

NEWSLETTER N. 19 ANNO IV

1 – 15 novembre 2018

Via Sistina n. 48 – 00187 – Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06.32652774

Via Durini n. 25 – 20122 - Milano
Tel e Fax: (+39) 02.91090173

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com



In evidenza

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Tar Emilia Romagna - Parma, sez. I, sentenza del 13 novembre 2018 n. 300 – Enti Locali – *Sull'inefficacia dei provvedimenti di annullamento di un concorso emanati dal Comune a seguito di pronunce giurisdizionali disponenti la riconvocazione del candidato alla prova orale* – Il **Tar Parma** – adito in sede di ottemperanza – **è tornato a pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati dal Comune di Fidenza a seguito dell'ordinanza e della sentenza** mediante le quali – in accoglimento delle censure del ricorrente - aveva ordinato all'Amministrazione di **riconvocare il candidato per la prova orale**. In effetti, successivamente a dette pronunce il Comune aveva – in buona sostanza – prima annullato l'intero concorso e poi finanche eliminato dalla propria pianta organica il posto da dirigente messo a bando. Ebbene, il Tar, con la sentenza in commento ha affermato **l'inefficacia di detti provvedimenti, rilevandone il contrasto le pronunce già rese**. Inoltre, **ritenuto sussistente un possibile danno erariale conseguente alla perdurante condotta illegittima** tenuta dal Comune, il Collegio ha disposto la **trasmissione degli atti alla Procura Regionale della Corte dei Conti** per gli accertamenti di competenza (**Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del ricorrente**).

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 14 novembre 2018 n. 6423 – Appalti – *Sulla differenza tra soluzioni migliorative e varianti* – D'accordo con il proprio precedente orientamento, il Consiglio di Stato ha ribadito che mentre **le soluzioni migliorative** proposte dal concorrente possono riguardare **ogni aspetto del progetto senza – con ciò – determinare una modifica dello stesso, le varianti** presuppongono delle **vere e proprie variazioni** del progetto posto a base di gara. Ne consegue – ha precisato il Collegio – che **affinché una variante possa essere ritenuta ammissibile**, è necessario che la **legge di gara preveda la possibilità** di proporla nonché i **limiti** entro i quali i concorrenti possono apportare delle variazioni al progetto iniziale.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 9 novembre 2018 n. 6326 – Appalti – *Sull'interpretazione della clausola sociale* – I Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che **la clausola sociale** presente in alcuni bandi di gara **deve essere coordinata con il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica**. Partendo da tale premessa, il Collegio ha affermato che detta previsione **non fa sorgere in capo al gestore entrante alcun obbligo di assunzione a tempo indeterminato e in via generalizzata dei lavoratori precedentemente impiegati nella commessa**.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 novembre 2018 n. 6299 – Appalti – *Sul conflitto di interessi dei commissari di gara* – Secondo quanto recentemente rilevato dal Consiglio di Stato, la disciplina dell'incompatibilità dei commissari di gara è volta a salvaguardare l'imparzialità al fine di scongiurare fenomeni distorsivi della *par condicio* e garantire una sana concorrenza tra gli operatori economici. Ciò posto, secondo il Collegio **il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso sulle valutazioni compiute anche dagli altri componenti implica la necessaria sostituzione di tutti i commissari**, unica soluzione – quest'ultima - che garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività. Ne consegue - nei casi di intervenuta decadenza dei membri della Commissione - **il travolgimento per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara** fino all'affidamento del servizio.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giurisdizionale, sentenza del 5 novembre n. 701 – Appalti – *Sulla portata applicativa del soccorso istruttorio* – Con tale pronuncia il Consiglio di Giustizia, nel riconoscere al soccorso istruttorio previsto dal nuovo Codice una portata applicativa più ampia rispetto a quella riconosciuta dal D. Lgs n. 163/2006, ha affermato che **detto istituto opera non solo nelle ipotesi in cui sia necessario un mero completamento formale ovvero un chiarimento della documentazione amministrativa, ma anche allorché si debba colmare la mancanza di qualsiasi elemento formale - quand'anche di tipo essenziale – della stessa**, purché la regolarizzazione non riguardi gli elementi dell'offerta economica e/o tecnica.

Tar Lazio - Latina, sez. I, sentenza del 13 novembre 2018 n. 578 – Appalti – *Sull'affidamento semplificato negli appalti sotto-soglia* – Con la sentenza in commento il Tar ha confermato che negli appalti di valore inferiore ai € 40.000,00 deve ritenersi **legittima la scelta della S.A. di procedere tramite affidamento semplificato anche al di là di una specifica motivazione**. Ciò posto, il Collegio ha ricordato che **in detti casi l'Amministrazione può anche prescindere dall'invito del gestore uscente purché** – però – **dia adeguatamente conto delle ragioni** che l'hanno indotta a operare in tal senso.

Tar Sicilia – Catania, sez. III, sentenza dell'8 novembre 2018 n. 2122 – Appalti – *Sulla illegittimità della proroga disposta con atto di transazione tra l'Amministrazione e la ditta interessata* – Con la pronuncia in esame è stata affermata **l'illegittimità del provvedimento di proroga di un contratto di appalto adottato in virtù di un atto di transazione concluso tra la P.A. e la ditta interessata**. Il Collegio ha, in particolare, rilevato il contrasto di un simile contegno con l'art. 97 Cost., i principi di concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, nonché la normativa europea.

Tar Campania - Napoli, sez. IV, sentenza dell'8 novembre 2018 n. 6519 – Appalti – *Sull'illegittimità dell'esclusione di soggetti non aventi natura imprenditoriale* – Con la sentenza in commento, il Tar – d'accordo con la giurisprudenza del Consiglio di Stato – ha ribadito **l'illegittimità dell'esclusione da una gara di un concorrente non avente natura imprenditoriale** (nella specie era stato escluso un consorzio di imprese in quanto una delle consorziate – non avendo natura di impresa – non era iscritta alla CCIAA). In particolare, è stato confermato che **l'assenza di fini lucrativi nell'attività del soggetto non può essere considerata come causa di esclusione dalla procedura**, ledendo - una simile impostazione - i principi di trasparenza e massima partecipazione nelle gare di appalto.

Tar Campania – Napoli, sez. IV, sentenza dell'8 novembre 2018 n. 6518 – Appalti – *Sull'illegittimità dell'esclusione del concorrente che abbia offerto un monte ore appena più elevato di quello previsto dal bando* – I Giudici campani hanno dichiarato **illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi motivato esclusivamente con riferimento alla previsione di un monte ore irrisoriamente superiore** a quello massimo **prescritto dalla lex specialis** a pena di esclusione (nella specie si trattava di soli 18 minuti in più). In particolare, il Collegio -ricordato che clausole della *lex specialis* devono essere interpretate alla luce dei principi di massima partecipazione e di piena concorrenza – ha rilevato che **un minimo scostamento dal contenuto dell'offerta previsto dalla legge di gara non può essere**

ritenuto rilevante nella valutazione della congruità della proposta, né – tantomeno – può comportare l'esclusione automatica del concorrente.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Campania, Deliberazione del 16 novembre 2018 n. 129 – *Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati – Servizio idrico integrato- Sulle modalità di rimborso ai soggetti gestori* – I giudici contabili, chiamati a pronunciarsi in merito alle modalità di “rimborso” ai singoli gestori di servizio (nella Regione Campania) dei canoni di fognatura e depurazione, hanno precisato che **la disciplina della refusione delle componenti di ricavo (tariffa) ai vari soggetti che concorrono al piano dei costi** (e la distribuzione del rischio di riscossione) **soggiace agli accordi e alla disciplina specifica stabilita dalle parti e** – per le componenti di costo correlate ad esternalità di sistema e costi sociali – **alla disciplina legislativa e regolamentare promanata dalle varie autorità coinvolte**, che esula dalla materia della contabilità pubblica.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Campania, Deliberazione del 12 novembre 2018 n. 126 – *Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati – Trasporto scolastico- Sulla natura del servizio e sulla possibilità di erogazione gratuita dello stesso* – I magistrati campani, in linea con precedenti pronunce di altre sezioni consultive, hanno ribadito che **il servizio di trasporto scolastico non è ricompreso tra le categorie dei servizi pubblici a domanda individuale**. Al contempo hanno ricordato che, ferme restando le scelte gestionali e l'individuazione dei criteri di finanziamento demandate alla competenza dell'ente locale, **non è consentita l'erogazione gratuita di tale servizio** (se non previa motivazione specifica e garanzia *ex ante* dell'equilibrio economico finanziario), ma al contrario, **va prevista la corresponsione di una quota di partecipazione diretta, che dunque presuppone un versamento, anche graduato, da parte degli utenti**. Trattasi, infatti, di servizi che non costituiscono un “obbligo istituzionale” e, di conseguenza, il contratto con l'utenza deve caratterizzarsi per la bilateralità del sacrificio economico.

Consiglio di Stato, sez. I, parere dell'8 novembre 2018 n. 2583 – *Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati – Sulla possibilità di procedere ad affidamento diretto a società in house partecipate anche da capitale privato* – Nel rendere parere in ordine alla **possibilità per una società in house della Regione Piemonte di continuare a ricevere affidamenti diretti da parte dell'Ente pur acquisendo** – entro determinati limiti e condizioni – **partecipazioni private**, il Consiglio di Stato ha superato il contrasto apparente delle norme previste dal Codice dei Contratti e dal Testo Unico sulle Società Partecipate, **ammettendo detta possibilità**. In particolare, il Collegio ha, in applicazione del criterio cronologico, **valorizzato la disposizione** del T.U.S.P. (art. 16 comma I D. Lgs 175/2016) a mente della quale la **possibilità di procedere ad affidamento diretto a società in house partecipate anche da privati è limitata ai casi in cui vi sia una disposizione di legge (nazionale o regionale) che disponga in tal senso** (il Codice dei Contratti – di contro – ammette tale possibilità solamente in caso di previsione di legge nazionale). Ciò posto, premesso che, **nella specie, sussisteva una Legge Regionale disponente detta possibilità a condizione che la partecipazione privata non comportasse alcuna influenza maggioritaria e/o potere di veto e considerato che la società in house era stata creata per la soddisfazione di interessi di competenza regionale**,

il Consiglio di Stato ha avallato detta opzione ricordando – ad ogni buon conto – che **la partecipazione privata – pena l'illegittimità dell'affidamento diretto - non deve comportare alcun controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.**

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, Deliberazione del 25 ottobre n. 302 - *Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati* – *Sulla capacità assunzionale del Comune socio e della società interamente partecipata* – Con tale Deliberazione, la Corte ha escluso che **la prerogativa dell'Amministrazione partecipante di fissare obiettivi periodici sulle spese di funzionamento della società partecipata** (art. 19 comma V T.U.S.P.) **non deve essere intesa come limitativa della capacità assunzionale della società stessa.** Del resto – è stato specularmente affermato - **ove una società partecipata** - nel rispetto delle direttive impartite dalle Amministrazioni partecipanti e degli specifici obblighi legislativamente previsti anche in ordine alle modalità attraverso cui procedere – **ponga in essere delle assunzioni, detta iniziativa non intaccherà la capacità assunzionale delle predette amministrazioni partecipanti.**

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Lazio, parere 17 ottobre n. 66/2018 - *Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati* – *Sul soccorso finanziario di società totalmente partecipata in liquidazione* - La Corte dei Conti è del parere che **gli interventi di c.d. soccorso finanziario in favore di società in liquidazione sono vietati ove motivati con riferimento alla sola esigenza di evitare la dichiarazione di insolvenza della società e di garantire la tutela dei creditori sociali.** Infatti, la legge impone un **generale divieto di disporre, a qualsiasi titolo, erogazioni finanziarie “a fondo perduto” in favore di società in grave situazione deficitaria,** che finirebbero per tradursi in un accollo da parte dell'ente socio delle passività societarie, totalmente privo delle finalità di duraturo riequilibrio strutturale.

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per il Veneto, sentenza del 9 novembre 2018 n. 9 – *Responsabilità amministrativa – Danno erariale* – *Sulla responsabilità per danno erariale dei dipendenti di una società in house che pongano in essere comportamenti illeciti* – Con tale pronuncia i Giudici veneti hanno rilevato che nel caso in cui **i dipendenti di una società in house pongano in essere** – nell'esercizio delle proprie mansioni lavorative – **dei comportamenti illeciti** (nel caso di specie penalmente rilevanti) **dovranno, del pari, rispondere del danno arrecato all'immagine dell'Amministrazione.** Ed infatti, ha osservato il Collegio, dalla partecipazione della P.A. alla società deriva la configurabilità di un danno erariale, la cui cognizione spetta alla Corte dei Conti.

Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Lombardia, sentenza del 31 ottobre 2018 n. 214 - *Responsabilità amministrativa – Danno erariale* - *Sui limiti all'esternalizzazione dell'attività di revisione* - Con la sentenza in commento, i Giudici contabili hanno ribadito che **la facoltà di ricorrere a consulenti esterni** non può considerarsi una prerogativa arbitraria dell'Amministrazione, dovendosi – al contrario – **ritenere esercitabile solamente in via residuale, per periodi limitati e secondo specifiche procedure previste ex lege.** Partendo da tale premessa, il Collegio ha affermato che **richiedere a un soggetto esterno di procedere**

– dietro corrispettivo – alla verifica della regolarità di alcuni documenti contabili (funzionale – nella specie - a superare i rilievi già mossi dal Collegio sindacale) **determina una duplicazione degli oneri già sopportati dall'Amministrazione per l'attività del Collegio sindacale, con inevitabile danno erariale.**

Tribunale ordinario di Reggio Calabria, sentenza del 6 novembre 2018 n. 1610 – Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Sulla configurabilità di un danno erariale in caso di risoluzione dei contratti stipulati dalla precedente amministrazione – Con la sentenza in commento, il Tribunale di Reggio Calabria ha affermato **l'illegittimità della prassi della risoluzione dei contratti stipulati con imprese da precedenti amministrazioni a seguito dell'insediamento dei nuovi eletti.** Più il particolare, il Giudicante ha rilevato come **detto contegno** – violativo dei più generali canoni di buona amministrazione – **produce un potenziale danno erariale, costringendo l'amministrazione a sopportare ulteriori spese ai fini della stipula di nuovi contratti con professionisti scelti dai politici e/o dirigenti entranti.** Sulla base di dette considerazioni il Giudice ha disposto la **trasmissione degli atti alla Procura Regionale della Corte dei Conti.**

Tar Campania – Napoli, sentenza del 9 ottobre 2018 n. 6535 – Enti locali – Sul termine per l'adozione delle delibere concernenti le tariffe e le aliquote TARI – D'accordo con la giurisprudenza sviluppatasi sul punto, i Giudici campani hanno affermato che le **deliberazioni in materia di determinazione delle tariffe e delle aliquote della TARI** devono essere adottate **nel termine previsto per la deliberazione del bilancio di previsione pena l'illegittimità delle stesse.**

Tar Lazio - Roma, sez. III bis, sentenza del 12 novembre 2018 n. 10862 – Enti Pubblici – Sulla possibilità di indire un concorso ove siano presenti graduatorie valide ed efficaci – Con la sentenza in esame il Tar ha ricordato che **anche laddove l'Amministrazione disponga di una graduatoria valida ed efficace** da cui attingere ai fini dell'assunzione di personale, deve ritenersi **legittima la scelta di indire un nuovo concorso, purché** – ad ogni buon conto – la p.A. **motivi analiticamente tale decisione. In assenza di un'adeguata motivazione** – ha precisato il Collegio – l'indizione del concorso deve ritenersi – viceversa - **illegittima.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza dell'8 novembre 2018 n. 28572 – Edilizia&Urbanistica – Sul riparto di giurisdizione in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo da occupazione per pubblica utilità – Le Sezioni Unite di Cassazione, d'accordo con il loro precedente orientamento, hanno affermato che le controversie in materia di **determinazione e corresponsione dell'indennità di occupazione per pubblica utilità sono devolute alla cognizione del giudice ordinario.** In particolare, il Collegio ha ricordato come detti giudizi debbano essere ricompresi nell'ambito della materia dell'**opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità, per la quale è stata prevista la cognizione della Corte d'Appello in unico grado** (art. 29 D. Lgs n. 150/2011).

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 23 ottobre 2018, Parere del 13 novembre 2018 – Appalti – Si segnala che in data 13 novembre u.s. il Consiglio di Stato – Adunanza della Commissione Speciale, ha reso il **parere sulle Linee guida Anac n. 6** recanti “*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016*”.

Comunicato ANAC del 30 ottobre – Appalti – *Sugli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro* – Con il Comunicato in esame l'ANAC si è espressa sull'applicabilità dell'art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (che dispone l'obbligo per tutte le stazioni appaltanti di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica nell'ambito delle procedure di gara) agli affidamenti infra 1.000 euro, ritenendo che **per gli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro è possibile procedere senza utilizzare mezzi telematici**, in virtù di quanto previsto dall'art. 1, comma 450, della legge n. 296/2006.