disciplina processuale applicabile ai giudizi di responsabilità amministrativa**. È stata, in particolare, rilevata la possibilità dell'insorgenza di un contrasto interpretativo in materia, posto che da un lato la disciplina speciale anteriore all'entrata in vigore del Codice della Giustizia Contabile (D. Lgs n. 174/2016) non è stata esplicitamente abrogata da quest'ultimo, dall'altro tale sopravvenuta normativa parrebbe escludere l'applicabilità delle disposizioni precedenti attraverso la previsione di un rito speciale applicabile, incondizionatamente, *“anche ai giudizi in corso”*.

Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Molise, del 18 aprile 2017, n. 24 – Responsabilità amministrativa – Sull'inammissibilità della parcellizzazione delle iniziative giudiziarie a fronte di un unico fatto contestato - Con tale sentenza la Corte dei Conti ha rilevato l'inammissibilità dell'atto di citazione proposto dalla Procura per il risarcimento del danno erariale discendente da una fattispecie già sottoposta al vaglio giurisdizionale con più di una iniziativa giudiziale. È stato, in particolare, rilevato che **l'utilizzo “parcellizzato” dello strumento processuale deve essere ritenuto abusivo** in quanto provoca l'aggravamento della posizione dei convenuti (costretti a difendersi in più giudizi a fronte della contestazione di un unico danno), la lievitazione indebita del *quantum* del *petitum* (posto che il risarcimento è richiesto *pro quota* a soggetti diversi) ed il rischio di contrasto tra giudicati (per il differente stato e grado dei diversi giudizi).

Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per le Marche, del 12 aprile 2017, n. 22 – Responsabilità amministrativa – Sulla decorrenza del termine di prescrizione del risarcimento del danno erariale – La Corte dei Conti, dato atto dell'intervento delle Sezioni Riunite in materia, ha confermato che **ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine di decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, occorre avere riguardo al momento di conoscibilità obiettiva dell'evento dannoso, non rilevando – a tale fine – la conoscenza effettiva dello stesso, salvo che tale evento non sia stato dolosamente occultato** (fattispecie, quest'ultima che giustifica lo slittamento in avanti del momento iniziale della decorrenza del termine).

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, del 12 aprile 2017, n. 4497 - Enti Pubblici – Sull'inammissibilità dell'azione avverso il silenzio della P.A. con

riferimento ad atti generali o regolamentari – I Giudici capitolini hanno ribadito che il **rimedio avverso il silenzio dell'Amministrazione è circoscritto ai casi di attività provvedimentale della P.A., in cui sono individuabili i destinatari precisi dell'azione amministrativa**. Viceversa nei casi in cui si tratti di atti generali e regolamentari non è possibile individuare i soggetti specificatamente interessati all'esercizio dell'attività amministrativa, con la conseguenza per cui non è dato determinare e circoscrivere l'interesse ad agire avverso il mancato esercizio dell'azione.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza del 19 aprile 2017 n. 1830 - Edilizia&Urbanistica – Sull'onere motivazionale dell'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia intervenuto a distanza di anni - Deferimento all'Adunanza Plenaria – Con la recente ordinanza la IV sezione del Consiglio di Stato ha **rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione riguardante l'ampiezza dell'onere motivazionale del provvedimento con cui l'Amministrazione annulla d'ufficio una concessione edilizia in sanatoria a distanza di anni dall'emissione del titolo abilitativo**. In particolare, dato atto del contrasto giurisprudenziale sorto in materia, è stato domandato se la P.A. debba motivare simili provvedimenti con riferimento all'interesse pubblico valutato in concreto rispetto alla posizione dei privati. (Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza del 24 marzo 2017 n. 1337- in Newsletter n. 6/2017, sul deferimento all'Adunanza Plenaria della questione relativa alla motivazione dell'ordinanza di demolizione adottata a distanza di anni dall'abuso).

Consiglio di Stato, sezione IV, del 13 aprile 2017 n. 1713 - Edilizia&Urbanistica – Sul presupposto dell'ingiustizia del danno ai fini del risarcimento per lesione del legittimo affidamento – Il Consiglio di Stato ha affermato che **non può trovare accoglimento la domanda volta al risarcimento del danno derivante dalla lesione del legittimo affidamento nel caso in cui quest'ultimo derivi da un titolo abilitativo che, in realtà, non avrebbe potuto essere reso**. In particolare è stato rilevato che la condotta del danneggiato che, anche senza dolo, abbia fuorviato l'Amministrazione nella concessione del titolo (che altrimenti non sarebbe stato assegnato) fa venire meno l'ingiustizia del danno lamentato, con conseguente impossibilità di richiedere il risarcimento.

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 21 aprile 2017 n. 4893 - Edilizia&Urbanistica – Sulla sospensione degli effetti del permesso di costruire disposta dopo molto tempo dalla concessione – I Giudici capitolini hanno affermato **l'illegittimità del provvedimento di sospensione degli effetti del permesso di costruire concesso da un ingente lasso di tempo (25 anni) nel caso in cui la P.A. sia a conoscenza da molto (8 anni) degli elementi di forte criticità del titolo abilitativo**. In tali casi, infatti, ai fini della legittimità della determinazione, l'Amministrazione è tenuta a motivare adeguatamente le

News

ragioni della stessa anche con riferimento al legittimo affidamento *medio tempore* sorto nel privato.

Tar Campania - Napoli, sez. VI, del 18 aprile 2017 n. 2114 - Edilizia&Urbanistica – Sulle autorizzazioni necessarie in caso di realizzazione di opere in zone sottoposte a vincolo paesaggistico – Con tale sentenza il Tar ha confermato che ai fini della **realizzazione di opere (anche sottoposte solo a DIA) in zone vincolate è necessaria la previa autorizzazione paesistica**. Ne consegue che in assenza di tale provvedimento le lavorazioni dovranno ritenersi abusive e, conseguentemente, sarà legittima l'ordinanza di demolizione.

Con le Delibere nn. 229/2017, 328/2017 e 330/2017 del 29 marzo, tutte pubblicate in G.U. n. 91 del 19 aprile 2017, l'Anac ha approvato i seguenti regolamenti:

229/2017- **“Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”**

328/2017- **“Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari”**

330/2017- **“Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione”**