

NEWSLETTER N. 18 ANNO V

16 - 31 ottobre 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

In evidenza

Tar Puglia, Bari, Sez. II – sentenza del 16 ottobre 2019 n. 1329 – Appalti – *Sull’illegittimità della richiesta di escussione della garanzia provvisoria* – Nella sentenza in rassegna il Collegio barese ha affermato che l’efficacia della garanzia fideiussoria, prestata dall’operatore economico per la partecipazione alla gara, cessa automaticamente qualora l’operatore economico non risulti aggiudicatario. Nel caso in esame, la stazione appaltante a distanza di sei mesi dall’esclusione del concorrente aveva disposto l’incameramento della cauzione. Il Giudice ha ritenuto illegittimo il provvedimento poiché la richiesta era da considerarsi tardiva. Invero, la polizza fideiussoria non può essere mantenuta “operativa” senza alcun limite temporale ma soggiace al termine di efficacia in essa previsto. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della ricorrente)**

Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. Giurisdizionale – sentenza del 21 ottobre 2019 n. 917 – Appalti – *Sull’illegittimità del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione* – I Giudici siciliani hanno ritenuto illegittimo il provvedimento di revoca adottato dall’Amministrazione a distanza di oltre due anni dall’avvenuta aggiudicazione. Invero, l’aggiudicazione della gara a un operatore economico che ha diligentemente partecipato alla gara stessa, può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell’ipotesi di una sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico, ovvero di una rinnovata istruttoria che abbia rivelato l’assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre. Al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca, un mero ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione posta a gara.

Consiglio di Stato, Sez. V– sentenza del 22 ottobre 2019 n. 7188 – Appalti – *Sulla necessità della dichiarazione di messa a disposizione di mezzi e risorse da parte dell’impresa ausiliaria* – Interessante pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada che, riformulando la dichiarazione del giudice di prime cure, hanno stabilito che non costituisce mero formalismo la dichiarazione di impegno degli ausiliari nei confronti della stazione appaltante. Invero, la suddetta dichiarazione di impegno del raggruppamento di progettisti ausiliario a mettere a disposizione per tutta la durata del contratto le risorse di cui l’operatore economico concorrente era carente, costituisce un impegno dell’ausiliario direttamente nei confronti della stazione appaltante e

pertanto risulta necessaria e imprescindibile. Sussiste invero, una netta distinzione tra il contratto di avvalimento, con cui l'ausiliario si impegna nei confronti dell'operatore economico concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, dalla dichiarazione con cui il medesimo ausiliario attesta il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento, obbligandosi verso l'operatore economico e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'operatore economico concorrente.

Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza del 28 ottobre 2019 n. 7386 – Appalti – *Sull'esclusione per irregolarità tributaria* – Nella sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, correttamente la stazione appaltante ha annullato la precedente aggiudicazione, per aver riscontrato in capo all'operatore economico una situazione di irregolarità tributaria.

Trattasi nello specifico di una irregolarità in capo al mandante di un RTI per il mancato pagamento di una delle rate, con conseguente decadenza del beneficio della rateazione ed esigibilità immediata degli importi residui oltre interessi e sanzioni.

In primo luogo, il Collegio ha ritenuto irrilevante l'errore di calcolo nel quale è incorsa l'Agenzia delle entrate circa il mancato pagamento di una rata in luogo di un'altra, in mancanza di tempestiva impugnazione da parte del contribuente della cartella di pagamento.

In secondo luogo, la possibilità in capo all'operatore economico di regolarizzazione postuma e in corso di procedura del debito fiscale già maturato, risponde ad un'esigenza di assoluzione dei propri obblighi fiscali, che esula dall'obbligo che sussiste in ogni caso in capo all'operatore economico di dichiarare in sede di DGUE il suddetto debito, prima della presentazione della domanda, pena l'esclusione dalla gara.

In terzo luogo, l'irregolarità fiscale di un solo componente comporta l'esclusione dell'intero RTI, anche se tale irregolarità dipende dall'operatore economico che ha una quota di partecipazione al raggruppamento minoritaria.

Tar Puglia, Lecce, Sez. II – sentenza del 16 ottobre 2019 n. 1598 – Appalti – *Sulla sanabilità della garanzia provvisoria* – I Giudici pugliesi hanno stabilito che non costituisce causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione, bensì mera irregolarità sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, la mancata presentazione da parte dell'operatore economico della cauzione provvisoria, ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida.

Invero, la presentazione di garanzia dimidiata, come nel caso di specie, in quanto frutto di semplice errore interpretativo della normativa di riferimento, non comporta esclusione, imponendo invece all'Amministrazione l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio, non impiegabile solo nella distinta ipotesi di cauzione provvisoria falsa.

Tar Lazio, Latina, Sez. I – sentenza del 18 ottobre 2019 n. 609 – Appalti – *Sull'identificazione del momento d'impugnazione degli atti* – Il Collegio ha chiarito che l'interesse all'impugnazione sorge con gli

atti applicativi della procedura di gara, laddove la sola disciplina contenuta nel bando – disciplinare, capitolato – farebbero sorgere interessi meramente potenziali.

Pertanto, i bandi di gara e le lettere d’invito vanno impugnati insieme agli atti che di essi fanno applicazione.

Invero, è soltanto con il provvedimento conclusivo del procedimento, il cui esito dovesse risultare negativo, che si concretizza l’interesse concreto ed attuale all’impugnazione.

Tar Lazio, Roma, Sez. I – sentenza del 21 ottobre 2019 n. 12106 –

Appalti – Sul requisito di integrità professionale dell’operatore economico – I Giudici capitolini, hanno affrontato un caso particolare nel quale dalle prime verifiche di rito sul possesso dei requisiti generali l’impresa era risultata regolare e pertanto veniva disposta in suo favore l’aggiudicazione definitiva. Prima della stipula del contratto la stazione appaltante effettuava una seconda verifica sul possesso dei requisiti generali rilevando, questa volta, una sentenza non definitiva di condanna, per il reato di turbata libertà degli incanti, facendo così venir meno l’elemento fiduciario.

In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti, i quali sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente aver influenza sul processo valutativo demandato all’Amministrazione.

Invero, nel caso di specie, il fatto che la sentenza di condanna sia intervenuta nel periodo intercorso fra l’aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, è irrilevante, atteso che i requisiti di partecipazione alla gara devono essere mantenuti dall’operatore economico, per tutta la durata non solo della procedura di aggiudicazione, ma anche del rapporto con la stazione appaltante.

Tar Liguria, Genova, Sez. II – sentenza del 22 ottobre 2019 n. 805

Appalti – Sull’inapplicabilità del principio di rotazione – I Giudici hanno stabilito che non si applica il principio di rotazione laddove la stazione appaltante abbia fatto precedere all’affidamento, delle indagini di mercato. Invero, il principio di rotazione deve considerarsi strumentale rispetto al principio di concorrenza ed opera dunque soltanto nel caso in cui la stazione appaltante abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha fatto precedere l’affidamento da un’indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l’affidamento del servizio in questione. Successivamente, la stessa, ha invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione.

In tale ipotesi non vi è spazio alcuno per l’applicazione del principio di rotazione, che altrimenti, opererebbe in senso anti concorrenziale.

Tar Sicilia, Catania, Sez. II – sentenza del 23 ottobre 2019 n. 2488–

Appalti – Sull’incompatibilità tra RUP e commissario di gara – Nella sentenza in rassegna i Giudici siciliani hanno ribadito che sussiste una

situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione di gara rivesta la qualifica di responsabile unico del procedimento, nonché di soggetto proponente l'indizione della gara stessa.

Invero, tale coacervo di funzioni non appare compatibile con il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato concretamente ad applicarlo.

Trattasi di una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque, a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive e non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Tar Lazio, Roma, Sez. II ter – sentenza del 28 ottobre 2019 n. 12373 – Appalti – *Sull'illegittima esclusione per mancata indicazione dei costi aziendali per la sicurezza* – I Giudici capitolini hanno stabilito che l'onere di specifica indicazione dei costi aziendali per la sicurezza non si applica nelle ipotesi in cui l'appalto abbia ad oggetto servizi di natura intellettuale.

Trattasi nel caso di specie di un appalto di fornitura e gestione di un *software*; di talché, l'obbligo che incombe sull'operatore economico di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi aziendali della sicurezza e quelli della manodopera è escluso, in ragione della natura del servizio oggetto di gara, di natura intellettuale.

Tar Sicilia, Catania, Sez. III – sentenza del 28 ottobre 2019 n. 2537 – Appalti – *Sulla legittimità della richiesta di requisiti economico-finanziari* – Nella sentenza in rassegna il Collegio siciliano ha stabilito che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, pur nel necessario rispetto dei principi di massima partecipazione, trasparenza e rotazione e purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha preteso che i soggetti richiedenti l'iscrizione dimostrassero la disponibilità di una certa quantità di denaro liquido che consentisse loro di anticipare eventualmente i corrispettivi dovuti ai lavoratori per l'effettuazione delle loro prestazioni, nel caso in cui l'Amministrazione non riuscisse a provvedere in modo particolarmente tempestivo ad erogare alle ditte quanto dovuto.

In buona sostanza l'Amministrazione ha richiesto la disponibilità di una determinata "provvista", atteso che trattasi di un servizio che, per il suo espletamento, esige una significativa liquidità.

Invero, la mancata corresponsione delle retribuzioni potrebbe incidere sull'efficienza del servizio, determinando, in ipotesi, un contrasto fra i soggetti richiedenti l'iscrizione e i lavoratori.

Tar Lazio, Roma, Sez. III quater – sentenza del 22 ottobre 2019 n. 12143 – Servizi interesse generale & Organismi partecipati – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario nelle procedure di reclutamento del personale* – Nella sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno stabilito che nelle procedure di reclutamento del personale, svolte da società a controllo pubblico, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Trattasi nel caso di specie, di una società a partecipazione pubblica che ha bandito una procedura selettiva pubblica, per il reclutamento e l'assunzione di figure professionali.

Invero, le società a controllo pubblico, sebbene non siano annoverabili come pubbliche amministrazioni, tuttavia stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale; nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Il Collegio, conformandosi ad altra giurisprudenza, ha pertanto ribadito che, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico, si applicano le disposizioni del codice civile. Conseguentemente, le controversie devono essere incardinate dinanzi al Giudice ordinario.

Tar Toscana, Firenze, Sez. I – sentenza del 25 ottobre 2019 n. 1436 – Enti Locali – *Sull'illegittimità del provvedimento di acquisizione sanante*

– I Giudici fiorentini hanno stabilito che è illegittimo il provvedimento con il quale il Comune ha disposto l'acquisizione sanante di un immobile occupato abusivamente, sul quale la P.A. ha realizzato delle opere.

I Giudici, nel caso di specie, non hanno rinvenuto eccezionali ragioni di interesse pubblico, tali da giustificare l'emanazione del decreto di acquisizione sanante che, deve essere adottato previa valutazione comparativa con i contrapposti interessi privati, nonché previa verifica dell'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione.

Peraltro, l'acquisizione a patrimonio di un bene immobile per scopi di interesse pubblico non può realizzarsi laddove questi scopi non vengano adeguatamente evidenziati nella motivazione dell'atto.

Di talché, sotto il profilo della giurisdizione amministrativa, la relazione di stima del bene immobile allegata alla determina comunale ai fini indennitari, ha rilievo solo relativamente all'aspetto dispositivo del provvedimento di acquisizione e non alla corretta determinazione dell'indennizzo che è materia di competenza del giudice ordinario.