

NEWSLETTER N. 3 ANNO II

1-15 febbraio 2016



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI
— AVVOCATI —

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

Consiglio di Stato, sez. V, del 3 febbraio 2016, n. 413 – Appalti – *Sui presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del Bando*- Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, rimarcato il carattere eccezionale della procedura negoziata senza pubblicazione del Bando, ha affermato la possibilità di ricorrere a tale sistema di scelta del contraente solo in misura strettamente necessaria, nei casi in cui l'urgenza derivante da eventi imprevedibili e non imputabili alle SS.AA. non sia compatibile con i tempi necessari all'espletamento delle ordinarie procedure di gara (nella specie è stato ritenuto legittimo l'affidamento disposto in via temporanea e condizionata all'esito del giudizio promosso avverso gli atti di gara di un impianto sportivo pubblico).

Consiglio di Stato, sez. V, del 3 febbraio 2016, n. 412– Appalti – *Sui soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma I, lett. c) del Codice dei Contratti Pubblici*- Ribadito che in caso di cessione d'azienda, fusione e incorporazione societaria avvenuta nell'anno antecedente alla pubblicazione del Bando, i legali rappresentanti delle società cedute, fuse e incorporate sono tenuti a rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 comma I, lett. c) del Codice, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato la legittimità dell'esclusione di una riunione temporanea di imprese ove risulti che un'impresa mandante abbia affittato un complesso aziendale nell'anno antecedente alla pubblicazione del Bando senza, però, presentare le dichiarazioni richieste *ex lege* con riferimento ai legali rappresentanti dell'affittante. È stato, inoltre, precisato che in tal caso non è dato ricorrere al soccorso istruttorio, non essendo consentita la regolarizzazione della dichiarazione richiesta a pena di esclusione e, tuttavia, mancante.

Consiglio di Stato, sez. V, del 3 febbraio 2016, n. 402– Appalti – *Sugli effetti della proposizione del preavviso di ricorso e sull'onere di impugnazione del provvedimento che individui una nuova ed autonoma ragione di esclusione* - Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato ha confermato che la proposizione del preavviso di ricorso non comporta- per la S.A.- alcun onere di riesame del provvedimento di esclusione. Nel contempo è stato affermato che nel caso in cui l'Amministrazione, a seguito del procedimento precontenzioso, ravvisi un'autonoma ragione di esclusione dello stesso operatore economico, quest'ultimo è tenuto ad impugnare tempestivamente anche il nuovo provvedimento, pena l'irricevibilità del ricorso.

Tar Lazio- Roma, sez. II del 11 febbraio 2016, n. 1969- Appalti – *Sull'illegittimità della clausola del Bando che imponga agli operatori economici l'applicazione di un determinato contratto collettivo*- Con la pronuncia in commento i Giudici capitolini hanno affermato l'illegittimità della previsione di *lex specialis* che preveda a pena di esclusione l'applicazione di un determinato CCNL da parte delle imprese concorrenti. In particolare, è stato affermato che l'esclusione non può essere disposta in modo automatico, incombendo sulla Commissione e sulla S.A. l'onere di verificare concretamente se il contratto collettivo applicato preveda o meno livelli retributivi adeguati e congrui, idonei a remunerare anche il personale da riassorbire.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 9 febbraio 2016, n. 2-Edilizia&Urbanistica- *Sulla natura dell'occupazione sine titolo di un'area privata da parte della P.A., sulla legittimità dell'acquisizione sanante e sulla possibilità che tale provvedimento sia adottato in sede di esecuzione del giudicato*- Con la pronuncia in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermata -in linea con la giurisprudenza europea e costituzionale- la natura di illecito permanente delle occupazioni indirette del diritto di proprietà da parte della P.A., ha rilevato che l'acquisizione sanante, lungi dal poter essere considerata come un meccanismo di sanatoria di un precedente illecito, deve essere fondata sulla sussistenza di imperiose esigenze pubbliche che possono trovare soddisfazione solamente con il mantenimento dal parte della P.A. dell'opera realizzata *sine titolo*. Da ciò discende che l'Amministrazione è tenuta a motivare dettagliatamente tale determinazione, garantendo i diritti di partecipazione del privato al relativo procedimento amministrativo. Ancora, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che il provvedimento di acquisizione sanante possa essere adottato dal Commissario ad acta nominato dal giudice in sede di ottemperanza solamente ove il giudicato da eseguire preveda tale adempimento a carico dell'Amministrazione.

Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza del 9 febbraio 2016, n. 538 – Edilizia&Urbanistica – *Sull'operatività del silenzio assenso nei procedimenti di concessione del nulla osta paesaggistico*- Deferendo all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'applicabilità del silenzio assenso nei procedimenti di rilascio del nulla osta paesaggistico richiesto all'Ente parco, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato la sussistenza di un contrasto tra la normativa generale che esclude l'applicabilità di tale istituto e quella di settore che invece prevede il silenzio assenso. In particolare, è stato demandato all'Adunanza Plenaria di chiarire se l'antinomia normativa debba essere risolta in applicazione del criterio cronologico (con conseguente esclusione dell'applicabilità del silenzio assenso) ovvero di quello di specialità (da cui deriverebbe la possibilità di applicare l'istituto).

Consiglio di Stato, sez. VI del 9 febbraio 2016, n. 547 – Edilizia&Urbanistica – *Sugli effetti dell'atto di asservimento di aree a fini edilizi* - Con la sentenza in commento, i Giudici del Consiglio di Stato hanno ribadito che l'atto di asservimento di un'area ad altra area comporta l'insorgenza sul fondo asservito di un vincolo oggettivo di inedificabilità assoluta, idoneo a permanere anche in caso di alienazione del fondo stesso (nella specie è stato ritenuto legittimo il rigetto dell'istanza di condono edilizio delle opere realizzate su un'area oggetto di atto di asservimento che prevedeva la destinazione perpetua a verde).

Tar Campania - Napoli, sez. VIII del 4 febbraio 2016, n. 666 – Edilizia&Urbanistica - *Sul perfezionamento dell'atto di permesso di costruire*- Con la pronuncia in oggetto, i Giudici campani hanno rimarcato la natura recettizia del permesso di costruire. Tale titolo abilitativo, infatti, può considerarsi perfezionato (con conseguente legittimazione ad iniziare i lavori) solamente nel momento in cui lo stesso sia stato materialmente rilasciato e gli oneri concessori siano stati versati, a nulla rilevando che la Commissione edilizia comunale abbia pubblicato sull'Albo pretorio dell'Ente il parere favorevole alla concessione.

Tar Lazio- Roma, sez. II ter del 29 gennaio 2016, n. 1301- Edilizia&Urbanistica - Sulla natura del canone di occupazione di spazi e aree pubbliche- Con la sentenza in commento i Giudici laziali, in applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 64/2008), hanno affermato la natura sinallagmatica e non tributaria del canone di occupazione di spazi e aree pubbliche. Ed infatti, il Tar ha evidenziato come tale canone sia volto a controbilanciare il vantaggio tratto dall'utilizzatore del suolo pubblico, con conseguente variabilità della misura dello stesso a seconda dell'ampiezza e del pregio dell'area, del sacrificio imposto alla collettività per via dell'utilizzazione privata, nonché del beneficio che l'operatore trae dall'utilizzazione stessa.

Tar Liguria- sez. II, dell'8 febbraio 2016, n. 120 – Servizi pubblici locali - Sui presupposti del ricorso all'affidamento in house e sul requisito del controllo analogo – Con la pronuncia in commento, i Giudici liguri da un lato hanno ribadito che la scelta di ricorrere all'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione, la quale resta comunque tenuta a motivare dettagliatamente in ordine alla convenienza di detta opzione, dall'altro hanno confermato l'ammissibilità dell'organismo *in house* c.d. pluripartecipato, purché anche il socio che detiene una partecipazione di minoranza abbia un controllo analogo effettivo con riferimento al territorio di propria competenza.

Tar Friuli Venezia Giulia, del 18 gennaio 2016, n. 17 – Società partecipate - Sull'onere motivazionale delle determinazioni di dismissione di partecipazioni societarie – Con la pronuncia in commento, i Giudici friulani, ricostruita la normativa vigente in tema di razionalizzazione delle partecipazioni societarie da parte delle PP.AA., hanno affermato l'illegittimità della dismissione delle partecipazioni di una società ove la stessa sia stata motivata riportando il testo della normativa vigente, al di là dell'indicazione dei presupposti legittimanti la dismissione stessa (nella specie tale provvedimento era stato adottato al fine di eliminare i presupposti giustificanti l'affidamento *in house* di un servizio e procedere all'affidamento diretto ad altra società).

Consiglio di Stato, sez. V, del 3 febbraio 2016, n. 421- Enti Locali - Sul giudice competente in caso di revoca dei finanziamenti pubblici- Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che qualora la revoca dei finanziamenti pubblici venga disposta per effetto dell'inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione, la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. Viceversa, è competente il giudice amministrativo nei casi in cui, successivamente alla concessione del beneficio, venga disposta la revoca dello stesso per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse.

Consiglio di Stato, sez. I, parere del 1° febbraio 2016, n. 179- Enti Locali- Sulla rieleggibilità del Sindaco e del Presidente della Provincia per il terzo mandato consecutivo in caso di sospensione di diritto dalla carica- Con il parere in commento, il Consiglio di Stato ha chiarito che nel caso in cui uno dei due mandati consecutivi abbia avuto una durata inferiore a due anni, sei mesi e un giorno per effetto della sospensione di diritto dalla carica conseguente a sentenza penale di condanna, il Sindaco e il Presidente della Provincia sono rieleggibili per il terzo mandato consecutivo.

Corte dei Conti

Corte di Cassazione, Sezione Unite Civili, del 27 gennaio 2016, n. 1519 – Enti locali – Sulla natura dei rapporti tra Regioni e Case di Cura accreditate e sul riparto di giurisdizione - Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite Civili, rilevata la natura concessoria dei rapporti intercorrenti tra le Regioni e le Case di Cura accreditate per lo svolgimento di attività di servizio pubblico, hanno affermato (in applicazione dei criteri di riparto stabiliti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004) che le controversie in materia di pagamento dei corrispettivi discendenti dal servizio rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, mentre quelle inerenti all'organizzazione ed alle modalità di attuazione del servizio sono di competenza del giudice amministrativo.

Corte di Cassazione, Sezione Unite Civili, del 27 gennaio 2016, n. 1515 – Enti locali – Sulla natura del rapporto instaurato tra P.A. e beneficiario del finanziamento pubblico - Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite Civili, hanno definito il rapporto che si instaura tra l'Amministrazione che eroga un finanziamento pubblico (anche europeo) ed il soggetto che lo riceve in termini di rapporto di servizio, con la conseguenza che laddove il beneficiario disponga delle somme in modo diverso da quello stabilito risponde di danno erariale, con radicamento della giurisdizione in capo alla Corte dei Conti.

Sezione delle Autonomie, Deliberazione del 4 febbraio 2016, n. 4-Enti Locali- Sull'inapplicabilità del limite assunzionale in caso di trasferimento di personale ad altro ente pubblico a seguito della soppressione di un ente disposta ex lege- Con la deliberazione in commento, la Sezione delle Autonomie ha affermato che nel caso di trasferimento di personale conseguente alla soppressione disposta *ex lege* dell'ente pubblico di provenienza, l'ente di destinazione non è tenuto ad applicare il limite assunzionale, restando-comunque- tenuto al riassorbimento della spesa eccedente negli esercizi finanziari successivi a quello in cui il limite è stato superato.

Anac

Comunicato del Presidente del 10 febbraio 2016– Appalti - Aggiornamento delle modalità operative per l'acquisizione del CIG- Con il recente comunicato, l'Anac ha reso note le nuove modalità di acquisizione del CIG, distinguendo a seconda che l'affidamento riguardi o meno le categorie merceologiche di cui all'art. 1 del Decreto del Presidente del Consiglio del 24 dicembre 2015, pubblicato nella G.U. del 9 febbraio 2016 (farmaci, vaccini, prodotti medicali etc.).

Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016– Appalti - Linee guida per l'affidamento dei servizi agli enti del terzo settore e alle cooperative sociali – Con la delibera pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 30 del 6 febbraio 2016, l'Anac- rilevata la mancanza di una apposita disciplina di settore- ha inteso fornire alle Stazioni appaltanti delle linee guida per l'affidamento dei servizi agli operatori del terzo settore e alle cooperative sociali. Tuttavia è stato evidenziato che le stesse Linee Guida dovranno essere integrate a seguito delle modifiche che saranno introdotte con la riforma del terzo settore ed il recepimento della direttiva 2014/24/UE, che prevede una specifica disciplina per i servizi sociali.