

NEWSLETTER N.2 ANNO I  
16-30 Novembre 2015



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI  
— AVVOCATI —

Via Sistina n. 48 00187 Roma  
Tel. +3906.69921687  
Fax: +39.0632652774  
<https://www.aoerre.com>  
Email: [segreteria@aoerre.com](mailto:segreteria@aoerre.com)

## Normativa

**IN EVIDENZA** Si segnala che è in corso di esame presso l'8<sup>a</sup> Commissione del Senato (lavori pubblici, comunicazioni) il testo del ddl recante delega di recepimento delle direttive appalti e concessioni, approvato dal Senato il 18 giugno 2015 e modificato dalla Camera il 17 novembre 2015.

E' stato approvato dalla Commissione Europea, nella seduta del 24 novembre 2015, **il regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione**, che modifica la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo le soglie comunitarie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti. Le nuove soglie sono le seguenti:

**Lavori: €5.225.000,00**

**Servizi e forniture - settori ordinari: €209.000,00**

**Servizi e forniture - amm. statali: €135.000,00**

Detto regolamento, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, entrerà in vigore a partire dal **10 gennaio 2016**.

E' stato approvato dalla Commissione Europea, nella seduta dell'11 novembre 2015, **il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 della Commissione**, che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) n. 842/2011. Come indicato nello stesso Regolamento, l'articolo 3 relativo ai formulari da XIII a XVI si applicherà a decorrere dal 18 aprile 2016

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 13 novembre 2015, n. 10 – Appalti** – *Sulla prevalenza dell'indicazione in lettere in caso di contrasto tra offerta presentata in cifre e in lettere* – Con l'importante pronuncia in esame, i Giudici di Palazzo Spada in sede di adunanza plenaria (investiti della questione dal Consiglio di Giustizia Amministrativa) hanno chiarito che nelle procedure ad evidenza pubblica, in presenza di divergenza marginale fra la offerta espressa in cifre e quella espressa in lettere, trova applicazione l'art. 119 D.P.R. n. 207 del 2010 - quale disposizione volta alla tutela della concorrenza e del mercato- il quale riconosce la prevalenza al ribasso percentuale indicato in lettere. Nella pronuncia in rassegna, il Consiglio di Stato, dopo aver ribadito la vigenza dell'art 72 del RD n. 827/1924 (che, al contrario, in caso di discordanza riconosce valida l'indicazione più vantaggiosa per l'Amministrazione) ha altresì precisato che detta disposizione, finalizzata a garantire l'equilibrio economico finanziario di una Amministrazione Pubblica, continua sì a trovare applicazione, ma solo per i c.d. contratti passivi (vendita o locazione di beni).

**Consiglio di Stato, sez. III, del 25 novembre 2015, n. 5359 – Appalti** – *Sull'efficacia delle nuove direttive europee nell'ordinamento interno in pendenza del termine di recepimento* – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ribadito (cfr. Cons. St., sez. V, 11 settembre 2015, n.4253; sez. VI, 26 maggio 2015, n.2660) che, prima della scadenza del termine per il recepimento, resta inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta nell'ordinamento interno delle direttive nuove europee (che, quindi, non possono essere qualificate, in tale situazione, come self-executing). Ciò a maggior ragione nell'ipotesi in cui le stesse introducono nell'ordinamento un istituto nuovo, che, come tale, esige una compiuta disciplina normativa interna, necessariamente riservata in tutti i suoi aspetti al legislatore nazionale.

## Giurisprudenza Amministrativa e Civile

**Consiglio di Stato, sez. V, del 25 novembre 2015, n. 5362 – Appalti – *Sulla qualifica di controinteressati***– Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ribadito che la qualifica di controinteressati, ai quali, quindi, dev'essere notificato il ricorso, a pena d'inammissibilità, va riconosciuta a quei soggetti che siano portatori di un interesse qualificato alla conservazione degli effetti prodotti dal provvedimento impugnato e che abbia natura uguale e contraria a quella del ricorrente, precisando che i controinteressati, per essere qualificati come tali, non devono essere (necessariamente) nominativamente menzionati nel provvedimento, essendo sufficiente che siano agevolmente identificabili sulla base della lettura dell'atto stesso.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 20 novembre 2015, n. 5296 – Appalti – *Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara e sulla separazione tra funzioni di indirizzo politico e gestionale nei Comuni sotto i 5.000 abitanti***– Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato, oltre a ribadire che l'onere di immediata impugnativa è circoscritto alle clausole del bando di gara immediatamente lesive perché impeditive della partecipazione alla procedura o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ha confermato che nei Comuni sotto i 5000 abitanti è consentito, in deroga al principio di separazione politica – amministrazione sancito dall' art. 107 t.u.e.l., attribuire compiti di gestione amministrativa ai componenti dell'organo di vertice politico dell'ente (nel caso di specie la nomina di un Vice Sindaco a membro della Commissione giudicatrice).

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 19 novembre 2015, n. 5280 - Appalti- *Sull'inapplicabilità dell'art 48 (incameramento cauzione) per gli appalti di cui ai servizi dell'allegato II B del Codice* - Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che in presenza di appalti di cui all'allegato II B esclusi dall'ambito di applicazione del Codice (nel caso di specie ristorazione collettiva) non è applicabile *tout court* la norma di cui all'art.48, dettata a proposito della escussione della cauzione provvisoria in caso di esclusione, specie se nella *lex specialis* di gara non vi sia una prescrizione che preveda, per l'appunto, l'escussione della cauzione provvisoria conseguentemente alla disposta esclusione dalla gara di un concorrente.**

**Consiglio di Stato, sez. III, del 17 novembre 2015, n. 5249 - Appalti- *Sulla partecipazione alle gare da parte delle Associazioni di volontariato* - Secondo il Consiglio di Stato, le associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorché senza scopi di lucro, rientrano nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, dovendosi escludere il carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34. Di conseguenza, è legittima la clausola del bando che consente l'impiego di personale volontario da parte di dette associazioni ammesse alla gara.**

**Consiglio di Stato, sez. III, del 17 novembre 2015, n. 5240 - Appalti- *Sulle dichiarazioni ex art 38 da parte dei procuratori speciali* - Con la sentenza in esame, i Giudici di Palazzo Spada, nel solco dell'Adunanza Plenaria n. 23/2013, hanno ribadito che anche per i procuratori speciali muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti trovano applicazione le previsioni sull'obbligo di dichiarazione dell'assenza di cause ostative ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici, con la precisazione per cui, qualora il bando non contenga specifiche comminatorie, l'esclusione dell'impresa può essere disposta non già per la mera omissione della dichiarazione, ma solo per l'effettiva assenza del requisito in capo a tali procuratori.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 16 novembre 2015, n. 5218 - Appalti- *Sulla valutazione delle offerte tecniche mediante punteggio numerico* - Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha riaffermato che nel caso di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente *ex se* ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sui singoli elementi tecnici, purché la *lex specialis* della gara abbia, a monte, predeterminato in modo adeguato i parametri di valutazione degli stessi consentendo la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'organo tecnico in sede di valutazione.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 12 novembre 2015, n. 5182 - Appalti- *Sulla legittimazione al ricorso in materia di gare pubbliche*- Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha confermato che in materia di gare pubbliche la legittimazione al ricorso spetta ai soggetti che abbiano legittimamente partecipato alla procedura selettiva che si contesta, giacché solo tale qualità permette alla singola impresa di conseguire una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela, fatte salve alcune deroghe (quali la contestazione della scelta della stazione appaltante di indire una determinata procedura; la denuncia dell'operatore economico di settore che contesta un affidamento diretto o senza gara; l'impugnazione di una clausola escludente).**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 24 novembre 2015, n. 5328 – Edilizia&Urbanistica - Sulla lottizzazione abusiva** - Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ribadito che affinché possa configurarsi una lottizzazione abusiva (nozione di matrice giurisprudenziale oggi codificata dall’art. 30 del DPR n. 380/2001), bisogna essere in presenza di una preordinata trasformazione di una porzione di territorio, in modo tale da aggiungere una nuova e composita maglia al tessuto urbano, con conseguente necessità – per la consistenza innovativa dell’intervento – di costituzione o integrazione della necessaria rete di opere di urbanizzazione. In sostanza, per potersi configurare una lottizzazione abusiva occorre fare riferimento non tanto alla materiale entità dell’intervento ma alle finalità ed alle conseguenze dello stesso, in termini di “peso insediativo” sul territorio.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 20 novembre 2015, n. 5287 – Edilizia&Urbanistica - Sull’applicabilità diretta di sanzioni in caso di ritardato pagamento degli oneri concessori** – Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada, avallando l’orientamento giurisprudenziale minoritario, hanno ritenuto che nel caso di ritardato pagamento dei contributi dovuti a fronte del rilascio di un titolo edilizio, l’ente locale creditore, prima di applicare le sanzioni previste dalla norma, è tenuto ad escutere la garanzia rilasciata dal privato per il caso di inadempimento proprio al fine di evitare che quest’ultimo incorra nelle suindicate sanzioni. La sentenza in commento dà atto altresì della presenza di pronunce difformi, in particolare dell’orientamento prevalente che afferma che l’amministrazione non è obbligata ma solo facoltizzata ad escutere la fideiussione prestata a garanzia del pagamento dei contributi concessori.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 12 novembre 2015, n. 5184 – Edilizia&Urbanistica - Sulla distinzione tra ristrutturazione edilizia e manutenzione straordinaria** – Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha ribadito che nel campo edilizio, gli interventi che alterino, anche sotto il profilo della distribuzione interna, l’originaria consistenza fisica di un immobile e comportino l’inserimento di nuovi impianti e la modifica e redistribuzione dei volumi, non si configurano né come manutenzione straordinaria, né come restauro o risanamento conservativo, ma rientrano nell’ambito della ristrutturazione edilizia, per la quale sono dovuti gli oneri di urbanizzazione ed il costo di costruzione.

**Tar Liguria, sez. II, del 20 novembre 2015 n. 933- Edilizia&Urbanistica – *Sul risarcimento del danno in caso di ritardo del rilascio del permesso a costruire* - I Giudici Liguri, con detta sentenza, hanno accolto la domanda di risarcimento del danno avanzata nei confronti di un Comune da un operatore economico nei confronti del quale l'Ente piuttosto che rilasciare tempestivamente il titolo edilizio, aveva assunto un comportamento ostruzionistico, emanando l'atto di assenso edificatorio con grave ritardo. Ha osservato la sentenza in rassegna che, nell'ipotesi in discorso, la domanda risarcitoria può ritenersi fondata, atteso che sussiste la violazione dei fondamentali principi cui deve essere conformata l'attività amministrativa *ex art. 97 Cost.* (quali l'imparzialità e il buon andamento), dei corollari di speditezza, efficienza, buona fede, della tutela dell'affidamento, nonché dei principi di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa *ex art. 1, L. n. 241/1990*, oltre che del generale divieto di inutile aggravamento del procedimento e che tale illegittima condotta non può che ascrivarsi, quanto meno, a grave negligenza o imperizia degli uffici dell'amministrazione comunale complessivamente considerati**

**Tar Trento, sez. I, del 9 novembre 2015 n. 451- Edilizia&Urbanistica – *Sui soggetti legittimati ad impugnare la variante al PRGC* - Con detta pronuncia il Tar Trento, nel riconoscere che è nella facoltà di ogni soggetto interessato l'immediata impugnazione della deliberazione di adozione della variante al piano regolatore trattandosi di un rimedio volto ad estendere la tutela prima che la volontà dell'Amministrazione si consolidi, ha tuttavia precisato che, ad eccezione dei casi in cui si denuncino prescrizioni che incidano direttamente sui suoli di proprietà, per l'impugnazione delle restanti disposizioni contenute nel piano regolatore generale, o in una sua variante occorre che sia dimostrata anche la sussistenza di un pregiudizio specifico ed attuale nei confronti del ricorrente per effetto della scelta pianificatoria della quale si assume l'illegittimità, pena l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse.**

**Corte di Cassazione, SS.UU., del 13 novembre 2015 n. 23306 – Servizi pubblici locali- Società partecipate- Sulla giurisdizione in materia di risarcimento del danno subito**- Con detta pronuncia la Suprema Corte, nel confermare il proprio consolidato orientamento in materia di risarcimento del danno nei confronti di società a partecipazione pubblica, ha ribadito ancora una volta la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sull'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica (nel caso di specie, Alitalia S.p.A.) per effetto di condotte illecite dei dipendenti. Quanto sopra in ragione del fatto che l'autonomia patrimoniale della società esclude ogni rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato ed impedisce di configurare come erariali le perdite che restano esclusivamente della società, che è regolata nel caso come ogni altro soggetto sovrapersonale di diritto privato

**Tribunale di Teramo, sentenza del 10 settembre 2015 n. 100- Servizi pubblici locali- Società partecipate- Fallimento-** Con la pronuncia in commento il Tribunale di Teramo ha ritenuto che ai fini della possibilità di dichiarare il fallimento nei confronti di una società in mano pubblica occorre preliminarmente accertare se essa abbia o meno la natura di società cd. “*in house*”, dovendosi nel caso di società “*in house*” escludere in radice la sua fallibilità, ai sensi dell’art. 1 comma 1 L.F., per equiparazione della medesima – al di là del “*nomen iuris*” e della forma privatistici- ad un qualsivoglia “ente pubblico”, categoria espressamente dichiarata non fallibile dalla legge. Nel caso di specie e sulla scorta di quanto precede, il Giudice ha dichiarato il fallimento di una società a partecipazione pubblica in quanto soggetto non *in house*. *(La sentenza in commento è l’ennesima pronuncia del Giudice Ordinario in materia di fallimento delle società a partecipazione pubblica. Si ricorda, infatti, che già nel 2013, il Tribunale di Palermo, con la sentenza n. 99/2013 aveva escluso la possibilità da parte di dette società di poter fallire (di pari avviso cfr. Tribunale di Verona, Decreto del 19 dicembre 2013 e Tribunale di Napoli, Decreto del 20 gennaio 2014). Di diverso orientamento, invece, la Corte di Cassazione che con la pronuncia n. 2209/2013 ha ammesso la fallibilità di dette società. Sulla scorta della pronuncia della Cassazione e sulla ammissibilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali si veda anche: Tribunale di Modena, Decreto del 10 gennaio 2014; Tribunale di Pescara, Decreto del 14 gennaio 2014; Tribunale di Reggio Emilia, Decreto del 18 dicembre 2014 n. 150) – Nota dello Studio.*

**Tar Calabria, sez. I, del 17 novembre 2015 n. 1719- Servizi pubblici locali – Servizio Farmaceutico- Sulla competenza in caso di trasferimento dei locali-** Con detta pronuncia il Tar Calabria ha ricordato che la competenza ad autorizzare il trasferimento dei locali di una sede farmaceutica resta assegnato alle aziende sanitarie e non ai Comuni.

**Tar Veneto, sez. II, del 27 novembre 2015 n. 1274 – Enti locali – Sulla disciplina delle Avvocature interne-** Con la pronuncia in commento i Giudici Veneti hanno ribadito che le avvocature degli enti pubblici devono essere costituite in un apposito ufficio dotato di adeguata stabilità ed autonomia organizzativa. Ufficio che va tenuto distinto dagli altri uffici di gestione amministrativa ed al quale devono essere preposti avvocati addetti in via esclusiva alle cause e agli affari legali con esclusione dello svolgimento di “attività di gestione”. Sulla scorta di ciò hanno ritenuto illegittima la delibera di un Ente che ha organizzato l’Avvocatura civica non come una struttura autonoma, ma come una struttura subordinata ad un dirigente amministrativo peraltro non iscritto alla sezione speciale dell’albo degli avvocati.

## Corte dei Conti

**Tar Campania, sez. VII, del 24 novembre 2015 n. 5456 – Enti locali – Sulla permuta di un terreno comunale a trattativa privata-** Con la pronuncia in commento, il Tar Campania ha riaffermato il principio in base al quale l'alienazione dei beni comunali deve essere effettuata con il sistema dell'asta pubblica. A sua volta la trattativa privata costituisce una modalità di alienazione ammissibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge, tra i quali - certamente - non può ascriversi quello di alienazione di un terreno di proprietà comunale.

**Tar Campania, sez. VII, del 16 novembre 2015 n. 2419 – Enti locali – Sulla sospensione del procedimento “sine die”-** Con la pronuncia in commento i Giudici Campani hanno chiarito che non solo la sospensione del provvedimento, ma anche quella del procedimento amministrativo da parte del Comune senza apporre alcun termine finale (c.d. “sine die”) è da ritenersi illegittima, poiché in violazione dei principi di correttezza e buona fede, nonché di ragionevole conclusione del procedimento, racchiusi nell'art. 2 della legge n. 241/90 ed espressione di canoni generali dell'azione amministrativa.

**Sezione Regionale Controllo Veneto, Deliberazione del 20 novembre 2015, n. 527 – Enti locali e Società partecipate – Sull'utilizzo di risorse pubbliche -** I Giudici Campani, con detta deliberazione, hanno chiarito che in relazione al complesso rapporto che si pone tra ente locale e organismi comunque partecipati (indipendente dalla consistenza più o meno ampia delle partecipazioni), l'utilizzo di risorse pubbliche impone particolari cautele e obblighi in capo a tutti coloro che - direttamente o indirettamente - concorrono alla gestione di tali risorse. Obblighi e cautele che sono inscindibilmente connessi alla natura pubblica delle risorse finanziarie impiegate e, pertanto, non vengono meno neanche a fronte di scelte politiche volte a porre a carico degli organismi partecipati -e dunque indirettamente a carico degli enti locali che partecipano al capitale di tali società- i costi di attività e servizi che, sebbene non remunerativi per il soggetto che li svolge, si prefiggono tuttavia il perseguimento di obiettivi di promozione economica e sociale a vantaggio dell'intera collettività.

**Sezione Regionale Controllo Umbria, Deliberazione del 18 novembre 2015, n. 236 – Enti locali- Sul pagamento dei debiti fuori bilancio-** Con la pronuncia in commento, i Giudici Umbri nel rispondere alla richiesta di quesito da parte di un Comune in merito alla possibilità di poter eseguire immediatamente il pagamento un debito fuori bilancio scaturente da sentenza esecutiva (art. 194 comma 1 lett. A del TUEL) in virtù del prudentiale accantonamento di risorse nel bilancio di previsione dell'Ente, hanno precisato che prima del pagamento è comunque necessario il riconoscimento del debito da parte del Consiglio Comunale.



**Sezione Regionale Controllo Lombardia, Deliberazione del 16 novembre 2015, n. 426 – Enti locali e società partecipate – *Sui rapporti debitori e creditori***- Con la pronuncia in commento, i Giudici Lombardi, dopo aver ravvisato la necessità di un'interpretazione uniforme della normativa che impone l'obbligo di allegare al rendiconto degli Enti locali un prospetto attestante l'attendibilità dei rapporti debitori e creditori che intercorrono con le società partecipate e gli enti strumentali, hanno rimesso alla sezione Autonomie la seguente questione di massima: se la nota informativa attestante i rapporti creditori e debitori intercorrenti fra enti locali e società partecipate o altri enti strumentali debba essere asseverata preventivamente dal solo organo di revisione dell'ente locale socio o anche dall'organo di revisione (collegio sindacale o revisore contabile) della società partecipata ovvero, in assenza di quest'ultimo, da altro competente organo.

**Sezione Regionale Controllo Umbria, Deliberazione del 12 novembre 2015, n. 149 – Enti locali– *Sul reclutamento del personale mediante scorrimento di graduatoria di un altro Ente***- Con la pronuncia in commento, i Giudici Umbri nel rispondere alla richiesta di un Ente (in condizioni di poter assumere in base alla vigente normativa) che chiedeva di conoscere se fosse possibile accedere a graduatorie di concorsi indetti da altri Enti per poter assumere un'unità di personale, dopo aver ricordato che il reclutamento mediante scorrimento di graduatoria rappresenta la regola generale rispetto all'indizione di un nuovo concorso pubblico, ha ritenuto ammissibile tale percorso precisando che affinché ciò avvenga è necessario un previo accordo tra le Amministrazioni interessate e la previsione in dotazione organica della figura da assumere.

**Sezione Regionale Controllo Lombardia, Deliberazione del 6 novembre 2015, n. 387 – Società partecipate – *Sulla possibilità di partecipazione ad una gara per l'esercizio di attività commerciale***- Con la pronuncia in commento, i Giudici Lombardi, dopo aver ripercorso la normativa in materia di costituzione e mantenimento di partecipazioni da parte dell'Ente locale, hanno negato la possibilità per una società a partecipazione totalmente pubblica (gestore della farmacia comunale) di avviare un'attività di produzione di gelateria artigianale, quale attività palesemente improntata a intenti di natura marcatamente imprenditoriale e in totale contrasto con lo spirito e la *ratio* della normativa pubblicistica in tema di partecipazioni pubbliche.

**Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015 – Appalti- *Utilizzo improprio di proroghe/rinnovi di contratti pubblici*** - Con il recente comunicato, pubblicato sul sito dell'Autorità il 18 novembre 2015, l'Anac a seguito di un'indagine condotta su un campione di 39 stazioni appaltanti, ha riscontrato un diffuso utilizzo distorto delle c.d. proroghe "tecniche" precisando che l'uso improprio delle proroghe può assumere profili di illegittimità e di danno erariale, allorquando le amministrazioni interessate non dimostrino di aver attivato tutti quegli strumenti organizzativi\amministrativi necessari ad evitare la violazione del generale e tassativo divieto di proroga dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato.