

NEWSLETTER N. 8 ANNO IV

15- 30 aprile 2018



Via Sistina n.48- 00187 Roma  
Tel: (+39) 06.69921687  
Fax: (+39) 06.32652774  
<https://www.aerre.com>  
Email: [segreteria@aerre.com](mailto:segreteria@aerre.com)

## In evidenza

**Tar Lazio - sez. II bis - sentenza del 19 aprile 2018 n. 4374 – Appalti - *Sull'onere di immediata impugnazione della dichiarazione di pubblica utilità nell'ambito di una procedura di project financing* - Con la decisione in esame, il Tar capitolino, accogliendo l'eccezione presentata dall'Amministrazione resistente, **ha dichiarato tardivo il ricorso promosso dall'aggiudicatario di una Convenzione Consip con cui si impugnava la procedura di gara per il Project Financing.** Applicando estensivamente i principi già enunciati dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2012, il TAR Lazio ha in particolare affermato che il ricorso avrebbe dovuto essere proposto censurando immediatamente la dichiarazione di pubblica utilità e non dopo la pubblicazione degli atti di gara. **La novità e la rilevanza della pronuncia risiede nel fatto che l'Adunanza Plenaria aveva sancito il principio esclusivamente in relazione ai soli soggetti interessati a presentare una proposta di Project e non anche ad altri operatori.** (Giudizio patrocinato dallo Studio AOR per conto dell'Amministrazione resistente).**

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria - sentenza del 26 aprile 2018 n. 4 – Appalti – *Sull'onere di immediata impugnazione degli atti di gara* – L'Adunanza Plenaria ha finalmente definito una delle questioni più delicate nel panorama della contrattualistica pubblica: la possibilità per un'impresa che non ha presentato offerta di poter impugnare immediatamente gli atti di gara (ovverosia entro 30 gg dalla loro pubblicazione). **La tesi del massimo Consesso della Giustizia Amministrativa è che un concorrente che non ha preso parte alla gara non può impugnare gli atti della procedura a meno che questi non contengano una clausola che impedisce all'impresa in questione di poter presentare offerta.** Il caso affrontato nella pronuncia riguardava la contestazione del criterio di aggiudicazione (che secondo il ricorrente era illegittimo). Orbene, l'Adunanza Plenaria ha sancito il principio in base al quale **tale tipo di contestazione potrà essere avanzata solo alla fine della procedura (vale a dire dopo l'aggiudicazione della gara ad un soggetto terzo).** (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati).**

**Giurisprudenza  
amministrativa  
civile e contabile**

**Consiglio di Stato, sez. III- sentenza del 27 aprile 2018 n. 2554**  
**Appalti – Sulla indicazione degli oneri della sicurezza nell’offerta economica** – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato ha affermato che **l’obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell’offerta economica, codificato dall’art. 95, comma 10, del Codice dei Contratti pubblici non comporta l’automatica esclusione dell’impresa concorrente qualora l’impresa, pur senza evidenziarli separatamente nell’offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo della sua offerta.** [contra: Tar Napoli, sez. II, sentenza del 16 aprile 2018 n. 2494, secondo cui i costi della manodopera e gli oneri della sicurezza vanno indicati separatamente nell’offerta economica; in caso contrario il concorrente va escluso dalla gara. L’art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 è norma imperativa e non derogabile dal bando con la conseguenza che essa trova applicazione diretta anche in presenza di disposizioni difformi. Non è inoltre ammessa in tale evenienza l’applicazione dell’istituto del soccorso istruttorio, trattandosi di irregolarità attinente all’offerta economica e quindi esclusa dal campo di applicazione dell’istituto in parola].

**Consiglio di Stato, sez. V- sentenza del 26 aprile 2018 n. 2527**  
**Appalti – Sulla irregolarità contributiva dell’impresa ausiliaria** – La quinta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che nelle gare di appalto **l’obbligo di immediata esclusione non può operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi.** In tal caso, si applica l’art. 89, comma 3, Codice dei Contratti, secondo cui la stazione appaltante impone in tale evenienza all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione, mentre non può imporre la regolarizzazione.

**Consiglio di Stato, sez. V- sentenza del 19 aprile 2018 n. 2386 –**  
**Appalti – Sull’omesso versamento del contributo ANAC** – Con la recente pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che **l’omesso versamento del contributo ANAC non consente di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l’operatore economico non avvedutosi di una simile omissione, perché non espressamente indicata dagli atti di gara.** La causa di esclusione dalla gara è infatti impropriamente ricavata in tale evenienza sulla base di un’interpretazione estensiva di talune previsioni dell’ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una etero-integrazione degli atti di gara, che non trova espresso richiamo nelle disposizioni del Codice dei Contratti (in senso conforme a tale interpretazione v. sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15). In tale evenienza, inoltre, **non trovano applicazione i limiti previsti per l’applicazione dell’istituto del soccorso istruttorio dal momento che il versamento del contributo ANAC non inerisce né all’offerta tecnica né a quella economica.**

**Corte di Giustizia Europea – sez. IX, sentenza del 19 aprile 2018 n. C-152/17 –**  
**Appalti – Sull’inapplicabilità dell’istituto della**

*revisione prezzi ai settori speciali* – Per i Giudici Comunitari è **conforme al diritto dell'UE ed alla dir. 2004/17 l'interpretazione del diritto interno che escluda la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai settori speciali.** In particolare, secondo la Corte di Giustizia Europea le norme UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, non ostano a norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva.

**Tar Veneto – sez. I, sentenza del 23 aprile 2018 n. 439 – Appalti – *Sull'avvalimento delle capacità tecniche*** – Con la recente sentenza il Tar Veneto ha affermato che **la dichiarazione di avvalimento ed il relativo contratto devono contenere l'impegno espresso dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per cui le sue capacità sono richieste, in conformità a quanto previsto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016,** il quale impone che l'impresa ausiliaria si assuma l'obbligo dell'esecuzione in proprio della prestazione oggetto dell'avvalimento. Tale lacuna inoltre non può essere colmata attraverso il “soccorso istruttorio” (*cfr. ex multis, C.d.S., Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396*).

**Tar Puglia - Lecce – sez. I, sentenza del 23 aprile 2018 n. 718 – Appalti – *Sul criterio di aggiudicazione al prezzo più basso*** – Con la recente sentenza il Tar pugliese ha dichiarato pienamente **legittimo il bando per l'affidamento di un servizio di vigilanza che preveda, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso nel caso in cui l'Amministrazione abbia puntualmente indicato le condizioni tecniche richieste per l'esecuzione del servizio, specificando dettagliatamente i tempi, le modalità e il numero di operatori e cioè elementi predefiniti e condizioni standardizzate,** con conseguente sussistenza di tutte le condizioni richieste per l'applicazione del minor prezzo in conformità all'art. 95 del Codice dei Contratti.

**Tar Veneto – sez. I, sentenza del 18 aprile 2018 n. 427 – Appalti – *Sull'avvalimento delle capacità tecniche*** – A differenza di quanto specificamente previsto per la cauzione definitiva (v. art. 75, comma 8. D.lgs. 50/16), **nel caso di mancata o irregolare presentazione della cauzione provvisoria l'Amministrazione non può esimersi dal richiedere la regolarizzazione della polizza e non può dichiarare né l'inammissibilità dell'offerta né la esclusione del concorrente.** Sempre in base alla citata pronuncia, confermando il consolidato orientamento della giurisprudenza (*ex multis Cons. St., Ad. Pl., 29 novembre 2012 n. 36*) **le funzioni di verifica di anomalia dell'offerta rientranti nelle competenze del RUP possono essere da questi affidate alla Commissione giudicatrice.**

**Tar Veneto – sez. I, sentenza del 17 aprile 2018 n. 411 – Appalti – *Sul possesso del requisito di iscrizione all'albo gestori ambientali*** –

Con la recente sentenza il Tar Veneto ha affermato che nel caso di raggruppamento di tipo verticale va escluso il raggruppamento nel caso in cui una ditta componente del medesimo sia risultata priva del requisito tecnico professionale dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali: **tutte le società partecipanti al raggruppamento, in quanto chiamate all'esecuzione di un'unitaria prestazione, non scorporata in distinte attività, devono essere in possesso del predetto requisito.**

**Consiglio di Stato - Sez. V, sentenza del 30 aprile 2018 n. 2599 - Servizi di interesse generale & Organismi partecipati – Sulla sussistenza del requisito del controllo analogo** - Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada, in linea con quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, Econord; §§ 28 - 33) **hanno ribadito che affinché il requisito del controllo analogo in caso di società in house pluripartecipata sia soddisfatto, occorre che le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possano comunque esercitare il controllo analogo in modo congiunto e che:** a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato, secondo le regole generali elaborate con riguardo all'in house providing tradizionale sin dalla sentenza della Corte di Giustizia Teckal (8 novembre 1999, C-107/98); c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

**Corte di Cassazione, SS.UU. Civili – ordinanza 20 aprile 2018 n. 9918 – Edilizia ed urbanistica – Sulla riparto di giurisdizione in materia di edilizia residenziale pubblica** – Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha affermato che nelle controversie concernenti gli alloggi di edilizia economica e popolare, **sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo quando si controverta dell'annullamento dell'assegnazione per vizi incidenti sulla fase del procedimento amministrativo, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le controversie attinenti alla fase successiva al provvedimento di assegnazione, nella quale la P.A. non esercita alcun potere autoritativo, ma agisce quale parte di un rapporto privatistico di locazione.** Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia introdotta da chi si opponga ad un provvedimento dell'Amministrazione comunale di rilascio di immobili ad uso abitativo occupati senza titolo, configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione.

**Consiglio di Stato, sez. IV- sentenza del 19 aprile 2018 n. 2366 – Edilizia&Urbanistica – Sulla natura del permesso di costruire** – Il permesso di costruire non può essere sottoposto a condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, **stante la natura di accertamento costitutivo a carattere non negoziale del provvedimento, con la conseguenza che tale titolo, una volta riscontrata la conformità alla vigente disciplina urbanistica, deve essere rilasciato dal Comune senza condizioni che non siano espressamente previste da una norma di legge.**

**Corte di Cassazione, SS.UU. Civili – sentenza 16 aprile 2018 n. 9334 – Edilizia&Urbanistica – Sulla giurisdizione in materia di espropriazione** – Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha affermato che **in materia di espropriazione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la domanda di risarcimento per i danni che si pretendono conseguiti ad una occupazione iniziata, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, in virtù di un decreto di occupazione d’urgenza e proseguita successivamente alla sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità**, trattandosi di controversia riconducibile in parte direttamente ed in parte mediamente ad un provvedimento amministrativo.

**Tar Calabria – Catanzaro – sez. I, sentenza del 20 aprile 2018 n. 925 – Enti locali – Sulla decadenza dei consiglieri comunali** – In base alla citata pronuncia il Tar Calabria ha dichiarato illegittima una norma del regolamento comunale che, per evitare la decadenza dalla carica di consigliere comunale per assenze ingiustificate, pretende la giustificazione anticipata, potendo invece queste essere fornite anche successivamente dopo la comunicazione di avvio del procedimento per la decadenza. La pronuncia in esame poggia sul principio secondo cui **il carattere sanzionatorio del provvedimento di decadenza di una carica elettiva impone la massima attenzione agli aspetti garantistici della procedura, con la conseguenza che le assenze dalle sedute del Consiglio comunale possono dar luogo a decadenza dalla carica quando mostrano, con ragionevole deduzione, un atteggiamento di disinteresse per motivi futili o inadeguati rispetto agli impegni con l’incarico pubblico elettivo.**