

# NEWSLETTER N.10 ANNO II

16-31 maggio 2016



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI  
— AVVOCATI —

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

## In evidenza

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 25 maggio 2016, n. 10- Appalti- Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in ipotesi di controversie afferenti alla regolarità del DURC e sulla possibilità di sanatoria postuma della posizione contributiva del concorrente**- Con tale sentenza, l'Adunanza Plenaria ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in caso di contestazione della regolarità del DURC, quale atto interno al procedimento di verifica del possesso dei requisiti da parte dei concorrenti. Sotto altro aspetto ha escluso (in linea con quanto rilevato nelle sentenze nn. 5/2016 e 6/2016 rese dalla stessa Adunanza) che l'operatore economico possa essere invitato a regolarizzare la propria posizione contributiva **in corso di gara**, essendo invece 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. **(sul secondo aspetto cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 29 febbraio 2016, n. 5 in newsletter n. 5/2016)**

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 24 maggio 2016, n. 9- Edilizia&Urbanistica – Sulla non necessità del nulla osta paesaggistico in sede di pianificazione attuativa** - Con la pronuncia in commento, ricostruita la normativa vigente in materia di rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno di Parchi, l'Adunanza Plenaria ha affermato che il nulla osta dell'Ente Parco deve ritenersi dovuto esclusivamente in fase di esecuzione dell'intervento suscettibile di modificare il territorio. Viceversa, allorquando si tratti di atti di programmazione e pianificazione urbanistica, il coinvolgimento dell'Ente Parco non può essere considerato come dovuto e vincolante ai fini delle scelte, potendosi, al più, iscrivere nell'ambito dei rapporti collaborativi tra i diversi enti.

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 13 aprile 2016, n. 7293 – Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate- Sul riparto di giurisdizione in tema di danno arrecato alla società dalla condotta illecita di amministratori e dipendenti**- Con tale ordinanza le Sezioni Unite di Cassazione, hanno ribadito che in tema di nocumento cagionato alla società a partecipazione pubblica da una condotta illecita di amministratori o dipendenti, tale danno può essere qualificato come erariale (con conseguente radicamento della giurisdizione della Corte dei Conti) solamente laddove la società sia classificabile come società *in house*, restando invece di competenza del giudice ordinario le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e dipendenti di società che, anche se partecipate, non siano qualificabili come *in house*.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 25 maggio 2016, n. 2219- Appalti- Sul rapporto tra l'istituto del soccorso istruttorio e il principio di autoresponsabilità dei concorrenti**- Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti impone di ritenere precluso il ricorso al soccorso istruttorio laddove vengano in rilievo omissioni di documenti ovvero inadempimenti richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis* in modo chiaro ed univoco.

## Giurisprudenza amministrativa e civile

**Consiglio di Stato, sez. V, del 19 maggio 2016, n. 2106- Appalti-Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio in caso di dichiarazioni non veritiere**- Con la pronuncia in commento, ribadito che il soccorso istruttorio è volto ad evitare esclusioni dalla gare pubbliche per carenze meramente documentali, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato che in caso di dichiarazione mendace tale istituto non può ritenersi applicabile, dovendosi concludere, invece, per la decadenza del dichiarante dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera (art. 75 D.P.R. 445/2000).

**Consiglio di Stato, sez. V, del 19 maggio 2016, n. 2095- Appalti-Sull'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione definitiva motivata con riferimento al contenzioso giurisdizionale avente ad oggetto l'aggiudicazione**- Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha negato la legittimità della revoca dell'aggiudicazione definitiva fondata sulla pendenza del giudizio instaurato avverso l'aggiudicazione stessa. In particolare, è stato ribadito che la revoca dell'aggiudicazione definitiva può sempre intervenire purché sia motivata con riferimento a ragioni convincenti in merito all'interesse pubblico e non comprometta oltremodo l'affidamento del privato, condizioni queste non rinvenibili nel caso di revoca giustificata sulla base della pendenza del giudizio.

**Tar Campania – Napoli, sez. I, del 27 maggio 2016, n. 2749- Appalti – Sull'illegittimità dell'irrogazione della sanzione pecuniaria nel caso di concorrente che non intenda avvalersi del soccorso istruttorio a pagamento** – Con l'interessante pronuncia i giudici campani hanno affermato l'illegittimità del provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria connessa al soccorso istruttorio c.d. a pagamento nel caso in cui il concorrente abbia dichiarato di non voler usufruire di tale procedimento. A tale conclusione il Tar è giunto valorizzando la *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento evidenziando che nel caso di rinuncia da parte dell'operatore economico, questo presta acquiescenza all'estromissione dalla gara, non ledendo in alcun modo l'interesse alla rapida definizione della procedura.

**Tar Sardegna, sez. I, del 20 maggio 2016, n. 446- Appalti – Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie riguardanti la revoca dell'aggiudicazione per asseriti inadempimenti nella fase di esecuzione anticipata del contratto**- Con tale pronuncia il Tar, ribadito che l'accettazione dell'esecuzione anticipata del contratto comporta la conclusione di un vero e proprio vincolo negoziale, ha confermato che le controversie derivanti da detta fase (nella specie la revoca dell'aggiudicazione motivata su asseriti inadempimenti nell'esecuzione anticipata del contratto) rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, riguardando rapporti di tipo privatistico. **(cfr. Tar Toscana, sez. I, dell'11 aprile 2016, n. 610 in newsletter n. 7/2016)**

**Tar Puglia - Bari, sez. II, del 20 maggio 2016, n. 694- Appalti – Sulle voci di danno risarcibile in caso di revoca degli atti di gara intervenuta in fase avanzata di procedura** - Con la sentenza in esame, ribadito che la revoca degli atti di gara può integrare illecito precontrattuale laddove risultino essere stati violati i canoni generali di buona fede e correttezza anche a prescindere dall'illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela, il Tar ha confermato che il danno precontrattuale risarcibile è riconducibile al solo interesse negativo, inteso quale danno emergente e lucro cessante. Viceversa, non possono ritenersi ristorabili né l'interesse positivo (ossia l'utile di impresa che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto non stipulato), né il danno c.d. curriculare.

**Tar Puglia - Lecce, sez. III, del 18 maggio 2016, n. 869- Appalti – *Sul valore indiziario delle referenze bancarie e sull'applicabilità del soccorso istruttorio in caso di omissione, incompletezza o irregolarità di una dichiarazione*- Con la pronuncia in esame, il Tar, rilevato che le referenze bancarie rappresentano semplici dichiarazioni di scienza idonee a fornire elementi indiziari circa la solidità dell'impresa concorrente, ha affermato che nell'ambito della dimostrazione della capacità economico finanziaria occorre bilanciare l'esigenza della prova della sussistenza dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche. Ne consegue sia che l'operatore economico, ricorrendo "giustificati motivi" può provare il possesso della capacità economico finanziaria con qualsiasi altro documento idoneo, sia che in caso di omissione, incompletezza o irregolarità di una delle dichiarazioni, la Stazione appaltante non può escludere direttamente il concorrente, dovendo, invece avviare il procedimento del soccorso istruttorio. (vedi anche **Tar Puglia - Lecce, sez. III, del 18 maggio 2016, n. 829**)**

**Tar Lombardia - Brescia, sez. II, del 17 maggio 2016, n. 691- Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate - *Servizio di Igiene Urbana- Sui presupposti di legittimità dell'affidamento diretto in house del servizio di igiene urbana*- Con la sentenza in commento i giudici lombardi, nell'affermare la legittimità del provvedimento attraverso cui il Comune aveva affidato direttamente *in house* il servizio di igiene urbana ad una società a capitale misto pubblico privato, hanno evidenziato che affinché tale scelta possa essere ritenuta legittima è necessario che: a) il socio privato sia stato individuato tramite procedura ad evidenza pubblica c.d. a doppio oggetto; b) la società affidataria gestisca il servizio nei territori e nelle province limitrofe; c) il Comune dia dettagliatamente atto delle ragioni di convenienza economica di tale opzione nella relazione tecnica.**

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 23 maggio 2016, n. 6312- Edilizia&Urbanistica- *Sui presupposti per l'autorizzazione alla realizzazione di parcheggi pertinenziali in deroga agli strumenti urbanistici e sul controllo esercitato dai Comuni*- Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ribadito che la realizzazione in deroga agli strumenti urbanistici di parcheggi pertinenziali di unità immobiliari è consentita solo ove tali parcheggi siano effettivamente al servizio delle singole unità immobiliari, nel senso di essere fruibili solamente dai soggetti che siano in un determinato rapporto con le stesse. È stato altresì rilevato che all'atto dell'autorizzazione il Comune non è tenuto ad analizzare i singoli aspetti privatistici del rapporto tra privato ed area, restando demandato allo stesso esclusivamente una verifica del profilo urbanistico salvo che eventuali limiti al diritto di proprietà siano conoscibili e non contestati, nel qual caso la P.A. non potrà esimersi dal prenderne atto.**

**Tar Lombardia - Milano, sez. II, del 25 maggio 2016, n. 1078- Edilizia&Urbanistica- *Sulla legittimità del diniego dell'istanza di mutamento di destinazione d'uso motivato con riferimento al rischio di superamento della soglia di concentrazione di fattori inquinanti*- Con tale sentenza il Tar ha affermato che in caso di istanza di mutamento di destinazione d'uso di un immobile da capannone ad uso industriale a centro culturale e luogo di culto, è legittimo il diniego fondato sul parere sfavorevole della ASL competente che, nella valutazione del rischio sanitario ed ambientale, abbia rilevato la sussistenza del pericolo di superamento della soglia di concentrazione di fattori inquinanti.**

## Corte dei Conti

**Tar Campania - Napoli, sez. II, del 17 maggio 2016, n. 2532-Edilizia&Urbanistica- *Sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo edificato oltre venti anni prima in area ricadente la fascia di rispetto cimiteriale*- Con la pronuncia in commento il Tar ha rilevato la legittimità dell'ordinanza di demolizione emessa a seguito del diniego di condono di un edificio costruito oltre venti anni prima all'interno della fascia di rispetto cimiteriale. In particolare è stato evidenziato da un lato che gli abusi edilizi costituiscono illeciti permanenti (con conseguente mantenimento del potere di intervenire da parte della P.A.), dall'altro che il vincolo cimiteriale è un vincolo di in edificabilità assoluta, da ciò discendendo la doverosità dell'intervento sanzionatorio dell'Amministrazione.**

**Tar Sicilia – Palermo, sez. II del 17 maggio 2016, n. 1198– Enti locali – *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie afferenti ad atti di affidamento di incarichi di responsabilità dirigenziale a tempo determinato* – Con la pronuncia in esame, i giudici siciliani hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in materia di affidamento di incarichi di responsabilità dirigenziale a tempo indeterminato evidenziando che la selezione del soggetto deve avvenire secondo una procedura concorsuale che non presenta elementi differenziali rispetto al concorso pubblico, con conseguente impossibilità di derogare agli ordinari criteri di riparto di giurisdizione.**

**Sezione Regionale Controllo Sardegna, Deliberazione del 16 maggio 2016, n. 55/2016/VSG – Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – *Sulla portata soggettiva dell'obbligo di redazione del piano operativo di razionalizzazione da parte di un Ente universitario*- Con la deliberazione in commento, ricostruita la normativa vigente in materia, la Corte ha affermato che nell'ambito della redazione del piano operativo di razionalizzazione devono essere considerati esclusivamente gli enti costituiti in forma societaria (ancorché consortile), restando, invece, estranei alle richieste indagini i soggetti non costituiti in forma di società, quali ad esempio in consorzi universitari.**

## Anac

In occasione della seduta del 18 maggio 2016, l'Anac ha approvato lo schema di Piano Nazionale Anticorruzione per il 2016, con riserva di integrarne e modificarne i contenuti soprattutto sulla base dei decreti attuativi della Legge Madia in tema di riforma della P.A. A tal fine l'Autorità ha aperto una consultazione pubblica sulla bozza del Piano ai fini di acquisire osservazioni e contributi, fissando per l'inoltro di questi ultimi la scadenza del 9 giugno 2016 - h. 24.00. Per ulteriori informazioni visitare il sito [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)