

NEWSLETTER N. 3 ANNO III

1-15 febbraio 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

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 25 gennaio 2017 n. 1317 – Edilizia&Urbanistica – *Sull’illegittimità dell’intervento repressivo dell’abuso effettuato a distanza di un ingente lasso di tempo dalla commissione dello stesso* - Con la sentenza in esame il Tar ha affermato l’illegittimità del provvedimento di repressione dell’abuso edilizio adottato a distanza di un ingente lasso di tempo (nella specie circa 60 anni) dalla commissione dell’abuso stesso, ove tale atto non contenga l’esplicitazione delle ragioni di interesse pubblico ad esso sottese e nemmeno consideri l’affidamento del privato alla conservazione del titolo abilitativo. (Cfr. **Tar Lombardia - Milano, sez. I, del 6 dicembre 2016, n. 2307– in Newsletter n. 21/2016; **Tar Campania - Napoli, sez. VIII, del 3 gennaio 2017, n. 60** - in Newsletter n. 1/2017) **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati).****

Giurisprudenza amministrativa,civile e contabile

Consiglio di Stato, sez. III, del 7 febbraio 2017, n. 514 – Appalti – *Sulla funzione delle giustificazioni del prezzo e sui limiti del sindacato giurisdizionale delle stesse* – Con tale sentenza è stato confermato che le giustificazioni del prezzo, lungi dal comportare una modifica al contenuto dell’offerta, sono prodotte esclusivamente al fine dell’accertamento della affidabilità di quest’ultima nell’ambito della verifica dell’anomalia. È stato, altresì, rilevato che, posto che il giudizio di anomalia implica una valutazione connotata da discrezionalità tecnica da parte della S.A., il giudice amministrativo potrà esercitare il sindacato giurisdizionale solamente in caso di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza del giudizio reso dall’Amministrazione, essendogli, negli altri casi, precluso di compiere una valutazione sostitutiva.

Tar Toscana, sez. III , del 13 febbraio 2017 n. 231 – Appalti – *Sulle modalità di applicazione della clausola sociale* – Con la pronuncia in commento il Tar ha rilevato che la norma del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici che abilita alla previsione della clausola sociale all’interno degli atti di gara deve essere interpretata alla luce dei principi europei di libera concorrenza e libertà di impresa. Ne consegue che l’adozione di detta clausola (volta a garantire la stabilità occupazionale) non può essere rigidamente imposta, ma deve essere armonizzata con le effettive esigenze sottese all’appalto e deve risultare compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’imprenditore subentrante(nella specie è stata ritenuta illegittima la clausola sociale prevista

dagli atti di gara in quanto rigidamente impositiva della conservazione del personale di cui al precedente appalto)

Tar Toscana, sez. I, del 10 febbraio 2017 n. 217 – Appalti – *Sull’illegittimità dell’aggiudicazione in caso di discordanza tra l’indicazione degli oneri della sicurezza contenuta nell’offerta economica e quella presente nelle pregiustifiche* – I giudici toscani hanno rilevato l’illegittimità dell’aggiudicazione disposta a favore del concorrente che abbia indicato nell’offerta economica i costi di sicurezza interna in maniera diversa e contrastante da quanto dichiarato nelle pregiustifiche. Ciò in quanto tale divergenza, concretandosi nella modifica dell’offerta originaria, riguarda il contenuto sostanziale – e non meramente formale – della stessa e non è, perciò, regolarizzabile attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

Tar Lazio - Roma, sez. II ter, dell’8 febbraio 2017 n. 2115 – Appalti – *Sui limiti alla previsione di requisiti di capacità economica e finanziaria ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti* – Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito la possibilità per le Stazioni Appaltanti di prevedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più stringenti rispetto a quelli previsti *ex lege*, fermo il limite della proporzionalità degli stessi all’oggetto dell’appalto (nella specie è stata ritenuta legittima la previsione di *lex specialis* che, in una gara per lo smaltimento e la rigenerazione dei rifiuti, richiedeva la “messa in riserva” degli stessi in impianto autorizzato, a distanza massima di 30 Km dal centro Città, ovvero a distanza non eccessiva dal luogo di produzione dei rifiuti).

Corte dei Conti – sezione Controllo per la Liguria, deliberazione del 7 febbraio 2017, n. 5 – Appalti – *Sull’impatto del project financing sul bilancio e sugli equilibri di spesa degli enti locali* – Con la recente deliberazione la Corte dei Conti ha affermato che il project financing consiste nel finanziamento di un progetto che, in sede di gestione, è suscettibile di creare flussi di cassa sufficienti a remunerare il capitale di rischio. Ne deriva che ai fini dell’accertamento del riflesso di tale operazione sul capitale dell’Ente è necessario analizzare, nel caso concreto, come siano allocati i rischi del progetto all’interno del contratto di partenariato pubblico privato, con la precisazione per cui di affinché l’operazione di partenariato possa dirsi neutra ai fini del bilancio della P.A., il privato finanziatore deve assumersi il rischio di costruzione e uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda.

Tar Lombardia - Brescia, sez. II, del 6 febbraio 2017 n. 167 – Appalti – *Sui limiti della modificabilità soggettiva dei r.t.i. in caso di fallimento di una delle imprese raggruppate* – Con tale pronuncia, ripercorsa la normativa applicabile al caso di specie, il Tar ha confermato che la funzione del divieto generale di modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese è quella di garantire alla S.A. di poter verificare preliminarmente il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara. Ne discende che in ipotesi di

modifica delle imprese raggruppate, la mandataria è tenuta ad informare tempestivamente l'Amministrazione del subentro di altro soggetto ai fini della verifica dei requisiti richiesti. Nel caso in cui ciò avvenga, l'interesse della S.A. non potrà dirsi frustrato e conseguentemente la modifica dovrà essere considerata legittima. Del pari, non può essere censurata la modificazione del r.t.i. avvenuta (come nel caso di specie) per effetto del fallimento di una mandante qualora quest'ultima sia stata prontamente espulsa dal raggruppamento e le altre imprese posseggano tutti i requisiti per l'esecuzione del contratto.

Tar Sicilia – Palermo, sez. III, del 6 febbraio 2017 n. 334 – Appalti – *Sul rispetto dei principi generali in materia di appalti pubblici in caso di appalto di affidamento dei servizi legali* – Con tale sentenza è stato confermato che nel caso di affidamento dei servizi legali sottosoglia di un Ente, la procedura di selezione deve, comunque, rispettare i principi europei di trasparenza, non discriminazione, imparzialità proporzionalità e parità di trattamento. Ne consegue che nel caso in cui la P.A. preveda, nell'ambito della procedura, clausole violative degli stessi (nella specie era stato, tra l'altro, previsto che l'aggiudicatario avrebbe dovuto portare a termine l'incarico sino all'esecutività delle sentenze, al di là della durata dell'affidamento e senza previsione di un compenso specifico, in evidente violazione del principio di proporzionalità), la selezione non potrà che essere ritenuta illegittima.

Tar Sicilia – Catania, sez. III, del 2 febbraio 2017 n. 234 – Appalti – *Sulla non obbligatorietà dell'attestazione di avvenuto sopralluogo* – Con la pronuncia in commento i Giudici siciliani hanno rilevato che la clausola del bando di gara che preveda l'esclusione del concorrente in mancanza di dell'attestazione di avvenuto sopralluogo deve ritenersi nulla in quanto né riconducibile ad alcuna delle cause d'esclusione previste dal Codice dei contratti, né applicativa di norme imperative.

Tar Campania - Napoli, sez. VII , del 1° febbraio 2017 n. 685 – Appalti – *Sull'impossibilità di modificare elementi dell'offerta in sede di soccorso istruttorio* – Con tale sentenza il Tar ha confermato l'impossibilità di apportare modifiche ad elementi dell'offerta in sede di soccorso istruttorio, che, si ribadisce, è istituito volto a regolarizzare le irregolarità meramente formali presenti nell'offerta stessa. Ne discende che qualora la S.A. accerti che il concorrente ha proceduto ad un'integrazione dei requisiti mancanti al momento della presentazione della domanda, l'esclusione comminata deve considerarsi pienamente legittima.

Tar Toscana, sez. II , del 1° febbraio 2017 n. 173 – Appalti – *Sulla necessità – pena l'illegittimità del bando – dell'indicazione del valore della concessione in termini monetari* – I giudici toscani, in linea con quanto stabilito dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, hanno affermato che la S.A. è tenuta, pena l'illegittimità del bando, ad indicare il valore complessivo della concessione, a

prescindere dalla natura della prestazione. Ed infatti, si osserva, ai fini dell'integrazione del requisito dell'indicazione del valore dell'affidamento, non può ritenersi sufficiente il riferimento alla stima del numero degli utenti in quanto il disposto normativo fa esclusivo riferimento al valore monetario della concessione.

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 7 febbraio 2017 n. 3196 – Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sulla fallibilità delle società in house*
– Con la pronuncia in esame la Cassazione ha ribadito che il profilo pubblicistico della società *in house* non vale ad escludere la sottoponibilità della stessa alle procedure concorsuali. Ed infatti, osserva la Corte, una volta adottato il modello societario – seppur ai fini del raggiungimento dello scopo pubblico – la natura giuridica e l'organizzazione restano necessariamente regolate dal codice civile, in quanto ciò che rileva non è il tipo di attività esercitata, bensì la natura del soggetto che la esercita (*i.e.* un privato).

Consiglio di Stato – Commissione Speciale, parere del 1° febbraio 2017, n. 282 –Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sulle linee guida ANAC per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamento diretto nei confronti di proprie società in house* – Con tale provvedimento il Consiglio di Stato, nel rendere parere favorevole con riferimento alle Linee guida pubblicate dall'Autorità, ha, comunque, evidenziato alcuni punti critici ed abbinogevoli di correzione. In particolare, in materia di presupposti per l'affermazione del controllo analogo, i giudici hanno rilevato come, rispetto alla normativa europea e nazionale, l'Anac avesse, di fatto, inserito ulteriori presupposti ai fini della legittimazione all'*in house*. Sul punto il Consiglio di Stato ha, conseguentemente, ammonito l'Autorità osservando che le Linee Guida non possono integrare le condizioni prescritte dalla legge ai fini della ricorribilità all'*in house providing*.

Consiglio di Stato, sez. III, del 3 febbraio 2017, n. 474– Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sulla natura dell'attività di gestione delle farmacie comunali* – I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che la gestione delle farmacie comunali da parte degli enti locali è effettuata "in nome e per conto" del S.s.n. Si tratta, insomma, di un'attività classificabile come esercizio diretto di un servizio pubblico, che non è riconducibile né nell'ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né nella disciplina sui servizi pubblici locali. Conseguentemente, l'individuazione dell'affidatario non riguarda l'affidamento del servizio in quanto la concessione/autorizzazione resta in capo al Comune, il quale potrà legittimamente utilizzare il modello della società mista.

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Puglia, n. 34 del 6 febbraio 2017 – Enti Locali – *Sulla qualifica di agente contabile della società concessionaria della riscossione dei tributi locali* - Con tale pronuncia i giudici contabili hanno rilevato la configurabilità della responsabilità amministrativa

contabile in capo alla società concessionaria del servizio di riscossione dei tributi locali, nonché agli amministratori della stessa per aver omesso il versamento delle somme riscosse nelle casse dell'Ente. Ciò in quanto, ad avviso della Corte, la qualifica di agente contabile (da cui deriva l'ascrivibilità della relativa responsabilità) discende dal maneggio del denaro pubblico, cui, indiscutibilmente, la concessionaria del servizio ed i propri amministratori erano autorizzati in forza del rapporto di concessione del pubblico servizio.

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per il Piemonte, n. 6 del 23 gennaio 2017 – Enti Locali – Sulla responsabilità del Direttore Generale del Comune con funzioni di RUP - Con la recente sentenza la Corte dei Conti ha affermato la configurabilità della responsabilità amministrativo contabile in capo al Direttore Generale di un Comune che, assunto l'incarico di RUP ometta di effettuare un adeguato controllo sull'esecuzione dell'appalto. In particolare, secondo il Collegio, l'attività di vigilanza deve considerarsi demandata al Responsabile Unico del procedimento anche nella fase successiva all'espletamento della procedura di gara al fine di verificare la rispondenza di quanto richiesto dalla legge di gara a quanto effettivamente realizzato dal contraente.

Tar Sicilia – Catania, sez. III, del 1° febbraio 2017 n. 229 - – Enti Locali – Sull'illegittimità del diniego dell'accesso agli atti opposto da un Comune sulla base dell'avvenuta trasmissione dell'atto all'Autorità giudiziaria – Con tale pronuncia il Tar ha affermato l'illegittimità, per difetto di motivazione, del diniego dell'istanza di accesso presentata per l'ostensione di un verbale di sopralluogo della Polizia Municipale, motivato con esclusivo riferimento all'avvenuta trasmissione dell'atto richiesto all'Autorità giudiziaria ed alla pendenza delle indagini. È stato, in particolare, ricordato che solo i provvedimenti per i quali è stato disposto il sequestro e quelli coperti da segreto possono essere sottratti al diritto di accesso.

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per il Piemonte, n. 13 del 10 febbraio 2017- – Enti Pubblici – Sull'inconfigurabilità della responsabilità amministrativa in caso di danno derivato alla P.A. dalla soccombenza in giudizio - Con la recente sentenza la Corte dei Conti ha respinto la domanda di condanna proposta dalla Procura regionale nei confronti dei dipendenti dell'Amministrazione che avevano ritenuto di instaurare un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto da un professionista esterno per il pagamento dei compensi poi conclusosi con il rigetto delle pretese della P.A. In particolare, è stato rilevato che il rischio di soccombenza è insito in ogni giudizio e, conseguentemente, in assenza di statuizioni sulla temerarietà della lite, il danno subito dall'Ente per effetto della condanna alle spese non può assurgere a causa di responsabilità amministrativa dei dipendenti.

Tar Veneto, sez. I, del 9 febbraio 2017 n. 144 – Enti Pubblici – *Sulla doverosità del ricorso al soccorso istruttorio in caso di discordanza dei dati contenuti nella domanda di partecipazione ad un concorso pubblico* – Il Tar ha confermato che in caso di discordanza tra i dati contenuti all'interno della domanda di partecipazione ad un concorso pubblico (ovvero tra quanto dichiarato nella domanda compilata on-line ed in quella cartacea), l'Amministrazione ha l'onere – salvo che non si versi in ipotesi di dichiarazioni mendaci – di invitare il concorrente a regolarizzare la domanda presentata tramite il ricorso al soccorso istruttorio, non potendo, per converso legittimamente procedere all'esclusione.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 2 febbraio 2017, n. 2730 – Enti Pubblici – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in materia di canone di indennità di occupazione del demanio idrico* – Con tale pronuncia le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato che il controllo di legittimità di una delibera di Giunta regionale a mezzo della quale è stato determinato il canone da corrispondere a titolo di indennità di occupazione del demanio idrico per l'esercizio del servizio di comunicazione elettronica (nella specie la società aveva installato le reti di comunicazione in aree di demanio idrico sottostanti strade statali) spetta al giudice ordinario. Ne consegue che, in caso di riscontro di vizi di legittimità, il provvedimento sarà suscettibile di disapplicazione.

Corte di Cassazione, sez. III civile, del 2 febbraio 2017, n. 2695 – Enti Pubblici – *Sulla configurabilità del danno all'immagine della P.A. anche in caso di condanna penale di un soggetto che non rivesta la qualifica di pubblico dipendente* - Con tale sentenza, la Cassazione ha confermato la possibilità per l'Amministrazione di agire per il risarcimento del danno all'immagine subito a seguito di sentenza penale di condanna irrevocabile pronunciata nei confronti di un imprenditore per corruzione connessa con dei pubblici affidamenti.

Corte Di Cassazione, sez. I civile, del 9 febbraio 2017 n. 3462– Edilizia&Urbanistica - *Sulla natura conformativa del vincolo derivante da destinazione a verde pubblico: conseguenze in termini di indennità* – In linea con l'orientamento affermatosi in materia, la Cassazione, ricordato che la natura conformativa del vincolo deve ravvisarsi ogni qual volta lo stesso sia impresso non a causa della collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ma in relazione alla natura e la struttura del vincolo stesso, ha confermato la natura conformativa del vincolo derivante da destinazione a verde pubblico, precisando altresì che da tale classificazione deriva il carattere non indennizzabile dello stesso in caso di reiterazione da parte della P.A.

News

Con **delibera n. 1 dell'11 gennaio 2017** (pubblicata in G.U. n. 26 del 1° febbraio 2017), l'Anac ha fornito le **indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG**, precisando, in particolare:

- la tempistica e la modalità di acquisizione dello stesso a seconda del tipo di procedura che si intende bandire;
- gli adempimenti cui è tenuto il RUP ai fini del perfezionamento del CIG previamente acquisito;
- gli obblighi di comunicazione al RUP ai fini del perfezionamento;
- le conseguenze derivanti dal mancato perfezionamento del CIG.

Il documento è consultabile e può essere scaricato dal seguente link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?id=04020aec0a77804229665da4681d3a86>

Con **comunicato del 21 dicembre 2016** (pubblicato in G.U. n. 26 del 1° febbraio 2017), il Presidente dell'Anac ha reso noti i **modelli per le segnalazioni utili ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità**, al contempo fornendo delle indicazioni concernenti l'utilizzo degli stessi nell'ambito dei vari procedimenti.

Il documento è consultabile e può essere scaricato dal seguente link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=6675>

E' stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 36 del 13 febbraio 2017 il **Regolamento del Ministero Delle Infrastrutture e Dei Trasporti** recante la definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e l'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. Il decreto entrerà in vigore il 28 febbraio 2017.