

NEWSLETTER N. 8 ANNO V

16 - 30 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

In evidenza

Tar Lazio, Roma, Sez. I Quater – sentenza del 26 aprile 2019 n. 5323 – Enti Pubblici - Pubblico impiego – Sul risarcimento del danno per perdita di chance per la condotta colposa della PA - La sentenza in esame ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale (nella specie, la perdita di chance nell'ambito professionale) ad una dirigente, a causa della condotta gravemente colposa tenuta dall'Amministrazione. Quest'ultima non ha valutato come acquisiti dalla ricorrente - quantomeno *de facto* - determinati incarichi temporanei conferiti, che, viceversa, ha riconosciuto ad altri. Tale comportamento ha determinato l'alterazione della *par condicio competitorum*. Infatti, pur essendo stato dichiarato successivamente illegittimo il conferimento di tali titoli, l'Amministrazione ha continuato a ritenerli validi per gli altri dirigenti ma non per la ricorrente medesima che pure li possedeva. In tal modo, l'Amministrazione ha consentito ai dirigenti che vantavano l'esperienza pregressa sui titoli dichiarati illegittimi, di sopravanzare sempre la ricorrente nelle graduatorie dei concorsi che si susseguivano. Conseguentemente, la ricorrente ha subito un pregiudizio in termini di perdita di chance nell'acquisizione dei maggiori punteggi per i concorsi medesimi, che deve essere ristorato. **(giudizio seguito dallo Studio AOR per conto della ricorrente)**

Tar Campania, Napoli, Sez. VII – sentenza del 19 aprile 2019 n. 2214 – Enti locali – Sulla locazione di un immobile comunale in luogo di una concessione di servizi – Il Collegio, in conformità al disposto dell'art. 17, comma 1 del D. Lgs n. 50/2016, ha escluso che la locazione di un immobile comunale soggiaccia alla disciplina dei contratti pubblici, sebbene le modalità di affidamento debbano rispettare i principi di concorrenza, proporzionalità, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza. Nella specie, è stato ritenuto corretto l'operato del Comune che ha avviato una procedura di gara con l'intento prevalente di stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto la "disponibilità di locali" per un periodo di tempo determinato (sia pure con vincolo di destinazione d'uso), e non una concessione di un servizio socio assistenziale. **(giudizio seguito dallo Studio AOR per conto della ricorrente)**

Tar Lazio, Roma, Sez. II Ter – Ordinanza del 17 aprile 2019 n. 2305 – Appalti – Sul Certificato Esecuzione Lavori quale requisito di ammissione alla gara – I Giudici hanno respinto la domanda cautelare proposta dall'operatore economico escluso per non aver dimostrato il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione. Nella specie, il concorrente ha prodotto un Certificato Esecuzione Lavori e relativo attestato di buon esito, con data successiva al termine di presentazione dell'offerta ma riferito a lavori eseguiti prima di tale termine. Ebbene, posto che il requisito di idoneità professionale si matura solo con l'attestato di buon esito dei lavori svolti, un CEL successivo al termine di presentazione delle domande, non è idoneo a comprovare che al tempo della presentazione dell'offerta il concorrente fosse in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti. **(giudizio seguito dallo Studio AOR per conto della controinteressata)**

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Giustizia Amministrativa Per La Regione Siciliana, Sez. Giurisdizionale – sentenza del 26 aprile 2019 n. 343 – Appalti - *Sulla differenza tra concessione e contratto di appalto* – I Giudici siciliani hanno ribadito che la concessione si differenzia dal contratto di appalto in virtù del rischio operativo sostanziale – definito dal legislatore come “*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico*” – che assume il concessionario e non anche l’appaltatore. Proprio in ragione di tale tratto distintivo, si deve escludere che sussista in capo all’Ente concedente un obbligo di ricondurre la concessione ad una dimensione di remuneratività economica, atteso che un siffatto obbligo farebbe venir meno il rischio operativo gestionale e, in via diretta, la stessa qualificabilità del contratto come concessione.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 19 aprile 2019 n. 2553 – Appalti – *Sull’esclusione ai sensi dell’art. 80, co. 5 lett. c) del D.Lgs n. 50/2016* – La pronuncia in esame ha chiarito che il tentativo di influenzare le decisioni della stazione appaltante con false dichiarazioni (di cui all’ultima parte dell’art. 80, co. 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016) rileva, ai fini dell’esclusione, solo nella stessa gara in cui la falsa informazione si verifica, restando irrilevante la dichiarazione mendace di una precedente procedura concorsuale, soprattutto se la stessa non è annotata nel casellario informatico dell’ANAC. Nella specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima l’esclusione dalla gara disposta in ragione dell’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione di una precedente gara per aver fornito una falsa dichiarazione sul possesso di un requisito di capacità tecnica, senza motivare sull’attuale incidenza del comportamento del concorrente sui requisiti di integrità e affidabilità nella gara in questione.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 18 aprile 2019 n. 2534 – Appalti – *Sulla necessaria impugnazione dell’aggiudicazione intervenuta dopo l’esclusione* – I Giudici di Palazzo Spada, in conformità al consolidato indirizzo giurisprudenziale, hanno affermato che il concorrente che impugni la propria esclusione - quale atto endoprocedimentale direttamente ed autonomamente lesivo - è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione (atto conclusivo della gara) sopravvenuto nel corso del giudizio a pena di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. Ciò in ragione del carattere inoppugnabile del provvedimento finale, attributivo dell’*utilitas* all’aggiudicatario.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 16 aprile 2019 n. 2493 – Appalti – *Sulla qualifica di Consorzio Stabile e sulla utilizzabilità delle notizie di gravi illeciti professionali* – La pronuncia in esame, ribaltando le conclusioni del Primo Giudice, ha riconosciuto rilievo discriminante, ai fini della riconoscibilità di un “consorzio stabile”,

alla sussistenza di un “complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”, secondo la nozione civilistica di “azienda”. Infatti, ciò che connota l’impresa non è la mera disponibilità delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell’attività, quanto la loro disponibilità giuridica e la capacità dell’imprenditore di organizzarle in modo utile alla funzione produttiva. Laddove il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, la suddetta capacità viene meno, mentre rimane intatta quando esso attinge al patrimonio delle consorziate per la costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa. Inoltre, il Consiglio di Stato ha chiarito che i fatti da dichiarare ai sensi dell’art. 80, co. 5 lett. c) D.Lgs n. 50/2016, devono trovare traccia in atti e documenti dotati di attendibilità e valenza dimostrativa, onde fornire alla stazione appaltante i mezzi adeguati per formulare le eventuali conseguenti contestazioni di inaffidabilità professionale, non essendo idonee le notizie di stampa a raggiungere tale livello probatorio.

Tar Lazio, Roma, Sez. III Quater – sentenza del 26 aprile 2019 n. 5253 – Appalti – *Sul giudizio di anomalia delle offerte* – Secondo i Giudici capitolini, la verifica di anomalia presuppone un’analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell’offerta, riservata all’Amministrazione al fine di valutarne la complessiva attendibilità e serietà. L’esito del giudizio soggiace ad uno specifico obbligo motivazionale solo se negativo, mentre se favorevole è sufficiente una motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall’impresa. Tale giudizio è sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente per manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza. La pronuncia ha ribadito, poi, che il semplice scostamento dai valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non determina di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

Tar Basilicata, Sez. I – sentenza del 26 aprile 2019 n. 391 – Appalti – *Sul criterio di aggiudicazione per l’affidamento di servizio ad alta intensità di manodopera* – Sebbene la questione sia stata di recente rimessa all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il Tar ha dichiarato l’illegittimità della gara indetta per l’affidamento del servizio di vigilanza privata che preveda il sistema di aggiudicazione del prezzo più basso, in quanto – trattandosi di servizio ad alta intensità di manodopera - l’art. 95, co. 3, del d.l.vo n. 50 del 2016 dispone l’esclusiva applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Tar Abruzzo, L’Aquila, Sez. I – sentenza del 18 aprile 2019 n. 214 – Appalti – *Sull’analogia di lavori e servizi e sui giudizi numerici della commissione* – La sentenza in esame afferma che, nelle procedure concorsuali, l’aver svolto servizi o lavori analoghi a quelli oggetto dell’affidamento è requisito da leggere nell’ottica della massima concorrenza. Chiarisce, quindi, che l’analogia sussiste laddove il concorrente dimostri lo svolgimento di servizi (non identici, bensì) rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale

cui afferisce l'appalto. Pertanto, è legittima la *lex specialis* nella parte in cui considera le esperienze pregresse quale garanzia dell'esecuzione delle prestazioni secondo le modalità prospettate nell'offerta. I Giudici abruzzesi hanno anche ribadito che la scelta dell'Amministrazione appaltante sul criterio di aggiudicazione e sui criteri di valutazione delle offerte è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per perseguire l'interesse pubblico e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo per macroscopica illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità. Infine, hanno dichiarato assolto l'onere motivazionale posto a carico della Commissione sebbene espresso con punteggi numerici, laddove l'adeguato grado di dettaglio del disciplinare di gara permette di ricostruire l'iter logico seguito dalla commissione di gara nella valutazione delle offerte.

Tar Lombardia, Milano, Sez. IV – sentenza del 17 aprile 2019 n. 865 – Appalti – *Sull'omessa presentazione della relazione al PEF* – La sentenza in esame ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione disposta dalla S.A. nei confronti del concorrente che non abbia allegato al PEF la relazione esplicativa, prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Il Collegio, pur ritenendo legittima la previsione di gara che impone a pena di esclusione il deposito del PEF unitamente alla citata relazione, tuttavia esclude che – nella specie - il PEF sia una componente essenziale dell'offerta economica, sicché la Stazione appaltante era tenuta ad operare il soccorso istruttorio (teso ad evitare l'esclusione dalle gare per un eccessivo formalismo interpretativo o per l'omissione di adempimenti di carattere formale), invece che disporre immediatamente l'esclusione.

Tar Toscana, Firenze, Sez. III – sentenza del 17 aprile 2019 n. 577 – Appalti – *Sul diniego di accesso civico agli atti di esecuzione del contratto* – Il Collegio fiorentino ha stabilito che gli atti ed i documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, caratterizzata come noto da rapporti paritari, l'accesso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990 e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza. Nella specie, il Tar ha escluso la sussistenza del diritto di accesso della ex partecipante alla gara per la palese assenza di un interesse attuale al subentro nel rapporto contrattuale, nonchè per il riferimento ad atti e documenti estranei alla fase pubblicistica del procedimento.

Tar Puglia, Lecce, Sez. III – sentenza del 17 aprile 2019 n. 657 – Appalti – *Sull'esclusione per mancato versamento del contributo ANAC* – La sentenza in commento ha stabilito, in maniera diametralmente opposta alla precedente giurisprudenza ed in palese violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, che il pagamento del contributo Anac in data successiva al termine di presentazione delle offerte legittima l'esclusione del concorrente. Nella specie, l'impresa partecipante era stata impossibilitata al versamento a causa dello stretto lasso di tempo (un giorno) utile per ottemperare alle previsioni della legge di gara, così ridotto a causa dei ritardi della stessa S.A.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 17 aprile 2019 n. 2511 – Servizi di interesse generale&Organismi partecipati – Servizio Igiene Urbana - Sulla partecipazione alla gara da parte di una società di cui il medesimo Comune è indirettamente socio – La questione problematica attiene alla sussistenza o meno di un conflitto di interessi, rilevante ai fini dell'esclusione dalla gara, tra l'ente pubblico a carattere associativo, a cui partecipa un Comune e che per legge svolge il compito di stazione appaltante per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, e la società indirettamente partecipata dal medesimo Comune che partecipa alla procedura. Ebbene il Consiglio di Stato ha escluso che ricorra il suddetto conflitto di interessi e ciò per un duplice ordine di ragioni: da un lato, il Comune non è la S.A. ma lo è l'ente pubblico, e dall'altro, non si ravvisano carenze di imparzialità o indipendenza per interesse finanziario, economico o di altro tipo, nel personale della S.A. pertanto, il conflitto di interessi non può essere riconosciuto in via astratta, ma deve essere verificato in concreto sulla base di prove specifiche (che nella specie non sussistono).

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza dell'8 aprile 2019 n. 2275 – Servizi di interesse generale&Organismi partecipati – Sulla necessità della relazione ex art. 34 comma 20, propedeutica all'affidamento del servizio – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito che nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione dei servizi pubblici locali (mediante il ricorso al mercato, attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato, tramite società mista, ovvero attraverso l'affidamento diretto in house), l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge: in definitiva, l'amministrazione è chiamata all'esercizio di poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio". Ciò precisato, secondo il Consiglio di Stato, le ragioni di tale scelta sul modello di gestione del servizio devono essere compiutamente enunciate nella relazione illustrativa ex art. 34, essendo peraltro richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo solo nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto mediante in house: in ogni caso, quale che sia la scelta di gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica adottata dall'ente, si tratta di valutazioni che, riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso.

Tar Lazio, Roma, Sez. I – sentenza del 19 aprile 2019 n. 5118 – Servizi di interesse generale&Organismi partecipati – Servizio Idrico Integrato - Sulla non applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza – I Giudici capitolini, dopo aver escluso che ricorre una società "partecipata" in controllo pubblico, a capitale pubblico maggioritario e sotto l'influenza dominante di amministrazioni pubbliche, laddove lo Statuto riconosca al socio privato sia un potere di veto sia il compito

di indicare l'amministratore delegato della società, hanno ritenuto che la stessa non rientra nell'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Puglia, deliberazione del 16 aprile 2019 n. 38 – Enti Locali – *Sulla modificabilità o meno del compenso spettante all'organo di revisione* – Con il parere in commento, i magistrati contabili della Puglia hanno rimesso alla Sezione delle Autonomie il compito di chiarire se il compenso spettante ai componenti dell'organo di revisione economico-finanziaria degli enti locali, determinato con la delibera di nomina, sia immutabile (salvo circostanze eccezionali), ovvero se, stante la natura convenzionale del rapporto che si instaura fra revisore e P.A., lo stesso può essere rivalutato, alla luce dei sopravvenuti aggiornamenti ministeriali dei limiti massimi e a prescindere dal carattere straordinario o meno degli stessi.