

NEWSLETTER N. 16 ANNO III

15– 30 settembre 2017



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

### **Nota Informativa Anci del 27 settembre 2017– *Servizi di interesse generale e Organismi partecipati* – Sull'intesa sancita in sede di Conferenza Unificata in merito allo schema di decreto attuativo dell'art. 25 del TU Partecipate (in materia di personale).**

Nella seduta della Conferenza Unificata del 21 settembre u.s., l'ANCI ha espresso parere favorevole all'Intesa in oggetto a seguito dell'accoglimento delle richieste contenute nel documento allegato all'Atto della Conferenza Unificata.

A seguito dell'accoglimento di tali richieste, le società controllate da Comuni e Città Metropolitane, di cui all'articolo 25 comma I del decreto legislativo n. 175 e ss.mm.ii, per definire le eccedenze di personale individuate nei propri organici, dovranno adempiere agli obblighi di legge secondo la seguente tempistica:

- a) effettuare, entro **il 30 settembre**, la ricognizione del solo personale in servizio;
- b) indicare e dichiarare, entro **il 30 novembre**, le eccedenze di personale, tenuto conto di quanto previsto nei piani di riassetto di cui all'articolo 24 del T.U.S.P.;
- c) in caso di rilevamento effettivo di eccedenze, effettuare, entro il **10 dicembre 2017**, le comunicazioni di cui all'art. 19 della l. n. 300/1970;
- d) inviare alle Regioni, entro il **20 dicembre 2017**, tutte le informazioni relative al personale eccedente, come dettagliate dall'art. 2 comma IV della bozza di decreto.

Infine, tale procedura si concluderà il **15 gennaio 2018**, con la trasmissione da parte delle Regioni di una parte dei dati raccolti in merito ai lavoratori eccedenti all'ANPAL.

Si ricorda infine che le società controllate, fino al **30 giugno 2018**, non possono procedere ad assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo ai predetti elenchi Regionali e che tale divieto diverrà efficace solo a seguito di pubblicazione del decreto in oggetto.

La nota informativa e l'Atto della Conferenza Unificata sono scaricabili e consultabili al seguente link:

<http://www.anci.it/index.cfm?layout=dettaglio&IdSez=821213&IdDet=61850>

**Consiglio di Stato, sez.VI, del 25 settembre 2017 n. 4470 - Appalti- *Sul principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione* – Con la recente sentenza il Consiglio di Stato, richiamando un recentissimo precedente (Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050), ha ribadito che **l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata dispensa le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento**. Secondo di Giudici, infatti, sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 22 settembre 2017 n. 4438 - Appalti – *Sui presupposti affinché il punteggio numerico possa assurgere a motivazione* – Con tale pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che il **punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle voci e sottovoci predisposta dalla stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiara, analitica, articolata e tale, quindi, da circoscrivere in modo adeguato il giudizio della commissione giudicatrice** nell'ambito di un minimo e di un massimo. In tal modo, infatti, è stato osservato, si rende comprensibile l'iter logico seguito in concreto dalla commissione nel valutare i singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nella legge di gara.**

**Tar Basilicata, sez. I, del 28 settembre 2017 n. 614 - Appalti – *Sui presupposti per l'applicabilità del rito speciale ex art 120 n. 2 bis c.p.a.* – Con la pronuncia in commento, il Tar lucano ha rilevato come, **in caso di mancata pubblicazione, sul profilo del committente (in violazione dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici) del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa, non possa trovare applicazione l'art. 120, n. 2-bis, del medesimo codice (rito speciale)**. Ciò in quanto tale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui**

si introduce l'onere di immediata impugnazione. Di talchè in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività.

**Tar Basilicata, sez. I, del 27 settembre 2017 n. 612 - Appalti – *Sull'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in caso di appalti ad alta densità di manodopera* – Con tale sentenza, in linea con quanto già espresso dal Consiglio di Stato, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha indetto una gara per l'affidamento di un appalto di servizi (nella specie, si trattava del servizio di pulizia), **nella parte in cui, nonostante si tratti di un appalto c.d. ad “alta intensità di manodopera”, abbia scelto, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso.** Ciò in ragione di quanto previsto dall'art. 95, d. lgs. n. 50 del 2016, secondo il quale, nel caso di appalti di servizi ad “alta intensità di manodopera”, l'aggiudicazione deve avvenire esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

**Tar Sicilia, Catania, sez. III, del 27 settembre 2017 n. 2240 - Appalti – *Sull'esclusione dalla procedura di gara in caso di mancata sigillatura dell'offerta* – Con la pronuncia in commento il Tar ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante **ha escluso un concorrente da una manifestazione di interesse per il fatto che l'offerta non fosse stata presentata in apposita busta chiusa e sigillata, così come espressamente prescritto dalla lex specialis, a pena di esclusione.** Ciò in ragione del fatto che, ove il bando richieda, a pena di esclusione, la sigillatura della busta dell'offerta, il mancato adempimento di tale prescrizione giustifica l'esclusione dalla gara.**

**Tar Sicilia, Catania, sez. III, del 27 settembre 2017 n. 2200 - Appalti – *Sui presupposti per ottenere il risarcimento del danno in materia di appalti pubblici* – Con la sentenza in esame il Tar Catania, dopo aver ricordato l'orientamento della Corte di Giustizia in base al quale, **in materia di appalti pubblici, non è necessario l'accertamento, a fini risarcitori, della responsabilità della stazione appaltante (elemento soggettivo), essendo sufficiente la sussistenza degli altri requisiti richiesti, ossia la lesione della situazione soggettiva tutelata, l'esistenza di un danno patrimoniale e la sussistenza di un nesso causale tra l'illecito ed il danno subito,** ha accolto la richiesta domanda di risarcimento del danno avanzata da un'impresa nei confronti di un Comune, derivante dall'illegittima aggiudicazione di una gara di appalto ritenendo**

sufficiente la sussistenza la prova pacifica che la ricorrente fosse la ditta aggiudicataria.

**Tar Lombardia - Milano, sez. IV, del 25 settembre 2017, n. 1861-Appalti – Sull’invarianza della soglia di anomalia in sede di ricalcolo**– Con questa interessante pronuncia il Tar Lombardo effettua un’attenta riflessione sull’ambito di applicazione del comma 15 dell’art. 95 a mente del quale “*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”. La sentenza fornisce un’interpretazione restrittiva di tale disposizione normativa intendendola riferita alla sola soglia di anomalia. **In buona sostanza secondo il Tar milanese, nel caso in cui un’impresa sia esclusa a gara in corso (per le ragioni più varie come ad esempio un ricorso oppure un provvedimento di autotutela) la soglia di anomalia - se già calcolata - non potrà essere modificata, mentre dovranno essere riformulati gli altri calcoli, come ad esempio quello relativo all’attribuzione del punteggio economico.** Nel caso analizzato dalla sentenza in rassegna, il ricorrente secondo in graduatoria aveva chiesto l’esclusione del primo graduato; tuttavia il Tar ha dichiarato inammissibile il ricorso poiché, laddove fosse stata esclusa l’impresa aggiudicataria (come chiesto nel ricorso), la ricorrente sarebbe in ogni caso rimasta seconda in graduatoria e ciò poiché, dal ricalcolo dei punteggi economici (effettuato senza tenere conto dell’aggiudicataria) il concorrente che era originariamente terzo sarebbe divenuto primo scavalcando così il ricorrente.

**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 29 settembre 2017 n. 4551 - Servizi di interesse generale e Organismi partecipati-Società partecipate – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di controversie per l’assunzione di personale di una società in house providing** – Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada, aderendo al recente orientamento della Corte di Cassazione, SS.UU. (sentenza del 27 marzo 2017 n. 7759), hanno confermato **la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in materia di controversie relative alle procedure di assunzione di personale alle dipendenze di società c.d. in house providing** (nello specifico domanda di annullamento degli avvisi pubblici per la selezione di vari profili professionali indetti dalla società *in house providing*).

Consiglio di Stato sez. V, del 22 settembre 2017 n. 4435 - servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Sulla giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia di revoca di amministratori di un'azienda speciale ex art 114 Tuel – I Giudici di Palazzo Spada, con la recente pronuncia, hanno tenuto a precisare che **il principio di diritto affermato dalla Cassazione, secondo cui le controversie aventi ad oggetto la nomina e la revoca di amministratori delle società partecipate sono devolute alla giurisdizione ordinaria non è applicabile nell'ipotesi di revoca disposta nei confronti di un amministratore unico di un'azienda speciale ex art. 114 t.u.e.l., costituita dal Comune per la gestione di servizi di interesse economico generale.** Ciò in ragione del fatto che, in sintesi, l'azienda speciale è un ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica pubblica (al contrario delle società partecipate quali soggetti di diritto privato).

Corte di Cassazione, SSUU, ordinanza del 14 settembre 2017 n. 21299 - servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Sulla giurisdizione del Giudice ordinario in materia di revoca di amministratori di società partecipate – In linea con i precedenti orientamenti e in difformità da quanto statuito dal Consiglio di Stato (con la recente sentenza n. 4248/2017- vedi Newsletter n. 15/2017), la Cassazione ha ribadito che le **controversie aventi ad oggetto le vicende concernenti la revoca degli amministratori di società per azioni a partecipazione pubblica sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario. Ciò in quanto gli atti impugnati rappresentano espressione non già di potestà amministrativa bensì dei poteri alla medesima dalla legge attribuiti e trasfusi nello Statuto della società per azioni, e quindi manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica.** Di talchè la posizione soggettiva degli amministratori revocati – che non svolgono né esercitano un pubblico servizio – è configurabile in termini di diritto soggettivo, dovendo inoltre escludersi la riconducibilità di detta controversia al novero di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In sostanza trattasi di atti compiuti *uti socius*, e non già *iure imperii*, “a valle” della scelta di fondo per l'impiego del modello societario.

Corte di Cassazione, SSUU, ordinanza del 14 settembre 2017 n. 21298 - servizi di interesse generale e Organismi partecipati- Trasporto pubblico locale- Sulla giurisdizione del Giudice ordinario in materia di compensi alle imprese esercenti i servizi di trasporto pubblico– In linea con i precedenti orientamenti, con la pronuncia in commento la Suprema Corte ha ribadito **che le controversie aventi ad oggetto la misura dei compensi spettanti**

**alle imprese esercenti i servizi di trasporto locale in concessione rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo**, attenendo non già al mancato o illegittimo esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione concedente, bensì ad una pretesa economica avente fonte unicamente nel contratto di gestione di servizio pubblico locale di trasporto.

**Tar Puglia, Lecce, sez. I, del 21 settembre 2017, n. 1489- Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Sull'inapplicabilità alle società pubbliche del regime di prorogatio degli organi societari e sui soggetti legittimati a partecipare ad una selezione pubblica per ricoprire la carica di amministratori di società partecipate** – Con la pronuncia in esame i Giudici pugliesi hanno accertato la legittimità dell'operato di un Ente che prima della scadenza del mandato di un CdA ha avviato la selezione pubblica finalizzata ad acquisire la disponibilità di amministratori, in modo da evitare che, alla scadenza del mandato o alla revoca degli amministratori in carica, l'esercizio delle funzioni gestionali dell'ente potesse subire un pregiudizio. **Ciò in ragione del fatto che anche che alle società pubbliche non può essere applicato il regime di prorogatio degli organi societari.** Per altro verso, i giudici amministrativi hanno ritenuto illegittima la preclusione imposta agli attuali amministratori, senza giustificato motivo, di prendere parte alla selezione pubblica.

**Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Sicilia, deliberazione del 20 settembre 2017 n. 143/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sul divieto di costituire o mantenere partecipazioni societarie da parte di un Ente locale in caso di fallimento della propria società in house**– Con l'interessante deliberazione in esame i Giudici Contabili hanno chiarito che l'art. 14 del TUSP introduce un divieto che opera in modo perentorio e prescinde dalla formale determinazione dell'ente in sede di ricognizione delle partecipazioni (ex art 24 del TUSP). A detta dei Giudici, infatti, si tratta, di una disciplina a contenuto pubblicistico e sanzionatorio che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere all'esternalizzazione del servizio in conseguenza dell'insuccesso della formula societaria (quale modulo organizzatorio di intervento diretto) comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. **In definitiva, il “fallimento” dell'intervento pubblico è “sanzionato” con l'obbligo di ricorrere al mercato. L'amministrazione pubblica non potrà più assumere (almeno per cinque anni come previsto dalla norma) l'organizzazione e la gestione del servizio**



**attraverso la partecipazione a una società c.d. in house (ossia suscettibile di un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri organi interni).** Al contrario dovrà, ricorrere al mercato, avendo cura di coltivare gli interessi pubblici sottesi al servizio esternalizzato attraverso l'esercizio del controllo c.d. contrattuale sull'attività affidata e sul servizio erogato dal soggetto esterno affidatario.

**Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Liguria, deliberazione dell'8 settembre 2017 n. 80/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sulla possibilità di interpretare la norma di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 175/2016, nel senso di consentire alle società controllate di aumentare la spesa del personale** – La Corte dei Conti, chiamata ad interpretare la disposizione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel senso di consentire alle società controllate **di aumentare la spesa del personale, in conseguenza di nuove assunzioni, in considerazione della loro operatività** ha ritenuto ammissibile tale possibilità. Ciò in ragione del fatto che **la necessità di aumentare l'attività prodotta in favore degli enti pubblici o di terzi con contestuale aumento del fatturato e dei servizi prodotti, il conseguimento di economie di scale e l'efficientamento del servizio, giustificano un'interpretazione della norma che consenta maggiore elasticità nelle politiche concernenti la gestione del personale e del contenimento della spesa.** Di contro, a detta dei Giudici contabili, un orientamento restrittivo, che escluda *tout court* la possibilità per le società *in house* di assumere appare incoerente con il mutuo quadro normativo e con la finalità che lo strumento societario in esame intende realizzare. Sempre a detta dei Giudici, l'aumento del personale dovrà tenere conto anche della potenziale durata della maggior attività in quanto sarebbe incoerente ed antieconomico, ad esempio, gravare la società di costi fissi a "tempo indeterminato" qualora l'aumento del fatturato, e della connessa attività, sia limitata nel tempo.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 29 settembre 2017 n. 4547– Edilizia&Urbanistica – Sui presupposti necessari ad impugnare il provvedimento di acquisizione dell'immobile abusivo e della relativa area di sedime** – I Giudici di Palazzo Spada, dopo aver specificato che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive è un atto dovuto senza alcun contenuto discrezionale, subordinato unicamente all'accertamento dell'inottemperanza e al decorso del termine di legge (novanta giorni), **hanno ritenuto inammissibile il ricorso avverso detto provvedimento, in**



**manca di tempestiva impugnazione dell'ordine di demolizione, quale atto presupposto.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 25 settembre 2017 n. 22254 – Edilizia&Urbanistica – *Sul giudice competente a decidere su un'ordinanza di sgombero di immobile abusivamente occupato* – Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con l'ordinanza in commento hanno affermato che l'impugnazione avverso **il provvedimento adottato dal Comune col quale si ordina il rilascio di immobili ad uso abitativo occupati senza titolo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale.**

Tar Lazio, sez. II bis, del 19 settembre 2017 n. 9818 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla debenza degli oneri concessori in caso di mutamento di destinazione d'uso di un'immobile senza la realizzazione di nuove opere* – Con la sentenza in esame il Tar Capitolino ha riconosciuto la legittimità dell'operato di un Comune che aveva richiesto gli oneri di urbanizzazione in relazione ad un permesso di costruire in sanatoria per il mutamento di destinazione d'uso di un immobile (da industriale a commerciale) senza nuove opere edilizie. Ciò in ragione del fatto che, secondo i Giudici, **laddove il mutamento di destinazione d'uso (anche senza realizzazione di nuove opere) determini un incremento del carico urbanistico, si realizza il presupposto sufficiente (i.e. detto incremento) a determinare la debenza degli oneri concessori**, sia in considerazione del vantaggio economico che ottiene il richiedente, sia dell'aggravio urbanistico che la nuova destinazione dell'immobile necessariamente implica.

## News

Si segnala il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 25 settembre 2017, n. 2040, sulle **“Linee Guida recanti aggiornamento delle Linee Guida in tema di nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento”**.

Il documento è scaricabile e consultabile al seguente link:

[https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntc0/~edisp/nsiga\\_4456881.pdf](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntc0/~edisp/nsiga_4456881.pdf)

A seguito del parere del Consiglio di Stato, l'Anac ha pubblicato le Linee guida n. 7 (aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017), di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «**Linee Guida per l'iscrizione nell' Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016**».

Il documento è scaricabile e consultabile al seguente link:

[http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?ca=69499](http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=69499)

Si segnala il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 25 settembre 2017, n. 2042, sulle **Linee guida ANAC "indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, c.5, lett. c), del codice"**.

Il documento è scaricabile e consultabile al seguente link:

[https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntc0/~edisp/nsiga\\_4456882.pdf](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntc0/~edisp/nsiga_4456882.pdf)

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato e sanzionato la scorrettezza delle pratiche commerciali poste in essere da ATO ME 1 S.p.A. **nella riscossione della TIA (Tariffa Igiene Ambientale) dovuta dai cittadini dei Comuni dell'ATO ME 1** (comprendente 33 Comuni del Messinese) per il servizio di igiene ambientale per gli anni 2008-2012.

Il documento è scaricabile e consultabile al seguente link:

[http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10506\\_scorr.sanz.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10506_scorr.sanz.pdf/download.html)