

NEWSLETTER N. 7 ANNO V

1 - 15 aprile 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

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 10 aprile 2019 n. 2351 – Appalti – *Sulla prova della capacità economico-finanziaria* – I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che, sebbene le referenze bancarie costituiscano uno dei mezzi di prova dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, non sempre sono idonee a dimostrare la solidità economica e patrimoniale dell'impresa. Pertanto, la stazione appaltante deve aver riguardo al dato sostanziale emergente da tutti i documenti in suo possesso ed eventualmente può richiedere l'integrazione delle referenze bancarie in sede di soccorso istruttorio. Il Consiglio di Stato ha ritenuto le referenze bancarie "idonee" qualora riferiscano sulla qualità dei rapporti in atto con il concorrente, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di questo nell'adempimento degli impegni assunti.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza dell'8 aprile 2019 n. 2279 – Appalti – *Sulla definitività dell'accertamento della irregolarità contributiva in caso di rateizzazione* – La pronuncia in esame ha stabilito che la definitività dell'accertamento di irregolarità contributiva - per cui l'aspirante concorrente sia da presumere senz'altro inaffidabile e da estromettere - non ricorre fin quando siano ancora pendenti i termini per la presentazione di una contestazione giurisdizionale o, in caso di avvenuta impugnazione, laddove la pronuncia giurisdizionale non sia ancora passata in giudicato. I Giudici hanno precisato, richiamando la decisione dell'Adunanza plenaria n. 20/2013, che in caso di rateizzazione, il debito originario è sostituito con uno diverso e sorge un nuovo rapporto obbligatorio, rispetto al quale un inadempimento si potrà verificare solo dopo che le singole parti del debito siano divenute esigibili.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 5 aprile 2019 n. 2243 – Appalti – *Sulla partecipazione di RTI di tipo verticale in caso di mancata suddivisione tra prestazione principale e secondaria* – Il Collegio capitolino ha affermato che nelle ipotesi in cui la lex specialis d'appalto si limiti a prevedere la sola elencazione di tutte le attività costituenti il servizio, senza distinguere tra servizi principali e servizi secondari, non è consentita la partecipazione alla gara dei raggruppamenti temporanei d'impresa di tipo verticale. Ciò in quanto la suddetta scomposizione non può essere rimessa alla iniziativa dei concorrenti.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 5 aprile 2019 n. 2242 – Appalti – *Sul soccorso istruttorio* – Secondo i Giudici di Palazzo Spada, l'omessa dichiarazione in ordine all'assenza dei reati ostativi configura una mancanza sanabile con il soccorso istruttorio e non una falsa dichiarazione, di per sé idonea a giustificare l'esclusione del

concorrente dalla gara. L'istituto del soccorso istruttorio, infatti, tende ad evitare che irregolarità e carenze meramente formali, afferenti ad attività vincolata di accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato, possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli. Pertanto, l'esclusione dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti è illegittima laddove il concorrente, nel corso del giudizio, abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 3 aprile 2019 n. 2202 – Appalti - Sulla necessità del preventivo coinvolgimento dell'Arera per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale – Con la sentenza in esame, è stato affermato che il preventivo coinvolgimento dell'ARERA in caso di indizione di procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento, in concessione, del servizio di distribuzione del gas naturale, costituisce un obbligo per la stazione appaltante, strumentale alla formulazione di eventuali osservazioni che, seppure non vincolanti, devono essere prese in considerazione e, se del caso, legittimano una proroga dei termini legali di scadenza per consentire una riformulazione della *lex specialis*. È evidente che la ratio sottesa al coinvolgimento necessariamente preventivo dell'Autorità di regolazione è quella di garantire la corretta strutturazione delle condizioni di gara ed evitare qualsiasi pregiudizio del confronto concorrenziale.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 3 aprile 2019 n. 2191 – Appalti – Sull'avvalimento c.d. operativo – Con riferimento all'avvalimento c.d. operativo, il Collegio ha stabilito che nel caso in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto il prestito del requisito della “esperienza progressa”, è necessario l'impegno dell'ausiliaria ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, e non solo a trasmettere all'ausiliata il know how e la struttura organizzativa dall'esterno. Infatti, l'art. 89 d.lgs n. 50/2016 contiene una disciplina più rigorosa per i criteri relativi alle indicazioni dei titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti, rispetto ai quali gli operatori possono avvalersi della capacità di altri soggetti a condizione che questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 1 aprile 2019 n. 2128 – Appalti - Sulla giurisdizione in ordine alla risoluzione del contratto d'appalto per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti - La sentenza in esame, in conformità al principio di riparto della giurisdizione affermato dalle S.U. della Cassazione, ha riconosciuto che la risoluzione del contratto d'appalto per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani disposta da un Comune, spetta al G.O., in quanto si tratta di controversia inerente la fase esecutiva del contratto in cui le posizioni delle parti hanno consistenza di diritto soggettivo. Essa non rientra, infatti, tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di gestione del ciclo dei rifiuti, perché non vi è esercizio di un potere autoritativo in materia per gli atti compiuti nell'ambito di un rapporto obbligatorio avente fonte in una pattuizione di tipo negoziale. Sebbene non pienamente condivisibile (perché trascura che lo svolgimento dei servizi di igiene urbana è una

scelta di carattere autoritativo concernente le modalità di gestione di un servizio pubblico), l'indirizzo in questione non può non essere seguito, dal momento che è stato espresso dal giudice regolatore della giurisdizione.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 25 marzo 2019 n. 1937 – Appalti - Sulla giurisdizione in ordine alla riduzione dell'importo contrattuale – La pronuncia in commento ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia inerente la rinegoziazione del contratto (ex art. 9 ter, d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con l. 6 agosto 2015, n. 125), attraverso la riduzione dei prezzi unitari di fornitura o dei volumi di acquisto pattuiti in origine, in quanto l'Amministrazione appaltante non dispone di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell'oggetto del contratto, ma solo di un diritto potestativo di recesso in caso di mancato accordo tra le parti (controbilanciato da medesima potestà dell'appaltatore di sciogliersi dal vincolo). Sicchè la pretesa dell'Amministrazione di procedere ad una riduzione dell'importo contrattuale non costituisce esercizio di una potestà pubblica, in relazione al quale possa predicarsi un cattivo uso del potere e, dunque, la giurisdizione del G.A.

Tar Emilia Romagna, Bologna – sentenza del 9 aprile 2019 n. 333 – Appalti – Sulla verifica di anomalia e sul divieto di modifiche dell'offerta – Il Collegio, in aderenza alla consolidata giurisprudenza, ha chiarito che il giudizio di congruità mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire la corretta esecuzione della prestazione richiesta. Per tale ragione, esso deve tenere conto di tutti gli elementi, tra cui i chiarimenti presentati dall'offerente. Tuttavia, vige il principio secondo il quale l'offerta non può essere modificata in sede di gara, pena l'evidente violazione della par condicio dei concorrenti. Pertanto, in sede di giustificazione dell'anomalia non sono ammesse modificazioni strutturali dell'offerta, tali da falsare del tutto la graduatoria in palese violazione dei principi posti a governo dello svolgimento delle pubbliche gare.

Tar Calabria, Catanzaro – sentenza del 6 aprile 2019 n. 678 – Appalti – Sul principio di immodificabilità dell'offerta in sede di verifica di congruità – La sentenza in esame ha ribadito, in aderenza al consolidato orientamento giurisprudenziale, che nelle procedure di gara, la valutazione delle giustificazioni presentate dall'operatore economico in sede di verifica dell'anomalia, rientra nell'ampio potere tecnico-discrezionale della Stazione Appaltante, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità oppure di valutazioni abnormi. Resta tuttavia preclusa al concorrente la possibilità di rimodulare i profili economici e tecnici essenziali (che non trovino il loro fondamento in sopravvenienze di fatto o normative), in virtù del principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire sia la *par condicio* fra i concorrenti sia l'affidabilità del contraente.

Tar Abruzzo, L'Aquila – sentenza del 6 aprile 2019 n. 199 – Appalti – Sulla verifica di congruità dell'offerta – Il Tribunale abruzzese ha affermato che il giudizio tecnico di anomalia è volto non a selezionare l'offerta più conveniente per la stazione appaltante, ma

ad individuare l'offerta più affidabile. Esso postula un apprezzamento globale sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone. Il giudizio di anomalia deve arrestarsi a un controllo estrinseco della ragionevolezza e della logicità delle valutazioni compiute dalla Commissione, senza estendersi nel merito degli apprezzamenti sulla serietà e sulla remuneratività dell'offerta.

Tar Molise, Campobasso – sentenza del 6 aprile 2019 n. 127 – Appalti – *Sull'anomalia dell'offerta priva di utile economico* – I Giudici molisani ritengono che l'offerta priva di un margine di utile sia connotata da un significativo indice di anomalia, in quanto contrastante con lo scopo di lucro che ontologicamente connota l'attività degli operatori economici. Inoltre, confermando il consolidato indirizzo della giurisprudenza, ribadiscono che le valutazioni della commissione giudicatrice sull'idoneità tecnica dell'offerta dei partecipanti alla gara sono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, che il G.A. può sindacare nei limiti della manifesta irragionevolezza o palese erroneità del giudizio.

Tar Campania, Napoli, Sez. II – sentenza del 5 aprile 2019 n. 1910 – Appalti – *Sulla modifica dei costi della manodopera in sede di verifica dell'anomalia* – La pronuncia in commento ha ricordato che il giudizio sull'anomalia presuppone un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta ed in esso sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, tuttavia nel rispetto del duplice limite, in generale, del divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta, e, in particolare, di una revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale. Nella specie, il Tar ha ritenuto legittima l'esclusione del concorrente che aveva eseguito un'inammissibile rettifica dei costi della manodopera, in occasione della verifica delle offerte anomale, in violazione del principio dell'immodificabilità.

Tar Campania, Napoli, Sez. IV – sentenza del 4 aprile 2019 n. 1894 – Appalti – *Sulla clausola sociale* – Con la sentenza in esame il Tar campano è stato chiamato a dirimere una controversia in ordine alla corretta applicazione della clausola sociale. In particolare, i concorrenti erano tenuti a garantire la presenza del personale attualmente impiegato, inquadrato nei cinque livelli retributivi, potendo comunque scegliere la soluzione più adatta alla propria struttura di impresa. Nella specie, è stata ritenuta legittima l'esclusione della impresa che, al contrario, aveva presentato un'offerta tecnica che prevedeva solo personale di II livello.

Tar Lazio, Roma, Sez. I – sentenza del 2 aprile 2019 n. 4304 – Appalti – *Sulla non perentorietà del termine per il sopralluogo* – In virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, la pronuncia in commento ha rilevato che il termine entro il quale effettuare la "visita dei luoghi", non ha natura perentoria, purché i termini per la ricezione delle offerte siano idonei a consentire agli operatori

economici interessati di prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.

Tar Lazio, Roma – sentenza del 1 aprile 2019 n. 4276 – Appalti – Sulla verifica di anomalia e sul divieto di modifiche dell’offerta – I Giudici capitolini, in conformità alle pronunce dell’Adunanza plenaria, hanno ribadito che il possesso dei requisiti di ammissione ad una gara deve sussistere sin dall’atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura ad evidenza pubblica, al fine di garantire la stazione appaltante di instaurare un rapporto con un soggetto che sia provvisto dei requisiti necessari e che dimostri la seria volontà di presentare un’offerta credibile. Nella specie, la pronuncia ha evidenziato che in caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, la verifica del possesso dei requisiti in capo a tutti i concorrenti è demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, ma l’aggiudicazione diventa efficace solo dopo la positiva verifica da parte della Stazione Appaltante del possesso dei prescritti requisiti in capo al soggetto aggiudicatario.

Consiglio di Stato, sez. V – sentenza del 3 aprile 2019 n. 2190 – Servizi interesse generale – Servizio di refezione scolastica – Sulla natura del centro cottura di emergenza – La sentenza in commento, ribadendo un principio già affermato nell’ambito delle procedure di affidamento del servizio di ristorazione scolastica, ha qualificato il requisito della disponibilità di un centro di cottura di riserva come “elemento caratterizzante la fase di esecuzione del servizio” e non “requisito di partecipazione”. Tuttavia, ha precisato che si tratta di un elemento essenziale dell’offerta, che l’operatore economico dovrà offrire in caso di malfunzionamenti del centro di cottura principale, come tale soggetto alla verifica di idoneità della stazione appaltante, in sede di valutazione dell’offerta. Nella specie, il Collegio non ha ritenuto legittima l’aggiudicazione disposta a favore del concorrente che abbia presentato la sola dichiarazione di impegno a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, poiché in tal modo è sottratta alla valutazione dell’offerta la verifica di un elemento essenziale della stessa, con ingiustificata compressione della par condicio tra i concorrenti.

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Umbria, deliberazione del 5 aprile 2019 n. 57 – Servizi interesse generale & Organismi partecipati – *Sulla definizione di “controllo pubblico”* - I magistrati contabili dell’Umbria hanno richiesto alla Sezione delle Autonomie l’adozione di una pronuncia di orientamento al fine di stabilire se le società a maggioranza pubblica, partecipate da più enti ciascuno dei quali intestatario di quote inferiori al 50%, siano da considerare o meno come società controllate dai soci pubblici. Il d.lgs. n. 175/2016, infatti, individua una situazione di controllo anche laddove “*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

Tar Lombardia, Milano, Sez. I – sentenza del 10 aprile 2019 n. 797 – Enti locali – Sul conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza – Il Tar milanese ha riconosciuto la legittimità della nomina a difensore regionale effettuata dal Consiglio Regionale di un soggetto titolare di vitalizio in qualità di ex consigliere regionale; in tal caso, infatti, non trova applicazione il divieto di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza in quanto tra la situazione del titolare di assegno vitalizio (goduto per la cessazione di una determinata carica) e quella del titolare di pensione derivante da un rapporto di pubblico impiego, non sussiste una identità né di natura né di regime giuridico.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Liguria, deliberazione dell'8 aprile 2019 n. 31 – Enti Locali – Sulla regolamentazione retroattiva della distribuzione di incentivi tecnici – Con la deliberazione in esame, i magistrati contabili della Liguria, hanno chiarito che nel caso in cui si sia realizzato l'accantonamento degli incentivi tecnici nel regime normativo del previgente Codice degli appalti, un nuovo regolamento può disciplinare con effetto retroattivo la loro distribuzione, purchè nel rispetto dei limiti e parametri che la normativa dell'epoca imponeva. Tuttavia, il regolamento suddetto non può disciplinare la distribuzione di risorse accantonate secondo criteri non conformi con quelli in vigore al tempo dell'attività incentivabile.

Corte di Appello di Brescia, sentenza dell'8 aprile 2019 n. 621 - Servizi Pubblici Locali - Gestione Servizio Idrico – Sul recesso della società intercomunale – Con la sentenza in esame la Corte di Appello di Brescia, è stata chiamata a pronunciarsi sull'appello promosso dal soggetto gestore del servizio sull'illegittimità del recesso dalla società esercitato da un Comune sul presupposto che, nel caso di specie, si configurasse un recesso ad nutum (in quanto tale non ammissibile per legge). La Corte, dopo aver esaminato lo Statuto della società, ha statuito l'illegittimità del recesso esercitato dal socio in considerazione del fatto che il Consiglio Comunale, nell'adottare la delibera, si era semplicemente richiamato alle modalità previste dallo Statuto per la dichiarazione di recesso, senza esplicitare alcun motivo. Né, a detta dei Giudici, attraverso il richiamo alla precedente delibera del Consiglio Comunale, il Comune aveva assolto all'onere di specificazione della ragione legittimante la propria scelta, non essendo sufficiente allo scopo la circostanza di non avere partecipato alla approvazione del nuovo statuto.