

# NEWSLETTER N.1 ANNO I

1-15 Novembre 2015



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI  
— AVVOCATI —

Via Sistina n. 48 00187 Roma  
Tel. +3906.69921687  
Fax: +39.0632652774  
<https://www.aoerre.com>  
Email: [segreteria@aoerre.com](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

### ***Tar Lazio, sez. III ter, del 12 novembre 2015 n. 12842- Appalti- Sulla regolarità fiscale di cui all'art. 38 comma 1 lett. G del Codice -***

Con la sentenza in rassegna il Tar Lazio, sposando l'interpretazione sostanzialistica dell'art. 38 comma 1 lett. G, ha ribadito che ai fini della partecipazione alle gare di appalto, l'esclusione di una impresa da parte della stazione appaltante può essere disposta solo laddove l'accertamento della violazione degli obblighi tributari sia divenuto definitivo per l'effetto di decorrenza del termine di impugnazione senza che l'impresa abbia presentato ricorso o di una pronuncia giurisdizionale che abbia acquisito autorità di cosa giudicata.

***(Giudizio seguito dallo Studio per conto dell'impresa inizialmente esclusa dalla gara)***

## Giurisprudenza Amministrativa e Civile

### **Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 2 novembre 2015, n. 9 – Appalti - Sull'indicazione del nominativo del subappaltatore e degli oneri per la sicurezza -**

Con l'importante pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada in sede di adunanza plenaria (investiti della questione dalla IV sezione del Consiglio di Stato) hanno chiarito, da un lato che non vi è alcun obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta (neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria ex art 107 comma 2 DPR n. 207/2010, c.d. subappalto necessario), dall'altro che è inammissibile il soccorso istruttorio nei confronti del concorrente (con conseguente esclusione dalla gara) che non abbia indicato i propri costi di sicurezza aziendali di cui all'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, anche per le procedure nelle quali la presentazione delle offerte è anteriore alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.

### **Consiglio di Stato, sez. V, del 12 novembre 2015, n. 5183 – Segretari Comunali - Sui diritti di rogito -**

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, andando a riformare sul punto la sentenza del Tar, ha precisato che in materia di diritti di rogito dovuti al Segretario comunale o provinciale, l'art. 41, comma 3, della l. 11 luglio 1980, n 312 (oggi non più in vigore, dopo che l'art. 17, comma 74, della l. n. 127 del 1997 ha rimesso la materia alla contrattazione collettiva), nel prevedere un limite massimo pari ad un terzo dello "stipendio in godimento", non può essere interpretato facendo riferimento alla retribuzione annua teoricamente spettante al dipendente e, quindi, allo stipendio tabellare annuo; deve piuttosto farsi riferimento al periodo di effettivo servizio svolto dal soggetto interessato alla percezione del compenso in parola.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 novembre 2015, n. 5091 – Appalti - Sul ricorso all'avvalimento in materia di concessione di servizi** - Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato, nel ribadire che l'istituto dell'avvalimento (finalizzato a garantire la massima partecipazione alla gare pubbliche e quindi ad aumentare il principio di libera concorrenza del mercato), ha efficacia generale ed è ammesso, senza sbarramenti rilevanti, per ogni tipo di requisito tecnico, professionale o finanziario, ha riconosciuto la sua applicabilità anche alle gare per l'affidamento in concessione di servizi, le quali seppur sottratte alle disposizioni del Codice degli appalti, soggiacciono al rispetto, tra l'altro, del principio di libera concorrenza.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 6 novembre 2015, n. 5070 - Appalti-Sull'indicazione degli oneri della sicurezza interni ed esterni e sul ricorso all'avvalimento per il requisito di iscrizione all'Albo Gestori Ambientali** - Con la pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito da un lato che in sede di presentazione dell'offerta non vi è alcun onere da parte dell'impresa di indicare, oltre i propri costi della sicurezza (c.d. interni) anche i costi della sicurezza c.d. esterni (ossia quelli da interferenza determinati dalla stazione appaltante). Dall'altro che in tema di gare pubbliche, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione, tra cui l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali, quale elemento soggettivo infungibile proprio dell'impresa, che in quanto tale non può ritenersi suscettibile di avvalimento in caso di carenza da parte del concorrente.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 4 novembre 2015, n. 5041 - Appalti-Sull'avvalimento dei requisiti finanziari (c.d. avvalimento di "garanzia")** - Secondo il Consiglio di Stato nel caso in cui un'impresa intenda avvalersi, mediante il ricorso all'avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra impresa (c.d. "avvalimento di garanzia"), non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali e dunque alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da detta dichiarazione emerga l'impegno (contrattuale) della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale.

**Corte di Cassazione, sez. II Civile, del 23 ottobre 2015 n. 21523 - Servizio Farmaceutico - Sul valore di avviamento di una farmacia privata trasferita per mortis causa** - Con la sentenza in commento gli Ermellini hanno chiarito l'avviamento di una farmacia privata caduta in successione non può essere calcolato in base ai criteri di valutazione dei beni in libero commercio, ma, anche in caso di trasferimento *mortis causa*, deve essere accertato (sempre che ricorrano in concreto gli elementi di fatto che ne consentono la puntuale applicazione) alla stregua dei criteri più restrittivi previsti dall'art. 110 del T.U. n. 1265/1934 (legge sanitaria). Ciò in ragione del fatto che la valutazione dell'avviamento, infatti, non può non risentire del fatto che si tratta (anche se caduta in successione) di un bene inerente ad un'azienda in cui, accanto ai profili privatistici inerenti all'attività di gestione svolta dal farmacista, convergono spiccati caratteri pubblicistici, connessi a superiori interessi all'assistenza sanitaria e alla cura della salute pubblica, tali da giustificare la perdurante previsione di rigorosi vincoli di diritto pubblico (quali quelli dettati in tema di limitazione numerica degli esercizi, di predeterminazione della loro ubicazione, di orari di apertura e chiusura, ecc). Vincoli che, influenzando inevitabilmente il margine di profitto conseguibile dall' esercente, non consentono di equiparare l'iniziativa economica di un farmacista a quella di un qualunque altro imprenditore commerciale.

**Tar Lazio, Latina, sez. II, del 2 novembre 2015 n. 711 - Servizio Idrico Integrato - Sul ricorso all'ordinanza sindacale contingibile e urgente nei confronti del gestore del servizio idrico** - Il Tar Latina, con la pronuncia in esame ha chiarito che il Sindaco non può intervenire con l'ordinanza contingibile e urgente (art. 50, c. 5, T.U.E.L.) a vietare al gestore del servizio idrico l'interruzione della fornitura nei confronti di singoli utenti morosi, in quanto il Comune (diversamente dall'ipotesi in cui si è un presenza di un contratto di somministrazione concluso tra lo stesso e il gestore del servizio) nella fattispecie è un soggetto estraneo al rapporto contrattuale gestore – utente.

**Tar Lazio, Roma, sez. II ter, del 23 ottobre 2015 n. 12133 - Società in house - Sui rapporti tra la scadenza del servizio e quella del rapporto tra soggetto gestore e ente locale** - Con la sentenza in rassegna il Tar Lazio ha affermato che una gara di affidamento di servizi in concessione bandita e celebrata dalla società in house ben può prevedere un termine di scadenza del servizio successivo alla scadenza del rapporto che lega il soggetto gestore all'ente locale, perché sarà quest'ultimo eventualmente, a subentrare nel rapporto in essere con il privato affidatario nel caso in cui non dovesse essere rinnovata la delega alla società in house, senza soluzione di continuità sotto il profilo degli effetti dell'azione amministrativa, secondo il normale modello della successione tra Enti.

## Corte dei Conti

**Tar Lombardia, Brescia, sez. II, del 21 ottobre 2015 n. 1333 - *Dismissioni azioni società partecipata - Sulle competenze in capo al Consiglio comunale*** - I Giudici Lombardi, con la sentenza in rassegna hanno riconosciuto la legittimità dell'operato di un Ente Locale che in Consiglio Comunale ha disciplinato le modalità di cessione azionaria (44%) della propria società partecipata, andando a fissare (con specifica motivazione sul punto) dei limiti minimi e massimi di azioni acquisibili da parte dei soggetti interessati e, di conseguenza, la competente struttura comunale ha provveduto a dare attuazione alle linee generali fornite, provvedendo all'aggiudicazione della gara nel pieno rispetto di quanto stabilito dall'organo consigliere competente.

**Sezione Autonomie, Deliberazione del 9 novembre 2015 n. 30 - *Enti Locali - Sulla concessione di garanzie*** - Con la pronuncia in commento la Sezione Autonomie, interpellata sul punto dalla Sezione di Controllo per il Trentino Alto Adige, ha chiarito che la concessione di garanzie da parte degli enti territoriali incide sulla capacità di indebitamento degli stessi enti e soggiace ai limiti imposti dall'art. 119, comma 6, Cost., secondo cui il ricorso all'indebitamento si giustifica esclusivamente per il finanziamento di spese di investimento. La Sezione ha altresì ribadito il divieto di rilascio di garanzie a favore di società partecipate non quotate con perdite reiterate per tre esercizi consecutivi, diversamente da quelle in utile che, al contrario, possono ricevere garanzie.

**Sezione Regionale Controllo Emilia Romagna, Deliberazione del 27 ottobre 2015, n. 140 - *Enti Locali - Sui limiti di capacità assunzionale*** - La Sezione Controllo Emilia Romagna con detta deliberazione ha chiarito che i limiti alla capacità assunzionale degli enti locali, previsti dalla Legge n. 190/2014 (legge di Stabilità 2015), non valgono per gli anni precedenti al 2015-2016.

**Sezione Regionale Controllo Lombardia, Deliberazione del 12 ottobre 2015, n. 325 - *Enti partecipati - Sui compensi dei componenti degli organi collegiali*** - Con detta deliberazione la Corte ha ribadito il principio (introdotto dall'art 6 del D.L. 78/2010) della gratuità di tutte le cariche assegnate all'interno degli organi collegiali degli enti a contribuzione pubblica (nel caso di specie una Fondazione), con la precisazione che detta normativa si applica indipendentemente dalla misura della partecipazione dell'ente locale, prescindendo dalla sussistenza di una partecipazione maggioritaria.

**Sezione Regionale Controllo Campania, Deliberazione del 12 ottobre 2015, n. 223- Enti locali- Sui compensi per i titolari di organi della P.A. -**

I Giudici Campani, con detta deliberazione, hanno chiarito che la normativa in materia di tagli ai compensi per i componenti di organi e organismi delle pubbliche amministrazioni di cui al D.L. n. 78/2010 si applica anche agli enti locali, con fattispecie e disciplina differenziata in base ad un criterio puramente soggettivo, segnatamente:

- a) l'art. 5, comma 5, per i titolari di cariche elettive;
- b) l'art. 6, commi 2 e 3, per i soggetti che non ricoprono cariche elettive;
- c) l'art. 5, comma 7, per gli amministratori di organismi che costituiscono strumenti di svolgimento, in forma associata, delle funzioni degli enti territoriali.

**Sezione Regionale Controllo Umbria, Deliberazione del 24 settembre 2015, n. 123 - Enti locali - Sulla Transazione -**

Con detta deliberazione la Sezione Umbra affronta compiutamente la materia della transazione. I Giudici oltre a ribadire che la transazione non rientra nell'elencazione (tassativa) delle fattispecie di riconoscimento dei debiti fuori bilancio contenuta nell'art. 194 del TUEL e che la competenza del Consiglio Comunale in merito è limitata alle sole ipotesi di autorizzazione di spesa pluriennale ai sensi dell'art 42 comma 2 lett. 1 del Tuel, richiamano anche l'orientamento di alcune Sezioni regionali di controllo che si sono occupate della questione (da ultimo, Sezione Liguria, deliberazione 5/2014) secondo cui la materia delle transazioni è riconducibile di regola alla competenza dirigenziale, potendo la stessa rientrare nell'ambito di attribuzione della Giunta o del Consiglio solo in situazioni particolari e cioè qualora la transazione involga atti di disposizione che implicano valutazioni esulanti dalla mera gestione. La Corte, sempre nella stessa pronuncia, fa anche un interessante excursus dei principi in tema di transazioni affermate dalle varie sezioni nel corso degli anni (una sorta di vademecum per gli Enti Locali), ricordando che:

- anche gli Enti pubblici possono di norma transigere le controversie delle quali siano parte ex art 1965 c.c.;

- i limiti del ricorso alla transazione da parte degli Enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, e cioè la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, e quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica Amministrazione;

- la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è

soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento;

- ai fini dell'ammissibilità della transazione è necessaria l'esistenza di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico), che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata;

- la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art 1966, co 2 c.c.) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. E' nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge;

- requisito essenziale dell'accordo transattivo disciplinato dal codice civile (artt. 1965 e ss. C.c.) è, in forza dell'art 1321 dello stesso codice, la patrimonialità del rapporto giuridico;

- inoltre, come affermato dalla giurisprudenza civile (cfr., ex multis, Cass. 6 maggio 2003 n. 6861), costituisce transazione solo quell'accordo che cade su un rapporto che, oltre a presentare, almeno nell'opinione delle parti, carattere di incertezza, è contrassegnato dalla reciprocità delle concessioni. Oggetto della transazione, quindi, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discordante valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o possa dar luogo e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni.

ANAC

**Comunicato del Presidente del 10 novembre 2015 - *Entrata in vigore dell' art. 33, comma 3-bis del D. Lgs n. 163/06 (acquisti centralizzati)* -**

Con il recente comunicato l'Anac ha confermato che in osservanza del vigente disposto dell'art. 33 comma 3 bis, a decorrere dal 1° novembre 2015 il CIG non è più rilasciato ai responsabili del procedimento che non dichiarino espressamente di trovarsi in una delle condizioni ammesse dalle sopra richiamate disposizioni, e segnatamente il CIG non è più rilasciato:

1) a tutti i Comuni non capoluogo di provincia che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture in violazione degli obblighi di centralizzazione/agggregazione previsti dal comma in questione per importi superiori a 40.000 euro;

2) ai soli Comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture in violazione degli obblighi di centralizzazione/agggregazione previsti dal comma in questione per importi inferiori a 40.000 euro.

**Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015 – Sulla necessità della stipula in forma elettronica della scrittura privata** - Con il comunicato in questione l’Autorità ha ribadito che anche la scrittura privata conclusa tramite scambio di lettere, ai sensi dell’art. 334, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, e relativa al cottimo fiduciario nei servizi e nelle forniture, dovrà essere redatta in modalità elettronica.

**Atto di Segnalazione del 4 novembre 2015 - Criticità della normativa contenuta nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”), in tema di esimenti alle cause di incompatibilità e di conflitto di interessi** - Con il presente atto, l’Autorità ha evidenziato delle criticità di alcune disposizioni del TUEL a seguito dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 39/2013. Nello specifico l’Autorità ha preso in esame l’art. 67 e 78 del TUEL. Per quanto attiene l’art. 67 (esimente alle cause di ineleggibilità o incompatibilità) l’Autorità ritiene che detto articolo debba ritenersi implicitamente abrogato poiché in contrasto con le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 39/2013. Avuto riguardo, invece, all’art 78 (astensione in caso di conflitto di interessi), l’Autorità ritiene che la disposizione in esame debba essere integrata prevedendo sia un procedimento di contestazione che un sistema sanzionatorio in caso di mancato rispetto dell’obbligo di astensione previsto in detta norma. L’atto di segnalazione è stato inviato al Governo l’11 novembre 2015, con l’auspicio di celere un intervento del legislatore finalizzato da un lato ad una abrogazione esplicita dell’art. 67, dall’altro a una integrazione delle disposizioni dell’art. 78 del TUEL nei termini indicati dalla stessa Autorità.

**Determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015 - Aggiornamento 2015 Piano Nazionale Anticorruzione** - Nella seduta del 28 ottobre scorso, il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione ha approvato l’Aggiornamento per il 2015 del PNA 2013-2016, in vigore dalla data di pubblicazione sul sito Anac (2 novembre 2015).

## PRASSI

**Circolare Funzione Pubblica del 4/11/2015 - Enti locali - *Sul conferimento di incarichi a soggetti già collocati in quiescenza*** - Con detta Circolare (che va ad integrare la precedente circolare n. 6 del 2014), il Ministero ha fornito l'interpretazione dell'art 5 del D.L. 95/2012 (c.d. Spending Review), così come modificato, da ultimo, dell'art. 17 comma 3 Legge n. 124/2015 (c.d. Legge Madia). Si ricorda che a seguito di quest'ultima modifica normativa l'ambito di applicazione del limite annuale di durata e del divieto di proroga o rinnovo è stato ristretto agli incarichi dirigenziali e direttivi. Per gli incarichi di studio o consulenza, nonché per le cariche in organi di governo delle amministrazioni e degli enti da esse controllate, detto limite non è più operante, ferma restando la gratuità. La Circolare è in attesa di registrazione alla Corte dei Conti.