

NEWSLETTER N. 15 ANNO II

15 - 30 settembre 2016



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

In evidenza

Giurisprudenza amministrativa e civile

Consiglio di Stato, sez. V, del 28 luglio 2016 n. 3421 – Appalti – *Sul carattere necessariamente definitivo dell'accertamento dell'irregolarità fiscale ai fini dell'esclusione da una gara* - Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato l'illegittimità dell'esclusione da una gara motivata con riguardo alla rilevata mancanza del requisito della regolarità fiscale laddove la stessa intervenga in pendenza del termine per l'impugnazione della cartella di pagamento. Ed infatti, è stato osservato che, ai fini della ricorrenza di detta causa di esclusione, la violazione in materia fiscale deve essere stata definitivamente accertata, ciò che non può dirsi nel caso in cui i termini per l'impugnazione non siano decorsi o la sentenza non sia passata in giudicato. *(giudizio seguito da un socio dello Studio per conto della ricorrente)*

Consiglio di Stato, sez. VI, del 28 luglio 2016 n. 3408 – Enti locali – *Sulla competenza regionale in materia di concessioni demaniali non aventi carattere turistico- ricreativo* - Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affermato che nell'ambito dei provvedimenti di concessione demaniale, rientrano nella competenza dei Comuni solamente quelli attinenti alle concessioni aventi finalità turistico ricreative. Ne consegue l'illegittimità per incompetenza del provvedimento di decadenza dalla concessione adottato dal Comune in ambito diverso (nella specie si trattava di una concessione marittima per l'ormeggio di un'imbarcazione da diporto). *(giudizio seguito da un socio dello Studio per conto della ricorrente)*

Tar Umbria, sez. I, del 2 settembre 2016, n. 593 - Appalti – *Sui criteri per l'individuazione del termine di partecipazione alle gare nelle concessioni di servizi*- Con tale pronuncia il Tar, posta l'applicabilità alle concessioni di servizi dei principi generali in tema di contratti pubblici e, in particolare, dei canoni di trasparenza, proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento, ha affermato che, ai fini dell'individuazione del termine di partecipazione a tale tipo di procedure, occorre tener conto della complessità del contratto e degli adempimenti che a tal fine devono essere posti in essere in modo da consentire al concorrente di effettuare una congrua valutazione circa l'offerta da presentare. *(giudizio seguito da un socio dello Studio per conto della ricorrente)*

Consiglio di Stato, sez. V, del 13 settembre 2016 n. 3865 – Appalti – *Sull'inapplicabilità dell'istituto pubblicistico della revoca a seguito della stipulazione del contratto*- Con la pronuncia in commento i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che nel caso in cui, a seguito della stipulazione del contratto emergano ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto contrattuale, la S.A. non potrà ricorrere all'istituto pubblicistico della revoca, dovendo invece esercitare il diritto di recesso.

Consiglio di Stato, sez. IV, del 12 settembre 2016 n. 3847 – Appalti – *Sulle forniture di prodotti equivalenti* – Il Consiglio di Stato ha dichiarato legittima l'ammissione in gara di un'offerta che prevede la fornitura di prodotti non di serie, purché aventi le caratteristiche equivalenti e/o similari a quelle richieste; un'interpretazione diversa urterebbe con il principio di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione, dovendo le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara essere interpretate in senso restrittivo, a causa della loro incidenza in termini di tutela della concorrenza.

Tar Lombardia – Milano, sez. I, del 6 settembre 2016 n. 1625 - Appalti – *Sulle tempistiche per la firma del contratto* – Questa pronuncia affronta il delicato tema del termine entro cui le stazioni appaltanti hanno il dovere di sottoscrivere il contratto di appalto. Come è noto detto termine è pari a sessanta giorni dalla data in cui diviene efficace l’aggiudicazione definitiva. Nel caso affrontato dal Tar, il ritardo con cui l’Amministrazione si era attivata non era ad essa addebitabile poiché nelle more della sottoscrizione del contratto, un cambio ai vertici della società aggiudicataria ha reso necessarie nuove verifiche sul possesso dei requisiti (in particolar modo verifiche antimafia) che hanno fatto slittare i tempi. La pronuncia è interessante perché – anche se non era quello il caso affrontato – sancisce l’obbligo delle stazioni appaltanti di rispettare il termine di sessanta giorni sopra indicato.

Tar Lombardia – Milano, sez. I, del 6 settembre 2016 n. 1624 – Appalti – *Sull’applicazione del soccorso istruttorio in caso di omessa dichiarazione di sentenze penali* – Il Tar ha ritenuto meritevole di esclusione il concorrente che aveva omissa l’indicazione di pronunce penali riguardanti i suoi soggetti apicali. Infatti, nelle gare di appalto, la dichiarazione delle condanne riportate deve essere resa completa ai fini dell’attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale di cui alla lett. c) del comma 1 dell’art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, e ciò a prescindere dalla entità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante. L’elemento interessante della sentenza è che il giudice lombardo ha ritenuto inammissibile in questo caso l’istituto del soccorso istruttorio poiché lo stesso non va interpretato nel senso di consentire alla P.A. di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell’appalto, debbono portare all’esclusione dell’offerente.

Tar Sicilia - Palermo, sez. III, del 5 settembre 2016 n. 2112– Appalti – *Sulle abilitazioni di cui alla legge n. 46 del 1990 e, attualmente, al D.M. n. 37/2008* – Il Tar ha affrontato il caso in cui, gli atti di gara richiedevano l’abilitazione per i lavori di installazione, di trasformazione, di ampliamento e di manutenzione straordinaria degli impianti. La società giunta prima in graduatoria non possedeva la predetta abilitazione, tuttavia aveva preventivamente dichiarato come la stessa era in corso di ottenimento. Ebbene, i giudici siciliani hanno statuito che il possesso delle abilitazioni all’esecuzione delle lavorazioni impiantistiche non sono requisiti di partecipazione, ma di esecuzione e, come tali, possono essere conseguiti anche in un momento successivo all’aggiudicazione. Nel caso in questione, il concorrente aveva ottenuto l’abilitazione immediatamente dopo l’aggiudicazione e pertanto, secondo il Tar, non doveva essere escluso.

Tar Lazio - Roma, sez. II ter, del 5 settembre 2016, n. 9543 - Appalti – *Sulla revoca dell’aggiudicazione* – Il Tar capitolino ha ritenuto che, in linea di principio, l’unico limite alla possibilità di esercitare il potere di revoca della procedura di gara è costituito dall’avvenuta stipula del contratto. Prima di tale evento la revoca è sempre possibile anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore all’aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di

quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria. Quindi, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento, mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione.

Tar Emilia Romagna - Parma, sez. I, del 6 settembre 2016 n. 255 – Enti locali – Sull'ordinanza di rimozione, recupero e smaltimento di rifiuti – Nella sentenza in commento, il Giudice Emiliano ha ritenuto che, sebbene l'art. 107 d.lgs. n. 267/2000 attribuisca l'attività di gestione ai dirigenti, compete al Sindaco l'emanazione dell'ordinanza di rimozione, recupero e smaltimento dei rifiuti e di ripristino dello stato dei luoghi, in virtù del carattere di specialità riconosciuto all'art. 192 d. lg. n. 152/2006, il quale disciplina la materia. Il Tar, inoltre, ha rilevato che anche in caso di Unione di Comuni, deve ritenersi che i Sindaci mantengano le competenze loro attribuite dalla norma speciale, dal momento che dette Unioni operano l'unificazione a livello degli uffici ovvero degli organi di gestione amministrativa o tecnica-operativa, ma non determinano alcun trasferimento di poteri degli organi di indirizzo politico.

Corte di Cassazione – sez. II, del 7 settembre 2016, n. 17676– Enti Pubblici- Sull'illegittimità della sanzione inflitta in caso di conferimento di incarico al dipendente pubblico senza autorizzazione della P.A. di appartenenza- Con tale sentenza la Corte di Cassazione, sulla scorta della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 53 comma 15 D.Lgs n. 165/2001 (C. Cost., sentenza n. 98/2015), ha affermato l'illegittimità della sanzione amministrativa inflitta all'ente pubblico o al privato che abbia affidato un incarico ad un dipendente pubblico in assenza dell'autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza.

Tar Campania – Napoli, sez. II, del 12 settembre 2016, n. 4229 – Edilizia ed Urbanistica – Sulla modifica di destinazione d'uso di un immobile - Con la pronuncia in commento il Tar ha affermato che la modifica della destinazione d'uso di un immobile, ove incida sugli standard, determinando una variazione della categoria edilizia ed urbanistica di appartenenza del bene, necessita del permesso di costruire e legittima l'Amministrazione all'esercizio dei poteri sanzionatori edilizi e segnatamente all'irrogazione della sanzione demolitoria al fine di evitare un illegittimo ed irreversibile cambio di destinazione urbanistica non accompagnato da misure adeguate per fronteggiare l'incidenza sul connesso incremento del carico urbanistico. Secondo i giudici campani, non è possibile sostenere che la destinazione commerciale sia ricompresa nell'ambito della destinazione industriale e ciò poiché vengono in rilievo attività del tutto autonome e tali considerate dalla normativa di settore.

Corte dei Conti

Corte dei Conti - sezione Regionale di controllo per il Molise 8 agosto 2016 n. 105 – Enti Locali – Sul c.d. "scavalco condiviso" - La Sezione molisana della Corte dei Conti ha statuito che nello scavalco c.d. condiviso il titolare del rapporto lavorativo resta il solo ente di provenienza, che mantiene

la competenza esclusiva alla gestione dello stesso, ivi compresa la disciplina sulle progressioni verticali e sulle progressioni economiche orizzontali, con la conseguenza che per la sua instaurazione non occorre la costituzione di un nuovo contratto, essendo sufficiente un atto di consenso dell'amministrazione di provenienza. La Corte dei Conti ritiene di dover pertanto escludere che la stipulazione di una convenzione ex art. 14 CCNL con altro ente locale, per una parte dell'orario d'obbligo (c.d. scavalco condiviso), possa configurare "nuova assunzione" ai fini del divieto di cui all'art. 1, comma 557-ter, L. n. 296 del 2006.

Anac

Comunicato del Presidente Cantone del 3 agosto 2016 pubblicato il 7 settembre 2016 - Sulla possibilità di effettuare affidamenti diretti nelle more dell'emanazione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori – L'ANAC, alla luce di quanto dispone l'art. 192 del nuovo Codice dei contratti pubblici (ovverosia l'obbligo di iscrizione all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a carico delle amministrazione che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*), ha chiarito le modalità con cui le P.A. possono procedere agli affidamenti *in house*, nelle more dell'iscrizione all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici.

Notizie

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 209 del 7 settembre 2016 (Suppl. Ord. N. 41) il Decreto Legislativo 26 agosto 2016, n. 174, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 124 del 7 agosto 2015 (Legge Madia) e recante il Codice della Giustizia Contabile.

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 210 dell'8 settembre 2016 (Suppl. Ord. N. 41) il Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Le nuove disposizioni entreranno in vigore dal 23 settembre 2016.