

NEWSLETTER N. 21 ANNO IV

1 – 15 dicembre 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

Si segnala che con il D.L. n. 135/2018, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 14 dicembre 2018, sono state apportate delle modifiche all'art. 80 comma V, lett. c) del nuovo Codice dei contratti, recante la disciplina dell'esclusione dalle gare pubbliche per gravi illeciti professionali.

Consiglio di Stato, sez. VI – sentenza del 3 dicembre 2018 n. 6838 – Appalti – *Sui costi della manodopera e della sicurezza* – Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la sentenza a mezzo della quale il Giudice di prime cure, in accoglimento delle censure proposte dal ricorrente incidentale. In particolare, il Collegio ha risolto due questioni delicate e innovative: in primo luogo ha affermato l'illegittimità dell'utilizzo delle ore di straordinario al fine di poter giustificare un costo della manodopera più ridotto di quello reale; inoltre ha rilevato l'inderogabilità dell'importo previsto dalle Tabelle ministeriali per i costi della sicurezza. Sull'ultimo punto la giurisprudenza non aveva ancora assunto un orientamento consolidato **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'appellante incidentale)**.

Tar Lazio - Roma, sez. III ter – ordinanza del 13 dicembre 2018 n. 7602 – Appalti – *Sull'onere di provare i presupposti legittimanti l'accesso alle tariffe incentivanti GSE* – In linea con il consolidato indirizzo della giurisprudenza, i Giudici hanno affermato la cogenza – nell'ambito dei procedimenti volti all'accesso alle tariffe incentivanti – del principio di autoresponsabilità, a mente del quale spetta all'interessato l'onere di provare la sussistenza di tutte le condizioni necessarie all'ammissione ai benefici. Nella specie, il Collegio, ritenuta carente la documentazione fotografica prodotta dal richiedente al fine di dimostrare il completamento dell'impianto entro la data del 31.12.2010, ha affermato la legittimità della dichiarazione di decadenza dai benefici, evidenziando come detta documentazione costituisca elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie agevolativa. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del resistente)**.

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. V – sentenza del 12 dicembre 2018 n. 7031 – Appalti – *Sulla definizione di organismo di diritto pubblico* – Il Consiglio di Stato ha ribadito che affinché si possa parlare di "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 3, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, è necessaria la sussistenza cumulativa della finalità di soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, della personalità giuridica e dell'influenza dominante esercitata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Il Collegio ha, poi, precisato che quest'ultimo requisito può ritenersi integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti contemplati dalla norma,

ovverosia, alternativamente, del finanziamento pubblico maggioritario, del controllo pubblico sulla gestione o della nomina pubblica di più della metà degli amministratori o dei dirigenti.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 12 dicembre 2018, n. 7025 – Appalti – *Sull’onere di dichiarazione del reato estinto* - Come è noto, l'obbligo di dichiarazione delle condanne non sussiste con riferimento ai reati estinti e in tali casi, dunque, non opera l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica (art. 80, comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016 e art. 38 del Vecchio Codice Appalti). Tuttavia, la pronuncia in esame ha sottolineato che l'estinzione del reato non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, unico soggetto competente a verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria. Senza un tale accertamento, per la Stazione Appaltante non può sussistere la presunzione di avvenuta estinzione del reato, incombendo sull'operatore economico il consueto onere dichiarativo.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 3 dicembre 2018 n. 6866 – Appalti – *Sul possesso dei requisiti di moralità professionale nelle società di capitali* - Al fine di non innalzare eccessivamente la soglia di prevenzione nell'affidamento di contratti pubblici, la sentenza in esame afferma che nel caso di società di capitali, i requisiti di moralità professionale devono essere posseduti dai componenti degli organi che, al di là di un'investitura formale, abbiano in concreto esercitato le funzioni di rappresentanza della società. Solo in questa ipotesi, la causa di inaffidabilità morale della persona fisica condannata per precedenti penali "contagia" anche la persona giuridica ed esclude una responsabilità di posizione. In questo senso si è espressa anche la Corte di giustizia UE che ha evidenziato come le condotte contrarie alla moralità professionale dei rappresentanti tramite cui agisce la società costituiscono elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale dell'impresa, mentre la condanna per reati ostativi che abbia raggiunto un soggetto che non abbia mai agito per la società, non può incidere sul requisito di partecipazione di ordine generale.

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, sentenza del 6 dicembre 2018 n. 11828 – Appalti – *Sulle modalità di correzione dell'errore materiale nella lex specialis* - Conformandosi alla consolidata giurisprudenza, la sentenza in commento ribadisce che l'errore materiale o l'omissione commessa nella *lex specialis*, necessita di apposita rettifica da parte della stazione appaltante. Questa dovrà intervenire, possibilmente in data quanto più possibile anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, con la correzione adottata con le stesse forme del bando o del disciplinare di gara, non essendo sufficiente, per garantire la regolarità della gara, un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento.

Tar Lazio – Roma, sez. III, sentenza del 4 dicembre 2018 n. 11781 – Appalti – *Sulla revoca in autotutela degli atti di gara – incompetenza del RUP* - I Giudici capitolini hanno affermato l'illegittimità per vizio di incompetenza del provvedimento di revoca in autotutela degli atti di gara adottato dal RUP per ragioni di pubblico interesse. Secondo il Collegio, infatti, è da escludere che la procura

per lo svolgimento delle procedure di gara da parte della PA appaltante, trasferisca in capo al RUP anche i poteri legati all'adozione dell'atto finale della procedura, specie se connotato da margini di discrezionalità, come la valutazione dell'interesse pubblico su cui si fonda la revoca dell'intera gara.

Tar Lazio - Roma, sez. III quater, sentenza del 4 dicembre 2018 n. 11748 – Appalti – *Sulla esclusione delle imprese tra loro collegate* – Con la sentenza in esame, i Giudici capitolini hanno affermato che la partecipazione alle gare d'appalto è preclusa alle imprese tra cui sussista un reciproco condizionamento tale per cui le offerte presentate dalle concorrenti risultino imputabili ad un unico centro decisionale. Tuttavia – è stato osservato – in assenza di elementi rivelatori di un “collegamento sostanziale” desumibile sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti, sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate, non concretizza una situazione di controllo societario la mera sussistenza di rapporti commerciali tra imprese del medesimo settore. Spetta, comunque, alla Stazione Appaltante ovvero alla parte che affermi l'esistenza del suddetto controllo societario l'onere di provarlo.

Tar Marche, sez. I, sentenza dell'11 dicembre 2018 n. 769 – Appalti – *Sulla mancata imposizione di un determinato CCNL da applicare ai dipendenti* - Con la pronuncia in esame i Giudici amministrativi delle Marche hanno affermato la legittimità di un bando di gara che non impone ai concorrenti l'applicazione di un determinato contratto collettivo. Il principio vale, in particolare, per gli appalti che hanno ad oggetto delle prestazioni astrattamente riconducibili a più di un comparto della contrattazione collettiva, con il solo limite dell'applicazione di contratti collettivi del tutto inconferenti con l'oggetto dell'appalto.

Tar Umbria, sez. I, sentenza del 10 dicembre 2018 n. 679 – Appalti – *Sulla legittimità dell'offerta con una voce economica pari a zero* - Con tale sentenza, i Giudici hanno affermato che, laddove il bando nulla preveda sul punto, l'offerta presentata dall'impresa vincitrice in cui compare una voce economica pari a zero, non vizia l'aggiudicazione della gara di appalto, ove tale indicazione non abbia influito sulla corretta attribuzione del punteggio secondo la formula matematica prevista dalla *lex specialis*, stante la marginalità della suddetta voce all'interno dell'offerta economica.

Tar Sicilia – Catania, sez. I, sentenza del 10 dicembre 2018 n. 2335 – Appalti – *Sulla valutazione dei gravi illeciti professionali* - La pronuncia in commento ha stabilito l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara di un'impresa che abbia dichiarato precedenti illeciti professionali, rispetto ai quali l'amministrazione ha omesso qualsiasi valutazione di gravità e rilevanza. Ciò posto, il Collegio ha rilevato che al fine di consentire l'impugnazione immediata dell'ammissione dell'avversario, il concorrente deve poter conoscere se la stazione appaltante abbia effettuato le opportune valutazioni sui requisiti di professionalità dichiarati dai partecipanti alla gara, nonché le ragioni per le quali la S.A., anche a fronte di un numero rilevante di illeciti professionali, li abbia ritenuti insussistenti ai fini dell'esclusione.

Tar Sicilia - Palermo, sez. III, sentenza del 6 dicembre 2018, n. 2583 – Appalti – *Sulle prestazioni che non costituiscono subappalto*
- A parere del Tar siciliano, le prestazioni previste dalla *lex specialis*, il cui affidamento ad altro soggetto non costituisce subappalto, sono solo le attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto. Questa interpretazione consentirebbe di evitare una vistosa deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in ragione del quale le attività che ne costituiscono l'oggetto devono essere, in linea di principio, eseguite dal soggetto che risulta aggiudicatario.

Tar Abruzzo - Pescara, sez. I, sentenza del 29 novembre 2018 n. 357 – Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – *Sulla costituzione di una società sportiva dilettantistica da parte del Comune e di una società in house* - Con la sentenza in esame, i Giudici hanno affermato la legittimità della scelta del Comune di gestire un impianto sportivo comunale in via diretta, affidandola ad una società *in house* con partecipazione totalitaria dell'Ente pubblico, piuttosto che ricorrere all'affidamento a terzi individuati mediante una procedura selettiva. Nel caso in esame è stata valutata legittima la Deliberazione del Consiglio comunale che ha autorizzato il Sindaco e l'Amministratore unico di una società multiservizi *in house* a costituire una società sportiva dilettantistica, cui affidare in via diretta la gestione della piscina comunale, escludendo il precedente contraente della P.A. dalla medesima gestione.

Corte di Cassazione, sez. unite civili, ordinanza del 5 dicembre 2018 n. 31371 - Servizi di Interesse generale&Organismi partecipati – *Sulla interpretazione delle norme che prevedono la giurisdizione esclusiva del G.A.* - Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità che le norme in materia di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo siano interpretate alla luce del principio di concentrazione delle tutele. Pertanto, nelle materie di giurisdizione esclusiva amministrativa, il G.A. diventa il *dominus* dell'intera controversia, anche se caratterizzata dall'intreccio di posizioni di interesse legittimo e di diritti soggettivi. Nella specie il principio è stato applicato ad una fattispecie relativa alla giurisdizione in materia di quote latte, di cui all'art. 133, co. 1, lett. t), del cod. proc. amm.

Corte di Cassazione, sez. unite civili, ordinanza del 30 novembre 2018 n. 31108 – Enti locali – *Sulla giurisdizione in materia di adeguamento dei contributi dovuti dall'ente pubblico* - Il Supremo Consesso ha affermato che rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario le controversie aventi ad oggetto l'adeguamento dei contributi, in virtù della normativa comunitaria, che l'ente territoriale deve versare all'impresa concessionaria di un servizio pubblico (nella specie il trasporto pubblico locale). Infatti, in tale ipotesi l'impresa vanta nei confronti dell'Amministrazione territoriale un vero e proprio diritto soggettivo all'adeguamento dell'obbligazione pecuniaria, poiché l'accertamento del *quantum* non presuppone la comparazione degli interessi privati e pubblici, ma esclusivamente l'applicazione di un parametro normativo.

Tar Veneto, sez. III, sentenza dell'11 dicembre 2018 n. 1156 – Enti locali – *Sull'incompetenza della Giunta comunale ad adottare*

provvedimenti in risposta a specifiche istanze - Con la sentenza in esame, il Tar Veneto ha osservato che esula dalle competenze spettanti alla Giunta comunale provvedere puntualmente sulle singole domande presentate dai privati, in quanto tale attività rientra nella competenza dell'ufficio dirigenziale comunale. Nel caso di specie, è stata affermata l'illegittimità del diniego opposto dalla Giunta comunale alla richiesta di autorizzazione alla proroga dell'orario di chiusura notturno avanzata dal titolare di un locale, trattandosi appunto di provvedimento rientrante nelle competenze dirigenziali.

Tar Calabria - Reggio Calabria, sentenza del 3 dicembre 2018 n. 719 – Enti locali – Sulla sospensione dalla carica di sindaco - Con la sentenza in esame, il Tribunale ha rimarcato la distinzione tra le ipotesi di incandidabilità e quelle di sospensione dalla carica, ribadendo che la mera sospensione per aver riportato una condanna non definitiva non comporta anche l'impossibilità di accedere a nuove cariche pubbliche nei Comuni o in altri enti territoriali finché dura lo stato di sospensione.

Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere del 6 dicembre 2018 n. 332 – Enti locali – Sulla liquidazione dei diritti di rogito al Segretario Generale in presenza di un Dirigente – La Corte dei Conti è del parere che, in virtù del principio già espresso dalla Sezione Autonomie con la deliberazione n. 18/2018, secondo cui i diritti di rogito, nei limiti stabiliti dalla legge, competono ai segretari comunali, qualora esercitino le loro funzioni presso enti nei quali siano assenti figure dirigenziali, la circostanza che presso l'ente presti servizio un dirigente, fuori dotazione organica, con contratto a tempo determinato, incide sulla valutazione della sussistenza o meno, delle condizioni che consentono la corresponsione dei diritti di rogito.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Campania, Deliberazione del 29 novembre 2018 n. 132 - Enti locali – Sul calcolo della massa passiva dell'Ente - I magistrati contabili della Campania hanno chiarito che l'Organo Straordinario di Liquidazione è chiamato a rilevare la massa passiva riferita ai “debiti correlati ad atti o fatti di gestione”, cioè a tutte le “obbligazioni passive dell'Ente che derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto diverso dal contratto o dal fatto illecito idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico” rapportabile alla gestione dell'Ente. Pertanto, i debiti che possono rientrare nella massa passiva della liquidazione sono quelli correlati ad atti e fatti di gestione verificatesi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, Deliberazione del 28 novembre n. 322/2018 - Enti locali – Sulla erogazione di finanziamenti comunali ad un soggetto privato - La magistratura contabile della Lombardia ha chiarito che la facoltà degli enti territoriali, nell'esercizio della propria discrezionalità, di attribuire benefici patrimoniali a soggetti privati in ragione dell'interesse pubblico indirettamente perseguito, è subordinata ai limiti imposti dalle esigenze di contenimento della spesa e di corretta gestione delle risorse pubbliche, e deve essere esclusa quando il finanziamento

comunale configuri un risanamento delle perdite dell'ente privato. L'Amministrazione, pertanto, è chiamata a valutare attentamente sia le possibili soluzioni alternative all'erogazione di contributi ad un soggetto privato che consentano il raggiungimento dei medesimi obiettivi di interesse pubblico, sia la corrispondenza dell'entità del contributo all'effettiva utilità conseguita dalla comunità locale.

Tar Campania – Napoli, sez. VII – sentenza del 10 dicembre 2018 n. 7090 – Edilizia&Urbanistica – *Sul permesso di costruire per opere stagionali* - Il Tribunale campano ha statuito che la stagionalità dell'utilizzazione dell'opera non esclude la necessità di ottenere il permesso di costruire, laddove la struttura comporti un'alterazione sostanzialmente permanente dello stato dei luoghi, a prescindere dalla rimozione per alcuni mesi dell'anno. Nella specie, è stata dichiarata la legittimità del divieto di montare alcune strutture temporanee stagionali per attività balneare previste in una Scia, motivato in virtù del fatto che la realizzazione delle medesime opere richiede il preventivo rilascio del permesso di costruire, ex art. 10, d.P.R. n. 380/2001.