

NEWSLETTER N. 18 ANNO II

16 - 31 ottobre 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 Anac

Giurisprudenza amministrativa e civile

Anac- Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - Il 19 ottobre è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Regolamento che disciplina le modalità di presentazione delle istanze di parere di precontenzioso innanzi all'ANAC in materia di appalti. Si tratta di un provvedimento assai atteso, posto che il Nuovo Codice dei Contratti ha profondamente innovato la funzione dell'Autorità in merito di risoluzione delle controversie sorte in merito alle procedure di gara. Tra le novità più rilevanti si segnala che **il parere emesso dall'ANAC non è vincolante se a richiederlo è esclusivamente una delle parti** (o l'impresa concorrente o la stazione appaltante); **è, al contrario, vincolante nel caso di presentazione dell'istanza di parere congiunta** (ovverosia laddove il concorrente e l'Amministrazione si rivolgano all'Autorità insieme) e nel caso di adesione al quesito (cioè quando, dopo la presentazione di un'istanza da parte di un concorrente o di una stazione appaltante, l'altra parte entro 10 giorni dichiara di aderirvi). Ovviamente in questi ultimi casi, laddove entrambe le parti accettino la decisione dell'ANAC, il parere diviene un incisivo e diretto strumento che di fatto sostituisce la sentenza del Giudice Amministrativo. I profili più problematici che già dalla lettura del Nuovo Codice erano emersi sul punto, non sono stati affrontati dall'ANAC. Ci si riferisce in particolar modo agli effetti dell'eventuale impugnazione davanti al Tar del parere reso dall'Autorità. Difatti, **il parere è impugnabile innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale**, ma non è chiarito affatto se la decisione che assumerà il Giudice Amministrativo potrà avere effetti diretti sul provvedimento originario sul quale era stata proposta l'istanza di parere. Per chiarire tale delicatissimo punto, si prova a formulare un esempio: qualora un'impresa decida di presentare un'istanza di parere in merito alla propria esclusione da una gara e poi, una volta emesso il parere, voglia impugnarlo innanzi al Tar, non è ancora chiaro l'effetto che la sentenza del Tar potrebbe produrre sul provvedimento di esclusione; infatti, ipotizzare che, se il Tar accogliesse il ricorso, il provvedimento di esclusione sarebbe annullato è assai rischioso, posto che in tal modo si aggirerebbe la norma che impone l'impugnazione degli atti amministrativi entro 30 giorni dalla loro pubblicazione. È chiaro che così si permetterebbe ai concorrenti di non presentare inizialmente ricorso al Tar, di adire l'ANAC e poi, in caso di esito sfavorevole del parere, presentarsi avanti al Tar per chiedere l'annullamento di un provvedimento per il quale è ampiamente spirato il termine di impugnazione. Si tratta dunque di un aspetto assai rilevante sul quale, come per molti altri profili della nuova disciplina in materia di contratti pubblici, solo l'esperienza dei prossimi mesi potrà fornire chiarimenti risolutivi. Da ultimo, si nota che con il Comunicato del 5 ottobre 2016, il Presidente Cantone ha, di fatto, reso noto che le precedenti istanze di parere (presentate in virtù della precedente disciplina e sulle quali l'ANAC ancora non si è pronunciata) andranno presentate *ex novo* in aderenza alle nuove disposizioni. Si tratta di una decisione tranciante che onera gli operatori che abbiano ancora un interesse alla pronuncia dell'Autorità, a ripresentare la richiesta di parere.

Consiglio di Stato, sez. V, del 26 ottobre 2016 n. 4476 – Appalti – Sulla necessità dell'espletamento di una gara nel caso in cui la P.A. ricerchi in locazione dei locali attrezzati di determinati servizi - Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha affermato che nel caso in cui l'Amministrazione debba procedere alla locazione di un locale necessariamente fornito di determinati servizi è necessario l'espletamento di una gara pubblica ai fini della selezione del contraente. Ciò in quanto in tal caso la P.A. non richiede solamente la locazione dell'immobile, ma anche la prestazione di forniture e servizi non meramente accessori ma essenziali al soddisfacimento dello scopo perseguito (nella specie si trattava della locazione di una struttura idonea allo svolgimento delle prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione forense).

Consiglio di Stato, sez. V, del 24 ottobre 2016 n. 4414– Appalti – *Sulle conseguenze dell’omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale* – Con tale sentenza il Consiglio di Stato, richiamato il principio di diritto enunciato dall’Adunanza Plenaria con la sentenza n. 19/2016, ha ribadito che nel caso in cui la legge di gara non preveda espressamente l’obbligo di indicazione specifica degli oneri della sicurezza aziendali, non si può dar luogo all’esclusione automatica del concorrente che abbia omesso tale indicazione, dovendosi, invece, invitare lo stesso alla regolarizzazione dell’offerta tramite il procedimento del soccorso istruttorio.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Adunanza delle Sezioni Riunite, parere del 19 ottobre 2016 n. 1063– Appalti – *Sulla possibilità di regolarizzazione della posizione contributiva anche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici* – Con il parere in commento il Consiglio di Giustizia ha censurato la condotta dell’Amministrazione che, nell’ambito di un procedimento di concessione di un finanziamento pubblico, ha omesso di richiedere al concorrente la produzione del DURC, verificando d’ufficio la posizione previdenziale dello stesso. In particolare, il Collegio ha osservato che attraverso la richiesta di tale documento la P.A. avrebbe consentito al privato di regolarizzare la propria posizione, così conformando il proprio agire all’obiettivo della legislazione vigente, ovvero sia la garanzia del pagamento effettivo dei contributi. Aggiunge il Consiglio che la conferma della premialità della suddetta esigenza si trova nella formulazione del nuovo codice dei contratti pubblici, che consente all’operatore la regolarizzazione della propria posizione nelle diverse fasi della procedura di gara.

Tar Campania - Napoli, sez. VII, del 21 ottobre 2016 n. 4832 - Appalti – *Sull’impugnabilità delle clausole del bando relative all’individuazione dei criteri di aggiudicazione e sui casi in cui è sufficiente l’attribuzione del punteggio numerico* – Il Tar campano ha ribadito che le clausole della legge di gara che individuano il criterio di aggiudicazione o le modalità di valutazione delle offerte non sono autonomamente ed immediatamente impugnabili. Ne consegue che il termine per impugnare gli atti di gara decorre dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione. Sotto altro profilo è stato rilevato che l’attribuzione del punteggio numerico alle singole voci dell’offerta integra una sufficiente motivazione nei casi in cui i criteri di valutazione siano stati indicati in maniera chiara e dettagliata dalla legge di gara.

Tar Veneto, sez. I, del 20 ottobre 2016 n. 1163– Appalti – *Sui criteri di interpretazione della legge di gara* – Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito che, al pari dei contratti di diritto civile, le disposizioni della *lex specialis* devono essere interpretate nel senso più conforme al dato letterale nell’ottica della maggiore tutela dell’affidamento del concorrente, cui non può essere demandato di fornire alla clausola di gara significati ulteriori ed inespressi. Tale esigenza primaria di garanzia della posizione dei concorrenti conduce altresì a dover ritenere che, nel caso di disposizioni non univoche, le stesse dovranno essere interpretate nel senso che favorisca la maggiore partecipazione alla procedura (nella specie il Collegio ha rilevato che la formulazione della legge di gara risultava univoca nell’escludere il ricorso all’avvalimento, con conseguente insussistenza di dubbi interpretativi che giustificassero l’ammissione alla gara di operatori che avevano utilizzato tale strumento).

Tar Umbria, sez. I, del 19 ottobre 2016 n. 653– Appalti – *Sulla differenza tra appalti di servizi e concessioni di servizi e sul metodo di calcolo del valore delle concessioni* – Con tale pronuncia, ricordato che la concessione di servizi differisce dall'appalto di servizi in quanto nella prima il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, è stato rilevato che nelle concessioni l'equilibrio economico finanziario costituisce un principio fondamentale. Ne deriva che a monte della gara l'Amministrazione è tenuta ad individuare il valore della concessione mediante la stima degli introiti provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione o della presunta remuneratività dell'attività facendo riferimento all'esperienza degli anni precedenti nonché alle eventuali particolarità del nuovo servizio. Sul medesimo argomento si segnala un'ulteriore pronuncia del medesimo tenore resa dal Consiglio di Stato (sez. III, del 18 ottobre 2016 n. 4343).

Consiglio di Stato, sez. III, del 18 ottobre 2016 n. 4351– Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – *Sulla disciplina applicabile ad una Fondazione che eserciti attività riconducibili al SSN* – Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha evidenziato che lo svolgimento di attività riconducibili al Servizio Sanitario Nazionale e la sussistenza di accordi con la ASL non vale a condizionare la natura privatistica di una Fondazione. Ne deriva che la qualificazione di tali soggetti come organismi di diritto pubblico vale con esclusivo riferimento alle procedure di selezione del contraente e non anche nel caso di selezione del personale, in cui trova applicazione la disciplina di diritto privato.

Consiglio di Stato, sez. V, del 17 ottobre 2016 n. 4273 – Enti locali – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di stabilizzazione del personale precario* - Con tale pronuncia è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti l'impugnazione del provvedimento con cui il Comune ha annullato in autotutela il precedente atto di stabilizzazione del personale precario impiegato presso l'Ente per insussistenza dei presupposti prescritti dalla legge per la stabilizzazione stessa. Ciò in quanto in tali casi l'oggetto del giudizio è costituito dall'accertamento della sussistenza delle condizioni previste dalla legge al di là di qualsivoglia procedura concorsuale (la quale, viceversa, farebbe radicare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo).

Corte di Cassazione, sez. I Civile, del 19 ottobre 2016, n. 21186 – Enti locali – *Sui criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione*- Con la sentenza in commento la Cassazione ha ribadito che ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione l'Ente deve fare riferimento unicamente alla possibilità legale di edificazione, che ricorre ove gli strumenti urbanistici vigenti al momento della vicenda ablativa classifichino l'area di interesse come superficie edificabile. Viceversa deve escludersi la sussistenza di tale possibilità laddove il medesimo strumento urbanistico abbia concretamente vincolato la stessa area ad un utilizzo puramente pubblicistico (e.g. viabilità, verde pubblico).

Tar Campania - Salerno, sez. II, del 20 ottobre 2016, n. 2311– Enti locali –

Sulla legittimità di un'ordinanza sindacale disponente l'obbligo di rimozione di rifiuti pericolosi - Con la pronuncia in esame è stata affermata la legittimità dell'ordinanza a mezzo della quale il Sindaco ha ordinato ad Anas S.p.a. la bonifica immediata di un'area occupata da rifiuti pericolosi sulla base della normativa dettata dal Codice della Strada. Ciò in quanto, secondo quanto previsto da tale disciplina, l'interesse prevalente risiede nella garanzia della fluidità della circolazione (certamente compromessa dalla presenza di rifiuti) e prescinde dall'accertamento della responsabilità del destinatario dell'ordine di bonifica.

Tar Toscana, sez. III, del 19 ottobre 2016, n. 1500– Enti locali – *Sul riparto di giurisdizione in materia di risarcimento del danno da occupazione illegittima* - Con tale ordinanza il Tar ha negato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie inerenti al risarcimento del danno derivato dall'occupazione illegittima di un terreno privato da parte della P.A. per la realizzazione di un'opera pubblica nei casi in cui siffatta occupazione sia derivata da un mero comportamento materiale, affatto riconducibile all'esercizio del pubblico potere (nella specie, infatti, l'Amministrazione aveva omesso di avviare il procedimento di esproprio).

Tar Lombardia, sez. I, del 17 ottobre 2016, n. 1871– Enti locali – *Sulla necessità della gara pubblica per l'istallazione di impianti pubblicitari* - Con la sentenza in commento è stata affermata la legittimità del diniego opposto dalla P.A. all'istanza presentata da una società per l'autorizzazione all'istallazione di numerosi impianti pubblicitari nel territorio Comunale motivato con riferimento alla necessità del previo esperimento di una gara pubblica. In particolare il Collegio ha osservato che il mercato degli spazi pubblici per l'istallazione di impianti pubblicitari è limitato. Ne consegue che l'attribuzione degli stessi deve avvenire secondo le regole di trasparenza e massima partecipazione.

Tar Lazio - Roma, sez. I, del 5 ottobre 2016, n. 10049 – Enti locali – *Sui presupposti legittimanti l'adozione di un provvedimento di scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazioni mafiose*- Con tale pronuncia il Tar ha ribadito che le vicende giustificanti l'adozione del provvedimento di scioglimento del Consiglio Comunale (ai sensi dell'art. 143 TUEL), considerate nel loro insieme, devono risultare idonee a delineare il quadro complessivo del condizionamento mafioso, rendendo plausibile l'ipotesi della soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata (e.g. rapporti di parentela, affinità, amicizia, affari). Non è, invece, richiesto che dette circostanze presentino un grado di rilevanza tale da giustificare l'azione penale ovvero l'adozione di misure di sicurezza.

News

Si ricorda che **entro il mese di ottobre** le Amministrazioni pubbliche sono tenute ad approvare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato superiore ad un milione di euro e a trasmettere i dati al Tavolo dei Soggetti Aggregatori. A tale scopo è disponibile un formato standard https://www.acquistinretepa.it/opencms/opencms/soggetti_aggregatori_new/PROGRAMMAZIONE da compilare ed inviare all'indirizzo programmazione.comma505@pec.mef.gov.it