

NEWSLETTER N. 5 ANNO V

1 - 15 marzo 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.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

Tar Lazio, Roma, sez. II bis – sentenza del 14 marzo 2019 n. 3441 – Appalti – *Sull'avvalimento di garanzia e sulla possibilità dei consorzi ordinari di poter rivestire il ruolo di ausiliari* – I Giudici capitolini hanno affrontato in questa pronuncia due profili molto attuali e problematici in materia di contratti pubblici. Sotto un primo aspetto è stata sancita la necessità che il contratto di avvalimento contenga l'espressa indicazione dei mezzi e delle attrezzature messe a disposizione del concorrente e ciò in un contratto di avvalimento che aveva ad oggetto il "prestito" di requisiti di carattere tecnico-professionale. Sotto un secondo profilo la sentenza in rassegna è invece altamente innovativa poiché decreta l'impossibilità per un consorzio ordinario di poter rivestire il ruolo di impresa ausiliaria. Infatti, il consorzio ordinario, prendendo parte alle procedure di gara in modo assolutamente identico a quello di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese, al termine dell'appalto non può vantare il fatturato maturato dalla commessa; quest'ultimo sarà imputabile esclusivamente alle imprese consorziate che hanno materialmente eseguito le attività. Dunque, solamente queste ultime potranno ricoprire il ruolo di ausiliarie in future gare, spendendo il requisito maturato nell'esecuzione della gara a cui hanno preso parte con il consorzio.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato e ricorrente incidentale)

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – sentenza del 20 febbraio 2019 n. 163 – Appalti – *Sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale e sulla possibilità di aumentare il monte ore effettivamente lavorato* – I Giudici d'appello siciliani si sono pronunciati in primo luogo sulla funzione paralizzante del ricorso incidentale, ribadendo che, laddove abbiano partecipato alla gara ulteriori imprese oltre alle ricorrenti principale ed incidentale, il ricorso incidentale deve necessariamente essere scrutinato per primo. E, se fondato, produce l'inammissibilità del ricorso principale. In secondo luogo, la pronuncia in rassegna è interessante poiché sancisce l'incongruità di un'offerta giustificata facendo ricorso a tassi di assenteismo non comprovati e che non prevedeva il costo per il cospicuo numero di ore di formazione offerte per gli addetti impiegati nella commessa.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato e appellante incidentale)

Corte dei Conti, Sez. II Centrale di Appello, Sentenza del 21 febbraio 2019 n. 43 - Responsabilità amministrativa contabile – *Sulla giurisdizione della Corte dei Conti in capo alle società in house* – La II sezione Centrale di Appello della Corte dei Conti ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione su un giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale promosso dalla Procura Regionale a carico di alcuni dipendenti e amministratori nei confronti di una società a partecipazione pubblica totalitaria. La Corte, in accoglimento di una articolata eccezione promossa dallo **Studio AOR Avvocati** per conto di uno degli appellanti, dopo aver richiamato la più recente giurisprudenza sui requisiti per cui un soggetto possa qualificarsi in house, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sul presupposto che, nel caso di specie, la società non potesse configurarsi, all'epoca dei fatti,

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

quale organismo in *house providing*, sia per assenza del requisito del controllo analogo che per quello dell'attività prevalente.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto di uno degli appellanti)

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 5 marzo 2019 n. 1525 – Appalti – Sulla definitività dell'accertamento di debiti tributari - Il Consiglio di Stato ha affermato che, nel caso di debiti tributari autoliquidati, la notifica della cartella di pagamento non è idonea a dimostrare il definitivo accertamento della violazione grave degli obblighi tributari, a cui l'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 collega l'esclusione dalla gara dell'operatore economico. Essa, infatti, fa decorrere il termine per l'eventuale impugnazione o la definizione agevolata degli importi ivi previsti, sicchè solo dopo l'infruttuosa scadenza di tale termine, si verifica la condizione ostativa per la prosecuzione del rapporto e, dunque, vi è la sicurezza che l'aspirante concorrente sia senz'altro inaffidabile e da estromettere.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 5 marzo 2019 n. 1524 – Appalti – Sul principio di rotazione – La pronuncia in esame, dopo aver ribadito l'obbligatorietà del principio di rotazione delle imprese nelle gare di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ha chiarito che la relativa *ratio* è quella di evitare il consolidamento di rendite di posizione del gestore uscente, impedendo che la procedura si risolva in una mera rinnovazione del rapporto contrattuale scaduto, con sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato. Il Collegio ammette, comunque, limitate deroghe al principio in parola purchè la stazione appaltante fornisca puntuale motivazione della scelta di procedere all'invito del precedente affidatario (ad es. per il numero ridotto di operatori presenti sul mercato, per il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento).

Tar Lazio, Roma, sez. I bis – sentenza dell'11 marzo 2019 n. 3168 – Appalti – Sull'avvalimento di garanzia e sul soccorso istruttorio processuale – I Giudici capitolini hanno affermato che per la corretta instaurazione di un avvalimento di garanzia è necessario che dal relativo contratto emerga l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria (con indicazione del fatturato prestato), nonchè ad assumere una responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante. Inoltre, la pronuncia si sofferma sull'istituto del soccorso istruttorio processuale, ricordando che esso soggiace ai medesimi limiti previsti in sede procedimentale; pertanto, non può operare nel caso in cui la controversia riguardi una fase successiva a quella iniziale di ammissione alla gara.

Tar Campania, Napoli, sez. I – sentenza dell'11 marzo 2019 n. 1382 – Appalti – Sulla verifica di anomalia da parte del R.U.P. – La sentenza, dopo aver ricordato che il Codice dei contratti pubblici

attribuisce alla stazione appaltante le operazioni di verifica delle offerte anomale nelle gare di appalto, chiarisce che tale compito spetta al R.U.P., il quale in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione.

Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II – sentenza dell'8 marzo 2019 n. 231 - Appalti – *Sulla nozione di servizi e forniture analoghi* – La sentenza ha chiarito che, in virtù del principio del *favor participationis*, il requisito previsto nel bando di gara di aver svolto «servizi analoghi» può ritenersi soddisfatto quando l'operatore abbia svolto servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale del servizio oggetto di gara, così da poter dimostrare di aver maturato la capacità di svolgerlo, senza che si tratti di servizi identici. Infatti, la *ratio* sottesa a tali clausole è quella di contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con quella di favorire la massima partecipazione alle gare. Pertanto, la stazione appaltante deve valutare l'idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto attraverso un esame complessivo di tutti i servizi o forniture dichiarate.

Tar Veneto, sez. III – sentenza del 6 marzo 2019 n. 297 – Appalti – *Sulla nomina della commissione giudicatrice* – Con la sentenza in esame è stato affermato il principio per cui la nomina della commissione di gara richiede la previa determinazione di criteri di trasparenza e competenza da parte della stazione appaltante nonché una specifica motivazione, non bastando un generico riferimento ai requisiti di esperienza. Nella specie, il Tar ha dichiarato l'illegittimità della nomina della commissione giudicatrice a causa della mancata individuazione delle ragioni di scelta dei membri della stessa, con conseguenziale travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura fino all'affidamento, disponendone la rinnovazione.

Tar Lombardia, Brescia, sez. I – sentenza del 5 marzo 2019 n. 215 – Appalti – *Sull'accertamento degli illeciti professionali per l'iscrizione al casellario informatico* – I Giudici lombardi hanno precisato che spetta alla stazione appaltante valutare il comportamento del concorrente tenuto in appalti o concessioni precedenti. Il controllo può essere centralizzato presso l'ANAC, attraverso la consultazione del Casellario Informatico, ed in tal caso la stazione appaltante valuta autonomamente la rilevanza, nelle gare di propria competenza, dei gravi illeciti professionali riportati. Ad esso si può affiancare un controllo decentrato presso le singole stazioni appaltanti che possono procurarsi con altri mezzi le informazioni sulla vita professionale dei concorrenti, o effettuare approfondimenti su segnalazioni provenienti da terzi.

Tar Campania, Napoli, sez. I – sentenza del 4 marzo 2019 n. 1204 – Appalti – *Sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando* – La sentenza, dopo aver ricordato che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è disciplina di stretta interpretazione, ha affermato che in situazioni di urgenza si deve valutare - in via preliminare – il ricorso alle procedure ordinarie, sebbene in regime accelerato, e solo in via successiva è consentito ricorrere all'istituto eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Tar Liguria, Genova, sez. I – sentenza del 4 marzo 2019 n. 171 – Appalti – Sulla identità dei voti espressi dai commissari di gara – Con la pronuncia in commento, i Giudici liguri hanno ribadito che, sebbene l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice ai diversi elementi dell’offerta tecnica sia espressione di discrezionalità tecnica, tale discrezionalità appare palesemente viziata nel caso in cui le valutazioni dei commissari sono assolutamente identiche. Tale uguaglianza, lungi dal potersi definire una mera coincidenza, denota infatti l’intenzione di addivenire all’unanimità su ogni singola valutazione, laddove la legge di gara richiedeva – al contrario – che i coefficienti fossero attribuiti “discrezionalmente” dai “singoli” commissari.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per il Lazio, deliberazione del 7 marzo 2019 n. 1 – Servizi di Interesse generale & Organismi partecipati – Sulla ricapitalizzazione di una società partecipata – Con il parere in commento, i magistrati contabili del Lazio hanno affermato il divieto di effettuare qualunque tipo di trasferimento di risorse finanziarie alle Società che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, tuttavia, gli interventi di soccorso finanziario sono ammessi, a condizione che siano autorizzati su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia, deliberazione dell’8 marzo 2019 n. 27 – Enti Locali – Sulla retribuzione di posizione al Segretario comunale – Con il parere in commento, i magistrati contabili della Puglia hanno chiarito che il tetto del 2016 deve essere applicato alle risorse destinate al trattamento accessorio del personale nel suo ammontare complessivo e non con riferimento ai fondi riferiti alle singole categorie di personale. Ciò che rileva, infatti, non è l’omogeneità settoriale dei valori di riferimento, ma la finalità generale di inclusione di tutte le somme complessivamente destinate al trattamento accessorio del personale.

Tar Campania, Salerno – sentenza del 4 marzo 2019 n. 361 - Edilizia&Urbanistica – Sul mutamento della destinazione d’uso di immobili – Il Collegio campano ha dichiarato l’illegittimità del provvedimento con cui l’Amministrazione comunale ha annullato in autotutela una Scia presentata per il mutamento di destinazione d’uso di un immobile, sul presupposto che la nuova destinazione non fosse consentita dalle relative N.T.A. del P.R.G. Il Tar ha escluso tale contrasto, in quanto la destinazione d’uso richiesta (nella specie scuola dell’infanzia) rientra tra quelle ammesse dalle N.T.A. della zona (immobili destinati a servizi sociali, assistenziali e religiosi di proprietà e/o gestione privata).