

NEWSLETTER N. 2 ANNO III

16 – 31 gennaio 2017



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

In evidenza

Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2017, n. 15 – Enti Pubblici – *Sull’illegittimità costituzionale della norma che prescrive la decadenza automatica dagli incarichi dirigenziali* - Con la recente sentenza, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 2 comma 20 del D.L. 20 luglio 2012 n. 95 nella parte in cui prevede un meccanismo di decadenza automatica dagli incarichi dirigenziali “*alla scadenza dell’attuale mandato governativo, ovvero se antecedente alla data stabilita nel decreto di conferimento dell’incarico*”. Ad avviso della Corte tale previsione si pone in contrasto con il principio di buon andamento dell’amministrazione in quanto non consente una valutazione effettiva dell’attività svolta dal dirigente, né un controllo giurisdizionale sull’atto dichiarativo della decadenza.

Tar Liguria, sez. II, del 27 gennaio 2017 n. 55– Appalti – *Sulla revoca dell’aggiudicazione per mancato rispetto della clausola sociale* - Con tale sentenza è stato rilevato che nel caso in cui la legge di gara in materia di “clausola sociale” preveda espressamente e specificamente l’obbligo, in capo all’aggiudicatario, di assunzione di tutto il personale della gestione uscente, deve ritenersi legittima la revoca in autotutela dell’aggiudicazione nell’ipotesi in cui la S.A. accerti che detto obbligo non sia stato rispettato dall’aggiudicatario. Ciò in quanto in tali casi la c.d. clausola sociale deve essere intesa come previsione di salvaguardia di tutto il personale addetto all’unità produttiva interessata dalla gara e, perciò, cogente sia per l’Amministrazione che per gli offerenti.

Tar Lazio – Roma, sez I ter, ordinanza del 20 gennaio 2017, n. 1027 – Enti Locali – *Sulla legittimità costituzionale dell’obbligo dei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti di costituire Unioni di Comuni* – Con la recente ordinanza, il Tar Lazio ha sollevato, sotto più di un profilo, la questione di legittimità costituzionale del D.L. n. 78 del 2010 e s.m.i. nella parte in cui ha previsto per i Comuni con meno di 5000 abitanti (sino a 3.000 se appartengono o sono appartenuti a comunità montane) l’esercizio obbligatorio in forma associata delle funzioni fondamentali, mediante unioni o convenzioni. In particolare, a detta dei Giudici Capitolini, il Decreto in questione difetterebbe dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d’urgenza e potrebbe porsi in contrasto con i principi generali di buon andamento, differenziazione e tutela delle autonomie locali.

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. III, del 23 gennaio 2017, n. 272 – Appalti – *Sulla suddivisione della gara in più lotti funzionali* – Con la pronuncia in commento, i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che la previsione a norma della quale le SS.AA. devono, ove possibile, suddividere la gara in più lotti funzionali è – evidentemente – volta a favorire la massima partecipazione alle procedure di gara, agevolando l'ingresso sul mercato delle piccole e medie imprese. Ne consegue che, assurgendo tale previsione a principio generale della materia, la disapplicazione della stessa deve essere congruamente motivata con riferimento alla specificità dell'appalto ed alle caratteristiche che rendono inopportuna la divisione in lotti.

Consiglio di Stato, sez. V, del 23 gennaio 2017, n. 260 – Appalti – *Sull'oggetto della verifica dell'anomalia* – Il Consiglio di Stato ha ribadito che la Stazione Appaltante è tenuta a compiere la verifica dell'anomalia dell'offerta considerando l'affidabilità e l'attendibilità complessiva della stessa. Ne discende l'impossibilità di fondare il relativo giudizio solamente su una delle voci di costo dell'offerta (nella specie il costo orario del personale) senza considerare l'importo totale.

Cassazione Civile, SS.UU., del 19 gennaio 2017, n. 1308- Appalti- *Sulla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di azione di responsabilità nei confronti del Direttore dei Lavori* - Con la sentenza in esame la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti riguardo una azione di responsabilità promossa nei confronti di un Direttore dei Lavori. Secondo le Sezioni Unite, infatti, tale soggetto durante lo svolgimento delle sue attività realizza quel temporaneo inserimento nell'apparato organizzativo della PA, quale organo tecnico e straordinario della stessa. Circostanza, questa, ritenuta sufficiente dai Giudici a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti.

Consiglio di Stato, sez. V, del 18 gennaio 2017, n. 207 – Appalti – *Project financing: sulle conseguenze in caso di revoca della procedura da parte della P.A.* – Con tale sentenza è stato confermato che nelle procedure di project financing la scelta della S.A. di dare corso alla gara resta nella discrezionalità dell'Amministrazione anche a seguito della manifestazione di interesse e dell'individuazione del promotore finanziario. Ne consegue che in caso di revoca della procedura, la S.A. non può essere chiamata a risarcire il danno eventualmente subito dall'operatore economico nemmeno a titolo di responsabilità precontrattuale, posto che in capo al promotore non sorge alcun affidamento meritevole di tutela.

Consiglio di Stato, sez. V, del 18 gennaio 2017, n. 184 – Appalti – *Sul mantenimento del possesso del requisito della regolarità fiscale* – Con la pronuncia in commento i giudici di Palazzo Spada, in linea con quanto rilevato dall’Adunanza Plenaria nella sentenza n. 20/2013, hanno rilevato che il requisito della regolarità fiscale deve essere posseduto dalle imprese per tutto l’arco temporale interessato dalla procedura di gara. Ne consegue la legittimità dell’esclusione nel caso in cui l’aggiudicataria provvisoria sia *medio tempore* decaduta dal beneficio della rateizzazione per non aver pagato tempestivamente i ratei, a nulla rilevando che la stessa abbia proposto ricorso avverso le relative cartelle esattoriali.

Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giurisdizionale, del 18 gennaio 2017, n. 23 – Appalti – *Sull’esclusione del concorrente in caso di offerta formulata in maniera imprecisa e sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio* – I giudici siciliani hanno, con tale sentenza, affermato che l’offerta presentata in modo impreciso ovvero vago e generico non può essere ritenuta idonea ad adempiere alla propria funzione con conseguente doverosità di escludere il concorrente che l’abbia proposta. Nemmeno, è stato osservato, in tali casi può farsi ricorso al soccorso istruttorio, in quanto ciò equivarrebbe ad ammettere la possibilità di correggere l’offerta in corso di gara, con evidente pregiudizio del principio della *par condicio* dei concorrenti.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 17 gennaio 2017, n. 170 – Appalti – *Sull’irrelevanza del carattere festivo del giorno di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione* – Il Consiglio di Stato ha affermato che la circostanza per cui il giorno di scadenza del termine di presentazione delle offerte cada di domenica deve essere considerata irrilevante ai fini della verifica della tempestività delle stesse laddove, come nel caso di specie, i concorrenti ben avrebbero potuto fare ricorso a diverse ed alternative forme di trasmissione del plico. Ne consegue che deve ritenersi legittimo il provvedimento di esclusione dell’impresa che non abbia rispettato il termine previsto dalla legge di gara, ancorchè coincidente con un giorno festivo.

Consiglio di Stato, sez. V, del 16 gennaio 2017, n. 92 – Appalti – *Sul carattere non automatico della sanzione pecuniaria prevista in caso di soccorso istruttorio* – Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha rilevato che la regolamentazione del soccorso istruttorio contenuta nel Nuovo Codice degli Appalti si pone in linea di continuità con la disciplina contenuta nel D. Lgs n. 163/2006 laddove, in maniera specifica, prevede che la sanzione pecuniaria ivi prevista non ha carattere automatico assurgendo, piuttosto, ad onere per la riammissione alla procedura di gara.

Tar Lazio, sez. I quater, sentenza del 25 gennaio 2017 n. 1324 – Appalti – *Sulla qualificazione dei consorzi stabili negli appalti servizi nel nuovo codice degli appalti di cui al d.lgs. 50/2016.*– Con la pronuncia in esame il Tar, nel ritenere illegittimo il provvedimento di un S.A. che aveva escluso da una gara

un Consorzio Stabile per mancanza di requisiti, ha precisato che la partecipazione alle gare di tali soggetti trova ancora, allo stato (in ragione del richiamo all'art 216 comma 14 da parte dell'art. 83 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016), le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore (DPR n. 207/2010), applicabile anche agli appalti di servizi.

Tar Emilia Romagna – Bologna, sez. II , del 23 gennaio 2017 n. 39 – Appalti – *Sulla possibilità per le associazioni di volontariato di partecipare alle gare riguardanti l'affidamento di servizi funzionali allo scopo associativo dell'ente*

– I giudici emiliani hanno affermato la possibilità per un'associazione di volontariato di partecipare alle gare per l'affidamento di pubblici servizi che siano funzionali alle finalità dell'ente e, comunque, compatibili con le previsioni statutarie. Ciò in quanto anche tali enti possono svolgere attività economiche, anche se senza scopo di lucro, così rientrando nel novero dei soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici.

Tar Sicilia – Catania, sez. IV, del 20 gennaio 2017 n. 122 – Appalti – *Sul contenuto del contratto di avvalimento* - Con la pronuncia in esame il Tar ha rilevato che in assenza, ad oggi, di una previsione attuativa specifica delle disposizioni del Nuovo Codice, il contenuto del contratto di avvalimento deve essere determinato alla luce della vecchia disciplina. Ne consegue che detto contratto deve indicare compiutamente ed esplicitamente le risorse ed i mezzi messi a disposizione dell'impresa avvalente, salvo, comunque, il principio di eterointegrazione del contratto.

Tar Lazio - Latina, sez. I, del 19 gennaio 2017 n. 26 – Appalti – *Sulla mancanza di analogia tra il servizio di spazzamento strade ed il servizio di ripristino delle condizioni stradali a seguito di incidente* – I giudici laziali hanno, con tale sentenza, affermato che il servizio di spazzamento strade non può essere considerato analogo al servizio di ripristino delle condizioni stradali post incidente. Ciò in quanto quest'ultimo implica una serie di attività (e.g. riparazione pertinenze stradali danneggiate, surroga nei confronti delle compagnie assicuratrici del soggetto responsabile del sinistro) che in alcun modo sono comprese nel servizio di semplice spazzatura delle strade. Ne deriva che nel caso in cui l'aggiudicataria allegghi il fatturato relativo a tale ultima attività, il requisito finanziario non potrà ritenersi dimostrato.

Tar Lazio - Roma, sez. I ter, del 18 gennaio 2017 n. 878 – Appalti – *Sulla necessità di intestazione della garanzia provvisoria a tutte le imprese facenti parte del R.t.i.*- Con la pronuncia in commento il Tar ha affermato che in caso di partecipazione alla gara da parte di in r.t.i., la garanzia provvisoria (come anche l'impegno al rilascio della cauzione definitiva) deve riguardare tutte le imprese partecipanti al raggruppamento. È stato, altresì, precisato che trattandosi di un requisito previsto a pena di esclusione e non già di una carenza formale della domanda, non è dato ricorrere al soccorso istruttorio in caso di carenza dello stesso.

Tar Lombardia - Milano, sez. IV, del 16 gennaio 2017 n. 89 – Appalti – *Sull’illegittimità della previsione di requisiti di capacità economica e finanziaria più rigorosi di quelli presuntivamente fissati ex lege* – Con la sentenza in commento è stato rilevato che, posto che le SS.AA. sono tenute a prevedere requisiti di capacità economica e finanziaria proporzionati ed attinenti all’oggetto della gara, nel caso in cui il legislatore abbia, a monte, determinato presuntivamente la soglia di idoneità alla partecipazione alla procedura, la previsione di un requisito più rigoroso da parte della S.A. deve ritenersi restrittivo della concorrenza (nella specie si trattava di procedura per l’affidamento del servizio di buoni pasto che, ai sensi del Nuovo Codice può essere svolto solo da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquantamila euro).

Tar Lazio - Roma, sez. II, del 16 gennaio 2017 n. 725 – Appalti – *Sulle modalità di accertamento del collegamento sostanziale tra imprese ai fini dell’esclusione dalla gara* – Il Tar Lazio ha, con tale pronuncia, affermato che la verifica della sussistenza del collegamento sostanziale tra due imprese partecipanti alla procedura di gara deve essere effettuata in concreto, mediante l’accertamento della sussistenza di un rapporto tra gli organi decisionali degli operatori economici che induca all’individuazione di un unico centro decisionale. Ne deriva l’illegittimità dell’esclusione di un’impresa facente parte di un Consorzio motivata con esclusivo riferimento alla partecipazione alla gara di altra impresa consorziata.

Trga Trento, del 16 gennaio 2017 n. 15 – Appalti – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in caso di controversia afferente all’affidamento della subconcessione della gestione del servizio di ristoro in un’area di servizio autostradale* – Con la pronuncia in commento i Giudici trentini hanno rilevato le procedure di subconcessione della gestione del servizio di ristoro e di attività commerciali connesse presso un’area di servizio autostradale non attengono all’affidamento di un pubblico servizio e non sono soggette al rispetto della normativa europea, né ai principi dell’evidenza pubblica. Ne consegue l’attrazione delle controversie attinenti a tali questioni nell’ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

Corte dei Conti, Sez. Cons. Abruzzo, deliberazione del 26 gennaio 2017 n. 5 – Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sul mancato riconoscimento dei debiti fuori bilancio costituiti dal disavanzo di una Fondazione di partecipazione* – Con la pronuncia in esame i Giudici Contabili, hanno chiarito che le disposizioni dell’art 194 del TUEL in merito al riconoscimento dei debiti fuori bilancio da parte dei Comuni dei propri organismi partecipati (nel caso di specie con particolare riferimento alla lett. B: *b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l’obbligo di pareggio del bilancio di cui all’articolo 114 ed*

il disavanzo derivi da fatti di gestione) sono ipotesi tassative che non consentono né prevedono una indiscriminata riconoscibilità dei disavanzi come debiti fuori bilancio. Di conseguenza hanno escluso l'applicazione, anche analogica, della suindicata norma (che in via eccezionale consente ad un Ente di farsi carico del disavanzo di una struttura deputata alla gestione di un servizio di interesse generale) nei confronti delle perdite prodotte da una Fondazione di Partecipazione. A detta dei Giudici, infatti, tale organismo deve essere in grado di far fronte alle stesse con il proprio patrimonio, a pena di estinzione o di una sua trasformazione.

Corte dei Conti – Sezione regionale di Controllo per la Sardegna – Deliberazione n. 2 del 19 gennaio 2017- – Enti Locali – *Sulla possibilità del mantenimento dell'incarico conferito da un'Amministrazione nel caso di successiva assunzione di una carica elettiva* - Con la recente deliberazione la Corte dei Conti ha rilevato che il principio di gratuità degli incarichi conferiti dalle Pubbliche Amministrazioni ai titolari di una carica elettiva abbisogna di temperamenti nel caso in cui l'assunzione dell'incarico sia precedente all'assunzione della carica (specie ove il mandato elettivo riguardi l'amministrazione di piccoli Comuni). Osserva, in particolare, la Corte che in tali casi non si verificherebbe un'elusione della funzione tipica del principio della gratuità degli incarichi posto che la titolarità degli stessi è precedente all'assunzione della carica elettiva. La questione è stata, comunque, rimessa all'esame della Sezione Autonomie.

Tar Campania – Salerno – sez. I, del 16 gennaio 2017, n. 112 – Enti Locali – *Sul diritto dei consiglieri comunali di prendere parte al voto anche qualora non abbiano partecipato alla fase della discussione* – Il Tar ha affermato l'illegittimità della delibera del Consiglio Comunale nel caso in cui la stessa sia stata adottata senza la partecipazione al voto (nel caso di specie impedita dal Presidente) dei consiglieri che, seppur assenti al momento della discussione, siano intervenuti quando le operazioni di voto, ancorché in corso, non erano concluse. Ciò sulla base del principio generale per cui i consiglieri hanno diritto a prendere parte ad ogni attività non esaurita al momento del proprio intervento nella seduta.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 20 gennaio 2017, n. 1548 – Enti Pubblici – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in caso di azione di responsabilità dei tesorieri dei Consorzi di bonifica* – Con tale pronuncia le Sezioni Unite di Cassazione, nel recepire l'orientamento già affermatosi in materia, hanno ribadito che la natura di ente pubblico economico e non già di ente locale dei consorzi di bonifica implica che nel caso si controverta della responsabilità dei loro tesorieri, la giurisdizione si radica in capo al giudice ordinario (e non al giudice contabile). Ciò in quanto la provenienza privata delle risorse utilizzate dal Consorzio per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali impedisce di configurare l'ipotesi del

maneggio di denaro pubblico, elemento, quest'ultimo, fondante la devoluzione della controversia alla Corte dei Conti.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 13 gennaio 2017, n. 761 – Enti Pubblici – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di pubblico impiego privatizzato- Con tale sentenza, la Cassazione ha affermato che per evidenti esigenze di concentrazione della tutela giurisdizionale, la giurisdizione del giudice ordinario in materia di pubblico impiego deve essere riconosciuta anche nel caso in cui con la domanda si facciano valere pretese afferenti a periodi antecedenti l'entrata in vigore del Testo Unico sul Pubblico Impiego.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 18 gennaio 2017, n. 1092 – Edilizia&Urbanistica - Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di domande di retrocessione e risarcimento danni – In linea con l'orientamento affermatosi in materia, la Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie insorte per non aver, la P.A., restituito il bene al privato a seguito della perdita di efficacia del titolo di occupazione per decorso del tempo. Parimenti, rientrano nella cognizione del giudice amministrativo le questioni inerenti la domanda di risarcimento per equivalente del danno subito a causa dell'impossibilità del ricorso alla retrocessione (in quanto, nella specie, l'Amministrazione aveva *medio tempore* alienato il bene).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 17 gennaio 2017, n. 963 – Edilizia&Urbanistica - Sul riparto di giurisdizione *ratione temporis* in materia di occupazione illegittima della P.A. – Le Sezioni Unite di Cassazione hanno confermato che in tema di occupazione illegittima della P.A., sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie iniziate prima del 10 agosto del 2000 (entrata in vigore dell'art. 34 del D. Lgs n. 80/1998). Viceversa, si radica la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui l'azione risarcitoria sia stata intrapresa in epoca successiva alla citata data.

Tar Lazio – Roma, sez. II bis, del 25 gennaio 2017, n. 1323 – Edilizia&Urbanistica – Sull'illegittimità del provvedimento inibitorio riguardante una d.i.a. presentata per mutamento di destinazione d'uso da commerciale a luogo di preghiera – Con tale pronuncia i giudici capitolini hanno affermato l'illegittimità del provvedimento inibitorio intervenuto su una d.i.a. con cui era stato richiesto il mutamento di destinazione d'uso di un locale da commerciale a luogo di preghiera, nonché la realizzazione di opere di demolizione e ricostruzione dei servizi igienici. In particolare, il Tar ha rilevato che secondo le Norme Tecniche di Attuazione al PRG, la destinazione a luogo di preghiera rientra nella categoria dei "servizi" ed è, perciò, ammissibile qualora l'intervento debba attuarsi nei "tessuti della città consolidata" (come nel caso di specie).

Tar Puglia - Bari, sez. III, del 23 gennaio 2017, n. 31 – *Edilizia&Urbanistica* – *Sull’illegittimità dell’ordine di demolizione di un rudere costruito prima del 1.9.1967* – I giudici pugliesi, in linea con giurisprudenza consolidata in materia, hanno confermato l’illegittimità di un ordine di demolizione di un rudere costruito prima dell’entrata in vigore della Legge Ponte (1.9.1967), a mezzo della quale l’obbligo del possesso della licenza edilizia è stato esteso ai fabbricati siti al di fuori del perimetro del centro urbano. In particolare, il Tar ha rilevato che la prova dell’avvenuta realizzazione in epoca antecedente a tale data deve ritenersi raggiunta laddove il privato offra elementi istruttori non implausibili a riguardo e, di contro, l’Amministrazione non fornisca alcuna prova contraria.

Tar Toscana, sez. III, del 23 gennaio 2017, n. 128 – *Edilizia&Urbanistica* – *Sull’illegittimità del provvedimento di decadenza dal permesso di costruire per decorso del termine in caso di realizzazione di opere strutturali non ricomprese nel titolo*– Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito l’illegittimità del provvedimento in cui viene disposta la decadenza dal permesso di costruire per decorso del termine annuale nel caso in cui l’interessato abbia realizzato delle opere che, sebbene in parte non ricomprese nel medesimo titolo, siano evidentemente funzionali all’esecuzione delle lavorazioni per cui lo stesso è stato rilasciato.

News

In data 25 gennaio 2017 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 20 il **Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 2.12.2016 recante la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70,71 e 98 del D. Lgs n. 50/2016.**

In particolare, all’art. 3 viene previsto che a decorrere dal 1° gennaio 2017, la pubblicazione dei bandi e degli avvisi deve avvenire altresì:

- per estratto, su almeno uno dei quotidiani a diffusione nazionale e di almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti nel caso di appalti di lavori e concessioni di importo compreso tra €500.000 e €5.225.000;
- per estratto, su almeno due dei quotidiani a diffusione nazionale e di almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti nel caso di appalti di lavori e concessioni di importo superiore ad €5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni ed € 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali.

Con comunicato del 23 gennaio 2017, l’Anac ha segnalato che, in considerazione dei recenti eventi sismici e meteorologici, è stata disposta la

proroga 31 gennaio 2017 al 20 febbraio 2017 del termine previsto per la comunicazione via pec dell'avvenuta pubblicazione del file XML relativo a:

- struttura proponente;
- oggetto del bando;
- elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
- aggiudicatario;
- importo di aggiudicazione;
- tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
- importo delle somme liquidate.

Il comunicato è consultabile e scaricabile dal seguente link:

http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=caf6112b0a7780425d839690b80473ac