

# NEWSLETTER N. 2 ANNO V

15 – 31 gennaio 2019



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.aerre.com>  
email: [segreteria@aoerre.com](mailto:segreteria@aoerre.com)

## Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

**Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG – Appalti - *Sulla possibilità di riconoscere incentivi anche per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici*** – La Sezione delle autonomie della Corte dei conti ha enunciato il principio di diritto secondo cui gli incentivi per funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici possono essere riconosciuti, nei limiti previsti dall'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità.

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019 n. 612 – Appalti – *Sul principio di segretezza dell'offerta economica*** – Secondo i Giudici di Palazzo Spada, il principio della segretezza dell'offerta economica, posto a presidio della trasparenza e par condicio dei concorrenti, deve essere tutelato non solo in caso di effettiva lesione del bene, ma anche quando questo sia solo messo a rischio. Infatti, la sola possibilità di conoscenza dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere il lineare e libero svolgimento del giudizio e dell'attribuzione dei punteggi. In virtù del suddetto principio, è necessario distinguere con rigore la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica e per tale motivo è interdetta al seggio di gara la conoscenza degli elementi economici fino a quando non si sia conclusa la valutazione di quelli tecnici.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019 n. 606 – Appalti – *Sul possesso del certificato di qualità da parte di ciascuna delle imprese riunite in una a.t.i.*** – La pronuncia in esame ha affermato la necessità che, nel caso di partecipazione alla gara di una associazione temporanea d'impresе, la certificazione di qualità ISO 9001 – attestante la capacità di svolgere il servizio secondo determinati standard qualitativi - richiesta dalla *lex specialis* di gara sia posseduta e comprovata da ciascuna delle imprese facente parte dell'A.T.I.. Infatti, la suddetta certificazione è un requisito tecnico di carattere soggettivo, idoneo ad assicurare lo svolgimento del servizio secondo un determinato livello di prestazioni in conformità a parametri qualitativi e ambientali predefiniti, e deve essere posseduto da tutte le imprese del raggruppamento, in quanto tutte tenute ad eseguire le medesime prestazioni contrattuali.

**Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 21 gennaio 2019 n. 518 – Appalti – *Sull'onere di dare adeguata pubblicità alla procedura negoziata*** – Il Consiglio di Stato ha stabilito che nella procedura negoziata previa consultazione, prevista per gli affidamenti di importo compreso tra €40.000 e €150.000, la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite la pubblicazione di un avviso finalizzato all'individuazione dei concorrenti, nel rispetto dei principi di trasparenza e garanzia della partecipazione e indipendentemente dalla circostanza che siano

intervenute novità della normativa da applicare a cui si è correlata l'esiguità degli operatori specializzati presenti sul mercato.

**Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 21 gennaio 2019 n. 517 – Appalti – *Sullo scomputo di quanto eseguito tramite subappalto* –** Il Consiglio di Stato ha escluso che la regola per cui le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto (art. 105, comma 22, del d.lgs. n. 50/2016), abbia una portata generale e sia dettata per tutte le tipologie di appalto. Essa quindi non vieta all'operatore economico di far valere nell'ambito del proprio fatturato, quanto realizzato mediante il subappalto per ogni settore dei contratti pubblici, ma trova applicazione esclusivamente nel settore degli appalti di lavori.

**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 21 gennaio 2019 n. 513 - Appalti – *Sulla legittimazione a ricorrere di chi non partecipa alla gara* –** In conformità al costante orientamento giurisprudenziale, il Collegio riconosce all'operatore economico che non abbia partecipato alla gara la legittimazione a ricorrere in via immediata avverso la clausola escludente, specificando che è tale quella condizione che, sebbene non impedisca di presentare la domanda di partecipazione né rende ex ante impossibile l'aggiudicazione, tuttavia incida sulla motivazione dell'impresa ad impegnarsi nel confronto competitivo, fino a vanificarla (i.e. la clausola che fissa un prezzo a base d'asta inidoneo ad assicurare a qualunque impresa un minimo margine di remuneratività o, addirittura, imponga l'esecuzione della commessa in perdita).

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 17 gennaio 2019 n. 435 – Appalti - *Sul principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia* –** I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che il principio di rotazione negli affidamenti "sotto soglia" è volto a tutelare la *par condicio* tra i concorrenti, evitando il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento. In ragione di ciò vige l'obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente nelle gare sotto soglia ovvero di motivare puntualmente le ragioni sottese alla scelta di invitarlo. Nella specie, il Collegio ha ritenuto che l'esclusione del gestore uscente, ove l'Amministrazione non abbia spiegato le specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo alla gara, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 17 gennaio 2019 n. 430 – Appalti – *Sulla omessa sottoscrizione digitale della busta economica* –** La sentenza in commento ha statuito che l'omessa sottoscrizione digitale della busta economica – sebbene qualificata “essenziale” dal disciplinare di gara - è da ritenersi un inadempimento puramente formale, purché contenga al suo interno l'offerta economica debitamente sottoscritta, escludendo ogni incertezza sul contenuto dell'offerta, sulla provenienza, o sul tempestivo inserimento nel portale da parte dell'operatore economico autenticato dal sistema.

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 17 gennaio 2019 n. 427 – Appalti – *Sulla possibilità di accorpare in un'unica gara due ambiti***

***territoriali di distribuzione del gas*** – Secondo i Giudici di Palazzo Spada è legittimo accorpate in un'unica procedura per l'affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas due ambiti territoriali minimi al fine di incentivare le operazioni di aggregazione e favorire la concorrenza mediante l'ampliamento dell'area di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale. Ciascun ambito territoriale minimo - definito come "bacino ottimale di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi" - rappresenta "un insieme minimo di Comuni i cui relativi impianti di distribuzione, a regime, dovranno essere gestiti da un unico gestore".

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 16 gennaio 2019 n. 403 – Appalti – *Sulla ammissibilità del cumulo alla rinfusa nel settore di beni culturali*** – La pronuncia in esame ha affermato che nei contratti in materia di beni culturali, il profilo soggettivo dell'esecutore dei lavori assume un rilievo particolare, essendo richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento. In ragione di ciò, il Collegio ha precluso ai consorzi stabili di qualificarsi con il cumulo alla rinfusa, e tale divieto opera indipendentemente dalla previsione nella *lex specialis*, in quanto si tratta di una causa di esclusione dalle gare disposta direttamente dalla legge. La tutela dei beni culturali giustifica, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità e del favor participationis.

**Tar Puglia, Lecce, sez. I, sentenza del 25 gennaio 2019 n. 122 – Appalti – *Sulla omessa dichiarazione di una risalente risoluzione contrattuale*** – La sentenza in commento ha riconosciuto la legittimità della revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara, adottata sul presupposto che l'operatore economico, in sede di presentazione dell'offerta, ha omesso di dichiarare una precedente risoluzione contrattuale per grave inadempimento, a nulla rilevando che si tratti di un fatto risalente, intervenuto sotto il vigore del vecchio codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006).

**Tar Puglia, Bari, sez. II – sentenza del 25 gennaio 2019 n. 119 - Appalti – *Sulla clausola del bando che richiede il pregresso svolgimento di "servizi analoghi"*** – Con la pronuncia in esame, i Giudici hanno spiegato che la *ratio* sottesa alla clausola del bando che richiede ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di "servizi analoghi" è quella di contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare. Pertanto, nell'ambito del medesimo settore imprenditoriale o professionale per individuare i "servizi analoghi" – da non interpretare come "servizi identici" - occorre confrontare in concreto il contenuto intrinseco delle prestazioni, la tipologia e l'entità delle attività svolte, al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando. Nella specie, è stata dichiarata illegittima l'esclusione dei concorrenti che non avevano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto.

**Tar Toscana, sez. I, sentenza del 17 gennaio 2019 n. 103 – Appalti – *Sulla decorrenza del termine per l'impugnazione dell'ammissione alla gara*** – Con la sentenza in commento i Giudici toscani hanno stabilito che l'anticipata ed autonoma impugnabilità delle ammissioni (ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.) rispetto alla successiva fase della

aggiudicazione, richiede l'individuazione di un *dies a quo* uguale per tutti, corrispondente alla data di pubblicazione sul profilo del committente, momento in cui si perfeziona la fase delle ammissioni. Pertanto, è stata riconosciuta l'irrelevanza della presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni per la decorrenza del termine decadenziale per impugnare l'ammissione alla gara degli altri concorrenti.

**Tar Lazio, Latina, sez. I, sentenza del 16 gennaio 2019 n. 18 – Appalti – Sulla legittimazione a ricorrere della ditta che non partecipa alla gara** – In conformità al costante orientamento giurisprudenziale, il Tar ha ribadito che la legittimazione ad agire in materia di gare pubbliche spetta oltre che ai concorrenti partecipanti alla gara destinatari di provvedimenti lesivi (l'esclusione dalla procedura o l'aggiudicazione a ditta avversaria), anche alle imprese che, pur non avendo preso parte alla gara, dimostrino il proprio interesse alla partecipazione contestando sin dal principio la clausola escludente. Nella specie, i Giudici hanno stabilito l'illegittimità di una clausola del bando di gara che imponeva ai partecipanti di affidare le attività di manutenzione dei macchinari esclusivamente alle case produttrici degli stessi o a tecnici da queste certificati, poiché poneva vincoli alla libera formulazione di un'offerta congrua e adeguata alle leggi di mercato.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 17 gennaio 2019 n. 422 – Enti pubblici – Sulla decadenza dalla carica di Consigliere comunale per reiterate assenze ingiustificate o con giustificazioni generiche ed indeterminate** – La sentenza in esame ha affermato che le assenze del Consigliere comunale dalle sedute consiliari, asseritamente determinate da motivi di salute, trovano giustificazione nei certificati medici prodotti, solo se questi siano in grado di dimostrare con certezza che la visita medica, indifferibile al punto da non poter essere effettuata se non in concomitanza della seduta consiliare, impediva in modo assoluto la partecipazione ad essa. Nella specie, i Giudici hanno ritenuto legittima la delibera di decadenza dalla carica del Consigliere comunale che ha prodotto giustificazioni non plausibili.

**Corte di Cassazione, sez. unite civili, ordinanza del 18 gennaio 2019 n. 1414 – Enti pubblici - Sulla giurisdizione della Corte dei Conti per controversie in materia di rapporti di tesoreria comunale** –

Premesso che la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, individuate in base alla natura pubblica dell'ente e del denaro o bene oggetto della gestione, spetta al Giudice contabile dirimere una controversia tra P.A. e tesoriere per il rimborso delle anticipazioni di tesoreria risultanti alla fine della propria gestione. Infatti, dal rapporto tra agente contabile ed Amministrazione comunale consegue l'eventuale responsabilità di tipo contabile del primo estesa anche ad atti e comportamenti intervenuti nell'ambito di un rapporto gestorio e costituenti violazioni di specifici schemi procedurali di tipo contabile, stabiliti per la regolarità della riscossione di entrate, dell'effettuazione di spese, del rispetto del bilancio.

**Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 18 gennaio 2019 n. 484 – Edilizia & Urbanistica – Sul preavviso di rigetto del permesso di costruire** – La pronuncia in esame ha affermato che l'istituto del preavviso di rigetto (ex art. 10 bis della legge n. 241 del 1990) trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio.

Pertanto, l'Amministrazione è tenuta a comunicare le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego dell'istanza di permesso in sanatoria prima di adottare il provvedimento negativo, dando l'avvio ad un contraddittorio predecisorio in cui l'interessato può dare il proprio apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda. Qualora la determinazione conclusiva sia ancora negativa, l'Amministrazione dovrà confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del suddetto contraddittorio.

**Tar Campania, Salerno, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2019 n. 183 – Edilizia & Urbanistica – Sulla installazione di tende retraibili e stagionali** – La sentenza in commento ha rilevato l'illegittimità del divieto di dare inizio ai lavori di una c.i.l.a., consistenti nella installazione di tende retraibili e stagionali, al fine di proteggere gli avventori di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande da vento e pioggia, nel caso in cui il manufatto consista in una struttura in alluminio anodizzato destinata ad ospitare tende retrattili in materiale plastico. Infatti, tale opera, il cui elemento principale non è la struttura in sé, ma la tenda, non costituisce un intervento edilizio soggetto al previo rilascio del titolo abilitativo, non potendosi configurare come una “nuova costruzione”.

**Tar Puglia, Lecce, sez. I – sentenza 24 gennaio 2019 n. 111– Edilizia&Urbanistica – Sulla compatibilità dell'intervento edilizio con la destinazione di zona** – La pronuncia in commento ha statuito l'illegittimità del diniego opposto dal Comune all'istanza di permesso in sanatoria, con contestuale ordine di demolizione, motivato in virtù dell'incompatibilità dell'intervento edilizio con la destinazione agricola dell'area e ciò per una duplice ragione: da un lato, è stato rilevato il difetto di istruttoria avendo la P.A. omissivo di valutare la concreta natura dell'opera (nella specie un campo di calcetto), la destinazione concreta impressa nell'area, la compatibilità, o meno, della stessa in relazione alla destinazione urbanistica e alla sussistenza o meno di nuovo carico urbanistico; dall'altro lato ha evidenziato il difetto di motivazione per non aver chiarito l'incompatibilità dell'opera sebbene la stessa si inserisca in un contesto di interventi precedentemente realizzati che hanno impresso all'area una destinazione conforme (nella specie quella ludica).

**Tar Campania, Salerno, sez. II, sentenza del 28 gennaio 2019 n. 199 – Edilizia & Urbanistica – Sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire in sanatoria** – Con la sentenza in esame, i Giudici campani hanno ribadito il consolidato principio in virtù del quale il legittimo esercizio del potere di annullamento in autotutela, laddove esercitato dopo un lungo lasso di tempo dal rilascio del permesso di costruire in sanatoria, soggiace alla necessità che la PA esterni con chiarezza le esigenze di pubblico interesse che giustifichino l'adozione del provvedimento di ritiro oltre il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 nonies, della l. n. 241 del 1990.