

NEWSLETTER N. 1 ANNO VII

1 – 15 gennaio 2021



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 4 gennaio 2021 n. 63 – Servizi di interesse economico generale – Ristorazione scolastica – Sull’indicazione di un centro cottura già impiegato nell’esecuzione di altri contratti pubblici - Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto assolto il requisito della disponibilità del centro cottura anche se utilizzato in virtù di un altro contratto pubblico. Dopo aver richiamato il consolidato orientamento che individua la disponibilità del centro cottura quale requisito di esecuzione (e non di partecipazione) di un appalto del servizio mensa scolastica, il Collegio ritiene che ai fini dell’assolvimento del requisito rilevi la sola disponibilità materiale e giuridica del centro.

Nel caso di specie, l’immobile di proprietà comunale era stato affidato in concessione affinché fosse destinato a residenza per anziani; il contratto individuava nell’aggiudicataria la materiale esecutrice del servizio di gestione della struttura.

Pertanto, avendone la piena disponibilità, l’operatore economico ben poteva indicare tale centro anche per l’esecuzione del servizio mensa per altri appalti.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

TRIBUNALE DI VITERBO – sentenza 4 gennaio 2021 n. 1 – Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di convenzioni urbanistiche – Con la sentenza in rassegna, i Giudici viterbesi hanno ritenuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in tema di convenzioni urbanistiche.

Nel richiamare precedenti giurisprudenziali, la sentenza ricorda come le convenzioni urbanistiche debbano essere qualificate quali accordi integrativi di provvedimenti amministrativi. Inoltre, sotto un diverso aspetto, le controversie attinenti alla determinazione e liquidazione degli oneri concessori sono riconducibili a quegli aspetti dell’uso del territorio costituenti prerogativa della pubblica amministrazione.

Pertanto, non può dubitarsi che le controversie sulla spettanza di oneri concessori in virtù di convenzioni urbanistiche rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo.

(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO Sez. V – sentenza 8 gennaio 2021 n. 306 – Appalti – Sui soggetti che possono determinare situazioni di conflitto di interesse nelle gare di appalto e sull’onere dichiarativo ex art. 80 del Codice degli Appalti – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che la verifica di situazioni di conflitto di interesse nelle gare di appalto non debba circoscriversi al solo personale della stazione appaltante.

Al contrario, deve estendersi a qualsiasi soggetto che abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti dei terzi.

Sotto un diverso profilo, il Collegio ha ricordato l’onere in capo all’operatore economico di indicare tutte le contestazioni di condotte illecite o inadempimenti nell’esecuzione di precedenti contratti. L’omessa indicazione ben può integrare il cd. grave illecito

professionale endoprocedurale e costituisce oggetto di valutazione ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 7 gennaio 2021 n. 221 – Appalti – Sulla predeterminazione del costo del lavoro da parte della stazione appaltante – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittima l'aggiudicazione all'operatore economico che abbia omissis di indicare il costo del lavoro, nel caso in cui la *lex specialis* abbia già stabilito tale voce in maniera fissa e invariabile.

È quindi riconosciuta la facoltà in capo alla stazione appaltante di determinare *ab origine* il costo del lavoro se calibrato con riferimento alle tariffe medie praticate nell'ambito territoriale in cui il servizio deve essere svolto.

Inoltre, laddove ciò sia avvenuto, l'onere in capo all'operatore economico di indicare il costo del lavoro in sede di offerta può dirsi già assolto, senza che sia necessario espressamente riportare tale voce.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. III – sentenza 4 gennaio 2021 n. 68– Appalti – Sulla differenza tra l'avvalimento tecnico e l'avvalimento di garanzia – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato la distinzione elaborata in giurisprudenza tra l'avvalimento tecnico e quello di garanzia.

Nello specifico, l'avvalimento di garanzia riguarda la capacità economica e finanziaria e serve a assicurare la stazione appaltante sulla capacità dell'operatore economico di far fronte alle obbligazioni contrattuali. Pertanto, tale fattispecie non richiede la precisa indicazione dei beni capitali.

Invece, l'avvalimento tecnico riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto e, perciò, richiede l'individuazione specifica dei mezzi.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 4 gennaio 2021 n. 61– Appalti – Sul diritto di accesso della seconda classificata durante la fase esecutiva – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che non sussiste l'interesse della seconda classificata ad accedere agli atti della fase esecutiva di un appalto laddove si limiti ad allegare in via meramente eventuale la possibilità di un subentro nel contratto.

Il Collegio, nel richiamare le conclusioni della pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2020, ritiene che l'istanza di accesso debba essere motivata deducendo circostanze potenzialmente idonee in concreto (e non in astratto) a configurare un'apprezzabile prospettiva di risoluzione del contratto.

In assenza, l'istanza assume carattere meramente esplorativo ed è, quindi, inammissibile.

T.A.R. SARDEGNA, Sez. II – sentenza 14 gennaio 2021 n. 11 - Appalti – Sulla giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in tema di decadenza dall'aggiudicazione dopo la consegna in via d'urgenza – Con la sentenza in commento, i Giudici sardi hanno negato la propria giurisdizione a favore di quella ordinaria in tema di decadenza dall'aggiudicazione, anche nel caso in cui il servizio sia stato consegnato in via d'urgenza.

Infatti, il provvedimento di decadenza, non essendo riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi,

alternativamente, come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata ovvero come recesso dalle trattative.

In entrambi i casi, trattasi di espressione di un potere di natura privatistica e, come tale, soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II-bis – sentenza 8 gennaio 2021 n. 257 - Appalti – Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in tema di esecuzione delle convenzioni di affidamento in gestione degli impianti sportivi - Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in materia di esecuzione delle convenzioni di affidamento in gestione degli impianti sportivi.

Il Collegio ricorda che, in via generale, nel caso in cui l'appalto abbia a oggetto sia la gestione che la ristrutturazione del bene, la giurisdizione sarà determinata in funzione della prevalenza tra il valore economico della gestione e quello della ristrutturazione.

Per quanto riguarda le convenzioni di affidamento in gestione degli impianti sportivi, la tendenziale prevalenza delle prestazioni di gestione su quelle di manutenzione determina che la cognizione delle relative controversie rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo.

T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sez. IV – sentenza 7 gennaio 2021 n. 37 - Appalti – Sui casi in cui può essere esercitato il diritto di prelazione del soggetto promotore in una procedura di project financing - Con la sentenza in commento, i Giudici lombardi hanno sostenuto che il soggetto promotore di una finanza di progetto possa esercitare il diritto di prelazione soltanto se la sua offerta sia ammessa alla gara.

Il tenore dell'art. 183 del Codice degli Appalti è chiaro nel prevedere tale facoltà soltanto a conclusione della gara alla quale il promotore ha preso parte e nella misura in cui si sia utilmente posizionato in graduatoria.

Pertanto, se costituiscono elementi essenziali la partecipazione alla procedura selettiva e la valutazione della sua offerta, non può riconoscersi il diritto di prelazione al promotore la cui offerta sia stata dichiarata inammissibile.

T.A.R. PUGLIA – LECCE, Sez. III – sentenza 7 gennaio 2021 n. 3 - Appalti – Sull'illegittimità dell'esclusione in caso di indicazione di oneri della sicurezza irrisori - Con la sentenza in commento, i Giudici pugliesi hanno ritenuto che l'indicazione di oneri della sicurezza aziendali irrisori non determini l'esclusione dalla gara.

Infatti, sul punto, la normativa impone la sanzione espulsiva solo in caso di assoluta mancata indicazione nell'offerta.

Laddove un'indicazione, sebbene irrisoria, comunque vi sia, la stazione appaltante potrà al più effettuare una verifica sulla congruità dell'offerta e solo in caso di esito negativo escludere l'operatore economico.

T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. I – sentenza 5 gennaio 2021 n. 69 - Appalti – Sulla revoca dell'affidamento per sopravvenuta carenza di copertura finanziaria - Con la sentenza in commento, i Giudici campani hanno ricordato la legittimità della revoca dell'affidamento di un appalto motivata sulla base di una sopravvenuta carenza di copertura finanziaria.

T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. I – 5 gennaio 2021 n. 58 - Appalti – *Sui compiti della commissione* - Con la sentenza in rassegna, i Giudici campani hanno ritenuto che la valutazione delle offerte tecniche sia di competenza della sola commissione di gara.

Infatti, benché l'approvazione della proposta di aggiudicazione spetti alla stazione appaltante, quest'ultima non possiede le competenze necessarie per l'apprezzamento degli elementi tecnici delle singole offerte.

In quanto massima espressione della discrezionalità tecnica, tale funzione non può che essere svolta dai commissari di gara individuati in funzione dello specifico oggetto del contratto.

Infine, i Giudici campani hanno altresì ricordato il divieto di partecipazione alla commissione di gara per i soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire sulle valutazioni della commissione, come, per esempio, la predisposizione della documentazione di gara.

T.A.R. PIEMONTE, Sez. I – sentenza 5 gennaio 2021 n. 9 – Appalti – *Sul subappalto necessario negli appalti di servizi* – Con la sentenza in commento, i Giudici piemontesi hanno sostenuto la legittimità dell'ammissione alla gara per un appalto di servizi di un raggruppamento temporaneo di imprese prive dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali che dichiarò di voler subappaltare le prestazioni che la presuppongono a un soggetto che disponga di tale requisito.

Infatti, anche negli appalti di servizi è ammessa l'integrazione della qualificazione mediante il subappalto cd. necessario e, inoltre, nel caso di specie, non sussisteva l'obbligo della preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore.

T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II – sentenza 4 gennaio 2021 n. 17 – Appalti – *Sull'annullamento della procedura di gara in caso di errore nella predisposizione della modulistica per la presentazione dell'offerta* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno ritenuto che, in presenza di errori nella predisposizione della documentazione di gara tali da incidere sul processo della formazione della volontà negoziale, la stazione appaltante debba annullare la gara. Infatti, non incombe sul concorrente l'onere di verificare la conformità agli atti di gara del modulo predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta.

Non essendo quindi all'operatore economico imputabile l'errore determinato dalla stazione appaltante, l'affidamento nella correttezza del modulo deve trovare tutela attraverso l'annullamento della procedura di gara.

Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva errato nell'indicare sulla modulistica predisposta i quantitativi della fornitura, determinando un errore nel ribasso offerto dall'operatore economico.

T.A.R. CAMPANIA – SALERNO, Sez. I – sentenza 2 gennaio 2021 n. 1 – Appalti – *Sull'affidamento diretto delle attività di committenza ausiliarie a una centrale di committenza* – Con la sentenza in commento, i Giudici campani hanno sostenuto che l'affidamento diretto delle attività di committenza ausiliarie è possibile solo se la centrale di committenza già presta a favore della stazione appaltante un'attività di centralizzazione delle committenze.

Servizi di interesse economico generale

In tale circostanza, l'affidamento è volto a completare l'assistenza già fornita in relazione alle fasi prodromiche di progettazione della procedura e del contratto nonché di preparazione della documentazione di gara.

T.A.R. CAMPANIA – SALERNO, Sez. II – sentenza 11 gennaio 2021 n. 86 – Servizi di interesse economico generale – Servizio di igiene integrato – Sulla comunicazione di avvio del procedimento in caso di ordinanza di rimozione dei rifiuti – Con la sentenza in commento, i Giudici campani hanno ritenuto illegittima l'ordinanza di rimozione dei rifiuti non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Il Collegio ha ritenuto la comunicazione necessaria in quanto l'ordine di rimozione impartito a soggetti estranei all'illecito materiale presuppone la previa verifica della rimproverabilità dell'inerzia a titolo di dolo o colpa.

Pertanto, essendo escluso l'addebito a titolo di mera responsabilità oggettiva, è necessario verificare l'effettiva ascrivibilità delle responsabilità a tali soggetti.

Tuttavia, ciò può avvenire soltanto tramite un contraddittorio preliminare all'emanazione dell'ordinanza, da instaurarsi proprio con la comunicazione di avvio del procedimento.

Pubblico impiego

CONSIGLIO DI STATO, Sez. III – sentenza 5 gennaio 2021 n. 160 – Ente pubblico – Sulla giurisdizione del giudice ordinario in tema di controversie sul conferimento discrezionale di un incarico dirigenziale – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno negato la propria giurisdizione a decidere una controversia in tema di conferimento discrezionale di un incarico dirigenziale, mediante nomina fiduciaria da parte del vertice dell'Ente pubblico.

Nel caso di specie, la nomina conseguiva a una fase endoprocedimentale volta a formare una terna nel cui ambito era poi avvenuta la scelta discrezionale.

Orbene, il Collegio ha ricordato come in tali circostanze vige la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, come disposto dall'art. 63 D Lgs n. 165 del 2001.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – sentenza 13 gennaio 2021 n. 423 – Edilizia & Urbanistica – Sulla nozione di ristrutturazione edilizia ai fini della domanda di accertamento di conformità di opere edilizie realizzate in difformità a permesso di costruire – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, ai fini della domanda di accertamento di conformità di opere edilizie realizzate in difformità a permesso di costruire, non possa rientrare nella nozione di ristrutturazione edilizia l'intervento che abbia determinato una modifica radicale dell'immobile.

Infatti, la ristrutturazione edilizia sussiste solo quando venga modificato un immobile già esistente, rispettandone le caratteristiche fondamentali.

Tuttavia, se l'immobile risulta totalmente trasformato a causa di un apprezzabile aumento volumetrico e di un disegno sagomale diverso, l'intervento deve essere qualificato come nuova costruzione.

Pertanto, in tali circostanze la domanda di accertamento di conformità di opere edilizie realizzate in difformità a permesso di costruire non potrà essere accolta.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – sentenza 5 gennaio 2021 n. 150 – Edilizia & Urbanistica – Sull'onere di provare la data di ultimazione dei lavori per fruire del condono edilizio

– Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che incombe sul richiedente l'onere di provare l'avvenuta ultimazione dei lavori entro il termine fissato dal legislatore per potere fruire del condono.

Infatti, il richiedente è l'unico a poter fornire inconfutabili documenti che siano in grado di radicare con la ragionevole certezza l'epoca di realizzazione dell'abuso.

La prova deve essere altresì rigorosa e non può fondarsi unicamente su una dichiarazione sostitutiva di atto notorio.

T.A.R. SICILIA – PALERMO, Sez. II – sentenza 13 gennaio 2021 n. 118 – Edilizia & Urbanistica – Sulla legittimità di un'ordinanza di demolizione di un immobile realizzato molti anni prima senza permesso di costruire

– Con la sentenza in rassegna, i Giudici siciliani hanno ritenuto legittima l'ordinanza di demolizione di un immobile realizzato tredici anni prima senza permesso di costruire.

Avendo natura vincolata, l'ordinanza di demolizione non può essere inficiata dal lungo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione abusiva dell'immobile all'adozione dell'ordine di demolizione.

Inoltre, il tempo trascorso non determina l'insorgenza in capo alla P.A. dell'obbligo di indicare ragioni di pubblico interesse diverse da quelle inerenti al ripristino della legalità violata.

T.A.R. LIGURIA, Sez. I – sentenza 2 gennaio 2021 n. 3 – Edilizia & Urbanistica – Sull'illegittimità del rigetto del permesso di costruire in sanatoria per l'asserito carattere innovativo dell'intervento in assenza di dimostrazione di tale tesi

– Con la sentenza in rassegna, i Giudici liguri hanno ritenuto che l'assenza di un'adeguata prova sul carattere innovativo dell'immobile determini l'illegittimità del provvedimento con il quale l'Amministrazione ha respinto un'istanza di permesso di costruire in sanatoria.

Nel caso di specie, a fronte dei documenti prodotti dall'istante che attestavano con verosimiglianza la risalenza dell'intervento contestato a circa settant'anni prima e la natura meramente manutentiva dell'intervento, l'Amministrazione aveva fondato il proprio rigetto unicamente sulla base di elaborati grafici.

Il Collegio ha ritenuto che tale elemento fosse da solo insufficiente per rigettare l'istanza e che sussistesse, quindi, un deficit istruttorio e motivazionale.