

NEWSLETTER N.5 ANNO II

1-15 marzo 2016



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI
— AVVOCATI —

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

In evidenza

Consiglio di Stato, sez. V, del 15 marzo 2016, n. 55 – Società partecipate - *Sulla differenza tra società in house e società mista e sulle condizioni che devono sussistere per poter affidare direttamente un servizio pubblico locale (nel caso di specie igiene urbana)* – Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato nel condividere in pieno le motivazioni della sentenza del Giudice di prime cure (Tar Lazio, sez. II bis, sentenza n. 4010/2015) e nel ricordare la differenza tra le società in house e le società miste (“*la prima agisce come un vero e proprio organo dell’amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza*”), ha ribadito che l’affidamento del servizio a queste ultime è possibile solo se si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l’individuazione specifica del determinato servizio da svolgere.

(Giudizio al TAR e al CDS seguito da uno dei soci dello Studio per conto dell’Amministrazione convenuta)

Tar Lazio - Roma, sez. II bis del 4 marzo 2016, n. 2864– Appalti – *Sul giudice munito di giurisdizione nelle controversie concernenti i rapporti di subconcessione* – Con la sentenza in commento, nel respingere il ricorso presentato dalla ricorrente, il Tar ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie vertenti in materia di subconcessione rilevando che in tali casi l’Amministrazione resta in qualche modo partecipe del rapporto subconcessorio, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio a monte.

(Giudizio seguito dallo Studio per conto della società controinteressata)

Tar Lazio - Roma, sez. II bis del 4 marzo 2016, n. 2865- Appalti - *Sulla nozione di controinteressato e sull’onere di tempestiva proposizione delle doglianze attinenti a circostanze conosciute dal ricorrente* – Con la pronuncia in esame, nel condividere le argomentazioni svolte dal Comune convenuto e nel ribadire gli elementi (formale e sostanziale) necessari affinché un soggetto possa essere qualificato come controinteressato, il Tar ha affermato la necessità della tempestiva proposizione delle doglianze che attengano a circostanze note al ricorrente al momento della proposizione del ricorso (nella specie si trattava di una situazione di presunta incompatibilità di una controinteressata), pena la tardività delle censure stesse.

(Giudizio seguito dallo Studio per conto dell’Amministrazione convenuta)

Normativa

In occasione del Consiglio dei Ministri del 3 marzo 2016 è stato approvato in esame preliminare il decreto legislativo di attuazione delle direttive europee in materia di contratti pubblici.

Di seguito le principali novità evidenziate:

- maggiore attenzione alla qualità dell’offerta, con previsione di tre livelli di progettazione;
- il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa diventa preferenziale ed obbligatorio in determinati settori;
- rafforzamento del ruolo dell’ANAC;
- previsione di una disciplina unitaria per le concessioni;
- graduale passaggio alle procedure di gara interamente gestite in maniera digitale;
- introduzione di una disciplina *ad hoc* per il partenariato pubblico privato (PPP);

Corte Costituzionale

- rivisitazione dell'istituto del contraente generale;
- previsione di un rito giurisdizionale accelerato e di rimedi alternativi stragiudiziali.

In data 27 febbraio 2016 è entrata in vigore la Legge n. 21 del 25 febbraio 2016, recante la conversione del Decreto Legge del 30 dicembre 2015, n. 210 (c.d. Milleproroghe).

Corte Costituzionale, del 10 marzo 2016, n. 51- Servizi pubblici locali-Servizio idrico integrato- Sulla competenza legislativa primaria delle Province Autonome - Con la sentenza in commento, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nel decreto "Sblocca Italia" che ha previsto – anche con riferimento alle Province Autonome- il potere sostitutivo del Presidente della Regione nel caso di mancata adesione agli enti d'ambito da parte degli enti locali, rilevando la violazione della competenza legislativa primaria delle Province Autonome in materia di organizzazione del servizio idrico.

Corte Costituzionale, del 9 marzo 2016, n. 49- Edilizia&Urbanistica- Sui limiti della competenza concorrente in materia di "governo del territorio"- Con la pronuncia in esame, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della Legge Regionale Toscana, recante una normativa sostitutiva dei principi generali dettati dal legislatore statale in materia di SCIA (nella specie venivano previste specifiche ipotesi di intervento in autotutela dell'Amministrazione), rilevando che la possibilità di intervento del legislatore regionale incontra il proprio limite nella previsione di una disciplina di dettaglio, restando precluso allo stesso l'introduzione di una normativa sostitutiva rispetto a quella dettata dal legislatore nazionale.

Giurisprudenza Amministrativa e Civile

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 29 febbraio 2016, n. 5 – Appalti – Sull'impossibilità della regolarizzazione postuma della posizione contributiva (DURC) da parte dell'operatore economico - Con la sentenza in esame, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha escluso che l'operatore economico possa essere invitato a regolarizzare la propria posizione contributiva in corso di gara. A detta conclusione il Massimo Consesso è pervenuto valorizzando i principi di auto responsabilità dell'operatore economico, il quale è tenuto ad essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali dal momento della presentazione delle offerte e per tutta la durata della procedura di gara e del rapporto con la stazione appaltante.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 7 marzo 2016, n. 917- Appalti- Sulla legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione in caso di esito negativo dell'accertamento della regolarità contributiva dell'impresa- Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara nel caso in cui la S.A. accerti il mancato

possesso dal parte dell'impresa aggiudicataria del requisito della regolarità contributiva, in conformità a quanto recentemente rilevato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 5/2016 sull'impossibilità da parte dell'impresa di regolarizzare la propria posizione contributiva in corso di gara.

Consiglio di Giustizia Amministrativa, del 1° marzo 2016, n. 65- Appalti-*Sull'onere di indicazione del nominativo del subappaltatore in sede di offerta*

Con la pronuncia in commento è stato nuovamente evidenziato che il subappalto rientra nella fase di esecuzione del contratto. Ne consegue che l'impresa che intenda avvalersi di tale istituto non è tenuta ad indicare il nominativo del subappaltatore in sede di offerta, non soccorrendo alcuna norma che disponga in tal senso.

Consiglio di Stato, sez. III, del 28 febbraio 2016, n. 859 – Appalti –

Sull'applicabilità del soccorso istruttorio alle concessioni di servizi- Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato l'applicabilità del soccorso istruttorio alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi. Ciò in quanto dette procedure restano soggette ai principi generali relativi ai contratti pubblici, tra i quali deve farsi rientrare anche il c.d. "soccorso istruttorio".

Tar Lazio – Roma, sez. II dell'11 marzo 2016 n. 3119 – Appalti – *Sul possesso dei requisiti di ordine generale da parte dei consorzi stabili, sul possesso del requisito della regolarità fiscale e sulla portata del principio di rotazione*

– Con la pronuncia in commento, il Tar ha ribadito che il possesso dei requisiti di ordine generale deve essere dimostrato da tutte le imprese partecipanti al consorzio stabile. Sotto connesso aspetto è stato rilevato che la circostanza che un'impresa abbia richiesto la rateizzazione di un debito tributario, nel confermare l'esistenza del debito stesso, impedisce allo stesso operatore di dichiarare di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate sino all'accoglimento della domanda di rateizzazione. Ancora, il Tar ha affermato che il principio di rotazione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate non ha valenza precettiva assoluta e non può essere invocato dalla S.A. per escludere *sic et simpliciter* il precedente gestore.

Tar Emilia Romagna - Parma , sez. I del 29 febbraio 2016, n. 66- Appalti –

Sui presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria in caso di mancanze, incompletezze o altre irregolarità essenziali - Con la sentenza in esame, il Tar ha rilevato che l'onere di pagamento della sanzione prescritta in caso di mancanze, incompletezze o altre irregolarità essenziali discende esclusivamente dall'incompletezza della documentazione presentata dal concorrente, a nulla rilevando le valutazioni dello stesso in merito alla persistenza di un eventuale interesse a rimanere in gara.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 9 marzo 2016 n. 949- Edilizia&Urbanistica – *Sul diniego di condono in caso di opere abusive realizzate nei 100 metri della fascia di rispetto cimiteriale e sul rilascio della concessione in sanatoria nei limiti dell’aumento del 10% della volumetria esistente* - Con la pronuncia in commento è stata affermata la legittimità del diniego di condono di opere realizzate nei 100 metri della fascia di rispetto cimiteriale evidenziando che si tratta di una fascia di inedificabilità assoluta. Sotto altro profilo è stato, altresì, rilevato che la concessione in sanatoria può essere rilasciata in caso di aumento volumetrico superiore al 10% solo ove si tratti di opere di recupero ovvero di intervento funzionale all’utilizzo dell’edificio (nella specie è stato negato che un appartamento realizzato sul lastrico solare di un edificio fosse qualificabile nei suddetti termini).

Consiglio di Stato, sez. VI, del 7 marzo 2016 n. 905- Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità del diniego del nullaosta della Soprintendenza in caso di opere destinate a ridurre o eliminare barriere architettoniche* - Con tale decisione, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che il diniego del nullaosta della Soprintendenza in caso di opere destinate a ridurre o eliminare barriere architettoniche deve essere motivato in ordine alla natura ed alla serietà del pregiudizio che la realizzazione dell’intervento arrecherebbe al bene tutelato. Sulla base di tale principio è stato ritenuto illegittimo il diniego opposto sulla base di una motivazione da cui non era possibile evincere l’esistenza di un pregiudizio talmente grave da non poter essere impedito attraverso l’utilizzo delle prescrizioni necessarie.

Tar Campania – Napoli - sez. I, del 9 marzo 2016, n. 592- Edilizia&Urbanistica- *Sull’illegittimità della sospensione sine die del permesso di costruire*- Con la sentenza in esame, nel ribadire l’obbligatorietà dell’istruttoria e della motivazione dei provvedimenti che, ancorché cautelari, incidano negativamente sulla sfera del privato, il Tar ha rilevato l’illegittimità della sospensione *sine die* dell’efficacia del permesso di costruire motivata esclusivamente con riferimento alla necessità di verificare la veridicità delle ragioni poste alla base della contestazione di un atto di assenso edificatorio.

Tribunale di Primo Grado UE, sez. VIII del 3 marzo 2016, n. T-15/14- Servizi pubblici locali- TPL- *Sulla natura di aiuto di stato delle compensazioni riconosciute per l’esercizio del servizio nell’ambito di un obbligo di servizio pubblico*- Con la decisione in commento il Tribunale dell’Unione Europea, nel respingere il ricorso presentato da una società italiana concessionaria del servizio di TPL, ha confermato il provvedimento con cui la Commissione aveva rilevato la natura di aiuto di stato (e dunque incompatibile con il mercato interno) delle compensazioni riconosciute alla ricorrente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in ottemperanza ad una sentenza del Consiglio di Stato che aveva affermato la spettanza di dette compensazioni per aver la società istante esercitato il servizio nell’ambito di un obbligo di servizio pubblico

Tar Puglia - Lecce, sez. II del 3 marzo 2016, n. 438- Enti locali – *Sull’illegittimità -per incompetenza- dell’ordinanza sindacale recante il divieto di differenti forme di pubblicità per ragioni di igiene pubblica* – Con la pronuncia in commento il Tar ha ritenuto viziata da incompetenza l’ordinanza

Corte dei Conti

contingibile ed urgente con la quale il Sindaco, per ragioni di igiene pubblica, aveva vietato diverse forme di pubblicità all'interno di tutto il territorio comunale (tra le altre: affissione di manifesti sui pali della pubblica illuminazione e della segnaletica stradale nonché mediante la distribuzione di volantini nei portoni, negli androni delle abitazioni private), se non previa autorizzazione comunale e in giorni prefissati. In particolare, sulla scorta di un precedente giurisprudenziale, è stato rilevato che tale provvedimento, vertendo in materia di organizzazione e gestione del servizio di ritiro dei rifiuti rientra nella competenza dei dirigenti e non dell'organo politico.

Sezione Regionale Controllo Lombardia, Deliberazione del 1 marzo 2016, n. 64- Enti locali- Sulla possibilità di riconoscere un'indennità di risultato gli organi amministrativi di una società di progetto - Con la deliberazione in commento, la Corte ha rilevato che la specificità dell'oggetto sociale tipica delle società di progetto non muta la natura di società di capitali delle stesse. Ne consegue che ove si tratti di società a carattere misto con partecipazione pubblica maggioritaria, si applicano le disposizioni relative ai tetti massimi ai compensi degli amministratori, che potranno essere elevati in misura proporzionale alla partecipazione di soggetti diversi da enti locali, nonché attraverso il riconoscimento di un'indennità di risultato nel caso di produzione di utili da parte della società (art. 1, commi 725 e 728 della l. 296/2006).

Sezione Regionale Controllo Liguria, Deliberazione del 10 febbraio 2016, n. 14- Enti locali- Sull'illegittimità dell'autorizzazione ad procedere agli acquisti sul mercato esterno resa dall'organo politico - Con la deliberazione in commento la Corte dei Conti ha rilevato che l'autorizzazione a procedere agli acquisti sul mercato esterno- dunque in deroga alla regola del ricorso alla centrali di committenza- è atto puramente gestionale, dunque sottratto alla competenza dell'organo politico (nella specie la delibera era stata adottata dalla Giunta comunale anziché dal dirigente apicale).

Anac

Atto di segnalazione del 2 marzo 2016, n. 1 - In data 3 marzo 2016 è stato inviato ai Presidenti di Camera e Senato, al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione ed al Presidente della Conferenza unificata Stato Regioni ed autonomie locali l'Atto di Segnalazione dell'Anac n. 1/2016, recante l'esame del Decreto legislativo di cui all'art.7 della legge n.124 del 2015, approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016 ("Decreto Madia") in materia di revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza. Attraverso tale atto l'Anac ha esplicitato le proprie osservazioni al testo legislativo e prospettato le eventuali modifiche dello stesso.

Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. n. 39 del 2013)- E' disponibile sul sito internet dell'Anac la Relazione finale sulla normativa vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico redatta dalla Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=2c82565c0a778042191831cd74227607