

# NEWSLETTER N.9 ANNO II

1-13 maggio 2016



ANNIBALI•ORLANDO•RUFFINI  
— AVVOCATI —

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

speciale  
**Nuovo Codice dei  
Contratti Pubblici**

**Giurisprudenza  
amministrativa e  
civile**

**Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016- Appalti- Indicazioni operative concernenti il nuovo Codice dei Contratti Pubblici** - Con tale comunicato l'Anac ha inteso fornire alle Stazioni appaltanti nonché agli operatori economici dei chiarimenti relativi ad alcuni aspetti del nuovo Codice dei Contratti Pubblici. In particolare, l'Autorità ha precisato:

- i casi in cui continua ad applicarsi la vecchia disciplina (D.Lgs n. 163/2006);
- le fattispecie in cui è consentito di procedere ad acquisti autonomi per i Comuni non Capoluogo;
- le modalità di acquisizione del CIG ;
- le modalità di adempimento degli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Osservatorio.

**Comunicato del Presidente del 4 maggio 2016- Appalti- Regime transitorio dell'utilizzo del sistema AVCpass** – Con il recente comunicato l'Autorità ha chiarito le modalità di utilizzo del sistema AVCpass sino all'emanazione del decreto attuativo previsto dall'art. 81 del D. Lgs 50/2016.

**Comunicato del Presidente del 3 maggio 2016- Appalti- Indicazioni sul regime transitorio del nuovo Codice degli appalti**- Con tale comunicato l'Anac ha fornito delle indicazioni con riferimento al regime transitorio del nuovo Codice, definitivamente chiarendo che lo stesso deve ritenersi applicabile alle procedure avviate a partire dal 20 aprile 2016.

Per i dettagli visitare il sito: [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

**Consiglio di Stato, sez. V, del 5 maggio 2016, n. 1796- Appalti- Sull'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nel caso di silenzio della lex specialis nelle categorie ex allegato II B-** Con la sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada, dato atto di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 3/2015 e 9/2015 in materia di obbligatorietà a pena di esclusione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali anche in caso di silenzio della *lex specialis* di gara, hanno, tuttavia, affermato che tale obbligo non rileva nel caso di appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'allegato IIB del D. Lgs 163/2006 (nel caso di specie si trattava di attività di sorveglianza sanitaria, suscumbibile nella categoria dei "servizi sanitari e sociali" prevista da detto allegato).

**Consiglio di Stato, sez. III, del 3 maggio 2016, n. 1743- Appalti- Sul contenuto necessario delle informative antimafia-** Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che il provvedimento prefettizio recante l'informativa antimafia, ai fini della propria legittimità, deve indicare gli elementi di fatto dai quali si deduce la situazione di pericolo di infiltrazione mafiosa, nonché le ragioni in base alle quali gli stessi sono considerati idonei a generare detto pericolo. È stato, altresì, precisato che tali elementi di fatto possono consistere nelle circostanze emergenti non solo dalle sentenze di condanna, ma anche da ogni altro provvedimento recante una motivazione da cui possa emergere il pericolo di infiltrazione mafiosa.

**Consiglio di Stato, sez. IV, del 3 maggio 2016, n. 1716- Appalti- *Sulla modalità di comunicazione tra P.A. e concorrenti in caso di Amministrazioni tenute ad osservare il Codice dell'amministrazione digitale*- Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha affermato che le Amministrazioni tenute al rispetto del Codice dell'amministrazione digitale sono tenute ad inviare ogni comunicazione relativa alla gara tramite posta elettronica certificata, anche laddove la *lex specialis* della procedura preveda altre forme di trasmissione. Nella specie è stato ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione trasmesso tramite p.e.c. anche se il disciplinare prevedeva la comunicazione a mezzo di telegramma o fax.**

**Consiglio di Stato, sez. VI, del 2 maggio 2016, n. 1680- Appalti- *Sull'individuazione del personale tecnico utilizzato dall'impresa negli ultimi tre anni negli appalti di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria*- Con la pronuncia in commento, nel fornire un'interpretazione conforme al principio del *favor participationis* della norma dettata dal Codice in materia di numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni ai fini della partecipazione alla gara (art. 263 comma I, lett. c)), i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che nel novero di tale personale vanno ricompresi anche i liberi professionisti non titolari di titoli di studio e non rientranti nei tipi di rapporti descritti nella medesima norma.**

**Tar Lazio - Roma, sez. III quater, del 6 maggio 2016, n. 5334- Appalti - *Sulla legittimità dell'aggiudicazione della gara secondo il criterio del prezzo più basso senza tener conto dell'importo dell'IVA*- Con tale sentenza il Tar ha affermato che in caso di gara da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, deve ritenersi legittima l'aggiudicazione intervenuta senza tener conto dell'importo dell'IVA. Ciò in quanto i principi di trasparenza e parità di trattamento non consentono di tener conto di eventuali agevolazioni fiscali di cui un concorrente dovesse beneficiare, in quanto elementi estranei all'offerta.**

**Tar Lazio - Roma, sez. II bis, del 4 maggio 2016, n. 5063- Appalti - *Sui casi di nullità insanabile della nomina della Commissione giudicatrice* - Con la pronuncia in esame, i giudici capitolini hanno affermato la nullità insanabile della nomina della Commissione (e, conseguentemente, di tutti gli atti di gara) nel caso in cui il Presidente della stessa sia stato nominato per via della propria nomina a dirigente a tempo determinato dell'Ente locale intervenuta in violazione della regola dell'inconferibilità di incarichi di cui all'art. 7 del D. Lgs 39/2013 (nella specie la nomina a Dirigente era intervenuta prima del periodo di divieto previsto dalla richiamata norma).**

**Tar Lazio - Roma, sez. I ter, del 2 maggio 2016, n. 4967- Appalti - *Sulle conseguenze dell'esito negativo del controllo dei requisiti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria* - Con la sentenza in esame, il Tar ha affermato l'applicabilità delle sanzioni dell'esclusione del concorrente dalla gara, dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Anac (previste dal comma I dell'art. 48 D. Lgs 163/2006) anche in caso di mancata prova o mancata conferma dei requisiti da parte dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria (procedimento di cui al comma II del medesimo art. 48 D. Lgs 163/2006).**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 13 maggio 2016, n. 1935-Edilizia&Urbanistica- *Sulla legittimità dell'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica e sulle conseguenze derivanti dalla tardività del parere della Soprintendenza*- Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità dell'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge (art. 167 comma IV D. Lgs n. 42/2004), precisando che il decorso del termine di novanta giorni previsto per la resa del parere da parte della Soprintendenza non elimina la facoltà di questa di intervenire tardivamente, fermo restando che in tal caso il parere perde la propria natura vincolante e deve, dunque, essere valutato autonomamente dalla P.A. preposta al rilascio del titolo.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 12 maggio 2016, n. 1926-Edilizia&Urbanistica- *Sull'illegittimità di una previsione del Regolamento comunale che impone il pagamento di canoni non ricognitori per uso singolare di una risorsa stradale*- Con tale pronuncia i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che la possibilità di imporre il pagamento di un canone non ricognitorio (ovverosia dovuto per tutte le occupazioni a carattere permanente o l'uso particolare del demanio o del patrimonio stradale) per l'uso di una risorsa stradale è limitata ai casi in cui da tale utilizzo discenda l'impossibilità di fruizione per gli altri utenti, non essendo- al contrario- consentita tale imposizione nel caso in cui non risultino precluse altre modalità di godimento del bene.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 5 maggio 2016, n. 1822-Edilizia&Urbanistica- *Sugli elementi determinanti un aumento di volumetria*- Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato, ribadito che la natura precaria di un manufatto non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione assegnatagli dal costruttore, ha affermato che l'installazione di pannelli di vetro sui tre lati di un porticato comporta un aumento di volumetria in quanto la struttura così realizzata è idonea a soddisfare esigenze prolungate nel tempo, a nulla rilevando- al contrario- né le modalità di installazione dei pannelli né l'utilizzo stagionale delle vetrate.**

**Tar Calabria - Catanzaro, sez. II, del 3 maggio 2016, n. 977-Edilizia&Urbanistica- *Sull'illegittimità dell'ordine di demolizione di un manufatto di piccole dimensioni con finalità di arredo o riparo dell'immobile cui accede*- Con tale sentenza il Tar ha rilevato l'illegittimità dell'ordine di demolizione di una tettoia di piccole dimensioni posta a ridosso di un balcone ed avente finalità di riparo dello stesso. In particolare è stato evidenziato che in tal caso la realizzazione del manufatto deve ritenersi sottratta dal regime del permesso di costruire e ricadente nell'ambito degli interventi edilizi realizzabili mediante SCIA.**

**Consiglio di Stato, sez. V, del 5 maggio 2016, n. 1793- Servizi Pubblici Locali - Trasporto Pubblico Locale- *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in caso di controversie in materia di trasferimento di risorse finanziarie*- Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha ribadito che le questioni vertenti in materia di trasferimento delle risorse finanziarie non sono direttamente collegate al servizio di trasporto pubblico locale ma attengono, piuttosto, a profili meramente patrimoniali. Ne consegue il radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario.**

**Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere del 3 aprile 2016, n. 1075 – Servizi Pubblici Locali- *Parere sul Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*-** Con il parere in esame, il Consiglio di Stato, esaminate singolarmente le novità introdotte dal Testo Unico, ha riconosciuto l'organicità e la stabilità della disciplina, auspicando la vigilanza del Governo sul rispetto della codificazione, nonché il monitoraggio sull'attuazione della riforma.

**Corte di Giustizia U.E., sez. V, del 12 maggio 2016, n. C/520/14– Servizi Pubblici Locali – *Trasporto Scolastico- Sull'impossibilità di sottoporre al regime IVA le somme pagate a titolo di retribuzione per il trasporto scolastico*-** Con tale sentenza la Corte di Lussemburgo ha escluso che tra il gestore del servizio di trasporto scolastico e gli utenti si instauri un rapporto sinallagmatico in cui l'utente corrisponde al gestore l'esatto controvalore della prestazione resa, con la conseguenza che dette operazioni non possono essere considerate imponibili ai fini dell'IVA.

**Tar Liguria, sez. II, del 13 maggio 2016, n. 461- Servizi Pubblici Locali – *Servizio Idrico Integrato- Sull'illegittimità della previsione dell'obbligazione solidale del proprietario e dell'occupante al pagamento del corrispettivo del servizio*-** Con la pronuncia in commento i giudici liguri hanno escluso la legittimità di una previsione del Regolamento dell'Ente a tenore della quale il proprietario dell'immobile è sempre tenuto in solido con l'occupante al pagamento del servizio, non trovando una simile previsione alcun fondamento né nell'ordinamento, né nel contratto di fornitura sottoscritto dall'utente.

**Consiglio di Stato, sez. III, del 4 maggio 2016, n. 1752– Enti locali – *Sui presupposti giustificanti l'emanazione di un decreto di sospensione dell'attività ai sensi dell'art. 100 TULPS* –** Con tale sentenza, i giudici di Palazzo Spada, ricordato che la misura di sicurezza della sospensione dell'attività può essere adottata solo alla ricorrenza dei presupposti previsti dalla legge ( *i.e.* “*tumulti o gravi disordini*” ovvero “*qualora il locale sia abituale ritrovo di persone pregiudicate o pericolose*”) hanno affermato l'illegittimità di un decreto di sospensione motivato con riferimento ad un unico episodio di aggressione avvenuto all'interno del locale.

**Tar Puglia – Lecce, sez. I del 5 maggio 2016, n. 746– Enti locali – *Sulla giurisdizione del giudice ordinario in caso di impugnazione di un'ordinanza di sgombero di un'area demaniale occupata sine titulo* –** Con la pronuncia in esame, i giudici pugliesi hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in caso di impugnazione di un'ordinanza di sgombero di un'area demaniale illegittimamente occupata basata sulla contestazione della demanialità del bene. Ciò in quanto nella delimitazione del demanio l'Amministrazione non agisce in forza di atti autoritativi costitutivi, limitandosi all'accertamento – di natura vincolata- del confine demaniale.

## Corte dei Conti

**Tar Calabria – Catanzaro, sez. II del 2 maggio 2016, n. 942– Enti pubblici – *Sulla legittimità dell'indizione di un concorso per la stabilizzazione di personale precario senza previo esperimento delle procedure di mobilità* –** Con la sentenza in commento il Tar ha affermato la legittimità di un concorso che prevedeva dei posti riservati alla stabilizzazione di personale precario e che non era stato preceduto dall'avvio delle procedure di mobilità. Ciò in quanto- si osserva- la disciplina in materia di stabilizzazione è posteriore e speciale rispetto alla normativa ordinaria, e, dunque, derogatoria rispetto a quest'ultima.

**Tar Abruzzo – Pescara, sez. I del 26 aprile 2016, n. 155– Enti pubblici – *Sui presupposti legittimanti l'accesso del pubblico dipendente agli atti del proprio fascicolo personale*-** Con la sentenza in commento, i giudici abruzzesi, rilevato che il pubblico dipendente è titolare di una posizione giuridicamente tutelata con riferimento alla conoscenza degli atti del proprio fascicolo personale, hanno affermato che nel proporre istanza di accesso lo stesso non è tenuto ad esternare espressamente la sussistenza di un interesse concreto ed immediato.

**Sezione Regionale Controllo Campania, Deliberazione del 29 aprile 2016, n. 108/PAR- Servizi Pubblici Locali – *Servizio idrico integrato- Sull'inammissibilità dell'affidamento diretto del servizio a soggetti a controllo pubblico che siano partecipati anche in misura minoritaria da privati*-** Con la deliberazione in commento, ricostruita la normativa vigente in materia, la Corte ha escluso la possibilità di affidare in via diretta il servizio a soggetti a controllo pubblico al cui capitale partecipino soggetti privati, anche laddove tale partecipazione non sia influente sulla *governance*. In particolare, è stato evidenziato che il principio dell'unicità della gestione non introduce nuove forme di gestione, limitandosi a favorire la concentrazione della stessa, salvo il rispetto, nell'individuazione del gestore, delle norme che presiedono ai moduli di affidamento prescelti.