

# NEWSLETTER N. 19 ANNO II

1 - 15 novembre 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

**Corte Costituzionale, del 3 novembre 2016, n. 231 – Edilizia&Urbanistica – *Sui limiti della potestà legislativa regionale in materia di edilizia e urbanistica* –** Con tale sentenza la Consulta, evidenziato preliminarmente che l'edilizia e l'urbanistica rientrano nella materia del governo del territorio, soggetta a potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni, ha chiarito i limiti della potestà regionale con riferimento alla disciplina dei titoli abilitativi richiesti per i differenti tipi di interventi edilizi. Così facendo la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una Legge Regionale Liguria nella parte in cui prevedeva un regime giuridico differente e meno rigoroso di quello previsto dal Testo Unico Edilizia (nello specifico: per interventi di ristrutturazione con modifiche all'esterno veniva prevista la SCIA a fronte del permesso di costruire o la DIA alternativa; per interventi di ristrutturazione con cambio di destinazione d'uso veniva prevista la DIA a fronte del permesso di costruire; per interventi determinanti un aumento di superficie veniva esclusa la debenza degli oneri di costruzione).

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 4 novembre 2016, n. 23- Appalti- *Sulla validità del contratto di avvalimento il cui l'oggetto non sia precisamente determinato* –** L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che nel caso in cui l'oggetto del contratto di avvalimento, seppur non precisamente determinato resti agevolmente individuabile dall'analisi complessiva del contratto stesso, non si configura un'ipotesi di nullità. Ciò in quanto, seppure è indubbio che la verifica del possesso dei requisiti oggetto di avvalimento deve effettuarsi in modo rigoroso, non vi sono disposizioni che escludono che tale analisi possa essere compiuta facendo riferimento all'interpretazione complessiva del contratto.

**Corte di Giustizia, U.E., sez. IX, del 10 novembre 2016 (causa C-199/15) – Appalti – *Sulle conseguenze in caso di violazioni di contributi previdenziali ed assistenziali*-** Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia ha affermato la compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale che obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione - sussistente al momento della partecipazione ad una gara - in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato degli istituti previdenziali. Ciò anche se tale violazione non sussiste più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 3 novembre 2016, n. 4617- Appalti- *Sull'insussistenza dell'onere di indicazione nominativa del subappaltatore già in sede di gara e sul carattere non vincolante dell'eventuale indicazione*-** Il Consiglio di Stato, in linea con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2015, ha affermato che in sede di offerta non deve ritenersi necessaria l'indicazione nominativa del subappaltatore anche in ipotesi di subappalto necessario. È stato, altresì, rilevato che l'eventuale indicazione di detto soggetto, ovvero la sua desumibilità in sede di gara non vincola l'impresa e non impedisce alla stessa di indicare un subappaltatore diverso in fase di esecuzione.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 3 novembre 2016, n. 4606- Appalti- *Sulle ipotesi di irregolarità fiscale giustificanti l'esclusione dalla gara* -** Con tale sentenza, ribadito che ai fini dell'esclusione da una procedura di gara per mancanza del requisito della regolarità fiscale occorre che la violazione rilevata sia grave e

definitivamente accertata, è stata affermata la legittimità del provvedimento espulsivo emesso nei confronti di un'impresa che, ammessa al beneficio del pagamento rateale di un debito tributario di importo superiore a 10.000 euro, sia successivamente decaduta da tale beneficio per mancato pagamento di una rata.

**Corte di Cassazione, SS.UU., ordinanza dell'8 novembre 2016 n. 22649-Appalti - Sul riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. in materia di appalti - Con l'ordinanza in questione la Cassazione, nel risolvere un conflitto di giurisdizione, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in merito all'azione con la quale la ditta appaltatrice aveva chiesto la risoluzione del contratto di appalto stipulato con il Comune nonché il risarcimento del danno. Quanto sopra in ossequio al principio secondo cui le controversie in materia di appalti pubblici sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per ciò che concerne la fase della procedura di affidamento. Al contrario tutto ciò che riguarda la successiva fase esecutiva del contratto è devoluta alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di diritti soggettivi. Ciò anche se l'atto decisorio riveste la forma di una delibera amministrativa, che resta priva di natura provvedimentoale ed è inidonea, pertanto, ad alterare la posizione paritaria delle parti.**

**Tar Lombardia, Brescia, sez. II, del 12 novembre 2016 n. 1474- Appalti - Sulla fornitura di prodotti equivalenti - Con la pronuncia in commento, i giudici Lombardi ricordato che, in ossequio al diritto europeo, il principio di equivalenza risponde al principio del *favor participationis*, hanno ritenuto illegittima l'esclusione di una impresa che in sede di offerta aveva presentato prodotti equivalenti a quelli richiesti dalla S.A., avendo, comunque, fornito la prova della corrispondenza degli stessi con quelli indicati dalla *lex specialis* di gara.**

**Tar Lazio - Roma, sez. III quater, del 9 novembre 2016, n. 11092 - Appalti - Sulle conseguenze della mancata sottoscrizione di alcuni documenti dell'offerta tecnica - Con la sentenza in esame il Tar Lazio ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara disposta nei confronti di una ditta che non aveva sottoscritto alcuni documenti essenziali dell'offerta tecnica. A detta dei Giudici, infatti, la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica (che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara) non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso.**

**Tar Puglia - Bari, sez. III, dell'8 novembre 2016 n. 1262 - Appalti - Sull'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione dei concorrenti nelle gare disciplinate dal nuovo Codice e sulla decorrenza del relativo termine - Con tale sentenza, evidenziato che nelle procedure di gara disciplinate dal nuovo Codice dei Contratti, occorre procedere all'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione delle concorrenti anche in carenza di un'effettiva e concreta lesione, è stato affermato che il termine di impugnazione di trenta giorni decorre dal momento di effettiva conoscenza da parte dell'impresa dell'intervenuta ammissione. Ne discende che in caso di partecipazione del rappresentante della società alla seduta di gara in cui sono stati adottati i provvedimenti di ammissione, è dalla data della seduta che inizia a decorrere il termine per l'impugnazione.**

**Tar Toscana, sez. I, del 7 novembre 2016 n. 1591 - Appalti - Soccorso istruttorio e avalimento - Con la pronuncia in esame il Tar Toscana ha ribadito ancora una volta che il contratto di avalimento deve riportare in modo esauriente**

l'oggetto e le risorse messe a disposizione e che con il soccorso istruttorio è consentita una integrazione di documentazione valida al momento della presentazione dell'offerta. Sulla base di tali principi ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto di una impresa che, all'esito del soccorso istruttorio, ha prodotto un contratto di avvalimento che risultava firmato digitalmente successivamente al termine di scadenza di presentazione dell'offerta. Ciò in quanto da tale dato deve desumersi che il contratto non era esistente al momento della partecipazione alla gara, ma solo successivamente, allorquando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte, con conseguente impossibilità di sanatoria attraverso il soccorso istruttorio stante la preminenza del principio della "par condicio" dei concorrenti.

**Consiglio di Stato, sez. V, dell'11 novembre 2016 n. 4688– servizi Pubblici Locali e Società Partecipate– *Sull'obbligo di dismissione delle partecipazioni societarie previsto dalla Finanziaria 2008 (Legge n. 244/2007)* – Con tale sentenza il Consiglio di Stato, nel ribadire che l'alienazione delle partecipazioni pubbliche deve essere effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie (procedure aperte), ha ritenuto legittimo l'operato di un'Amministrazione che ha ceduto la propria partecipazione societaria in quanto ritenuta non più strategica al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. A detta dei Giudici di Palazzo Spada, laddove l'Ente Pubblico non sia in grado di "governare" l'attività della società, la sua partecipazione diventa un mero sostegno finanziario ad un'attività di impresa, che si realizza attraverso la sottoscrizione di parte del capitale, ma che non si accompagna alla possibilità di indirizzare l'impresa stessa verso finalità di interesse pubblico.**

**Corte di Cassazione, SS.UU., dell'8 novembre 2016 n. 22647 – Enti Locali – *Sulla sdemanializzazione dei beni del demanio idrico*– Con la pronuncia in esame la Suprema Corte dopo aver ribadito che il demanio marittimo e/o lacuale comprende non solo l'alveo ma anche la spiaggia (ossia il tratto di terra contiguo all'alveo e necessario per i pubblici usi del mare/lago), ha precisato che la sola circostanza che un bene non sia più adibito, anche da lungo tempo, ad uso pubblico non è elemento di per sé idoneo a configurare una sua sdemanializzazione tacita. Affinché un bene non possa più ricomprendersi nel demanio, infatti, è necessaria la presenza di atti e fatti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà della P.A. di sottrarre il bene medesimo a detta destinazione e di rinunciare definitivamente al suo ripristino.**

**Tar Lombardia, Milano, sez. I, del 7 novembre 2016 n. 2042– Enti Locali – *Sull'ammissibilità di un'ordinanza contingibile ed urgente nei confronti di un Condominio* – Con tale pronuncia il Tar ha ritenuto legittima una ordinanza contingibile ed urgente disposta da un Sindaco nei confronti di un condominio in merito al divieto di utilizzo delle autorimesse interrato. Ordinanza motivata con riferimento alla inosservanza della normativa di prevenzione incendi da parte del Condomino ed alla conseguente sussistenza di una situazione di grave pericolo per la pubblica e privata incolumità in caso di incendio; situazione accertata, peraltro, dai Vigili del Fuoco.**

**Consiglio di Stato, sez. III, del 3 novembre 2016, n. 4615 – Enti Pubblici – Sulla risarcibilità del danno subito a seguito di decadenza da una carica pubblica dichiarata illegittima in sede giurisdizionale** – Il Consiglio di Stato ha affermato che ove il provvedimento di decadenza da una carica pubblica sia stato dichiarato illegittimo in sede giurisdizionale, il professionista può ottenere il risarcimento del danno all'immagine subito per effetto del giudizio di disvalore espresso dagli amministratori dell'Ente sul proprio operato (sullo stesso argomento Tar Molise, sez. I, del 2 novembre 2016, n. 448).

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 3 novembre 2016, n. 22233– Enti Pubblici – Sul riparto di giurisdizione in materia di controversie inerenti a concessioni di pubblici servizi** – Con tale pronuncia le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato che la giurisdizione del giudice ordinario si radica nelle ipotesi di controversie attinenti a pretese di contenuto meramente patrimoniale, anche se discendenti da rapporti di concessione di pubblici servizi (nella specie si trattava di un'azione proposta da un laboratorio analisi nei confronti della ASL, finalizzata al recupero di somme dovute a titolo di indennità, canoni ed altri corrispettivi).

**Tar Lazio, Roma, sez. I, del 14 novembre 2016 n. 11270 – Enti Pubblici - Sui limiti dei poteri di vigilanza dell'Anac in materia di inconfiribilità di incarichi** - Con la pronuncia in esame il Tar Lazio ha rilevato l'illegittimità di una deliberazione con la quale l'ANAC aveva ordinato ad un Commissario *ad acta* di annullare il provvedimento di archiviazione assunto dal responsabile anticorruzione (RPC) di un Ente Pubblico. Ciò in quanto, a detta del TAR, nel caso in esame (in materia di inconfiribilità di incarichi) all'ANAC la norma attribuisce un potere di vigilanza che non può, pena la violazione del principio di legalità, sfociare in un potere d'ordine talmente forte da prestabilire il contenuto del provvedimento di competenza di altro soggetto (il RPC dell'ente vigilato).

**Tar Campania - Napoli, sez. VIII, del 7 novembre 2016, n. 5116– Edilizia&Urbanistica- Sulla necessità del permesso di costruire in caso di opere di pavimentazione che comportino una trasformazione urbanistica**- Nel ribadire che la realizzazione di un piazzale pavimentato costituisce una nuova costruzione, è stata affermata la necessità del permesso di costruire per la realizzazione di un'area di sosta a manovra per automezzi mediante pavimentazione di un piazzale e sistemazione di una via di accesso che comportino la trasformazione urbanistica della zona.

**Tar Veneto, sez. III, del 2 novembre 2016, n. 1225– Edilizia&Urbanistica- Sui limiti del sindacato del giudice amministrativo in caso di impugnazione di un provvedimento in materia di VIA** - Evidenziato che nell'emissione del provvedimento di Valutazione di Impatto Ambientale, l'Amministrazione esercita un'ampia discrezionalità con riferimento all'apprezzamento degli interessi privati e pubblici coinvolti ed al bilanciamento degli stessi rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera, il Tar ha affermato che il giudice amministrativo, nel verificare la legittimità di tale provvedimento può esclusivamente rilevare i vizi estrinseci, non potendo sostituire la propria valutazione a quella già compiuta dall'Amministrazione.

Si segnala la pubblicazione delle seguenti linee guida:

**[Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti](#)**

*[«Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»](#)*

**[Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti](#)**

*[“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”](#)*

Le Linee guida possono essere scaricate al seguente link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ContrattiPubblici/LineeGuida>

In evidenza anche il

***Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016 avete ad oggetto:***

*“Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell’ambito soggettivo dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.P.R. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.”*

Il Comunicato, che è molto importante in quanto impatta sia sulla predisposizione degli atti che sulla gestione della gara (a tal fine si evidenzia l’estensione delle verifiche dei requisiti ex art 80 in capo ai soggetti muniti dei poteri di controllo quali revisori dei conti della società e Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. n. 231/2001), può essere scaricato al seguente link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/ComunicatiPresidente/2016/com.pres.26.10.16.art.80 DGUE.pdf>

A seguito dell’Adunanza del 26 ottobre u.s., in data 3 novembre la sono stati pubblicati n. 4 pareri del Consiglio di Stato sulle linee guida di attuazione del Nuovo Codice dei Contratti.

In particolare:

- Con il parere n. 2282/2016, la Commissione Speciale si è espressa in senso favorevole sullo schema del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle Linee Guida sul Direttore dei Lavori e sul Direttore dell’Esecuzione (art. 111 D. Lgs n. 50/2016), al contempo formulando delle osservazioni;
- Con il parere n. 2284/2016 la Commissione Speciale si è espressa in senso favorevole sullo schema di Linee guida dell’ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (art. 63, commi 2, lett. b, 3, lett. b, e 5, D. Lgs n. 50/2016);

- Con il parere n. 2285/2016, reso con riferimento allo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante “definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell’art. 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)”, la Commissione ha sospeso l’espressione del parere in attesa del recepimento da parte dell’Anac delle indicazioni fornite e dell’adozione dei relativi provvedimenti;
- Con il parere n. 2286/2016 la Commissione ha segnalato la necessità di alcuni interventi correttivi in relazione allo schema di Linee Guida redatte dall’Anac sull’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, comma 5, lett. c) del D. Lgs n. 50/2016.