

NEWSLETTER N. 17 ANNO III

1– 15 ottobre 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

Consiglio di Stato, parere del 6 ottobre 2017, n. 2109 – Appalti - Sugli affidamenti in materia di servizi legali – Con il parere in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto doveroso che **prima della stesura della versione definitiva delle Linee Guida sia necessario coinvolgere il Consiglio Nazionale Forense al fine di delineare le corrette modalità di affidamento degli incarichi legali**. In particolare è stato posto in rilievo l'elevato livello fiduciario di tali incarichi (elemento che invece l'ANAC sottovaluta) e per l'effetto ritenuto doveroso che siano coinvolti anche i rappresentanti della categoria forense (il CNF per l'appunto), oltre che il Ministero della Giustizia (quale Amministrazione vigilante sugli ordini professionali) e il Ministero dei trasporti e delle infrastrutture (quale soggetto chiamato a dare attuazione alle disposizioni del codice).

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, del 5 ottobre 2017, C-567/15 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – *Sui presupposti per la qualificazione di una società interamente partecipata in termini di organismo di diritto pubblico* – Rilevato, in termini generali, che ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico, una società interamente detenuta da un'Amministrazione deve essere stata istituita per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, deve essere dotata di personalità giuridica e deve essere finanziata ovvero controllata in modo maggioritario dallo Stato ovvero da altra Amministrazione, la Corte di Giustizia è intervenuta sull'argomento specificando quanto segue. Da un lato i Giudici di Lussemburgo hanno osservato che **non osta alla qualificazione come organismo di diritto pubblico la circostanza per cui la società svolga attività anche nell'ambito del mercato concorrenziale a patto che, comunque, venga accertata la funzionalità della stessa al funzionamento dell'Ente e che, comunque, i fini non siano di carattere economico e/o industriale o commerciale**. Sotto altro profilo la Corte ha, poi, rilevato che il fatto che nel futuro il valore delle operazioni interne tra società e Amministrazione possa rappresentare una parte non essenziale del fatturato della prima non impinge sulla qualificazione della stessa come organismo di diritto pubblico in quanto trattasi di circostanza futura ed incerta non suscettibile di essere positivamente valutata prima della sua realizzazione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 5 ottobre 2017 n. 4644 - Appalti-Sull'interpretazione delle clausole ambigue della lex specialis – Con la recente sentenza, il Consiglio di Stato ha confermato che **nel caso in cui una clausola della legge di gara possa essere interpretata in più modi, deve essere preferita l'interpretazione che favorisca la più ampia partecipazione alla procedura**. Ne discende, allora, che se una clausola si presta ad essere letta come preclusiva della partecipazione di un'impresa nonché come garantista della permanenza in gara della stessa, la disposizione dovrà essere interpretata nell'ultimo dei citati sensi.

Consiglio di Stato, sez. III, del 4 ottobre 2017 n. 4631 - Appalti-Sull'applicabilità della disciplina sui contratti pubblici agli operatori destinatari di un finanziamento di scopo: rimessione della questione alla Corte di Giustizia – E' stata rimessa all'esame pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione attinente all'applicabilità della disciplina sui contratti pubblici alle forniture eseguite da un operatore economico destinatario di un finanziamento pubblico di scopo. In particolare il Collegio ha evidenziato come **l'esecuzione di una fornitura da parte di un operatore economico che sia anche destinatario di un finanziamento erogato dalla medesima Amministrazione deve considerarsi effettuata a titolo oneroso anche ove non sia previsto alcun corrispettivo da parte della Stazione Appaltante in quanto la medesima è stata possibile in virtù del finanziamento precedentemente ricevuto**. Ne deriva, allora, a parere del Collegio, la logica conseguenza per cui anche altri operatori economici avrebbero potuto avere interesse alla percezione della sovvenzione di scopo nell'ottica della futura fornitura, e ciò al di là di un rapporto di convenzione già in essere ed avente ad oggetto prestazioni di natura diversa.

Consiglio di Stato, sez. V, del 3 ottobre 2017, n. 4614 - Appalti-Sulla legittimità di un appalto di servizi professionali che non preveda – quale corrispettivo – un'utilità finanziaria - Il Consiglio di Stato, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza europea ha ribadito **la conformità all'ordinamento di un appalto di servizi professionali che non preveda alcun corrispettivo in denaro per l'esecutore**. In particolare il Collegio ha evidenziato come **il**

carattere necessariamente oneroso dei contratti pubblici deve essere interpretato in senso ampio, così da ricomprendere al suo interno ogni utilità economica – e non necessariamente finanziaria – che deriva all'appaltatore dall'esecuzione delle prestazioni (ivi compreso il solo fatto di apparire esecutore di quanto richiesto dall'Amministrazione). D'altro canto, è stato precisato, la correttezza di tale impostazione viene confermata dall'ordinamento medesimo, che ammette la partecipazione alle gare di appalto delle figure del "terzo settore", per natura prive di finalità lucrative ma non già estranee allo scopo *lato sensu* economico dell'appalto.

Tar Sicilia, Catania, sez. I, del 6 ottobre 2017 n. 2338 - Appalti – Sul contenuto necessario del contratto di avvalimento – In conformità con quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il Tar ha affermato che **il contratto di avvalimento deve necessariamente contenere l'indicazione compiuta ed esplicita dell'oggetto, delle risorse e dei mezzi prestati al concorrente, al fine di consentire alla Stazione Appaltante di valutare l'offerta nel suo complesso**. Ne consegue che **ove tale contratto manchi dell'indicazione di detti requisiti minimi e si risolva nella generica messa a disposizione dei mezzi e delle risorse necessarie all'ausiliata deve ritenersi illegittima l'aggiudicazione in favore di quest'ultima**.

Tar Umbria, sez. I, del 6 ottobre 2017 n. 620 - Appalti – Sui diversi presupposti di ammissibilità di "varianti" e "soluzioni migliorative" – Il Tar Umbria ha confermato che la **differenza tra "varianti" e "soluzioni migliorative"** consiste nel fatto che mentre **le prime possono comportare una vera e propria modifica delle caratteristiche essenziali del progetto, le seconde consistono esclusivamente in integrazioni e precisazioni del progetto stesso che non viene in alcun modo modificato**. Sulla base di tale distinguo il Collegio ha affermato che **le "soluzioni migliorative" possono essere proposte senza alcun limite, mentre ai fini dell'ammissibilità delle "varianti" è necessario che il bando di gara preveda espressamente tale possibilità**. (In termini: **Tar Puglia - Lecce, sez. III, del 2 ottobre 2017, n. 1557**)

Tar Molise, sez. I, del 4 ottobre 2017, n. 332 - Appalti – Sulle conseguenze dell'omessa pubblicazione dell'elenco dei candidati ammessi – Con tale pronuncia il Tar ha rilevato che **l'omessa pubblicazione dell'elenco dei candidati ammessi** pur comportando il venir meno dell'onere di immediata impugnazione dello stesso attraverso il ricorso al rito super accelerato, **non preclude**

l'impugnabilità di detto elenco prima dell'aggiudicazione della gara.

Tar Liguria, sez. I, del 4 ottobre 2017, n. 747 - Appalti – Sulla legittimità dell'annullamento di una gara disposto in accoglimento dei rilievi formulati dall'Anac – Con la sentenza in commento è stata affermata la legittimità del provvedimento a mezzo del quale la Stazione Appaltante abbia aderito ai rilievi compiuti dall'Anac motivando adeguatamente tale adesione. Ed infatti, il Tar ha affermato che pur non essendo vincolante, **il parere dell'Autorità ben può indirizzare le scelte dell'Amministrazione, che dovranno essere considerate immuni da censure laddove venga dato atto dei motivi di condivisione del contenuto di detto parere.**

Tar Campania – Napoli, sez. I, del 3 ottobre 2017, n. 4611 - Appalti – Sulle conseguenze della mancata indicazione degli oneri della sicurezza nel silenzio della *lex specialis* – Dato atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale nella materia *de qua*, i Giudici campani hanno affermato che **anche nella vigenza del Nuovo Codice dei contratti, l'omessa specifica indicazione degli oneri della sicurezza non può comportare automaticamente l'esclusione del concorrente qualora la legge di gara nulla prescriva a riguardo.** Ed infatti, a parere del Collegio, tale omissione deve essere considerata meramente formale e, perciò, **regolarizzabile con l'attivazione del soccorso istruttorio.**

Tar Campania – Napoli, sez. II, del 2 ottobre 2017, n. 4587 - Appalti – Sull'ammissibilità del ribasso applicato ai costi del personale nel silenzio della legge di gara – Con tale pronuncia è stata rilevata la legittimità dell'aggiudicazione disposta a favore del concorrente che aveva, in sede di offerta, praticato il ribasso anche sui costi del personale. In particolare è stato osservato che **laddove non vi sia, nella legge di gara, alcuna disposizione che ponga espressamente un divieto in tal senso, lo stesso non può essere desunto nemmeno dalla normativa generale, in cui, in effetti, non v'è alcuna disposizione che ponga limiti ai ribassi con riguardo al costo del personale.**

Tar Molise, sez. I, del 3 ottobre 2017, n. 331 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Società Partecipate – Sul divieto di ricapitalizzazione delle società partecipate e sul riparto di giurisdizione - Con la pronuncia in esame il Tar ha affermato da un lato la giurisdizione del Giudice Amministrativo a decidere sull'annullamento di una delibera con la quale è stata disposta la ricapitalizzazione di una società mista, dall'altro l'interesse del socio privato ad impugnare il provvedimento con il quale l'Ente tenterebbe

di escluderlo dalla compagine societaria. Sulla scorta di ciò il Collegio ha **ritenuto illegittima la delibera impugnata**. Ciò in ragione del fatto che, nel caso di specie, **il provvedimento adottato dall'Ente violerebbe l'art. 3, co. 27 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 che non consente alle Amministrazioni pubbliche di procedere alla costituzione o di mantenere partecipazioni che abbiano per oggetto "la produzione di beni e di servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali"**.

Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Basilicata, deliberazione del 2 ottobre 2017 n. 52/2017/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - Sull'insussistenza di divieti alla costituzione e al mantenimento di fondazione di partecipazione da parte di Enti Locali – Con l'interessante pronuncia in esame i Giudici Contabili, dopo aver ricordato la natura della fondazione di partecipazione (quale strumento attraverso il quale un ente pubblico persegue uno scopo di utilità generale, nel tentativo di creare una partnership pubblico-privato tale da poter ricorrere e/o usufruire di maggiori disponibilità finanziarie e di attività maggiormente qualificate di amministrazione nella gestione dei servizi), e dei loro organi di governo (aventi natura "servente" rispetto allo scopo indicato dal fondatore – ente pubblico e cristallizzato nel negozio di fondazione, con conseguente applicazione dei vincoli pubblicistici in materia di limiti di spesa e modalità di reclutamento del personale), hanno tenuto a specificare che **dal punto di vista normativo – vale a dire sotto il profilo dei vincoli di finanza pubblica – allo stato non sono ravvisabili ostacoli alla partecipazione degli enti locali in tali enti (sia essa il frutto della trasformazione di preesistenti organismi, sia la conseguenza della costituzione ex novo di tali soggetti giuridici)**. Il tutto, purché tali soggetti risultino coerenti con l'esercizio di funzioni fondamentali o amministrative assegnate agli EE.LL. (da ultimo, vedasi, Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 5/2014/PAR, che ha ritenuto possibile la istituzione o la partecipazione degli enti a fondazioni culturali).

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 26 settembre 2017 n. 22357 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – Servizio Rifiuti – Sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani – Le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato la **giurisdizione del Giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto il servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani**. In particolare, è stato osservato che fatta eccezione per le vicende meramente esecutive dell'appalto, **la materia de qua rientra**

nell'ambito dei pubblici servizi, in cui il Giudice amministrativo conserva per espressa previsione di legge giurisdizione esclusiva.

Corte dei Conti, sez. di controllo per il Veneto, deliberazione del 20 settembre 2017 n. 527 – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati – *Sull'impossibilità di riconoscere ai membri di un Consorzio di servizi tra Enti Locali emolumenti e/o indennità* – I Giudici veneti, nel recepire l'orientamento della Sezione Autonomie, hanno affermato che **i Consorzi di servizi costituiti tra Enti Locali sono qualificabili come forma di collaborazione intercomunale a carattere strutturale che, pertanto, deve essere disciplinata alla stregua delle Unioni di Comuni e delle Comunità Montane.** Ne deriva **l'applicabilità a detti Consorzi del divieto per gli amministratori degli stessi di percepire indennità e/o emolumenti per l'attività svolta.**

Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Umbria, deliberazione del 12 settembre 2017 n. 93/2017/PAR – Servizi di interesse generale e Organismi partecipati - *Sul presupposto legittimante la realizzazione diretta dei lavori da parte della società mista affidataria dei servizi pubblici locali "a rete"* – Con tale Deliberazione, ricostruita la normativa vigente in materia, la Corte dei Conti ha ribadito che **il soggetto affidatario della gestione dei servizi pubblici locali può realizzare direttamente i lavori necessari alla gestione della rete solamente laddove gli stessi siano stati previsti in sede di gara pubblica per la scelta del socio privato e contestuale affidamento del servizio** (gara a doppio oggetto). Ciò in quanto solamente in detta maniera viene garantito da una parte il rispetto del principio di concorrenza, dall'altra la realizzazione piena dell'interesse pubblico attraverso la selezione della migliore offerta.

Tar Calabria – Reggio Calabria, del 5 ottobre 2017 n. 862 – Enti Locali – *Sugli effetti della sospensione obbligatoria dalla carica e sul riparto di giurisdizione* – Con la pronuncia in commento, il Tar ha osservato come **nelle ipotesi in cui venga accertata la colpevolezza di un Amministratore dell'Ente Locale nel reato di abuso di ufficio, deve ritenersi operante la sospensione obbligatoria e di diritto dalla carica rivestita**, con la conseguenza per cui **detta sospensione non abbisogna – ai fini della produzione degli effetti – di essere notificata all'interessato**, producendo l'inibizione delle pubbliche funzioni dal momento della pubblicazione della sentenza di condanna. Inoltre, in punto di riparto di giurisdizione, il Collegio ha affermato che mentre **spetta al Giudice ordinario la cognizione sulle controversie concernenti il**

provvedimento (dichiarativo) a mezzo del quale il Prefetto dispone la sospensione, rientrano nella giurisdizione amministrativa i giudizi concernenti gli atti adottati nonostante l'intervenuta sospensione.

Tar Piemonte, sez. II, del 5 ottobre 2017 n. 1080 – Enti Locali – *Sulle modalità di voto nell'ambito del ballottaggio per l'elezione del Sindaco* – Con tale pronuncia il Tar ha ribadito che in fase di ballottaggio per l'elezione del Sindaco, **il voto deve essere espresso mediante la formulazione di una preferenza “secca”, scevra da personalismi, che si sostanzia nell'apposizione di una croce sulla casella del candidato prescelto. Ne consegue **che qualsiasi altro segno presente sulla scheda non possa essere ricondotto all'espressione della preferenza** e vada, **pertanto, considerato come segno di riconoscimento**, suscettibile di provocare la nullità del voto qualora oggettivamente indicativo della volontà dell'elettore di farsi riconoscere.**

Corte dei Conti, sez. di controllo per la Regione Liguria, Deliberazione del 5 ottobre 2017 n. 83/2017/PAR – Enti Locali - *Sui limiti all'ammissibilità dei contributi ai soggetti associativi presenti sul territorio* – Evidenziato che i contributi alle forme associative presenti sul territorio non costituiscono di norma spese di rappresentanza, la Corte dei Conti ha affermato che **l'Ente Locale non subisce speciali limitazioni con riferimento alla possibilità di contribuire al funzionamento di detti soggetti, con il solo limite della predeterminazione delle modalità e dei criteri di attribuzione.**

Anac, Delibera del 13 settembre 2017 n. 924 – Enti Locali – *Sull'incompatibilità degli incarichi dirigenziali con la carica di componente del Consiglio Comunale di un Comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti* – Con tale Delibera l'Anac, adita in via consultiva con riferimento alla richiesta avanzata da un dirigente di ruolo della Provincia (eletto Consigliere Comunale) ai fini del riconoscimento dell'incarico precedentemente ricoperto, **ha confermato l'incompatibilità tra incarico dirigenziale in un Ente Locale facente parte della medesima Regione in cui un dirigente di ruolo ricopra anche una carica politica (nella specie di consigliere comunale di un Comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti).**

Consiglio di Stato, sez. IV, del 12 ottobre 2017 n. 4728 – Edilizia&Urbanistica – *Sul concetto di “ristrutturazione edilizia”* – Il Consiglio di Stato ha rilevato che **nella nozione di “ristrutturazione edilizia” rientrano tutti gli interventi volti alla**

realizzazione di un'opera edilizia in tutto o in parte diversa dalla precedente, ivi compresi quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria dell'immobile preesistente. Ciò precisato, il Collegio ha osservato che nel caso in cui l'intervento sia sottoposto a vincoli, può parlarsi di "ristrutturazione" solo ove venga rispettata la sagoma del precedente edificio e non vi sia alcuna modificazione e/o spostamento dell'area di sedime. Viceversa, **laddove il rifacimento comporti delle modifiche – seppur minime - nella localizzazione dell'immobile, l'opera dovrà considerarsi come nuova e non già come ristrutturazione, con ogni conseguenza in termini di presupposti per l'ottenimento del titolo abilitativo.**

Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 ottobre 2017 n. 4670 – Edilizia&Urbanistica – *Sulle conseguenze indennitarie e risarcitorie dell'acquisizione sanante* – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che in caso di adozione di un provvedimento di acquisizione sanante, **il proprietario dell'opera ha diritto alla corresponsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito, pari al 10% del valore venale del bene, nonché al risarcimento del danno derivante dal mancato godimento del medesimo a causa dell'occupazione abusiva, nella misura del 5% del valore del suolo** (in dipendenza della destinazione dello stesso) per ciascun anno di occupazione.

Consiglio di Stato, sez. IV, del 6 ottobre 2017 n. 4659 – Edilizia&Urbanistica – *Sull'inammissibilità dell'impugnazione diretta ed immediata della d.i.a.* – Con tale pronuncia il Consiglio Stato ha ribadito l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia di **impugnabilità diretta degli atti di d.i.a.** (o s.c.i.a.), escludendo l'ammissibilità della stessa. In particolare, il Collegio ha osservato come **tali atti siano considerati dalla legge come oggettivamente e soggettivamente privati con la conseguente inoppugnabilità dei medesimi innanzi al Giudice amministrativo.** D'altra parte, è stato precisato, la medesima normativa **consente ai privati di sollecitare l'Amministrazione nell'esercizio delle verifiche, con la conseguenza per cui solamente i provvedimenti conclusivi delle stesse possono formare oggetto di gravame.**

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 6 ottobre 2017 n. 23453 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla funzione e la natura dell'ordinanza di acquisizione al patrimonio comunale* – In conformità all'orientamento consolidato, le Sezioni Unite di Cassazione hanno ribadito che l'ordinanza di acquisizione gratuita al

patrimonio dell'Ente della costruzione realizzata abusivamente è **volta alla repressione delle condotte illecite, nonché all'inibizione del perdurare degli effetti delle stesse**. È stato, al contempo, rilevato che tale ordinanza **comporta l'acquisto a titolo originario della proprietà del bene, con conseguente caducazione di eventuali pesi e vincoli preesistenti, anche se anteriormente trascritti**.

Tar Campania - Napoli, sez. V, del 9 ottobre 2017, n. 4699-Edilizia&Urbanistica – Sull'illegittimità di un'ordinanza sindacale disponente l'istituzione di un'area pedonale permanente su una piazza – Con tale sentenza il Tar ha affermato **l'illegittimità per carenza dei presupposti dell'ordinanza contingibile ed urgente attraverso cui il Sindaco aveva istituito un'area pedonale permanente su una piazza**. Ed infatti, è stato osservato, **manca in tale fattispecie sia l'imminenza del pericolo per la pubblica utilità** (motivato con riferimento alle manovre effettuate dagli automobilisti in tale area), **sia la temporaneità e l'eccezionalità della situazione**.

Tar Veneto, sez. II, del 3 ottobre 2017, n. 883 - Edilizia&Urbanistica – Sulla giurisdizione in materia di demolizione di una centralina idroelettrica con captazione delle acque realizzata in un torrente – Dato atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale nella materia *de qua*, i Giudici veneti hanno affermato la **giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche nelle controversie aventi ad oggetto l'ordine di demolizione di una centralina idroelettrica con captazione delle acque realizzata in un torrente**.

News

Si segnala che in data 10 ottobre 2017 sono entrate in vigore le Linee Guida Anac in materia di Affidamenti *in house*, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 236 del 9 ottobre 2017.