

# NEWSLETTER N. 21 ANNO II

1 – 15 dicembre 2016



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

## In evidenza

**Anac- Appalti - Proposte Linee Guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house-** L'Anac ha avviato la consultazione (dal 5 al 20 dicembre) in merito alle Linee Guida che andranno a disciplinare il procedimento per l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del codice delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'art. 5 del codice. In merito si segnala il paragrafo 6 "Verifica dei requisiti" ed in particolare il punto 6.3 dove viene disciplinato, nel dettaglio, come verrà verificata la sussistenza del requisito del controllo analogo **(Su quest'ultimo aspetto si segnala che Studio AOR Avvocati ha partecipato alle consultazioni inviando le proprie osservazioni all'Anac).**

Il documento è scaricabile e consultabile al seguente link:

<http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20161205/Documento.di.consultazione.pdf>

**Corte di Appello di Milano, sez. IV civile, del 18 novembre 2016, n. 4288 – Appalti- Sull'irrelevanza della revoca del mandato al r.t.i. nei rapporti con la S.A.** - Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Milano ha respinto l'appello proposto avverso la sentenza dichiarativa della nullità di un decreto ingiuntivo emesso per il pagamento di asseriti crediti derivanti da prestazioni svolte in esecuzione di un contratto di appalto e richiesto dal Fallimento di una delle mandanti del R.T.I. aggiudicatario. Per quanto qui interessa, nella pronuncia in esame la Corte, (in accoglimento delle conclusioni rassegnate dalla S.A. appellata) ha rilevato l'impossibilità per la mandante fallita di revocare il proprio mandato al R.T.I., ovvero di sciogliersi dal contratto (peraltro a seguito dell'esecuzione del contratto di appalto). Ciò sarebbe, ad avviso della Corte, impedito sia dalle norme civilistiche dettate in materia di mandato collettivo sia dalle disposizioni del vecchio codice dei contratti pubblici (D. Lgs n. 163/2006) che, in tema di r.t.i. statuiscono che il mandato al raggruppamento è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetti nei confronti della Stazione appaltante **(Giudizio seguito dalla Studio per conto della Stazione Appaltante appellata).**

**Tar Lazio, sez. I quater, ordinanza n. 7904 del 9 dicembre 2016 – Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – Servizio Idrico. Acqua all'ingrosso. Stop del Tar all'aumento delle tariffe** – Con l'ordinanza in questione il Tar ha accolto la richiesta di sospensione, avanzata da alcuni Comuni della Provincia di Viterbo, avverso un atto di indirizzo assunto dalla Conferenza dei Sindaci dell'Ente d'Ambito con il quale era stato autorizzato il soggetto gestore ad aumentare il costo per la fornitura dell'acqua all'ingrosso. L'udienza di merito è stata fissata per marzo 2017 **(Giudizio seguito dalla Studio per conto dei Comuni ricorrenti).**

**Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, ordinanza del 5 dicembre 2016, n. 24737 – Appalti - Sulla responsabilità per danno erariale del Presidente della Commissione di Gara** – La Cassazione con l’ordinanza in commento ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti in merito ad un’azione di responsabilità amministrativo-contabile per un danno erariale, asseritamente cagionato dal presidente della commissione di gara per l’affidamento di un appalto integrato indetto da una società regionale quale centrale di Committenza regionale. A detta della Suprema Corte, infatti, anche se la suddetta società non è qualificabile come soggetto *in house* (non gestendo servizi pubblici locali), le modalità della sua origine e della sua costituzione (avvenute per legge) e le caratteristiche della sua struttura organizzativa ed operativa, la rendono equiparabile, sotto il profilo soggettivo, ad un ente pubblico regionale (seppur, nel caso in esame, ai soli fini della sussistenza dei presupposti della giurisdizione contabile).

**Tar Toscana, sez. III, del 12 dicembre 2016 n. 1756– Appalti – Sull’impossibilità di applicare il nuovo soccorso istruttorio ai bandi antecedenti il nuovo Codice** – Con la sentenza in esame il Tar Toscana ha escluso la possibilità di ritenere applicabili singole disposizioni del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (nel caso di specie l’istituto del soccorso istruttorio) in base al principio del “tempus regit actum” ai bandi pubblicati in precedenza della sua entrata in vigore. Ciò in ragione sia di una espressa previsione in tal senso (all’art. 216 comma I), sia in quanto laddove il legislatore ha inteso stabilire un regime transitorio differente rispetto a quello generale, lo ha previsto espressamente nel Codice.

**Tar Toscana, sez. III, del 12 dicembre 2016 n. 1755– Appalti – Sulla possibilità di derogare al principio della divisione in lotti della gara** - I Giudici toscani hanno ammesso la possibilità di deroga al principio della divisione della gara in lotti previsto dal Nuovo Codice dei Contratti (principio previsto nell’ottica della garanzia dell’accesso alle gare pubbliche delle piccole e medie imprese), purché la deroga sia espressamente ed adeguatamente motivata dall’Amministrazione.

**Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, del 12 dicembre 2016 n. 555– Appalti – Sulla nozione di offerta condizionata-** Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito che l’offerta può essere considerata condizionata, con conseguente meritevolezza dell’esclusione, allorché l’offerente subordina il proprio impegno contrattuale all’accettazione della controparte di condizioni aggiuntive rispetto allo schema originariamente previsto dalla S.A. ed estranee all’oggetto della procedura di gara.

**Tar Campania - Salerno, sez. I, del 9 dicembre 2016 n. 2631– Appalti – Sui presupposti per la qualificazione di un r.t.i. come orizzontale o verticale** – I Giudici campani hanno chiarito che la qualificazione del r.t.i. come verticale presuppone, in applicazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, che la legge di gara abbia indicato la prestazione principale e secondaria. Nel caso in cui, invece, l’oggetto della gara sia indicato in maniera unitaria, il raggruppamento non potrà che definirsi orizzontale, anche laddove vengano previste differenti fasi attuative.

**Tar Lazio – Roma, sez. III, del 5 dicembre 2016 n. 12115– Appalti – Sul concordato preventivo con continuità aziendale** – Con la pronuncia in commento, i giudici capitolini hanno ricordato che il concordato preventivo con continuità aziendale costituisce eccezione alla regola dell’esclusione dalla gara del concorrente sottoposto a procedure concorsuali e che, pertanto l’impresa che vi sia sottoposta è tenuta a specificarlo in sede di presentazione della domanda. Partendo

da tale premessa, il Tar ha affermato che nel caso in cui l'operatore economico non abbia in corso nemmeno la procedura di concordato preventivo semplice, non sussiste alcun obbligo di specificazione con riguardo all'insussistenza della pendenza della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale. Ciò in quanto in tal caso non ricorre, comunque, la causa di esclusione prevista con riferimento alla sussistenza di procedure concorsuali a carico del concorrente.

**Tar Puglia - Lecce, sez. III, del 2 dicembre 2016, n. 1834 – Appalti– *Sulla prevalenza delle disposizioni del Bando di gara in caso di contrasto con quanto prescritto dal Disciplinare*** – Con la sentenza in esame il Tar, in linea con la pacifica giurisprudenza, ha ribadito che in caso di contrasto tra le disposizioni di *lex specialis*, va riconosciuta la prevalenza al contenuto del Bando in quanto il Disciplinare è atto ad integrare e non anche modificare quanto prescritto dal primo. In applicazione di tale principio, è stata affermata l'illegittimità dell'esclusione motivata con riferimento alla tardività della presentazione dell'offerta rispetto al termine previsto dal Disciplinare di gara nel caso in cui il Bando preveda un termine differente e l'offerta sia tempestiva rispetto a quest'ultimo.

**Tar Umbria, sez. I, del 1° dicembre 2016 n. 749 – Appalti – *Sull'illegittimità dell'esclusione per mancata indicazione di una sentenza di condanna***– Con la pronuncia in commento i Giudici umbri hanno affermato che, sebbene la mancata dichiarazione di una condanna riportata dal rappresentante legale dell'impresa costituisca, in linea generale, causa di esclusione per falsità delle dichiarazioni rese, nel caso in cui la legge di gara non specifichi in alcun modo il contenuto delle dichiarazioni da rendere in punto di condanne riportate, occorre dare prevalenza al canone generale di massima partecipazione alle gare di appalto. Ciò non solamente in quanto in tali casi non è possibile richiamare il principio di eterointegrazione del bando di gara, ma anche perché si deve ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio.

**Tar Sicilia - Catania, sez. I, del 1° dicembre 2016 n. 3121 – Appalti – *Sull'avvalimento di garanzia*** – Con tale sentenza il Tar, in linea con quanto rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 23/2016, ha affermato la legittimità dell'aggiudicazione disposta a favore dell'impresa che, avendo fatto ricorso all'avvalimento di garanzia, ha omesso di specificare, all'interno del contratto, i mezzi e le risorse effettivamente messi a disposizione dell'ausiliaria. Ed infatti, per tale tipo di requisiti è sufficiente che nel contratto venga specificato in modo puntuale il possesso della capacità economico finanziaria in capo all'ausiliaria.

**Corte di Giustizia, sez. VIII, dell'8 dicembre 2016, C-553/15- Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate - *Affidamento in house*– *Sulla sussistenza del requisito dell'attività prevalente***- La Corte di Giustizia con la sentenza in commento ha avuto modo di precisare che nel caso di affidamenti «in house» al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice si deve avere riguardo solo all'attività svolta nei confronti di quest'ultima (in misura superiore all'80% del fatturato – n.d.r.) e non anche quella svolta in favore di enti territoriali non soci, che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata, infatti, come un'attività svolta a favore di terzi.

**Corte di Cassazione, SS.UU., ordinanza del 1 dicembre 2016 n. 24591- Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – Sul giudice competente a decidere le controversie concernenti la nomina o la revoca di amministratori o sindaci di società pubbliche-** La Cassazione con l'ordinanza in commento, ricordato l'inquadramento privatistico delle società a partecipazioni pubblica, ha ribadito che le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del cd. *in house providing*.

**Consiglio di Stato, sez. V, del 9 dicembre 2016, n. 5193- Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – Sulla legittimità dello scioglimento anticipato di una società mista costituita per difetto del requisito dell'economicità della gestione-** Il Consiglio di Stato con la pronuncia in esame, ricordato che ai sensi dell'art 4 del nuovo Testo Unico Partecipate le amministrazioni pubbliche non possono mantenere partecipazioni per la gestione di servizi non strettamente necessari, ha ritenuto legittima la scelta di un Comune di sciogliere anticipatamente una società mista e di metterla in liquidazione, in ragione della mancanza del requisito dell'economicità della gestione.

**Corte di Cassazione, sez. Lav., del 6 dicembre 2016, n. 24972 - Servizi Pubblici Locali e Società Partecipate – Sul passaggio diretto del personale da una cooperativa di servizi ad una società in house –** Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada, nel ricordare che la (mera) assunzione dei lavoratori in caso di cambio di soggetto appaltatore (in esecuzione di una cd. clausola sociale prevista dalla contrattazione collettiva o dalla legge), non costituisce trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., hanno rigettato le richieste dei dipendenti di una ditta appaltatrice di un servizio pubblico tendenti ad ottenere il riconoscimento del loro diritto di proseguire ex art. 2112 c.c. (con le relative conseguenze economiche) alle dipendenze di una società *in house* costituita dalla P.A., alla quale è stato conferito il servizio stesso.

**Tar Campania - Napoli, sez. V, del 15 dicembre 2016 n. 5782 – Enti Locali – Sull'inammissibilità per carenza di interesse dell'impugnazione proposta avverso un atto di diffida –** Con la sentenza in esame i Giudici campani hanno affermato l'inammissibilità del ricorso proposto avverso un atto di diffida emesso dall'Amministrazione e preordinato all'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente (nella specie la P.A. aveva diffidato il titolare di un'attività di fuochi pirotecnici alla rimozione di materiale infiammabile all'interno dell'azienda). Ciò in quanto tale atto, di natura meramente endoprocedimentale e nemmeno necessario ai fini dell'adozione dell'ordinanza, manca di autonoma efficacia lesiva, propria solamente del provvedimento conclusivo.

**Tar Campania - Napoli, sez. III, del 24 novembre 2016 n. 5463– Enti Locali – Sull'irretroattività del Regolamento della distribuzione e dell'ubicazione degli impianti pubblicitari e sull'impossibilità di conferire al Comandante della Polizia Locale funzioni di amministrazione attiva–** Con tale pronuncia il Tar, facendo leva sul principio generale di irretroattività degli atti

amministrativi, ha rilevato che il Regolamento adottato dal Comune per la distribuzione e l'ubicazione degli impianti pubblicitari può trovare applicazione solamente dal primo gennaio dell'anno successivo a quello in cui è divenuta esecutiva la delibera di approvazione dello stesso. Sotto differente profilo è stato affermato che posta l'appartenenza del Corpo di Polizia municipale all'Ente comunale, il soggetto che riveste l'incarico di Comandante di tale corpo non può, al contempo, esercitare anche funzioni di amministrazione attiva consistenti nell'adozione di provvedimenti di contenuto ampliativo e/o restrittivo. Ciò in quanto la coesistenza in capo al medesimo soggetto di poteri autorizzatori e di controllo (nonché, eventualmente, repressivi) comporterebbe che lo stesso sia chiamato ad adottare determinati provvedimenti e a vigilare sull'osservanza degli stessi, con conseguente insorgenza di un conflitto di interessi e violazione del principio generale di imparzialità.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 13 dicembre 2016, n. 5230 – Enti Pubblici – *Sulla legittimità dell'indizione di una procedura di mobilità volontaria in caso di infruttuoso esito dello scorrimento della graduatoria* –** Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato ha rilevato la legittimità del provvedimento con il quale l'Amministrazione (nella specie una ASL) ha revocato la propria precedente scelta di procedere all'assunzione di personale mediante scorrimento di una graduatoria ancora valida in quanto tale scorrimento è rimasto infruttuoso ed ha, perciò, indetto una procedura di mobilità volontaria per la copertura dei posti vacanti. Ciò in quanto la presenza di una graduatoria ancora valida, seppure limita la possibilità della P.A. di bandire un nuovo concorso, non può incidere sulla facoltà di avviare una procedura di mobilità, specie nel caso in cui lo scorrimento della stessa non abbia avuto esito positivo.

**Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, ordinanza del 7 dicembre 2016 n. 25044 – Edilizia&Urbanistica – *Sul riparto di giurisdizione in materia di risarcimento derivante da un'occupazione illegittima da parte della P.A.* –** Con tale ordinanza le Sezioni Unite di Cassazione hanno chiarito che nei casi in cui il privato chieda in risarcimento per i danni subiti a causa di occupazioni illegittime effettuate dalla P.A. nell'ambito di un procedimento espropriativo poi annullato dalla stessa Amministrazione ovvero in sede giurisdizionale, la giurisdizione si radica in capo al giudice amministrativo. Viceversa, laddove l'occupazione illegittima sia stata effettuata in assenza di dichiarazione di pubblica utilità e, comunque, in mancanza di attivazione di un procedimento espropriativo, tale condotta abusiva non può essere ricondotta – nemmeno mediatamente – all'esercizio di pubblici poteri, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 14 dicembre 2016, n. 5262 – Edilizia&Urbanistica - *Sulla motivazione di un ordine di demolizione che rinvia al verbale di sopralluogo e sui casi di impossibilità di formazione del silenzio assenso sulle istanze di concessione edilizia*–** Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato la legittimità, in punto motivazionale, dell'ordine di demolizione facente rinvio alle risultanze del sopralluogo dei tecnici comunali. Ciò in quanto, è stato osservato, anzitutto il provvedimento sanzionatorio ha, in tale materia, carattere vincolato in quanto conseguente all'accertamento dell'abuso da parte dei tecnici incaricati, ed inoltre il verbale di sopralluogo costituisce atto pubblico fidefaciente fino a

querela di falso. Sotto differente profilo è stato rilevato che il silenzio assenso sulle istanze di concessione edilizia non può formarsi nel caso in cui il privato non abbia prodotto tutta la documentazione richiesta dalle norme dettate in materia di rilascio del titolo. Ed infatti, in tali casi l'inerzia della P.A. non può essere considerata idonea ad far ottenere al privato un vantaggio che non avrebbe potuto guadagnare in virtù di un provvedimento espresso.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 6 dicembre 2016, n. 5123 – Edilizia&Urbanistica - *Sulla decorrenza del termine di impugnazione del permesso di costruire*** – Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ribadito che, di regola, il termine per l'impugnazione del permesso di costruire da parte di un soggetto terzo (nella specie un vicino) decorre dal momento in cui lo stesso acquisisca la completa conoscenza delle violazioni urbanistiche perpetrate e dell'eventuale lesione subita per effetto del provvedimento (dunque a seguito del completamento dell'opera). E' stato, ad ogni buon conto, precisato che non è dato accedere a tale impostazione nel caso in cui il terzo affermi l'inedificabilità assoluta dell'area. Ciò in quanto in tale ipotesi l'illegittimità del permesso emerge con la prima forma di intervento sull'area, con conseguente decorrenza del termine di 60 giorni dal momento in cui il terzo abbia conoscenza dell'attività edilizia in corso.

**Tar Lombardia - Milano, sez. I, del 6 dicembre 2016, n. 2307 – Edilizia&Urbanistica - *Sull'illegittimità dell'ordine di demolizione di manufatti abusivi realizzati a distanza di un ingente lasso di tempo*** - Con tale sentenza il Tar lombardo ha affermato l'illegittimità dell'ordine di demolizione di manufatti abusivi realizzati negli anni 1948 e 1963 in zona agricola sulla base di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo è stato rilevato che la Legge Urbanistica (L. 1150/1942, vigente al momento della realizzazione delle opere) prevedeva la necessità della licenza urbanistica solamente per la costruzione di immobili in zone urbanizzate, non essendo, invece, prescritto alcun titolo abilitativo per la costruzione in zone agricole. Sotto altro profilo, in linea con la costante giurisprudenza, il Tar ha affermato la contrarietà al principio del legittimo affidamento del privato dell'ordine di demolizione adottato a distanza di un ingente lasso di tempo dalla commissione dell'abuso e non recante – come nella specie – alcuna motivazione con riferimento alle ragioni di pubblico interesse giustificanti l'intervento sanzionatorio.