

NEWSLETTER N. 9 ANNO III

1-15 maggio 2017



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

In evidenza

Corte Costituzionale, sentenza del 4 maggio 2017, n. 94 – *Sulla legittimità costituzionale del termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione dell'azione di risarcimento* – La Corte Costituzionale ha dichiarato **non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla previsione del termine di decadenza di 120 giorni (art. 30 c.p.a.) per la proposizione dell'azione di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi innanzi il G.A.**

Ha osservato, in particolare, la Consulta che la natura decadenziale di detto termine non comporta un *vulnus* di tutela per le posizioni di interesse legittimo, trovando, invece, la propria ragion d'essere nell'esigenza di bilanciare l'interesse privato al ristoro dei danni subiti con quello generale alla certezza e la stabilità del rapporto amministrativo.

Tar Lazio – Roma, sez. III, del 9 maggio 2017, n. 5545 e Tar Marche – Ancona, sez. I, dell'11 maggio 2017, n. 354 – *Appalti* – *Sulla decorrenza del termine di impugnazione nel rito super accelerato e sulla pubblicità degli atti* – Segnaliamo le pronunce dei Tribunali capitolino e marchigiano che, in materia di decorrenza del termine di impugnazione previsto nel rito super accelerato, pervengono alla medesima conclusione partendo da premesse differenti.

Ed infatti, **nell'affermare che detto termine di 30 giorni deve ritenersi decorrente dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del Committente**, i Collegi hanno rilevato da una parte (Tar Marche) l'**irrilevanza dell'approfondita e completa conoscenza delle ragioni** poste alla base del provvedimento – possibile solo attraverso l'accesso agli atti – e dall'altro (Tar Lazio – Roma) che **detta pubblicazione deve ritenersi quale unico evento suscettibile di provocare il decorso del termine di impugnazione**, non essendo alla medesima equiparabile la comunicazione individuale via p.e.c.

È stato, altresì, rilevato come tali impostazioni siano pienamente conformi con la linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza europea e finalizzata a contemperare l'esigenza della garanzia dell'efficacia della tutela giurisdizionale con il principio di certezza del diritto (previsione di un unico termine di impugnazione).

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 12 maggio 2017, n. 2 – *Appalti* – *Sulle voci di danno risarcibile in caso di mancata aggiudicazione e sull'onere della prova* – L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che **in caso di azione di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, il ricorrente potrà qualificare il pregiudizio di cui chiede ristoro in termini di "interesse positivo" quale sommatoria del lucro cessante e del danno curriculare**, inteso

**Giurisprudenza
amministrativa, civile
e contabile**

come consistente nella mancata esperienza maturata dall'istante a causa dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di altri. Ciò posto, l'Adunanza ha, altresì, precisato che ai fini dell'ottenimento del richiesto ristoro, il ricorrente sarà, comunque, tenuto a fornire piena prova dei pregiudizi subiti, non essendoci, in detta materia, delle attenuazioni al principio dispositivo.

Consiglio di Stato, sez. V, del 12 maggio 2017, n. 2238 – Appalti – Sulla legittimità di una clausola di territorialità – I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato la **legittimità della clausola di territorialità contenuta nell'ambito della legge di gara** (nella specie veniva prevista la necessità di un impianto di sistemazione dei rifiuti destinati al recupero nel raggio di 30 Km dall'Amministrazione). D'altra parte, ha osservato il Collegio, una simile scelta nemmeno sarebbe sindacabile in giudizio posta la propria attinenza agli atti generali e la conseguente insussistenza di un compiuto onere motivazionale.

Consiglio di Stato, sez. V, dell'11 maggio 2017, n. 2199 – Appalti – Sull'onere di indicazione dei costi di sicurezza aziendale nelle gare bandite nella vigenza del Vecchio Codice – Con tale sentenza il Consiglio di Stato, in linea con quanto statuito dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 19/2016, ha ribadito che **nelle gare indette in vigenza del Vecchio Codice dei Contratti, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non può comportare l'esclusione automatica del concorrente** allorché la legge di gara nulla precisi a riguardo e sia pacifico che l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza interna. In tali casi, infatti, occorre previamente far ricorso al soccorso istruttorio.

Consiglio di Stato, sez. VI, dell'8 maggio 2017, n. 2098 – Appalti – Sull'indicazione dei costi per la sicurezza interna in caso di servizi di natura intellettuale – I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che **nel caso di gare per l'affidamento di servizi di natura intellettuale, il concorrente che – nella redazione dell'offerta- indichi in zero i costi per la sicurezza interna, non viola l'obbligo di specificazione di tali oneri previsto ex lege** e non è, perciò, soggetto all'esclusione per motivi formali restando – però – opportuno sottoporre tale indicazione ad una verifica di congruità.

Consiglio di Stato, sez. III, dell'8 maggio 2017, n. 2093 – Appalti – Sui limiti all'esperibilità del soccorso istruttorio – Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha rilevato che, benché la formulazione del Nuovo Codice dei Contratti appaia più ampia nella previsione delle irregolarità sanabili mediante il ricorso al soccorso istruttorio, deve, nondimeno, **escludersi la possibilità di applicare tale istituto nei casi in cui le carenze ovvero le incompletezze riscontrate non consentano l'individuazione del contenuto e della provenienza dell'offerta tecnica ed economica.**

Consiglio di Stato, sez. III, del 5 maggio 2017, n. 2078 – Appalti – Sulla portata della clausola sociale – In linea con la precedente giurisprudenza, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che negli appalti pubblici **la clausola sociale**

deve essere interpretata in conformità ai principi di libera iniziativa imprenditoriale e concorrenza, **nel senso di non importare alcun automatico riassorbimento dei dipendenti del vecchio gestore nell'organigramma del nuovo aggiudicatario**, soccorrendo, per il personale che non passasse alle dipendenze di quest'ultimo, il ricorso agli ammortizzatori sociali.

Consiglio di Stato, sez. V, del 2 maggio 2017, n. 2014 – Appalti – Sui casi di immediata lesività della clausola del bando che preveda l'aggiudicazione al massimo ribasso – Con la recente pronuncia il Consiglio di Stato ha rilevato **il carattere immediatamente lesivo della clausola del bando che preveda quale criterio di aggiudicazione della gara quello del massimo ribasso nel caso in cui il ricorrente si dolga della mancanza non motivata di indici di valutazione dell'offerta di carattere tecnico- qualitativo**, in violazione della disposizione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici che prevede quale criterio di aggiudicazione ordinario quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tar Campania, Napoli, sez. II, del 12 maggio 2017, n. 2578 – Appalti – Sulla legittimità di aggiudicazione di una gara a favore di una impresa che non ha dichiarato alcune condanne afferenti reati non rientranti nell'elenco ex art 80 del Codice – Con la pronuncia in esame il Tar Campania ha ritenuto **legittima l'aggiudicazione di una gara di appalto disposta in favore di una società che ha omesso di dichiarare l'esistenza di alcune condanne penali pronunciate nei confronti del vice presidente del consiglio di amministrazione cessato dalla carica**. Ciò sul presupposto che tali condanne **riguardavano reati non rientranti nell'elenco tassativo degli illeciti penali ascritti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 ai motivi di esclusione**. A detta dei Giudici, infatti, nel caso di specie, non è dimostrato il difetto, in concreto, del requisito di moralità professionale della società interessata.

Tar Toscana, sez. II, del 12 maggio 2017, n. 672 – Appalti – Sull'illegittimità dell'annullamento in autotutela degli atti di gara motivato con riferimento alla mancata nomina del R.U.P. – I Giudici toscani hanno affermato **l'illegittimità dell'annullamento degli atti di gara motivato con riferimento alla mancata nomina del RUP**. In particolare è stato affermato che tale omissione determina **l'automatico subentro nel ruolo del RUP del funzionario preposto all'unità organizzativa competente**. Ne deriva l'insussistenza dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e la correlativa impossibilità di intervenire in autotutela.

Tar Lazio – Roma, sez. III, del 9 maggio 2017, n. 5545 – Appalti – Sul carattere generale e senza deroghe dell'obbligo di produrre il contratto di avvalimento – Con la sentenza in commento, il Tar del Lazio, nell'evidenziare **la mancanza – nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici – di una espressa deroga all'obbligo di produzione del contratto di avvalimento nel caso in cui a tale istituto ricorrano società facenti parte del medesimo gruppo**, ha affermato la necessità di tale allegazione documentale. Alla medesima

conclusione, aggiunge il Collegio, deve giungersi nel caso in cui l'appalto riguardi i settori speciali. Ciò in quanto nemmeno in tale ipotesi è dato rinvenire una previsione derogatoria all'ordinario onere di produzione.

Tar Sicilia – Catania, del 5 maggio 2017, n. 1008 - Appalti - *Sugli effetti del rinnovo dell'attestazione SOA* – In linea con la giurisprudenza già affermata in materia, il Tar Catania ha affermato **il carattere retroattivo al momento della richiesta del rinnovo dell'attestazione SOA**. Ne deriva che ai fini della partecipazione alle gare pubbliche è sufficiente che l'impresa presenti la richiesta di rinnovo nei novanta giorni precedenti la scadenza.

Tar Sicilia – Catania, del 2 maggio 2017, n. 912 - Appalti – *Sull'avvalimento nelle procedure negoziate* – I Giudici siciliani hanno, con la pronuncia in esame, **confermato la possibilità di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento anche nelle procedure negoziate**. In particolare è stato osservato che da una parte non sussiste alcuna norma escludente tale possibilità, dall'altra la medesima facoltà può farsi derivare dai principi generali in materia di evidenza pubblica.

Tar Campania - Napoli, sez. III, del 3 maggio 2017, n. 2358– Appalti – *Sull'obbligatorietà dell'indicazione separata degli oneri della sicurezza aziendale nella vigenza del Nuovo Codice* - Il Tar Campania ha confermato che nella vigenza del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici **gli oneri di sicurezza aziendali devono essere indicati separatamente a pena di esclusione anche laddove la *lex specialis* nulla preveda in merito**. Precisa, infatti, il Collegio che la disposizione normativa in materia deve ritenersi integrante la legge di gara che nulla specifichi a riguardo, con la conseguente legittimità dell'esclusione del concorrente che abbia omesso tale dichiarazione (cfr. **Tar Campania - Salerno, sez. I, del 5 gennaio 2017 n. 34 in Newsletter AOR n. 1/2017**).

Corte dei Conti, Sezione Controllo Emilia Romagna, parere del 26 aprile 2017, n. 75- Appalti – *Sulla configurazione del singolo incarico di patrocinio legale come appalto di servizi* – La Corte dei Conti ha osservato che alla luce del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici **il patrocinio legale deve essere considerato** – per espressa previsione normativa – **come appalto di servizi**, soggetto all'applicazione dei principi generali di economicità, trasparenza, imparzialità, proporzionalità, pubblicità e parità di trattamento.

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Veneto, del 2 maggio 2017 n. 244- Servizi di interesse generale e Organismi partecipati- *Sull'ammissibilità dell'istituto della compensazione tra debiti e crediti tra l'ente locale e la propria società in house*- Con la Deliberazione in esame, i Giudici contabili nell'esaminare le relazioni ricevute dall'organo di revisione di un Comune sulle risultanze del rendiconto 2014, si sono soffermati sulle compensazione tra debiti e crediti reciproci tra l'ente locale e la società partecipata. La Sezione ha ribadito **la possibilità che operi, nell'ambito dei rapporti tra enti controllanti e società controllata** (peraltro, in house) **l'istituto**

della compensazione, in particolare, nel caso di compensazione legale, ovvero nell'ipotesi di crediti/debiti reciproci, certi, liquidi ed esigibili, esistenti e determinati (o facilmente determinabili, attraverso mere operazioni di calcolo) nel loro ammontare, non oggetto di contestazione tra le parti e scaduti (immediatamente esigibili, perché non sottoposti a termine o condizione), disciplinata dall'art. 1243, 1° comma, c.c. (Nel caso sottoposto alla loro attenzione hanno, tuttavia, manifestato delle perplessità dovute alle circostanze concrete nella quali la forma di compensazione dovrà produrre i suoi effetti).

Corte dei Conti, Sezione Regionale Controllo Campania, parere del 19 aprile 2017, n. 56– Sevizi di interesse generale e Organismi partecipati – *Sull'inapplicabilità dell'istituto della mobilità ai dipendenti delle società partecipate assunti al di là di un concorso pubblico* – La Corte dei Conti, ribadito che l'istituto della **mobilità del personale è applicabile esclusivamente nei casi previsti *ex lege*, ha confermato **l'impossibilità di ricorrere allo stesso nel caso di necessità di riallocare il personale dipendente di una società partecipata che sia stato assunto attraverso delle procedure aziendali** non concorsuali. Ammettere tale meccanismo, osserva la Corte comporterebbe l'elusione del dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. nella parte in cui prevede che agli impieghi presso la P.A. si accede mediante pubblico concorso.**

Corte di Cassazione, SS UU Civili, ordinanza del 15 maggio 2017, n. 11983 – Responsabilità amministrativa – *Sul giudice competente per il danno da mala gestio arrecato ad una società a totale partecipazione pubblica (ma non in house)* - Con l'ordinanza in esame la Suprema corte, richiamate le precedenti pronunce in merito, ha **confermato la giurisdizione del Giudice Ordinario, in luogo di quello Contabile, per il danno da mala gestio arrecato ad una società a totale partecipazione pubblica. È stato ribadito, infatti, che nel caso di specie (soggetto a totale partecipazione pubblica non qualificabile come organismo in house providing) il danno arrecato alla società non integra un danno erariale, quanto piuttosto un danno arrecato al patrimonio di un soggetto privato.**

Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Emilia Romagna, del 15 maggio 2017, n. 106 – Responsabilità amministrativa – *Sui rapporti tra giudicato penale e proposizione dell'azione di risarcimento del danno erariale all'immagine* - Con detta sentenza la Corte dei Conti ha evidenziato che **ai fini della proposizione dell'azione contabile per il risarcimento del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione è necessario che il titolo di responsabilità sia stato positivamente e definitivamente accertato nel giudizio penale con sentenza di condanna passata in giudicato.**

Corte dei Conti, Sezione Centrale di Appello, del 3 maggio 2017, n. 267 – Responsabilità amministrativa – *Sulla decorrenza del termine prescrizione dell'azione volta al risarcimento del danno erariale* - Con la recente sentenza la Corte dei Conti ha confermato **che il termine di prescrizione di cinque anni per**

la proposizione dell'azione di risarcimento del danno erariale inizia a decorrere dal momento in cui il pregiudizio si è verificato ovvero è divenuto noto. Nel far ciò, il Collegio ha rilevato che nel caso – come quello di specie - in cui il pregiudizio derivi dal malfunzionamento ovvero dalla parziale inutilizzabilità di un'opera pubblica, detto termine decorre dal giorno del parziale collaudo dell'opera, quando tale disfunzione è divenuta nota.

Consiglio di Stato, sezione V, dell'11 maggio 2017 n. 2198- Enti Locali – Sulle sanzioni applicabili in caso di occupazione abusiva di suolo pubblico – Il Consiglio di Stato ha affermato **la legittimità della sanzione della chiusura dell'esercizio commerciale** (nella specie per cinque giorni) **e dell'ordine di ripristino dello stato dei luoghi adottata dal Comune nei confronti del titolare dell'attività commerciale occupava abusivamente l'area – pubblica – antistante l'esercizio** stesso al fine dello scarico/carico merci. È stato, inoltre, precisato che l'ordine di chiusura dell'attività resta legittimo anche a seguito dell'intervenuta oblazione dell'eventuale sanzione pecuniaria e del ripristino dello stato dei luoghi, ponendosi come sanzione minima prevista dall'ordinamento in caso di occupazione di suolo pubblico per fini commerciali.

Corte di Cassazione, sezione lavoro, del 5 maggio 2017, n. 11015 - Enti Locali – Sull'inapplicabilità dello spoil system agli incarichi tecnico dirigenziale – Con tale sentenza la Cassazione ha affermato che ai fini della legittimità dell'applicazione del meccanismo dello **spoil system** è necessario che l'incarico – oltre ad essere apicale - risulti fiduciario nel senso politico e personale. Ne deriva **l'impossibilità di invocare tale istituto in caso di affidamento di incarico tecnico professionale che non involga la partecipazione del professionista nelle decisioni politiche dell'Ente.**

Corte dei Conti, Sezione Autonomie, Deliberazione del 15 maggio 2017, n. 12 – Enti Pubblici – Sulla spesa relativa al personale in comando - Con la recente deliberazione, la Sezione Autonomie della Corte dei Conti, del dare risposta ad un quesito posto dalla Sezione Controllo Regione Abruzzo, ha confermato che **la spesa relativa al personale in posizione di comando non può essere considerata come spesa per i contratti flessibili (con conseguente sottoposizione ad un massimo di importi).** Ciò in quanto – è stato precisato – i dipendenti “comandati” fanno comunque parte dell'Amministrazione e, dunque, non è necessaria la limitazione della spesa agli stessi attinenti ferma restando la dovuta imputazione figurativa della stessa nel bilancio dell'ente cedente.

Tar Toscana, sez. III, ordinanza dell'11 maggio 2017, n. 667 - Edilizia&Urbanistica – Sulla mancanza della previsione di un termine per sollecitare la verifica della P.A. sull'attività oggetto di SCIA - Sollevata questione di legittimità costituzionale – Il Tar Toscana ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della previsione che non contempla un termine entro

il quale il terzo è legittimato a sollecitare la verifica della Pubblica Amministrazione sull'attività oggetto di SCIA.

Tar Marche, sez. I, dell'8 maggio 2017, n. 348 - *Edilizia&Urbanistica* – Sui soggetti tenuti al versamento degli oneri di urbanizzazione– Con la recente pronuncia il Tar ha rilevato **la legittimità della richiesta di pagamento degli oneri di urbanizzazione effettuata nei confronti dell'originario titolare dell'atto abilitativo anche se l'immobile è stato *medio tempore* alienato senza che sia stata pattuita alcuna clausola liberatoria in materia di oneri concessori**. Ed infatti, è stato osservato, in tale ipotesi si verifica una fattispecie di accolto cumulativo e non liberatorio di tali costi.

Tar Puglia - Bari, sez. III, del 2 maggio 2017, n. 445 - *Edilizia&Urbanistica* – Sui soggetti responsabili degli abusi edilizi – I Giudici pugliesi, nel confermare che, secondo quanto *ex lege* prescritto, i soggetti responsabili degli abusi edilizi sono il titolare del permesso di costruire, il committente ed il costruttore, hanno rilevato **l'illegittimità dell'ordine di demolizione adottato nei confronti della società che abbia solamente fornito il materiale necessario alla costruzione del manufatto abusivo**.

News

È stato pubblicato sul S.O. n. 22 alla Gazzetta Ufficiale n. 103 del **5 maggio 2017** il Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici, **Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56** recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”. La normativa entrerà in vigore il prossimo 20 maggio.