

NEWSLETTER N. 4 ANNO III

16-28 febbraio 2017



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

In evidenza

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. I civile, dell'8 febbraio 2017, n. 519 – Enti Pubblici – Sui presupposti integrativi dell'ingiustificato arricchimento della P.A.- Con la sentenza in esame il Tribunale campano, nell'accogliere la domanda di indennizzo per indebito arricchimento dell'Amministrazione formulata dal professionista convenuto, ha, in linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, rilevato che ai fini dell'integrazione dei presupposti dell'ingiustificato arricchimento della P.A., non è necessario che la stessa riconosca l'utilità derivante dall'opera prestata. Ne deriva che il privato potrà agire per l'ottenimento dell'indennizzo semplicemente allegando l'intervenuto arricchimento dell'Amministrazione cui è corrisposto il proprio depauperamento. **(Giudizio seguito da uno dei soci dello Studio AOR Avvocati per conto del professionista convenuto).**

Consiglio di Stato, sez. V, del 23 febbraio 2017, n. 852 – Appalti – Sul contenuto del contratto di avvalimento per attestazione SOA e sul possesso dei requisiti generali e speciali da parte delle imprese – I Giudici di Palazzo Spada, in linea con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 23/2016, hanno rilevato che il contratto di avvalimento finalizzato a garantire all'ausiliaria il possesso dell'attestazione SOA deve avere ad oggetto – in maniera puntualmente determinata ovvero agevolmente determinabile – l'insieme delle risorse inerenti alla stessa. Sotto connesso aspetto è stato evidenziato che i requisiti di partecipazione generali e speciali devono essere posseduti dalle imprese dal momento della presentazione dell'offerta, per tutta la durata della procedura di gara, nonché per il periodo di esecuzione del contratto.

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 22 febbraio 2017, n. 4605 – Appalti – Sui limiti all'applicabilità degli interessi speciali di mora e sull'onere di tempestiva iscrizione delle riserve – Con tale pronuncia la Cassazione ha ribadito che l'applicabilità degli interessi speciali di mora è limitata ai casi di ritardo nel pagamento delle rate di acconto e saldo del corrispettivo e non può essere estesa analogicamente ad altri casi di ritardi nei pagamenti o altri inadempimenti. Sotto altro aspetto è stato, altresì, rilevato che l'appaltatore di opera pubblica che intenda contestare la contabilizzazione effettuata dall'Amministrazione è tenuto ad iscrivere tempestivamente riserva nei documenti contabili non appena emerge, in concreto, l'idoneità del fatto a produrre un pregiudizio.

Consiglio di Stato, sez. V, del 21 febbraio 2017, n. 777 – Appalti – *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in materia di Durc*

– In linea con la giurisprudenza affermatasi in materia, il Consiglio di Stato ha ribadito che le questioni attinenti all’esattezza o alla regolarità del documento di regolarità contributiva rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo ove sollevate nell’ambito di controversie in materia di appalti pubblici. In particolare, è stato rilevato che tali domande devono essere esaminate incidentalmente dal giudice investito della causa principale, con la conseguenza per cui le statuizioni sulle stesse avranno efficacia solamente nell’ambito del giudizio stesso.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 21 febbraio 2017, n. 773 – Appalti – *Sulla necessità di indicazione in sede di gara delle parti del servizio o fornitura che saranno eseguite dai partecipanti al r.t.i.*

– Con la recente sentenza i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato che in sede di presentazione dell’offerta, le imprese partecipanti ad un raggruppamento devono, a pena di esclusione, indicare la quota del servizio o della fornitura che eseguiranno (che deve coincidere con la quota di partecipazione al raggruppamento). Tale requisito è volto a rendere edotta la S.A. del reale contenuto dell’offerta. Ne deriva che in caso di mancata indicazione dovrà farsi luogo all’esclusione dell’impresa non essendo dato- per carenze sostanziali di tal sorta – ricorrere alla regolarizzazione tramite soccorso istruttorio.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 21 febbraio 2017, n. 772 – Appalti – *Sulla possibilità per coloro che abbiano partecipato alla fase di progettazione di partecipare alla gara in caso si appalti di servizi*

– Il Consiglio di Stato ha affermato l’inapplicabilità alle gare di servizi del divieto di partecipazione alla procedura a carico di coloro che abbiano partecipato alla fase di progettazione. Ciò in quanto tale impedimento non solo è normativamente previsto esclusivamente nell’ambito degli appalti di lavori, ma, soprattutto, trova la propria ragion d’essere nel peculiare rilievo assunto dalla progettazione e dall’esecuzione delle opere pubbliche, viceversa non sussistente nelle gare di servizi. Conclude, quindi, il Collegio evidenziando che l’applicazione analogica di detto divieto si porrebbe in contrasto con i principi di tassatività delle clausole di esclusione, tutela dell’affidamento e certezza del diritto.

Consiglio di Stato, sez. V, del 20 febbraio 2017, n. 748 – Appalti – *Sulla modalità di determinazione dell’importo dell’appalto*

– Con la pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che ai fini della determinazione dell’importo dell’appalto occorre far riferimento a criteri assolutamente oggettivi, costituiti, in particolare dal fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio per l’intero periodo di durata della concessione. Viceversa, deve ritenersi illegittima la previsione di gara che calcola tale importo con riferimento al canone richiesto per l’utilizzo del bene.

Consiglio di Stato, sez. III, del 17 febbraio 2017, n. 739 – Appalti – *Sull’efficacia temporale dell’interdittiva antimafia* – Con tale sentenza è stato rilevato che la limitazione temporale dell’efficacia dell’interdittiva antimafia deve essere interpretata come riferita ai casi in cui emergano e vengano accertati e valutati nuovi fatti positivi per l’imprenditore, che evidenzino il venire meno della situazione di pericolo di inquinamento mafioso. Viceversa, osserva il Collegio, il mero trascorrere del tempo non è elemento idoneo ad affermare la limitazione dell’efficacia dell’interdittiva, che continuerà, dunque, a produrre effetti sino ad un nuovo accertamento dell’assenza di segnali di infiltrazione.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 17 febbraio 2017, n. 731 – Appalti – *Sull’illegittimità della legge di gara che preveda l’inserimento in unica busta dell’offerta tecnica e di quella economica* – Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ribadito che deve considerarsi illegittima la *lex specialis* di gara che preveda l’inserimento in un’unica busta dell’offerta tecnica e di quella economica. Osserva, in particolare, il Collegio che nell’ambito di procedure da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta più vantaggiosa, l’offerta economica deve rimanere segreta durante tutta la fase procedimentale, così da evitare il rischio che le valutazioni tecniche vengano influenzate da elementi di valutazione automatica, qual è, ovviamente, il prezzo.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 17 febbraio 2017, n. 4222 – Appalti – *Sulla non debenza del canone di concessione in caso di mancata fruizione della stessa per fatti non imputabili al concessionario* – Con tale pronuncia le Sezioni Unite di Cassazione hanno affermato la non debenza del canone di concessione nel caso in cui il concessionario sia impossibilitato a fruire della stessa (e quindi ad esercitare il relativo servizio) per cause ad esso non imputabili (nella specie in quanto la Comunità Montana aveva precluso il rilascio della concessione edilizia da parte del Comune, con conseguente impossibilità di avvio dei lavori per il prelievo dell’acqua nell’ambito di una concessione avente ad oggetto il servizio di derivazione dell’acqua). Evidenzia, altresì, la Cassazione che tale principio vale anche laddove le previsioni di gara o negoziali prevedano la debenza del canone indipendentemente dalla fruizione della concessione. Tali clausole devono, infatti, ritenersi contrastanti con i principi generali dell’ordinamento e, conseguentemente, nulle.

Tar Calabria, sez. I, del 25 febbraio 2017 n. 166 – Appalti – *Sull’onere di indicazione dei costi di sicurezza interni in sede di presentazione dell’offerta nella vigenza del Nuovo Codice* – Con la sentenza in esame il Tar ha affermato che nella vigenza del Nuovo Codice dei Contratti, l’impresa è tenuta ad indicare, pena l’esclusione, i propri costi di sicurezza interni in fase di presentazione dell’offerta. Ciò al duplice fine di garantire la massima trasparenza della stessa e, al contempo, di impedire la modifica di detti costi (e dunque dell’offerta) in sede di verifica di anomalia.

Tar Emilia Romagna - Parma, sez. I, del 24 febbraio 2017 n. 74 – Appalti – *Sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione in caso di fallimento della mandataria di un r.t.i. prima della stipulazione del contratto* – I Giudici emiliani hanno rilevato che in caso di fallimento della mandataria del r.t.i. aggiudicatario intervenuto dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto, la S.A. può, legittimamente, revocare in autotutela l'aggiudicazione non essendo, invece, tenuta a disporre il subentro. Ciò in quanto, è stato osservato, la disposizione dettata in materia di subentro è applicabile solamente allorquando il fallimento intervenga in fase di esecuzione del contratto.

Tar Lombardia - Milano, sez. IV , del 17 febbraio 2017 n. 403 – Appalti – *Sull'inapplicabilità della revisione dei prezzi agli appalti di servizi afferenti ai settori speciali* – Con la sentenza in commento il Tar ha escluso l'applicabilità dell'istituto della revisione dei prezzi agli appalti di servizi attinenti a settori speciali (nella specie si trattava del servizio di vigilanza aerea della rete dei metanodotti). Nel dettaglio, il Collegio ha evidenziato che la norma dettata dal vecchio codice dei contratti con riferimento alle disposizioni applicabili ai settori speciali omette ogni richiamo alla previsione dettata in materia di revisione dei prezzi, con conseguente impossibilità di applicazione analogica di quest'ultima.

Trga Trento, del 16 febbraio 2017 n. 53 – Appalti – *Sul carattere non immediatamente impugnabile della determina a contrarre e sui casi di legittimità della revoca dell'aggiudicazione provvisoria* – Con la pronuncia in esame il Tar ha ribadito che la determina a contrarre, essendo atto di natura endoprocedimentale e non autonomamente lesiva non è immediatamente impugnabile. Sotto altro aspetto è stato evidenziato che l'Amministrazione può legittimamente procedere alla revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria ove ravvisi l'insostenibilità dell'impegno economico assunto, per esigenze di contenimento della spesa, ovvero a seguito di una nuova valutazione degli interessi.

Consiglio di Stato, sez. V, del 15 febbraio 2017, n. 677 – Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sull'illegittimità della revoca dell'incarico di revisore dei conti disposta a carico del rappresentante del Comune e motivata con riferimento al carattere fiduciario dell'incarico*– Con tale provvedimento il Consiglio di Stato, nel richiamare la giurisprudenza europea e nazionale, ha ribadito che l'incarico di revisore dei conti, dovendo rimanere estremamente neutrale, deve essere attribuito a soggetti dotati di alta professionalità e moralità e che la revoca dello stesso (come anche le dimissioni) può avvenire solamente per giusta causa e, dunque, non anche per divergenze di opinione con riguardo alle determinazioni da adottare. Ne deriva che non può essere considerata legittima la revoca dell'incarico motivata esclusivamente con riferimento al dedotto venir meno del rapporto fiduciario (nella specie tra Sindaco entrante e

rappresentate dell'Amministrazione precedente).

Corte dei Conti, Sezione Regionale per il Controllo per la Lombardia, deliberazione del 9 febbraio 2017, n. 21 – servizi pubblici Locali & Società partecipate – Sui limiti alla costituzione o al mantenimento di una società partecipata e sul procedimento di razionalizzazione straordinario – Con la recente deliberazione, la Corte dei Conti ha confermato che posta l'evoluzione normativa registratasi in punto di società partecipate, al fine della costituzione ovvero del mantenimento di queste ultime non è sufficiente che le stesse siano potenzialmente convenienti per l'Ente, essendo invece necessario che siano strettamente necessarie ed indispensabili ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali dello stesso. Ne deriva che, nell'ottica della legittimità della costituzione di una società partecipata, tale azione deve risultare dal piano di razionalizzazione già approvato dall'Amministrazione e rispondere, dunque, all'esigenza di conseguimento degli obiettivi dell'Ente. Sotto ulteriore aspetto i Giudici contabili hanno segnalato che il procedimento straordinario di razionalizzazione previsto dal Nuovo Testo Unico Partecipate impone all'Amministrazione di adottare un nuovo piano ove ci sia un mutamento della situazione di fatto rispetto a quella presente al momento dell'adozione del precedente Piano (redatto ai sensi della Legge n. 190/2014) ovvero la necessità di compiere una nuova valutazione alla luce dei parametri fissati dalla nuova normativa.

Anac, parere del 21 febbraio 2017 n. 138 – servizi pubblici Locali & Società partecipate – Sui limiti all'affidamento di attività a soggetti terzi da parte di società in house – Con il recente parere l'Anac si è pronunciata – con esito negativo - sulla questione concernente la possibilità per una società *in house* di affidare mediante gara a terzi attività non già meramente strumentali, bensì, più propriamente “istituzionali”. In particolare, ad avviso dell'Autorità ammettere il ricorso all'esternalizzazione delle attività proprie dell'Ente e per lo svolgimento delle quali la società è stata appositamente costituita significherebbe snaturare la funzione stessa dell'*in house*, peraltro in aperto contrasto con la normativa vigente in materia.

Il parere è consultabile e scaricabile dal seguente link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=6699>

Corte dei Conti, Sezione Regionale per il Controllo per il Piemonte, deliberazione del 25 gennaio 2017, n. 22 – servizi pubblici Locali & Società partecipate – Sulla non riconducibilità nella materia della contabilità pubblica della questione relativa alla reintegra nei ruoli dell'Amministrazione di un dipendente di una società in house in liquidazione – Con tale deliberazione i Giudici piemontesi, ricostruiti i limiti della materia della contabilità pubblica, hanno rilevato che la questione concernente la possibilità

di reintegra nei ruoli dell'Amministrazione di un dipendente di una società *in house* in liquidazione (con conservazione della qualifica *medio tempore* conseguita) attiene alla disciplina sostanziale del procedimento in quanto concerne profili gestionali propri dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Insomma, rileva la Corte, tale tipo di problematica attiene ad un momento precedente al radicarsi della giurisdizione contabile, con conseguente inammissibilità di un simile quesito.

Tar Valle d'Aosta, sez. I, del 20 febbraio 2017 n. 7 – Servizi pubblici Locali & Società partecipate – *Sul requisito del controllo analogo nelle società in house e sul carattere eccezionale dell'affidamento diretto di un servizio pubblico* – Con tale pronuncia il Tar, ribadito che ai fini della classificazione di una società partecipata come società *in house* è necessario che l'Ente eserciti sulla stessa un controllo analogo rispetto a quello espletato sui propri servizi, ha confermato che la scelta dell'Amministrazione di affidare la gestione di un servizio pubblico ad una società *in house* riveste, comunque, carattere eccezionale rispetto alla regola dell'evidenza pubblica, richiedendo, quindi, un maggiore onere motivazionale in ordine alle circostanze che hanno giustificato tale opzione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 20 febbraio 2017 n. 743 – Enti Locali – *Sulla decadenza dalla carica di consigliere comunale per tre sedute consecutive* - Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che la mancata partecipazione a tre sedute consecutive del Consiglio comunale comporta la decadenza dalla carica qualora tale assenza dimostri un atteggiamento di disinteresse per motivi futili e inadeguati. Ne consegue che il Consigliere interessato deve ritenersi onerato della prova della sussistenza di motivi che fondatamente giustificano la prolungata assenza.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 4217 del 17 febbraio 2017- – Enti Pubblici – *Sulla natura di accordo sostitutivo del provvedimento della convenzione di lottizzazione e sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia* – Le Sezioni Unite di Cassazione, affermata la natura di accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo della convenzione di lottizzazione, hanno confermato l'attrazione delle relative controversie nella giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, precisando altresì che a nulla rileva che la convenzione sia anteriore all'entrata in vigore della norma che prevede espressamente tale riparto di giurisdizione (art. 11 comma 5 L. 241/1990). Ed infatti, è stato rilevato, tale disposizione attenendo alla giurisdizione è suscettibile di applicazione anche rispetto ad accordi stipulati anteriormente alla propria entrata in vigore.

Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Sardegna, del 14 febbraio 2017 n. 17 – Enti Pubblici – *Sui presupposti di configurabilità del danno erariale in caso di conferimento di un incarico esterno non preceduto da una procedura*

comparativa – La Corte dei Conti ha, con la sentenza in commento affermato che, benché il conferimento di un incarico di consulenza esterno non preceduto da alcuna procedura comparativa sia, in sé, espressione di violazione di legge, ai fini della configurabilità di un illecito erariale è, altresì, necessario accertare che dal mancato espletamento di detta procedura sia derivato un danno (in quanto, e.g., sarebbe stato possibile acquisire le stesse prestazioni ad un minor costo).

Corte di Cassazione, sez. I civile, del 22 febbraio 2017, n. 4608 – Edilizia&Urbanistica – Sui criteri di determinazione dell’indennità di espropriazione e sulla qualificabilità di un’area come edificabile- Con tale pronuncia, la Cassazione, dato atto delle sentenze della Corte Costituzionale intervenute in materia, ha confermato che l’indennità di espropriazione va, ad oggi, calcolata con riferimento al valore venale del bene. Ancora, è stato evidenziato che ai fini della classificazione di un’area come edificabile occorre tener conto esclusivamente della qualificazione della stessa all’interno degli strumenti urbanistici in vigore al momento della vicenda ablativa.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, del 17 febbraio 2017 n. 55– Edilizia&Urbanistica - Sull’illegittimità di un’ordinanza di demolizione adottata a seguito di un ingente lasso di tempo dalla commissione dell’abuso e sfornita di un adeguato impianto motivazionale – In linea con l’orientamento affermatosi in materia, il Consiglio di Giustizia ha rilevato l’illegittimità dell’ordinanza di demolizione emessa a seguito di un ingente lasso di tempo (nella specie 13 anni) dalla commissione dell’abuso e motivata con esclusivo riferimento al necessario ripristino della legalità. In tali casi, infatti, ai fini della legittimità del provvedimento è necessario che l’Amministrazione motivi specificamente in ordine all’interesse pubblico da tutelare anche con riferimento al legittimo affidamento nel frattempo formatosi in capo al privato proprietario.

Tar Toscana, sez. II, del 14 febbraio 2017 n. 244 - Edilizia&Urbanistica – Sull’illegittimità della modifica non motivata dell’atto comunale contenente l’indicazione delle zone in cui è ammessa l’occupazione mediante *dehors* – Con tale pronuncia il Tar ha affermato l’illegittimità dei provvedimenti con cui l’Amministrazione modifichi – senza dar conto delle ragioni sottese a tale determinazione – gli atti di localizzazione delle zone in cui è ammessa l’occupazione tramite *dehors*. Ed infatti, è stato evidenziato, la P.A. non può, in tale materia, non considerare l’affidamento maturato in capo ai privati gestori sulla legittimità dell’occupazione ed è, dunque, tenuta ad esplicitare compiutamente le ragioni che hanno determinato la modifica delle zone di interesse.