newslex
Newsletter | Ripartizione Affari Legali e Negoziali

Redazione
Direzione Amministrativa
Ripartizione Affari Legali e Negoziali

Coordinamento Scientifico:
Avv. Claudia De Giorgi

Comitato Scientifico:
Dr.ssa Elisabetta Caricato
Avv. Rosa Maria Mariano
Dr. Alessandro Quarta

7/2011

UNIVERSITÀ DEL SALENTO

Normativa Regolamenti

Legge 15 luglio 2011, n.111 (in G.U. n. 164 del 16 luglio 2011) – Conversione in legge, con modificazioni del decreto – legge n. 98 del 6 luglio 2011 recante disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria.

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011 (in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011 (in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011 (in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni.

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011 (in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti.

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011(in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili da parte di diverse categorie di titolari

Garante per la protezione dei dati personali – Autorizzazione 24 giugno 2011(in G.U. n. 162 del 14 luglio 2011 – Suppl. Ordinario n. 171) – Autorizzazione al trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici.

Legge 12 luglio 2011, n. 106 (in G. U. n. 160 del 12 luglio 2011) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto – legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia.

Testo Coordinato del Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70 (in G.U. n. 160 del 12 luglio 2011) - Testo del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 110 del 13 maggio 2011), coordinato con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106 (in Gazzetta Ufficiale – serie generale – n. 160 del 12 luglio 2011, alla pag. 1), recante: «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia.

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Decreto 13 aprile 2011 (in G.U. n. 159 dell'11 luglio 2011) - Disposizioni in attuazione dell'articolo 3, comma 3-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, come modificato ed integrato dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica – Circolare 14 marzo 2011, n. 3 (in G. U. n. 157 dell'8 luglio 2011) - Art. 6, comma 7 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122. Spesa annua per studi ed incarichi di consulenza.

Decreto – Legge 6 luglio 2011 n. 98 (in G.U. n.155 del 6 luglio 2011) – Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca – Decreto 15 giugno 2011 (In Gazzetta Ufficiale n.149 del 29 giugno 2011) – Modalità e contenuti concernente la determinazione delle classi di laurea magistrali. In Gazzetta Ufficiale n. 123 del 28 maggio 2011.

Decreto Legislativo 1 giugno 2011, n. 93(in G.U. n. 148 del 28 giugno 2011 – Supplemento Ordinario n. 157) - Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonche' abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE

Istituto Nazionale di Statistica – Comunicato (in G.U. n. 147 del 27 giugno 2011). Indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, per il mese di maggio 2011, che si pubblicano ai sensi dell'art. 81 della legge

27 luglio 1978, n. 392 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani), ed ai sensi dell'art. 54 della legge del 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica).

Decreto Legislativo 31 maggio 2011, n. 91 (in G.U. n. 145 del 24 giugno 2011) - Disposizioni recanti attuazione dell'articolo 2 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di adeguamento ed armonizzazione dei sistemi contabili.

Decreto Legislativo 31 maggio 2011, n.88 (in G.U. n. 143 del 22 giugno 2011) - Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 42.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca – Decreto 9 marzo 2011 (in G.U. n.141 del 20 giugno 2011) - Importo minimo assegni di ricerca - articolo 22, legge 30 dicembre 2010, n. 240. (Decreto n. 102)

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Circolare 10 marzo 2011 (in G.U. n. 141 del 20 giugno 2011) - Modifiche alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza alle persone con disabilita' - banca dati informatica presso il Dipartimento della funzione pubblica - legge 4 novembre, n. 183, art. 24. (Circolare n. 2/2011)

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologia – Circolare 18 marzo 2011, n. 4 (in G.U. n. 135 del 13 giugno 2011) - Art. 25 della legge n. 183 del 2010 e art. 55-septies del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 69 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 - Trasmissione per via telematica dei certificati di malattia. Indicazioni operative per lavoratori dipendenti e datori di lavoro del settore pubblico e private.

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Direttiva 4 marzo 2011 (in G.U. n. 134 dell'11 giugno 2011) - Linee guida sulle modalita' di funzionamento dei «Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunita', la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni» (articolo 21, legge 4 novembre 2010, n. 183).

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Circolare 23 febbraio 2011, n.1 (in G. U. n. 129 del 6 giugno 2011) - Art. 55-septies del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 69 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 - trasmissione per via telematica dei certificati di malattia. Ulteriori indicazioni.

Circolari e Direttive

Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture - Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 – Linee Guida sulla Tracciabilità dei Flussi Finanziari ai sensi dell'art.3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136.

Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture - Comunicato del Presidente del 24 giugno 2011 – Qualificazione nelle categorie le cui declaratorie prevedono l'installazione di impianti all'interno degli edifici e, in particolare, l'esecuzione di lavorazioni ricomprese nell'elenco di cui all'art.1 del D.M. 22 gennaio 2008 n. 37 che ha novellato la legge 5 marzo 1990 n. 46

Giurisprudenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 19 luglio 2011 n. 4362 – CONTRATTI DELLA P.A.- REVISIONE PREZZI - Necessità che sia prevista in tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa - Modalità di calcolo – Finalità - Nullità della clausola che la esclude – Termine quinquennale di prescrizione – Debito di valuta.
La revisione prezzi per un appalto di servizi era in precedenza disciplinata dall'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nel testo modificato dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, che prevedeva che "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6*" (e quindi sulla base della rilevazione, da parte dell'ISTAT, dei prezzi dei principali beni e servizi acquisiti dalle p.a.). A tale norma corrisponde ora, senza variazioni di rilievo, l'art. 115 del Codice dei contratti pubblici, d. lgs. n.163/2006 che disciplina l'adeguamento dei prezzi negli appalti di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuativa.
Poiché la disciplina legale dettata dai commi 4 e 6 dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 non è stata attuata nella parte in cui prevede l'elaborazione, da parte dell'ISTAT, di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rilevate su base semestrale, la lacuna va colmata mediante il ricorso al cosiddetto "indice F.O.I." sulla base del quale la stazione appaltante deve istruire il procedimento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale, entro il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali

che devono essere provate dall'impresa, non può essere determinato il compenso revisionale.
La revisione dei prezzi contrattuali ha una duplice funzione: a) da un lato di tutela dell'esigenza dell'Amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto; b) dall'altro di tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verifichino durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.
La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la disciplina prevista in materia di revisione prezzi ha carattere imperativo e che un'eventuale clausola contrattuale difforme rispetto alla disciplina normativamente prevista deve ritenersi nulla.
Considerata la natura indisponibile del diritto in questione e mancando un espresso termine normativo entro il quale il diritto possa essere fatto valere, la richiesta può essere effettuata entro il termine di prescrizione stabilito per le prestazioni che devono essere rese in modo periodico e - quindi - nel termine di prescrizione quinquennale dettato dall'art. 2948 n. 4) del cod.civ..
Invero il diritto alla revisione non è altro a ben vedere se non il diritto ad un diverso e più vantaggioso calcolo del quantum spettante al prestatore del servizio, e pertanto tale diritto si prescrive per ciascun rateo del corrispettivo contrattuale a decorrere dal termine di pagamento del rateo stesso, così come si prescriverebbe il diritto al pagamento del rateo, se questo non venisse pagato, ovvero il diritto all'integrazione, se il rateo venisse pagato in un importo inferiore a quello contrattualmente dovuto.
Le somme spettanti a titolo di revisione prezzi costituiscono un debito di valuta (e non di valore) e pertanto sono soggette alla corresponsione di interessi per il ritardato pagamento da calcolarsi dalla data della domanda.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 14 luglio 2011 n. 4284 – PUBBLICO IMPIEGO - Annullamento in via di autotutela di provvedimento di costituzione di rapporto di lavoro in violazione di legge - Non occorre motivare l'interesse pubblico.
L'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'atto di illegittima costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. (al pari di quello incidente sull'illegittimo inquadramento economico) è "in re ipsa" e non richiede specifica motivazione, in quanto l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'Amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente (nel medesimo senso: Cons. Stato, VI, 24 novembre 2010, n. 8215; id., V, 22 marzo 2010, n. 1672).
Sotto tale aspetto, l'atto di ritiro non presentava, nel caso di specie, alcun effettivo margine di discrezionalità per il dirigente, il quale non avrebbe potuto che provvedere in tal senso.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II - dispositivo di sentenza 15 luglio 2011 n. 6347 . COMUNE – NOMINA DEGLI ASSESSORI COMUNALI: violazione delle c.d. "QUOTE ROSA". È stato dichiarato illegittimo il decreto del Sindaco di Roma, con il quale sono stati nominati componenti della Giunta Comunale in prevalenza persone di sesso maschile, in quanto contrastante con l'articolo 5 dello Statuto del Comune di Roma, che, in relazione alla necessità di osservare il principio delle pari opportunità nella nomina, tra gli altri, dei componenti della Giunta, dispone testualmente: "*Nel nominare i componenti della Giunta Comunale, i responsabili degli uffici e dei servizi nonché nell'attribuire e definire gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna, il Sindaco assicura una presenza equilibrata di uomini e di donne, motivando le scelte operate con specifico riferimento al principio di pari opportunità*".

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. III - ordinanza 12 luglio 2011 n. 3725 – AVVOCATI DEGLI ENTI PUBBLICI – È stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, comma terzo, della Costituzione, dell'art. 29 della legge della Regione Campania n. 1 del 19 gennaio 2009 (pubblicata sul B.U.R. 26 gennaio 2009 n. 5), nella parte in cui consente agli avvocati della Regione di svolgere attività di consulenza, attraverso l'espressione di pareri, e di patrocinare in giudizio gli enti strumentali della Regione e le società il cui capitale sociale è interamente sottoscritto dalla Regione, sotto il profilo della violazione, da parte del legislatore regionale, dell'obbligo di rispettare le disposizioni di principio previste dal legislatore statale in materia di incompatibilità nell'esercizio della professione forense da parte di avvocati dipendenti di enti pubblici.
Analoga questione era stata affrontata dal TAR Lombardia-Milano che, con ordinanza del 7 febbraio 2008, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2 della legge della Regione Lombardia 27 dicembre 2006, n. 30, con riferimento agli artt. 117, commi e 3, e 24, commi 1 e 2, Cost., nella parte in cui disponeva che gli enti pubblici indicati dalla Giunta regionale si avvalgono, di norma, del patrocinio dell' Avvocatura regionale per la difesa di atti o attività connessi ad atti di indirizzo e di programmazione regionale; che la rappresentanza in giudizio è disposta conformemente agli ordinamenti dei singoli enti; che i rapporti tra i soggetti individuati e l'amministrazione regionale sono regolati da apposite convenzioni; e infine che la rappresentanza

rimane esclusa nei casi di conflitto di interessi e per atti e attività inerenti alla organizzazione degli enti. In tal caso la vicenda si era tuttavia conclusa, innanzi alla Corte Costituzionale (v.ord. n. 43 del 13.2.2009), con un atto di resipiscenza della Regione Lombardia - che con L.R. n.33 del 28.12.2008 aveva abrogato la norma sospettata di incostituzionalità.

TAR PUGLIA – BARI, Sez. I, 1° luglio 2011, n. 1007 – CONTRATTI DELLA P.A. – Esclusione dalla di una ditta per mancata allegazione CD contenente i files dell'offerta in formato pdf – Legittimità.
È legittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di una ditta concorrente, che abbia omesso di allegare il CD contenente i files dell'offerta in formato pdf, in quanto, nel caso di specie, la clausola del bando è chiara ed inequivoca nel comminare l'esclusione dalla gara, nell'ipotesi di mancata adempimento della suddetta previsione, pertanto non vi è spazio per una qualsiasi interpretazione di tipo teleologico in relazione al principio del favor partecipationis. Peraltro, la richiesta di produrre il CD, inserita nella lex specialis, non risulta illogica né sproporzionata, in quanto trattasi del deposito di supporti informatici di facile e corrente utilizzo, soprattutto per una società che si occupa proprio di elaborazione dati, e che appare funzionale allo scopo di rendere la procedura di gara celere e sicura, concretizzando, in tal modo, una delle direttive ispiratrici della disciplina sostanziale e processuale in materia di appalti pubblici, senza comportare alcun aggravio a carico della concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – 30 giugno 2011, n. 3892 – Organismo di diritto pubblico – Connotazione – Elementi.
L'organismo di diritto pubblico è connotato, stante la normativa comunitaria e nazionale, da tre elementi, quali la personalità giuridica; l'elemento teleologico della costituzione per soddisfare precisamente esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale e, in via alternativa, il finanziamento della sua attività in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; ovvero la soggezione della sua gestione al controllo di detti soggetti; ovvero la designazione per più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico. (Nel caso concreto, l'organismo appellato è risultato un organismo di diritto pubblico, tenuto, in quanto tale, al rispetto delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti di lavori, servizi, e forniture, con la conseguenza che, sussistendo la giurisdizione del Giudice amministrativo sull'appalto di servizi per cui è processo, le due sentenze appellate devono essere annullate con rinvio al TAR a quo).

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – 30 giugno 2011, n. 3892 – Servizi Pubblici – Competenza esclusiva del giudice amministrativo
L'art.33 del D. Lgs. n. 80 del 1998 , ora art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nel prevedere che "le controversie relative all'affidamento di un pubblico servizio" rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, si riferisce ai "servizi pubblici" da intendersi come i servizi affidati in favore della collettività, in virtù di un rapporto concessorio a monte, con la conseguenza che per affidamento di un pubblico servizio si fa riferimento a qualsivoglia tipo contrattuale o procedura di affidamento con cui appunto viene attribuito ad un soggetto il compito di erogare un servizio pubblico in favore della collettività. Ne consegue che siffatta previsione non si riferisce anche all'affidamento di appalti pubblici di servizi, essendo quest'ultima nozione diversa dal pubblico servizio, dato che con il primo una stazione appaltante pubblica (o ad essa equiparabile), procura un servizio a se stessa e, pertanto, il beneficiario dell'appalto di servizi è dunque la stazione medesima, laddove nella concessione di servizi beneficiaria è la collettività degli utenti. Del resto, l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. prevede che la giurisdizione del Giudice amministrativo ha per oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione del diritto comunitario, nazionale o regionale, in materia di procedure di evidenza pubblica. Di talché, mentre in caso di affidamento di un servizio al pubblico, la giurisdizione del Giudice amministrativo si determina prescindendo dalla natura soggettiva del soggetto affidante e della sussistenza di un dovere di seguire procedure di evidenza pubblica, nel caso di affidamento di un appalto pubblico di servizi la giurisdizione si determina in applicazione del citato art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a.

TAR PIEMONTE, Sez. I – 30 giugno 2011, n.711- APPALTI - Commissione giudicatrice - Variazione della consistenza numerica dell'organo successiva all'apertura delle buste - Illegittimità. È illegittima l'integrazione della Commissione giudicatrice avvenuta in un momento successivo a quello dell'apertura delle buste delle offerte tecniche. Va precisato, al riguardo, che la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'immanenza nell'ordinamento di un principio di immodificabilità delle commissioni di gara, ammettendo che i loro membri possano essere sostituiti quando ciò sia reso necessario da esigenze di rapidità e continuità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8400). Viceversa, deve ritenersi preclusa la variazione della consistenza numerica dell'organo, intervenuta in un momento in cui i membri originari dello stesso avevano già potuto prendere conoscenza dei contenuti delle offerte tecniche presentate

dai concorrenti. Evidenti esigenze di trasparenza e di rispetto della parità di trattamento dei concorrenti (nonché di garanzia di continuità delle operazioni valutative) impongono di individuare in tale momento il limite invalicabile oltre il quale non può essere variata la consistenza numerica della Commissione.

TAR EMILIA ROMAGNA, Parma, Sez. I – 28 giugno 2011, n. 216 - APPALTI - Consorzi - Requisiti di natura tecnica singolarmente posseduti dalle imprese consorziate - Cumulo - Requisiti generali di partecipazione - Ordine pubblico e moralità - Singole imprese - Possesso e documentazione. Con riferimento alle aggregazioni consortili cui l'ordinamento riconosce la qualità di soggetti con propria abilitazione a concorrere per l'affidamento di commesse pubbliche, sono le singole imprese consorziate, dotate di autonoma personalità e di distinta organizzazione di impresa, i soggetti chiamati ad assumere in concreto le opere o i servizi oggetto dell'appalto, onde, se è in astratto ammissibile cumulare i requisiti di natura tecnica singolarmente posseduti dalle imprese consorziate, tale principio non implica affatto che i requisiti generali di partecipazione, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, anche economico, e della moralità, possano ritenersi accertati con esclusivo riferimento al consorzio e non debbano invece essere posseduti e documentati dalle singole imprese designate quali esecutrici del servizio o dell'opera.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, Sez. III - 28 giugno 2011 n. 3439 – GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Giudizio di ottemperanza - Domanda di risarcimento del danno Definizione nelle forme del giudizio ordinario.
Ai sensi dell'art. 112, comma 4, c.p.c., se nel processo di ottemperanza viene proposta "*la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5, nel termine ivi stabilito*", il "*giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario*". In particolare, trattasi della domanda avanzata nel giudizio di ottemperanza per ottenere il risarcimento anche del danno patito a causa dell'inerzia della P.A. nella conclusione di un procedimento amministrativo, concernente il periodo ante giudicato. Pertanto, in base a tale disposizione per tale domanda il giudizio di ottemperanza deve essere definita nelle forme del giudizio ordinario cui va rinviata. L'uso, infatti, del presente indicativo "si svolge" implica la doverosità imposta dal comando giuridico, senza lasciar spazio ad una valutazione discrezionale da parte del giudice.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione IV, 27 giugno 2011, n. 3862. APPALTI – Dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera c. D. Lgs. 163/2006 – Soggetti cessati nel triennio. Il concorrente dichiarante è obbligato ad indicare i soggetti cessati nel triennio antecedente la data del bando, tuttavia in relazione all'articolo 38, comma 1, lettera c), del D. Lgs. 163 del 2006, è legittimato a dichiarare la loro situazione in materia di condanne, nei limiti «per quanto a propria conoscenza», e non è tenuto ad indicare i motivi per i quali non ha potuto ottenere le dichiarazioni dei singoli soggetti cessati.

TAR LOMBARDIA Milano Sez. I, 22 giugno 2011, n. 1622 – APPALTI – Differenza tra appalti pubblici di servizi e concessione di pubblico servizio.
Mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore svolge la sua attività in favore di una p.a., la quale utilizza le relative prestazioni ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la p.a. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo. L'appalto di servizi concerne dunque prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta; normalmente, nella concessione di pubblici servizi servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3697 – APPALTI – Misure di prevenzione e sicurezza. Misure antimafia.
L'art.10, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998 , laddove dispone il divieto, per le amministrazioni cui siano fornite le relative informazioni in tema di infiltrazioni mafiose, di stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, e di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni, persegue un'esigenza di tutela dell'ordine pubblico secondo una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto della criminalità organizzata, rispetto alla quale l'art. 12 si pone quale eccezione insofferente ad una manipolazione analogica. Infatti, un'offerta presentata con la partecipazione di un'impresa destinataria di interdittiva antimafia è inevitabilmente influenzata, nella sua portata oggettiva, da detto contributo. La scelta normativa di non estendere il citato art.12 del D.P.R. n. 252/1998 anche agli appalti di servizi, pur se opinabile, non risulta irragionevole alla luce delle più cospicue garanzie ratione temporis predisposte in tema di appalti di lavori (si pensi all'albo costruttori e, quindi, all'Autorità per la vigilanza sui lavori

pubblici ed al sistema di qualificazione SOA), idonee a garantire un controllo sull'affidabilità delle imprese operanti in questo settore, più penetrante rispetto al campo degli appalti di servizi e di forniture (Riforma della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari, sez. I, n. 2293/2010).

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – 20 giugno 2011, n. 3698– APPALTI – Art. 37, comma 13, D. Lgs. 163/2006 – Principo di consequenzialità fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo, percentuale di ecuzione dei lavori oggetto dell'appalto e qualificazione dell'impresa.
In base a quanto disposto dall'art.37, comma 13, D. Lgs. 163/2006, deve ritenersi sussistente un principio di "stretta consequenzialità" fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo, percentuale di esecuzione dei lavori in appalto e qualificazione dell'impresa. Pertanto, la partecipazione alla procedura indetta per l'affidamento della realizzazione di opere pubbliche delle associazioni temporanee è comunque subordinata alla condizione che la mandataria e le altre imprese associate siano in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale. Proprio al fine di impedire la verificazione di situazioni distorsive degli ordinati assetti concorrenziali, si palesa, infatti, imprescindibile l'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti. Conseguentemente, nel caso di specie, l'impresa doveva essere esclusa dalla gara in quanto sprovvista della qualificazione necessaria richiesta per la partecipazione, a norma degli artt. 37 e dell'art.40 del D. Lgs. 163/2006.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655 – Art.38, lett.b), c) e m-ter del D. Lgs. 163/2006 – Insussistenza cause di esclusione – La dichiarazione va resa anche dai procuratori speciali.
L'art. 38, lett. b), c) e m-ter, del D. Lgs. 163/2006, va interpretato alla luce del più sostanziale orientamento attento all'effettività del rapporto amministrativo, nonché all'affidabilità di chi in esso agisce nell'interesse e per conto del concorrente, secondo cui, la dichiarazione relativa all'insussistenza di cause di esclusione deve essere resa anche dai procuratori speciali, al di là della loro qualifica formale, in virtù dei poteri ad essi in concreto conferiti. Ciò in quanto, la ratio legis è di escludere, dalla partecipazione alla gara, le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti dotati di un ruolo decisionale e gestionale significativo. Il fondamento della disposizione consiste infatti nell'assicurare preventivamente la piena affidabilità morale dell'impresa che ambisce all'esecuzione dell'opera pubblica: affidabilità che, ridotta al rango soggettivo in ragione della personalità della responsabilità penale, va garantita e dichiarata anche per quanti, in concreto, risultino svolgere una reale funzione di amministrazione dell'impresa ed esercitarne i tipici poteri di gestione; a maggior ragione quando, come nel caso di specie, tali soggetti si mostrino capaci di reali poteri gestori nei confronti dell'amministrazione pubblica; diversamente, la ratio legis verrebbe elusa o comunque vanificata. A tal fine, peraltro, rileva anche considerare l'attribuzione del potere di partecipare a pubblici appalti e formulare le relative offerte, come avvenuto nella fattispecie in esame.

CONSIGLIO STATO, Sez, VI, 15 giugno 2011, n. 3639 IMPIEGO PUBBLICO – Trattamento economico – Mansioni superiori.
L'assunzione da parte di pubblici dipendenti di mansioni superiori rispetto alla qualifica determina un danno erariale. Per le amministrazioni, infatti, non possono considerarsi utili lo svolgimento di prestazioni lavorative in maniera differente da quella previsto dall'ordinamento. Ne deriva l'inapplicabilità dei presupposti di cui all'art. 2041 c.c. (indebito arricchimento).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - 15 giugno 2011, n. 3648 - PUBBLICO IMPIEGO Mobbing – Nozione e presupposti per la configurabilità.
Per mobbing si intende comunemente, in assenza di una definizione normativa, una "*condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore, tale che ne consegua un effetto lesivo della sua salute psicofisica*". Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, quindi, rilevanti: a) la molteplicità e globalità di comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche di per sé leciti, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente secondo un disegno vessatorio; b) l'evento lesivo della salute psicofisica del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e la lesione dell'integrità psicofisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, ossia dell'intento persecutorio.
Un ordine di servizio illegittimo non è sintomatico, di per sé, di un comportamento mobbizzante, essendo innanzitutto necessaria la prova dell'esistenza di un sovrastante disegno persecutorio, tale da piegare alle sue finalità i singoli atti a cui viene riferito. Ne deriva che non sarà possibile ravvisare un'ipotesi di condotta mobbizzante

laddove la valutazione complessiva delle circostanze addotte, anche se idonea a palesare il mobbing, non consenta di individuare mediante - un giudizio di verosimiglianza - il carattere esorbitante degli atti posti in essere rispetto alle esigenze ordinarie di servizio, nonché persecutori nei confronti del dipendente.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – 13 giugno 2011, n. 3565 – APPALTI – Avvalimento – Finalità.
In materia di gare pubbliche di appalto la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti (Conferma della sentenza del T.a.r. Calabria - Catanzaro, sez. I, n. 346/2010).

TAR SARDEGNA, Sez. I, 11 giugno 2011, n. 556 - APPALTI - Affidamento senza gara - Proroga dei contratti affidati con gara - Equiparazione - Limiti entro cui è consentita la proroga. All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti, le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda a una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare d un affidamento senza gara.

TAR PUGLIA, Bari, Sez. I – 9 giugno 2011, n. 859 - APPALTI - Stazione appaltante - Fissazione di requisiti più gravosi di quelli previsti dalla legge - Principi di imparzialità e buon andamento - Discrezionalità. La stazione appaltante ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche più gravosi di quelli previsti dalla legge, in relazione alle peculiari caratteristiche oggettive ed all'importanza del servizio da affidare. Detto potere, che costituisce precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, può tradursi anche nella richiesta di dimostrazione del possesso di adeguata capacità economico-finanziaria, correlata allo specifico importo dell'appalto ed alla sua durata, ed è ampiamente discrezionale, sicché il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alle ipotesi di manifesta irragionevolezza ed illogicità.

TAR BASILICATA POTENZA, Sez. I, 8 giugno 2011, n. 344 – UNIVERSITA'– Ordinamento ed organizzazione.
Con la riforma introdotta dalla L. 168/1989 ha trovato conferma non solo la personalità giuridica, l'autonomia didattica e scientifica propria delle Università, ma altresì anche l'autonomia organizzativa, finanziaria, contabile e soprattutto l'autonomia statutaria e regolamentare ai sensi dell'art. 33 Cost. Pertanto, quest'ultima potestà consente di caratterizzare le Università non più come organi dello Stato, bensì come Enti Pubblici autonomi.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – 6 giugno 2011, n. 3365 - APPALTI - Integrazione documentale - Art. 46 codice degli appalti - Norma di stretta interpretazione - Documenti previsti a pena di esclusione - Richiesta di integrazione documentale - Illegittimità. In tema di integrazione documentale, la norma di cui all'art. 46 del codice degli appalti è considerata di stretta interpretazione, in quanto, pur essendo essa ispirata al principio della massima partecipazione, tale principio va coordinato con quello di par condicio tra i concorrenti e con le esigenze di celerità dell'azione amministrativa. Pertanto non è consentita la produzione, dopo la scadenza dei termini fissati dal bando, di documenti essenziali, richiesti a pena di esclusione: la stazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione documentale, qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando o dalla lettera d'invito a pena di esclusione .

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3396 - RAPPORTO DI PUBBLICO IMPIEGO. RIMBORSO SPESE LEGALI. Ai sensi dell'art.18 del decreto legge 25 marzo 1997 n.67, convertito in legge 23 maggio 1997 n.135 "*le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti e atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato*". La ratio di tale disposizione è quella di evitare che i dipendenti statali debbano essere esposti all'onere delle spese legali, per i giudizi promossi nei loro confronti per fatti connessi all'espletamento del servizio. Tuttavia, condizione indispensabile perchè la norma possa trovare applicazione è che il dipendente sia stato ingiustamente accusato per fatti inerenti a compiti e responsabilità dell'ufficio, ossia "in conseguenza di fatti e atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali" e da tale accusa sia stato pienamente assolto ovvero sia stata comunque accertata l'assenza della sua responsabilità.

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sez. III, 31 maggio 2011 – Sentenza n.21780 - APPALTI - SICUREZZA SUL LAVORO - DIRITTO URBANISTICO - D.U.R.C. (documento unico di regolarità contributiva) - Tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro - Natura e funzione - Omessa trasmissione - Sospensione del titolo abilitativo - Sanzione amministrativa - Configurabilità - Sanzioni penali - Configurabilità - Esclusione - Art. 44, 1° c. - lett. a), D.P.R. n. 380/2001 - Art. 90, D.Lgs. n. 81/2008, modif.dal D.Lgs. n. 106/2009. Il DURC è un certificato che attesta la regolarità di un'impresa nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi nonché in tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di INPS, INAIL e Casse Edili, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento. Esso, ai sensi dello stesso art. 90, comma 9 - lett. c), del D. Lgs. n. 81/2008, deve essere trasmesso dal committente o dal responsabile dei lavori "all'amministrazione concedente, prima dell'inizio dei lavori oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività". La normativa nazionale in materia di regolarità contributiva è spesso integrata da leggi regionali che individuano ulteriori fasi o particolari motivazioni che rendano necessario acquisire il DURC (ad es.: richiesta del certificato, nei casi di lavori privati in edilizia, anche alla fine dei lavori). Il DURC rappresenta, dunque, un utile strumento per l'osservazione delle dinamiche del lavoro ed una forma di contrasto al lavoro sommerso e consente il monitoraggio dei dati e delle attività delle imprese affidatane di appalti. Tutto ciò non ha nulla in comune con il governo del territorio (anche nella sua accezione più ampia) e la previsione dell'art. 90, 100 comma, del D.Lgs. n. 81/2008 - secondo la quale "in assenza del documento unico di regolarità contributiva delle imprese o dei lavoratori autonomi, è sospesa l'efficacia del titolo abilitativo" - ha carattere di sanzione amministrativa ulteriore rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria comminata, per la violazione dell'art. 90, comma 9 - lett. c), dall'art. 157, lett. c), del D.Lgs. n. 81/2008. Concludendo, una norma residuale in materia di reati edilizi ed urbanistici - quale è pacificamente considerata quella di cui all'art. 44, 1° comma - lett. a), del D.P.R. n. 380/2001 - risponde, all'esigenza di evitare che vadano esenti da pena condotte di aggressione al territorio che si traducono nella violazione sostanziale delle norme che prescrivono le modalità con cui possono concretamente essere effettuate le trasformazioni del suolo. (annulla sentenza n. 3217/2009 TRIBUNALE di FIRENZE, del 30/06/2009).

Commenti

(a cura di Alessandro Quarta)

Natura dell'art.41 del D. Lgs. 163/2006. Concorrenti impossibilitati a produrre la documentazione attestante il requisito di capacità economico – finanziaria – alternativa. L'art. 41 del D. Lgs. 163/2006 prevede espressamente al primo comma che "*Negli appalti di forniture e servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: c) dichiarazione, sottoscritta in conformità delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato gloibale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi*". La stessa norma poi, dopo aver previsto che le amministrazioni precisino nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere, espressamente statuisce al terzo comma che: "*Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*".

La norma surrichiamata permette ai concorrenti che siano impossibilitati a produrre la documentazione attestante il requisito economico – finanziario richiesto dalla lex specialis di allegare altri documenti. Come precisato dalla recente giurisprudenza (tra gli altri TAR ROMA, sez. II, 17 febbraio 2011, n. 2505; Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Parere del 15 aprile 2010, n. 71), è tuttavia onere del concorrente impossibilitato a presentare la documentazione attestante il requisito richiesto nel bando, indicare i "giustificati motivi" dell'impedimento e, nel contempo, allegare "qualsiasi altro documento" idoneo a dimostrare la propria capacità economico-finanziaria. Conseguentemente dovrà essere "*legittimamente escluso il concorrente che non produca alcuna documentazione alternativa, limitandosi a richiamare l'art.41 del codice. La stazione appaltante da parte sua non può, infatti, in mancanza di alcuna giustificazione, sollecitare una successiva integrazione documentale, che si risolverebbe inevitabilmente nella produzione di un documento nuovo e diverso rispetto a quelli depositati a corredo della domanda di partecipazione alla procedura*", in assoluta violazione del principio di par condicio tra i concorrenti.