

NEWSLETTER N. 21 ANNO VI

1 – 15 dicembre 2020



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06 .39738792

Via Durini n. 25 – 20122 - Milano
Tel e Fax: (+39) 02.91090173

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 15 dicembre 2020 n. 8025 – Appalti – Sul possesso dei certificati di regolare esecuzione dei lavori al momento della partecipazione alla gara - Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che i certificati di esecuzione lavori comprovanti i requisiti dichiarati in fase di ammissione debbono essere posseduti già al momento della partecipazione.

Infatti, non può essere tenuta distinta la effettiva qualificazione (derivante dallo svolgimento dei lavori) dalla loro certificazione (che costituirebbe solo un mezzo di prova della precedente).

La certificazione di regolare esecuzione è un elemento essenziale, poiché garantisce che il requisito esperenziale sia certo e validato. È altresì necessario che il certificato abbia data anteriore alla partecipazione, poiché altrimenti la partecipazione sarebbe condizionata alla regolare esecuzione dei lavori, con violazione della par condicio tra i concorrenti e della speditezza del procedimento di gara.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – sentenza non definitiva 15 dicembre 2020 n. 8067 – Sulla censurabilità delle leggi provvedimento dinanzi al Giudice amministrativo – Con la sentenza non definitiva in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, laddove la disposizione di una legge provvedimento rechi già in sé la capacità di realizzare interamente l'effetto a cui si tende, l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella di impugnare gli atti applicativi.

In tali circostanze, la richiesta di tutela giurisdizionale si deve appuntare avverso il primo atto di esecuzione.

Pertanto, la mancata impugnazione dei successivi atti della sequenza contabile (appostamento, impegno e liquidazione) non rileva ai fini dell'interesse ad agire, poiché trattasi sempre di atti esecutivi di contenuto vincolato.

Nel caso di specie, è stata ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22, comma 8, della legge provvedimento n. 96 del 2017, con il quale è stato concesso un contributo straordinario al solo teatro Eliseo per violazione dei principi di uguaglianza, parità di trattamento, buon andamento dell'attività amministrativa, nonché con riguardo allo sviluppo della cultura e dell'arte anche in relazione all'iniziativa economica privata in tali settori, comunque finalizzata all'utilità sociale.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. I-quater – ordinanza 7 dicembre 2020 n. 7507 – Appalti – Sulla coincidenza tra i requisiti di qualificazione e la quota di esecuzione dell'impresa raggruppata - Con l'ordinanza in rassegna, i Giudici capitolini hanno ricordato che l'impresa raggruppata deve sempre possedere i requisiti di qualificazione richiesti per la quota di lavori che dichiara di voler eseguire.

Il Collegio ha richiamato l'analogo principio già enunciato nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2019, dandone un'interpretazione che non ammette deroghe.

Infatti, non può rilevare né se lo scostamento sia minimo né se il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori, poiché l'art. 92 D.P.R. n. 207 del 2010 prevede che ciascuna impresa debba possedere i requisiti necessari per l'esecuzione dei lavori di propria spettanza.

Nel caso di specie, l'istanza cautelare è stata rigettata poiché la mandante era qualificata per eseguire lavori per una quota di € 218,00 inferiore a quella che aveva dichiarato di voler eseguire.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

T.A.R. SICILIA – PALERMO, Sez. III – sentenza 14 dicembre 2020 n. 2881 – Appalti – Sulla quota dei lavori da eseguire dall'impresa mandataria in misura maggioritaria - Con la sentenza in commento, i Giudici siciliani hanno ritenuto che può definirsi maggioritaria l'esecuzione da parte dell'impresa mandataria che assuma concretamente una quota non inferiore a quella di ciascuna delle mandanti.

Il vincolo normativo per cui la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria deve essere letto considerando che nei raggruppamenti orizzontali tutte le imprese riunite eseguono il medesimo tipo di prestazione, che ciascuna di esse è responsabile per l'intera prestazione in solido e che la distribuzione della prestazione tra le imprese medesime non rileva all'esterno.

Pertanto, è legittima un'esecuzione paritaria dei lavori al 50% tra impresa mandataria e mandante, in assenza di specifico divieto della lex specialis.

I Giudici di Palazzo Spada hanno altresì aggiunto che l'impresa mandataria deve pur sempre possedere in misura maggioritaria (o almeno paritaria) i requisiti di qualificazione.

Nel caso di specie, è stata ritenuta legittima l'esclusione di un raggruppamento di imprese in quanto la mandataria possedeva un fatturato minimo relativo a uno degli anni considerati in misura minoritaria rispetto alla quota richiesta dalla lex specialis.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, Sez. III – sentenza 9 dicembre 2020 n. 7787 – Appalti – Sulla verbalizzazione dei giudizi dei singoli commissari di gara – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che, in assenza di uno specifico obbligo dalla lex specialis, non è necessaria la verbalizzazione dei giudizi resi dai singoli commissari di gara.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedeva soltanto che i punteggi avrebbero dovuto essere assegnati partendo dai voti dei singoli commissari per poi essere convertiti in una media e quindi nel punteggio finale.

Pertanto, l'enunciazione separata dei punteggi aveva una mera rilevanza interna, poiché ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna rilevava la sola attribuzione del voto complessivo finale.

Inoltre, i Giudici di Palazzo Spada hanno altresì sostenuto che, laddove non sia chiaramente imposto a pena di esclusione, lo sfioramento del numero di pagine dell'offerta non può comportare l'esclusione dell'operatore economico.

CONSIGLIO DI STATO Sez. IV – sentenza 9 dicembre 2020 n. 7789 – Appalti – *Sull'omesso pagamento dei tributi locali ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara* – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che anche l'omesso pagamento di tributi locali comporta l'esclusione dalla procedura di gara.

Infatti, l'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici impone l'esclusione per violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse previste dalla legislazione statale.

Orbene, ipotizzare che la disposizione non trovi applicazione per i tributi locali sarebbe contrario non solo al tenore letterale della normativa, ma anche alla sua ratio.

Pertanto, nel caso di specie, è stato ritenuto atto dovuto l'esclusione di un operatore economico per mancato pagamento della TARSU per un importo superiore a € 5.000,00 definitivamente accertato.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 10 dicembre 2020 n. 7909 – Appalti – *Sul CCNL da applicare* – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che gli operatori economici possono fare applicazione di qualunque CCNL, purché coerente con l'oggetto dell'appalto.

Infatti, non rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante esigere un determinato CCNL se più tipologie possono adattarsi anche solo astrattamente alle prestazioni oggetto del servizio da affidare. Pertanto, il CCNL di settore può costituire solamente un parametro di confronto dell'offerta, inidoneo però ad escludere a priori il ricorso ad una diversa regolazione del rapporto di lavoro, ove consentita dalla legge.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 11 dicembre 2020 n. 7943 – Appalti – *Sulla modificabilità dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che in sede di verifica dell'anomalia non è possibile modificare radicalmente la composizione dell'offerta né revisionare gli oneri di sicurezza aziendale.

Singole voci di costo sono modificabili sia per sopravvenienze di fatto o di diritto sia per porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo.

Tuttavia, in virtù del principio dell'immodificabilità dell'offerta, l'entità originaria dell'offerta economica non può mai mutare radicalmente, così da alterarne l'equilibrio economico.

Inoltre, nemmeno gli oneri di sicurezza aziendale sono emendabili, in quanto elemento costitutivo dell'offerta.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, Sez. Giuris., 11 dicembre 2020 n. 1134 – Appalti – *Sulle relazioni di vicinanza in tema di infiltrazione mafiosa* – Con la sentenza in commento, i Giudici del massimo consesso amministrativo siciliano hanno ritenuto che il tentativo di infiltrazione mafiosa sussista ogni qualvolta sia dimostrata la sussistenza di relazioni

di vicinanza con soggetti acclaratamente appartenenti ad associazioni di stampo mafioso.

Pertanto, è stata ritenuta legittima un'interdittiva antimafia adottata sulla base di circostanze inequivocabilmente accertate di relazioni professionali con soggetti mafiosi, così da poter beneficiare, o anche semplicemente ritenere di poter beneficiare, delle indebite e convenienti interferenze della criminalità organizzata.

Nel caso di specie, era stata assunta quale segretaria una parente di due soggetti condannati per associazione di stampo mafioso ed erano state intrattenute relazioni d'affari con un indiziato di appartenenza alla mafia.

T.A.R. LOMBARDIA – BRESCIA, Sez. II – sentenza 7 dicembre 2020 n. 864 – Appalti – *Sull'assenza di particolari aggravati motivazionali o procedurali per la revoca della proposta di aggiudicazione* – Con la sentenza in commento, i Giudici lombardi hanno ricordato che la revoca della proposta di aggiudicazione non richiede un particolare aggravio motivazionale o procedimentale. La natura di tale provvedimento porta a escludere che l'aggiudicatario provvisorio possa vantare un'aspettativa qualificata alla conclusione della gara. Da ciò, discendono tre conseguenze:

- (i) non è necessaria una motivazione forte che compari l'interesse pubblico con quello privato;
- (ii) non è richiesta la comunicazione di avvio del procedimento;
- (iii) all'aggiudicatario provvisorio non spetta alcun indennizzo.

T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sez. I – sentenza 9 dicembre 2020 n. 2450 – Appalti – *Sull'utilizzabilità della proroga tecnica solo per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici lombardi hanno ricordato che la proroga tecnica è utilizzabile solo per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione.

Costituisce principio generale del Codice dei Contratti pubblici l'obbligo di indizione delle procedure di gara qualora, alla scadenza del contratto, l'Amministrazione abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni.

La proroga tecnica costituisce una deroga a tale principio e, pertanto, può essere disposta soltanto nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare il servizio nelle more di una nuova procedura.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II – sentenza 9 dicembre 2020 n. 13184 – Appalti – *Sull'applicazione del principio di rotazione laddove le manifestazioni d'interesse siano inferiori al numero massimo di soggetti da invitarsi* – Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno ritenuto che il principio di rotazione non deve applicarsi laddove le manifestazioni d'interesse siano inferiori al numero massimo di soggetti da invitarsi.

Infatti, il principio di rotazione deve essere applicato nei limiti in cui consenta di tutelare l'effettiva concorrenza tra gli operatori economici. Pertanto, la Stazione Appaltante non deve far uso del sorteggio per determinare gli operatori da invitare laddove tale strumento determini una significativa contrazione del numero di imprese partecipanti.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II – sentenza 10 dicembre 2020 n. 13307 - Appalti – Sul ricorso al criterio del minor prezzo laddove l'affidamento riguardi forniture e servizi le cui condizioni siano già note alla Stazione appaltante - Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno ritenuto legittimo il ricorso al criterio del minor prezzo laddove l'affidamento riguardi forniture e servizi le cui condizioni siano già note alla Stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara.

Seppur il Codice dei Contratti pubblici contenga una generale preferenza per una valutazione qualitativa delle offerte, la Stazione appaltante ben può utilizzare il criterio del minor prezzo laddove la standardizzazione del bene richiesto si sostanzia in un'assenza di differenziazione qualitativa tra le offerte.

Pertanto, nel caso di specie, è stato ritenuto legittimo il ricorso al criterio del minor prezzo per l'affidamento di servizi di posta elettronica e posta elettronica certificata.

T.A.R. L'AQUILA, Sez. I – sentenza 10 dicembre 2020 n. 508 - Appalti – Sui limiti per la revocabilità dell'aggiudicazione - Con la sentenza in commento, i Giudici abruzzesi hanno ritenuto che l'aggiudicazione sia revocabile solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nel caso di mutamento di situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, o ancora in caso di nuova valutazione dell'originario interesse.

Infatti, anche in tema di appalti, il potere di revoca è esercitabile soltanto al verificarsi delle condizioni previste in via generale dalla Legge n. 241 del 1990. La loro esistenza deve essere desunta dalla motivazione del provvedimento, la quale deve essere tanto più rafforzata in funzione dello stato di avanzamento della procedura. In ogni caso, deve essere conferito un indennizzo in caso di pregiudizio alle parti negoziali.

T.A.R. PUGLIA – BARI, Sez. II – sentenza 10 dicembre 2020 n. 1604 - Appalti – Sull'assenza della determina a contrarre per le procedure di gara sottosoglia - Con la sentenza in commento, i Giudici pugliesi hanno ritenuto che le procedure di gara sottosoglia possono prendere avvio anche in assenza della determina a contrarre. Il Collegio richiama le Linee Guida ANAC n. 4, le quali specificano che per le procedure cd. semplificate il provvedimento di avvio della procedura può essere anche un atto equivalente alla determina a contrarre.

In particolare, per l'affidamento diretto o per l'amministrazione diretta di lavori di importo inferiore a € 40.000, il contenuto dell'atto di avvio può anche essere semplificato.

In ogni caso, è sempre necessario che contenga l'indicazione della procedura scelta e, soprattutto, la sintetica indicazione delle ragioni.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. III-quater – sentenza 12 dicembre 2020 n. 13391 - Appalti – Sulla soccorribilità della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria - Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno ritenuto soccorribile la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, laddove la data sia certa e anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La Stazione appaltante può legittimamente far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio consentendo all'operatore economico di integrare la documentazione prodotta con la dichiarazione dell'ausiliaria se già formata al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Servizi di interesse economico generale

Infatti, a giudizio del Collegio, la prova del momento di perfezionamento del contratto di avvalimento è la data. Ed allora, se la data è certa ed è anteriore al termine di scadenza di presentazione delle offerte, non si pongono problemi di validità del contratto.

T.A.R. FIRENZE, Sez. II – sentenza 11 dicembre 2020 n. 1630 – Società partecipate – Sul diritto di accesso dei consiglieri comunali agli atti di gestione di una società partecipata dal medesimo comune

– Con la sentenza in rassegna, i Giudici toscani hanno ritenuto che il diritto di accesso dei consiglieri comunali possa avere a oggetto anche gli atti di gestione di una società partecipata dal medesimo comune.

Infatti, il diritto di accesso riconosciuto dal TUEL non può essere negato nemmeno per motivi di riservatezza, in quanto i consiglieri comunali sono pur sempre tenuti al segreto d'ufficio.

Nel caso di specie, è stato ritenuto che la natura di persona giuridica privata della società non potesse ostare all'esercizio del diritto di accesso, trattandosi di società concessionaria di servizi di rilevanza pubblica, peraltro a partecipazione azionaria maggioritaria del comune e perciò in situazione di "dipendenza".

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. I-quater – sentenza 7 dicembre 2020 n. 13108 – Società in house – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in tema di procedure per l'assunzione del personale dipendente delle società in house

– Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno ritenuto che le controversie in tema di procedure per l'assunzione del personale dipendente delle società in house rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario.

Infatti, la scelta dell'Amministrazione di adottare un modello privatistico per il perseguimento di talune finalità determina l'esclusione dall'obbligo di applicare il regime in tema di pubblici concorsi per il reclutamento dei dipendenti.

Il Collegio ha osservato come in tali occasioni, a prescindere dalla formale qualificazione degli atti, non vi sia un concorso pubblico ma una selezione per assunzioni.

Energy

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. III-ter – sentenza 14 dicembre 2020 n. 13440 – Energy – Sull'essenzialità o rilevanza della omessa comunicazione della fine dei lavori all'Amministrazione competente ai fini dell'ammissione agli incentivi di cui al D.M. 5 maggio 2011 per un impianto fotovoltaico

– Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno ritenuto che la comunicazione di fine lavori all'Amministrazione competente entro il termine del 31 dicembre 2020 sia condizione essenziale ai fini dell'ammissione agli incentivi di cui al D.M. 5 maggio 2011 per un impianto fotovoltaico.

Infatti, a giudizio del Collegio, l'art. 1-septies D.L. n. 105 del 2010 rientra tra le norme che prevedono requisiti anche di carattere meramente formale e che vanno rispettate in modo puntuale e rigoroso. Solo così facendo si garantisce la par condicio tra i soggetti beneficiari.

Edilizia & Urbanistica

Pertanto, gli incentivi non possono essere concessi laddove l'istante non abbia trasmesso la comunicazione all'Amministrazione competente entro il termine previsto.

Inoltre, i Giudici capitolini hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 3, D Lgs. n. 28 del 2011, il quale prevede che, laddove le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il Gestore disponga il recupero delle somme già erogate. Infatti, come sancito anche dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 18 del 2020, il provvedimento di decadenza e il recupero degli incentivi non hanno natura sanzionatoria, bensì ripristinatoria, in quanto la normativa in materia impone al Gestore di recuperare denaro pubblico indebitamente erogato in favore di chi non ne abbia titolo.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. III-ter – sentenza 14 dicembre 2020 n. 13443 – Energy – Sulla locuzione “nuovi macchinari” ai fini della qualificazione IAFR e sulla natura del provvedimento di annullamento della qualifica IAFR dell'impianto – Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno sostenuto che, ai fini della qualificazione IAFR, e quindi dell'accesso ai meccanismi di incentivazione, per “nuovi macchinari” devono intendersi “macchinari integri di recente fabbricazione”.

Il Collegio ha negato che a tal fine possano essere adoperati macchinari che siano semplicemente mai stati usati, poiché la ratio della normativa è quella di favorire la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili prodotta da nuovi impianti realizzati con componenti nuove, che abbiano piena e intatta capacità produttiva di energia elettrica.

Inoltre, i Giudici capitolini, nel richiamare la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 18 del 2020, hanno ricordato che il provvedimento di annullamento della qualifica IAFR dell'impianto non è sottoposto ai vincoli previsti in via generale dall'art. 21-nonies Legge n. 241 del 1990 in tema di annullamento in autotutela.

Infatti, trattasi un provvedimento di decadenza nel quale l'interesse pubblico è automaticamente individuabile nell'indebita erogazione di benefici economici a danno delle finanze pubbliche.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. II – sentenza 10 dicembre 2020 n. 7887 – Edilizia – Sul termine per l'impugnazione del permesso di costruire ad opera del terzo – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che il termine per impugnare il permesso di costruire ad opera del terzo inizia a decorrere dalla percezione dell'effetto lesivo.

Se si contesta il diritto a edificare, il dies a quo coincide con l'inizio dei lavori; se si contestano le modalità edificatorie, il termine inizia a decorrere dal momento in cui si rende palese l'esatta dimensione del manufatto o la sua finalità.

Nemmeno la presentazione di un'istanza di accesso agli atti, dalla quale emergono circostanze già percepibili, può consentire una rimessione in termini.

T.A.R. TORINO, Sez. II – sentenza 7 dicembre 2020 n. 805 – Edilizia – Sulla legittimazione dell'ordine di demolizione di una

recinzione realizzata in assenza del permesso di costruire – Con la sentenza in commento, i Giudici piemontesi hanno ritenuto legittimo l'ordine di demolizione di una recinzione realizzata in assenza del permesso di costruire.

In tale circostanza, non può rilevare la dimensione della recinzione, il suo impatto visivo, l'eventuale capacità di alterare lo stato dei luoghi o l'irrelevanza urbanistico-edilizia. La mera assenza di titolo autorizzatorio costituisce legittimazione per l'esercizio dei poteri repressivi.

Inoltre, nel caso di specie, l'ordine demolitorio si fondava altresì sulla pacifica esistenza di un vincolo paesaggistico e idrogeologico sull'area.