

NEWSLETTER N. 6 ANNO III

16-31 marzo 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

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 28 marzo 2017, n. 3929 – Enti Locali – Sulla natura dei Piani di Alienazioni e Valorizzazioni del Patrimonio Immobiliare Comunale – Con la pronuncia in commento, nel respingere il ricorso presentato dalla parte privata, i Giudici capitolini hanno riconosciuto ai Piani di Alienazioni e Valorizzazioni del Patrimonio Immobiliare del Comune natura di atto generale e programmatico. Da tale qualificazione, ha osservato il Collegio, deve discendere l'esclusione dell'operatività della disciplina generale in materia di procedimento amministrativo, sia in punto di partecipazione del privato, sia sul versante motivazionale. Ancora, è stato rilevato che le scelte operate dall'Amministrazione nell'adozione del Piano sono caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità, con conseguente sindacabilità delle stesse solamente in caso di manifesta irragionevolezza. **(Giudizio seguito da uno dei soci dello Studio AOR Avvocati per conto del Comune resistente)** .

Tar Veneto, sez. I, del 15 marzo 2017, n. 275 – Appalti – Sulle modificazioni soggettive dei R.T.I. – Con la recente sentenza, il Tar del Veneto, richiamate le coordinate dettate dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 8/2012, ha ribadito che le modificazioni soggettive del raggruppamento temporaneo di imprese sono legittime anche se intervengono successivamente all'aggiudicazione. Quanto sopra, è stato evidenziato, a condizione che dette modificazioni consistano nel recesso di una o più imprese dal raggruppamento, purché le società rimanenti assicurino il mantenimento del possesso dei requisiti ed il recesso non risulti "elusivo", ovvero sia finalizzato ad evitare la sanzione dell'esclusione per difetto dei requisiti in capo al componente recedente. **(Giudizio seguito da uno dei soci dello Studio AOR Avvocati per conto della società ricorrente)** .

Giurisprudenza amministrativa, civile e contabile

Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 29 marzo 2017, n. 8117 – Appalti – Sul dovere del giudice amministrativo di verificare la regolarità del DURC – Le Sezioni Unite di Cassazione, ribadito che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione del Durc è applicabile ai soli rapporti tra impresa e Ente previdenziale, hanno osservato che il giudice amministrativo è, comunque, tenuto a verificare la regolarità di tale documento. Ne consegue che nel caso in cui lo stesso ometta di procedere a detto esame declinando il proprio potere giurisdizionale in materia, tale contegno dovrà essere considerato come diniego di giurisdizione e, in quanto tale, sindacabile in Cassazione.

Consiglio di Stato, sez. V, del 27 marzo 2017, n. 1364 – Appalti – *Sulla natura extracontrattuale della responsabilità della S.A. per il danno da mancata aggiudicazione della gara* – Con la pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada, in linea con la giurisprudenza europea e nazionale, hanno ribadito che la responsabilità derivante dalla mancata aggiudicazione di una gara ha natura extracontrattuale e non precontrattuale. Ne consegue che ai fini della condanna dell’Amministrazione al risarcimento del danno subito per violazione delle regole della buona fede e correttezza nelle trattative, il ricorrente è tenuto, oltre che a formulare apposita domanda, a dimostrare che le trattative – giunte ad uno stadio avanzato – siano state interrotte senza giustificato motivo dalla S.A.

Consiglio di Stato, sez. III, del 22 marzo 2017, n. 1320 – Appalti – *Sulla legittimità dell’annullamento dell’aggiudicazione a seguito della stipula del contratto* – Con tale sentenza è stata rilevata la possibilità per l’Amministrazione di annullare d’ufficio l’aggiudicazione anche a seguito della stipula del contratto, con la precisazione per cui il termine per poter intervenire - 18 mesi – decorre dal giorno della stipula, quale atto attributivo del vantaggio economico.

Consiglio di Stato, sez. III, del 22 marzo 2017, n. 1315 – Appalti – *Sui presupposti dell’emanazione dell’interdittiva antimafia* – Il Consiglio di Stato ha evidenziato che ai fini dell’emanazione dell’interdittiva antimafia l’Autorità procedente è tenuta a valutare autonomamente e dettagliatamente gli elementi da cui possa desumersi il collegamento con il sodalizio criminale. Ciò in quanto tale provvedimento non può conseguire automaticamente all’apertura di un procedimento penale ovvero all’emissione di una sentenza penale di condanna, abbisognando, al contrario, di un’autonoma attività valutativa.

Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza del 22 marzo 2017, n. 1297 – Appalti – *Sull’applicabilità della revisione dei prezzi negli appalti strumentali ai c.d. settori speciali* – Con la recente ordinanza il Consiglio di Stato, riconosciuto il carattere strumentale del servizio di pulizia a quello di trasporto ferroviario, ha rimesso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione relativa alla compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale che esclude l’applicabilità dell’istituto della revisione dei prezzi ai contratti strumentali ai servizi rientranti nei settori speciali.

Consiglio di Stato, sez. III, del 20 marzo 2017, n. 1229 – Appalti – *Sul ruolo di Stazione Appaltante e Committente del concessionario di lavori* – Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha affermato che il soggetto concessionario di servizi pubblici e di lavori riveste, sotto tale ultimo aspetto, la qualifica di Stazione Appaltante e committente con riguardo all’affidamento a terzi dell’esecuzione delle opere strumentali alla realizzazione degli impianti (nel caso di specie sportivi). Orbene, dalla qualificazione del concessionario come committente discende la responsabilità dello stesso per il fatto del terzo “ausiliario” secondo il paradigma civilistico (1218 c.c.).

Consiglio di Stato, sez. III, del 17 marzo 2017, n. 1213 – Appalti – *Sull’accesso agli atti di gara* – I Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che, posta l’indiscussa applicabilità dell’istituto dell’accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica, la disciplina dello stesso trova in tale ambito delle specificazioni. Ed infatti, a fronte dell’assoluta inaccessibilità ai documenti durante lo svolgimento della gara (fase in cui prevalgono esigenze di riservatezza), a procedura conclusa l’accesso torna ad essere praticabile su tutti gli atti, eccezion fatta per quelli coperti da segreto commerciale, la cui sussistenza deve essere adeguatamente dichiarata e comprovata dall’offerente.

Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 22 marzo 2017, n. 7295 – Appalti – *Sul potere del giudice di dichiarare l’inefficacia di un contratto di appalto* – Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite di Cassazione, ricostruita l’evoluzione della giurisprudenza amministrativa affermatasi in materia, hanno ribadito che ove la dichiarazione di inefficacia del contratto non sia prescritta *ex lege*, rientra nel potere giurisdizionale del giudice adito – e non nella discrezionalità della S.A. - la valutazione in ordine alla decisione di dichiarare inefficace il contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, ordinanza del 20 marzo 2017 n. 274 – Appalti – *Sulla suddivisione di una gara in macro lotti* – I Giudici siciliani aditi in seconda istanza hanno ritenuto di sospendere l’efficacia del bando di gara a mezzo del quale la Centrale Unica di Committenza per la Regione Sicilia ha indetto la procedura aperta per l’affidamento dei servizi di pulizia e servizi e accessori dividendo la stessa in cinque macro lotti. Ciò in quanto l’estensione dei singoli lotti potrebbe essere tale da condizionare la partecipazione alla procedura, in violazione del confronto concorrenziale.

Tar Piemonte, sez. I, del 27 marzo 2017 n. 414 – Appalti – *Sui presupposti per la sufficienza del voto numerico in gare da aggiudicare secondo in criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa* – Con la sentenza in esame il Tar ha ribadito che il punteggio numerico assegnato ad un’offerta può ritenersi sufficiente in punto motivazionale ove la S.A. abbia dettagliatamente predeterminato i criteri ed i subcriteri di valutazione (essendo, in tal modo, possibile risalire al percorso valutativo seguito). Viceversa, laddove l’Amministrazione non abbia predisposto dettagliati criteri di valutazione, la stessa sarà tenuta ad illustrare le ragioni del giudizio reso, pena l’illegittimità del giudizio per difetto motivazionale.

Tar Toscana, sez. II, del 23 marzo 2017 n. 454 – Appalti – *Sull’applicabilità del principio di rotazione alle concessioni e sulla violazione dello stesso* – Rilevato che il principio di rotazione è volto ad evitare il consolidamento della posizione del precedente gestore, i Giudici toscani hanno affermato l’applicabilità dello stesso anche nel settore delle concessioni, in quanto corollario del principio di libera concorrenza. Ciò precisato, il Collegio – dato atto della sussistenza di un

differente orientamento giurisprudenziale – ha riconosciuto la legittimazione a contestare la violazione del principio in parola non solo in capo al concorrente escluso, ma anche all'impresa risultata non aggiudicataria, evidenziando che tale canone generale deve ritenersi violato laddove la documentazione di gara non rechi alcuna motivazione con riferimento alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore.

Tar Piemonte, sez. II, del 17 marzo 2017 n. 395 – Appalti – *Sulla possibilità di indicare come subappaltatore un'altra impresa partecipante in proprio alla medesima gara* – Con tale pronuncia è stata affermata la possibilità per un'impresa concorrente di indicare quale subappaltatore per alcune categorie di lavori un'altra partecipante alla medesima procedura. Ciò in quanto da una parte non v'è alcuna previsione normativa che ponga tale divieto, dall'altra tale commistione di ruoli non sarebbe, comunque, idonea a generare lesioni del principio di massima partecipazione.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 27 marzo 2017, n. 7759 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Società in house - *Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti all'assunzione del personale delle società in house* – Con la recente sentenza le Sezioni Unite di Cassazione, evidenziata la rilevanza della scelta del modello societario per lo svolgimento di servizi pubblici, hanno affermato che la regola sostanziale che impone agli organismi *in house* di procedere alla selezione del personale secondo determinate procedure di reclutamento, non ha effetti sul riparto di giurisdizione. Ne deriva che la stessa, in virtù della natura privata del soggetto e della non necessità di bandire un concorso pubblico, resta radicata in capo al giudice ordinario.

Consiglio di Stato, sez. III, del 20 marzo 2017, n. 1250 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Servizio Farmaceutico - *Sulla competenza della Giunta Comunale nell'emanazione del piano di individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e sulla discrezionalità della valutazione* – Il Consiglio di Stato ha affermato la competenza della Giunta Comunale nell'emanazione dei provvedimenti di individuazione delle nuove sedi farmaceutiche nel territorio. Ciò in quanto tale provvedimento deve essere classificato come di natura gestionale e non anche programmatica. Ciò precisato, il Collegio ha rilevato la sussistenza di un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione quanto all'individuazione delle zone in cui istituire le nuove farmacie, con la conseguenza per cui tali scelte potranno essere sindacate per gravi ed evidenti errori di valutazione.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia Romagna, deliberazione del 14 marzo 2017, n. 43 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Servizio Farmaceutico - *Sulla possibilità per l'Ente locale di detenere partecipazioni in società di capitali che gestiscono farmacie* – Con la deliberazione in commento i Giudici emiliani, affermata la possibilità

per l'Ente locale di detenere partecipazioni in una società di capitali che gestisce una farmacia, hanno rilevato che tale partecipazione deve, comunque, essere valutata in relazione al contesto socio economico nel quale la farmacia opera ai fini dell'accertamento della configurabilità del servizio come servizio di interesse generale.

Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, deliberazione dell'8 marzo 2017, n. 24 – Servizi di Interesse Generale e Organismi Partecipati – Sulle condizioni per l'utilizzazione del "Fondo perdite organismi partecipati" – Con la recente deliberazione la Corte dei Conti ha rilevato che lo svincolo degli accantonamenti del "Fondo perdite organismi partecipati" finalizzato alla copertura di un'operazione di ripiano dei debiti di una società interamente partecipata in liquidazione deve essere adeguatamente motivato dall'ente locale quanto alla dimostrazione dello specifico interesse pubblico perseguito in relazione ai propri scopi istituzionali.

Tar Campania - Napoli, sez. III, del 28 marzo 2017, n. 1708 - Enti Locali – Sull'obbligo del Comune di provvedere sulla richiesta di autorizzazione avanzata dal privato per la realizzazione di un'opera pubblica a propria cura e spese – Con tale sentenza è stato rilevato che la normativa applicabile in tema di realizzazione di un'opera pubblica a cura e spese del privato (art. 20 D. Lgs n. 50/2016) è chiara nel prevedere l'obbligo del Comune di provvedere espressamente sulla richiesta avanzata. Ne discende che in caso di silenzio dell'Amministrazione, l'istante potrà agire giudizialmente per l'accertamento del silenzio inadempimento della P.A.

Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 22 marzo 2017, n. 3786 - Enti Locali – Sulla decadenza dalla carica di Consigliere comunale e provinciale per assenze ingiustificate – Con la pronuncia in rassegna il Tar ha rilevato che il provvedimento con cui si dichiara la decadenza dalla carica di Consigliere comunale o provinciale non si configura come atto vincolato, bensì come determinazione connessa alla valutazione discrezionale delle motivazioni addotte a giustificazione delle assenze. Ciò premesso, è stato ribadito che la mancata partecipazione alle sedute del Consiglio deve essere riconducibile a fatti impeditivi non superabili attraverso l'ordinaria diligenza, comportando, viceversa, la decadenza dalla carica laddove evidenzi un atteggiamento di disinteresse (nella specie non è stata ritenuta sufficiente l'allegazione della sottoposizione a una visita medica non accompagnata dalla dimostrazione di non aver potuto cambiare il giorno della visita). (**Sui casi di decadenza v. anche Consiglio di Stato, sez. V, del 20 febbraio 2017 n. 743 in Newsletter n. 4/2017**).

Tar Lombardia - Milano, sez. I, del 17 marzo 2017, n. 656 - Enti Locali – Sulla finalità e sulle modalità dell'accesso agli atti del Consigliere Regionale – Con la sentenza in commento i Giudici lombardi, richiamata la giurisprudenza affermatasi sul punto, hanno ribadito che l'accesso agli atti richiesto da un Consigliere Comunale è finalizzato alla cura dell'interesse pubblico connesso al

mandato. Ne deriva che l'esercizio di tale diritto non può essere condizionato alla verifica della sussistenza dell'interesse diretto, concreto ed attuale normalmente richiesto, ma, al contrario, deve essere garantito anche qualora l'istanza non sia motivata e la natura degli atti sia riservata. Avverte, però, il Collegio, che tale diritto deve essere esercitato con il minor aggravio possibile per l'Ente, con la conseguenza per cui non possono essere ritenute ammissibili istanze generiche e/o meramente emulative.

Tar Campania - Napoli, sez. I, del 15 marzo 2017, n. 1502 - Enti Locali – Sulla forma richiesta ai fini della validità dell'atto di dimissioni dalla carica di Consigliere comunale – Il Tar ha affermato la conformità alla disciplina dettata dalla legge notarile (a norma della quale gli atti composti da più pagine devono recare la sottoscrizione dei firmatari in calce e a margine) dell'atto di dimissioni volontarie firmate da tutti i consiglieri dimissionari che, costituendo più della metà del *plenum*, ha comportato lo scioglimento del Consiglio Comunale.

Consiglio di Stato, sez. VI, del 27 marzo 2017, n. 1391 – Enti Pubblici – Sulla legittimità del provvedimento di decadenza da una concessione demaniale per omesso versamento del canone - Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha dichiarato la decadenza da una concessione demaniale (nella specie relativa ad un ristorante e concessa dall'autorità portuale) per omesso versamento del canone demaniale entro trenta giorni dalla richiesta, come univocamente previsto dalla normativa vigente in materia.

Tar Campania - Salerno, sez. II, del 20 marzo 2017 n. 465- – Enti Pubblici – Sulla rilevanza delle sopravvenienze normative nel procedimento amministrativo – Nel confermare la giurisprudenza affermatasi in materia, i Giudici Campani hanno affermato che le sopravvenienze normative hanno rilevanza nell'ambito del procedimento finché lo stesso non sia concluso. Ne deriva che la legge applicabile va individuata non con riferimento all'apertura del procedimento ma avuto riguardo al momento di emissione del provvedimento finale.

Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza del 24 marzo 2017 n. 1337 – Edilizia&Urbanistica – Sulla motivazione dell'ordinanza di demolizione adottata a distanza di anni dall'abuso – Deferimento all'Adunanza Plenaria – Con tale ordinanza, dato atto dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali diffusi, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla motivazione dell'ordinanza di demolizione adottata a distanza di lungo lasso di tempo dalla commissione – da parte di un soggetto diverso dall'attuale proprietario - dell'abuso.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 22 marzo 2017 n. 7303 - Edilizia&Urbanistica – Sul giudice munito di giurisdizione in materia di indennità di occupazione – Con la recente ordinanza le Sezioni Unite di

News

Cassazione hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennità di espropriazione dovuta a seguito della occupazione legittima della Pubblica Amministrazione. Per il principio di inderogabilità della giurisdizione è stato, altresì, precisato che il radicamento della giurisdizione ordinaria non viene meno nel caso in cui il medesimo soggetto abbia agito per il risarcimento del danno da occupazione (di competenza del giudice amministrativo).

In data 30 marzo 2017 la **Commissione Speciale del Consiglio di Stato** ha reso il **parere n. 782**, relativo allo Schema del Decreto **Correttivo del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici**.

Il documento è consultabile al seguente link:

https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/n dqx/~edisp/nsiga_4323640.pdf

In data 29 marzo 2017, è stato pubblicato il **parere** reso dalla **Commissione Speciale del Consiglio di Stato** sullo schema delle Linee Guida Anac in materia di *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”*.

Il parere è consultabile al seguente link:

<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/n dm5/~edisp/g7spuiche212lekrril21f7y44.html>

In data 27 marzo 2017 l'Anac ha aperto la **consultazione** in materia di *“Aggiornamento delle Linee Guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”*.

Nell'evidenziare che tale normativa è applicabile anche alle associazioni ed alle fondazioni, si segnala che i contributi possono essere inoltrati sino al 26 aprile 2017.

Le Linee Guida possono essere consultate al seguente link:

http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/ConsultazioniOnLine/2017/LG_%20societ%C3%83%C2%A0_24%20marzo.pdf

In data 23 marzo 2017 è stata pubblicata la **Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 7342** materia di *“Gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale”*.

La **Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti** ha, con nota n. 206 del 20 marzo 2017, diramato il “*Questionario su debiti fuori bilancio e disavanzi di amministrazione dell’esercizio 2016*”.

I Comuni, le Città Metropolitane e le Province sono tenuti a compilarlo e trammetterlo – senza modificare il formato originario - via p.e.c. all’indirizzo sezionedelleautonomie.debitifuoribilancio2016@corteconti.it .

Il file è scaricabile dal seguente link:

www.cortedeiconti.it/utilita/questionari_enti_territoriali

L’**Anac** ha avviato la **consultazione on line** in materia sullo **Schema di Regolamento sull’esercizio del potere sanzionatorio** da parte dell’Autorità.

I contributi potranno essere trasmessi entro il 5 aprile 2017.

Il Regolamento è consultabile al seguente link:

http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20170321/Regolamento_sanzionatorio_Consultazione.pdf