

NEWSLETTER N. 4 ANNO VII

16 – 28 febbraio 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.aorre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

**T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. III-ter – sentenza 26 febbraio 2021 n. 2369 – Energy – Tariffe – *Sulla valenza probatoria della documentazione fotografica per dimostrare la conclusione dei lavori dell'impianto fotovoltaico* – Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno stabilito che la produzione di fotografie costituisce l'unica modalità attraverso cui può essere fornita la prova della conclusione dell'impianto entro il 31 dicembre 2010 e, dunque, della sussistenza dei presupposti per l'ammissione alle tariffe incentivanti. Per tale ragione, la richiesta del GSE di produrre una documentazione fotografica idonea a dimostrare la conclusione dei lavori entro la data sopra indicata assume carattere vincolante sul piano probatorio. Da questo deriva che, in ossequio al principio di autoresponsabilità, è onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso le eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa. In tale ottica, dunque, deve escludersi la possibilità di integrare, dopo la scadenza dei termini, la iniziale documentazione fotografica.
(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)**

**T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. I-quater – sentenza 17 febbraio 2021 n. 1958 – Appalti – *Sulla necessaria esclusione in caso di mancata corrispondenza (anche minima) tra requisito di qualificazione e quota dei lavori* - Con la pronuncia in rassegna, i Giudici capitolini hanno ritenuto legittima l'esclusione da una procedura di gara per l'affidamento di lavori di un RTI per carenza del requisito di qualificazione in capo ad una delle mandanti. Nella specie, il RTI ricorrente aveva indicato puntualmente le quote di lavorazione di ciascuna associata e la relativa qualificazione. La stazione appaltante ha riscontrato, però, che una delle mandanti fosse qualificata per un importo inferiore a quello corrispondente alla parte di lavori ad essa spettanti. Da qui l'esclusione che il Collegio ha ritenuto legittima in applicazione del principio secondo cui la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori cui si è impegnata una delle imprese del RTI con l'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo (nella specie poco più di €200) ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.
(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)**

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 febbraio 2021 n. 1571 – Appalti – *Sull'apprezzamento sulla sostenibilità economica dell'offerta nella verifica dell'anomalia* – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che, in sede di verifica dell'anomalia, l'apprezzamento sulla sostenibilità economica dell'offerta ha carattere sintetico e globale; conseguentemente, tale valutazione non deve concentrarsi in modo parcellizzato sulle singole voci di costo.

D'altronde, il Collegio ricorda come anche la più recente giurisprudenza europea ha chiarito che anche un prezzo pari a zero è ammissibile e non tale da imporre, di per sé, un rigetto dell'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 febbraio 2021 n. 1515 – Appalti – *Sul principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti alle procedure negoziate* – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato l'orientamento giurisprudenziale che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate disciplinate dell'art. 36, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici.

La disposizione, nel prevede che le stazioni appaltanti possano sempre ricorrere alle procedure aperte e nell'imporre l'applicazione del principio della rotazione, esplicherebbe una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate.

Per queste ultime, il principio di rotazione costituirebbe un contrappeso alla facoltà concessa all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare.

Ne consegue che, come osservato dall'ANAC nelle relative linee guida, se l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve ritenersi applicabile il principio di rotazione poiché in questo caso si è al di fuori delle procedure negoziate.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 17 febbraio 2021 n. 1455 – Appalti – *Sulla mancata aggiudicazione di una procedura di gara* – Con la pronuncia in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimamente esercitato il potere di non aggiudicare la gara laddove la Stazione appaltante abbia effettuato una valutazione circa la non convenienza economica dell'offerta dell'aggiudicatario.

Infatti, nel caso di specie, la Stazione appaltante, attraverso un'indagine di mercato, aveva rilevato che il prezzo cui si sarebbe aggiudicata la gara era superiore alle migliori quotazioni rinvenienti da aggiudicazioni effettuate in ambito nazionale.

D'altronde, le giustificazioni presentate dall'offerente sul punto non erano comunque tali da non giustificare il sovrapprezzo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 16 febbraio 2021 n. 1428 – Appalti – *Sulla legittimazione all'accesso agli atti dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che, ai fini della legittimazione all'accesso agli atti dell'offerta tecnica dell'operatore aggiudicatario, non occorra aver proposto impugnazione avverso l'aggiudicazione di gara.

Infatti, il Collegio, nel richiamare l'orientamento giurisprudenziale di cui alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020, sostiene che una visione così restrittiva costringerebbe l'istante a proporre un cd. ricorso al buio.

Al contrario, ben può il concorrente avanzare un'istanza di accesso agli atti dell'offerta tecnica dell'operatore aggiudicatario e successivamente, riscontrati eventuali vizi, proporre ricorso avverso l'aggiudicazione; ciò, sempre nel rispetto dei termini decadenziali.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 16 febbraio 2021 n. 1415 – Appalti – *Sulle condizioni per rinnovare e/o sostituire la commissione di gara* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di

Palazzo Spada hanno statuito che, a seguito dell'annullamento di un'aggiudicazione, la Stazione appaltante ha il potere in via di autotutela di rinnovare e/o sostituire i membri della commissione giudicatrice originariamente nominata qualora per circostanze sopravvenute sia venuta meno la fiducia nell'idoneità dell'organo ad una valutazione imparziale delle offerte.

In tale ipotesi non trova applicazione la disposizione di cui all'art. 77, comma 11, del D Lgs n. 50/2016 (*“in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione”*). Infatti, l'applicabilità della disposizione richiamata è circoscritta all'esclusione di uno o più operatori economici e non all'annullamento dell'aggiudicazione.

T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VI – sentenza 26 febbraio 2021 n. 1301 – Appalti – *Sulle dichiarazioni false, omesse o fuorvianti rese in sede di gara* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici campani hanno negato un “automatismo espulsivo” per l'operatore economico che abbia, anche per negligenza, fornito informazioni false o fuorvianti.

Piuttosto, in tali circostanze la Stazione appaltante deve provvedere ad una rinnovata valutazione della concreta incidenza del fatto in questione sulla professionale affidabilità della impresa aggiudicataria. Al riguardo, il Collegio ha ricordato le conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, nella quale è stato affermato che le informazioni omesse, false o fuorvianti, suscettibili di incidere, influenzare o alterare il processo decisionale della stazione appaltante, prodromico alle determinazioni afferenti alla conduzione delle gara, non comportano un “automatismo espulsivo”; piuttosto, è indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante volta a stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante ovvero se la stessa è suscettibile di sviare le valutazioni della Amministrazione in quanto ha ad oggetto un'informazione potenzialmente rilevante, e se tale comportamento fuorviante incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità.

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 25 febbraio 2021 n. 2319 – Appalti – *Sulla illegittimità dell'iscrizione nel Casellario tenuto dall'ANAC per omessa indicazione delle ragioni circa l'utilità dell'iscrizione* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale l'ANAC ha disposto l'inserimento nel casellario informatico di un'annotazione (nella specie circa l'applicazione di penali per ritardo nell'adempimento delle prestazioni), senza aver approfondito le ragioni di utilità della notizia segnalata alla luce delle circostanze allegare dall'operatore in sede procedimentale.

In particolare, anche se l'applicazione della penale per ritardo nella fornitura poteva essere considerata, in astratto, una notizia ‘utile’ e, dunque, suscettibile di iscrizione, sarebbe stato comunque onere dell'ANAC procedere ad un'attenta valutazione dell'utilità in concreto dell'annotazione ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità dell'operatore che le stazioni appaltanti avrebbero potuto compiere in relazione a successive procedure di gara.

T.A.R. LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 23 febbraio 2021 n. 179 – Appalti – *Sulla differenza tra appalto a corpo e*

appalto a misura – Con la sentenza in rassegna, i Giudici bresciani hanno ritenuto che la differenza tra appalto a corpo e a misura risieda nel fatto che nel primo il prezzo viene determinato in una somma fissa ed invariabile che risulta dal ribasso offerto dall'operatore economico sull'importo a base d'asta.

Di regola, quindi, il prezzo non può subire modifiche in relazione alla quantità o alla qualità delle prestazioni effettivamente eseguite e nessuna delle parti ne può pretendere una modifica in relazione ai servizi effettivamente eseguiti. Ne consegue che rimane a carico dell'appaltatore il rischio di eventuali aumenti nella quantità rispetto a quella prevedibile, rientrando nella normale alea contrattuale.

Viceversa, tale rischio ricade sulla Stazione appaltante nel caso di appalto a misura in cui il corrispettivo è stabilito fissando il prezzo per ogni unità dell'opera finita e per ogni tipologia di prestazione necessaria per la sua realizzazione. In tale ipotesi il prezzo convenuto può variare secondo la quantità effettiva dei lavori o servizi eseguiti.

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 19 febbraio 2021 n. 2104 – Appalti – Sulla necessaria applicazione della normativa emergenziale derogatoria – Con la sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno ricordato che il Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020) introduce una disciplina temporanea e derogatoria del Codice dei contratti pubblici per il periodo 17 luglio 2020 – 31 dicembre 2021.

Ciò determina l'assenza di alcuna discrezionalità in capo alle Stazioni appaltanti sulla normativa applicabile: le disposizioni del Decreto Semplificazioni operano obbligatoriamente senza neanche la necessità che vengano inserite negli atti di indizione della gara.

Conseguentemente, tale normativa deve sempre trovare applicazione, eterointegrando gli atti di gara anche ove la *lex specialis* non contenga un espresso richiamo in tal senso ovvero sancisca l'applicazione di una norma del Codice dei Contratti Pubblici il cui contenuto sia stato emendato o derogato dalla normativa transitoria.

T.A.R. CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 19 febbraio 2021 n. 455 – Appalti – Sull'inammissibilità delle offerte condizionate – Con la sentenza in esame, i Giudici campani hanno stabilito che ricorre l'offerta condizionata nel caso in cui un concorrente subordini la propria adesione al contratto a condizioni estranee e/o diverse rispetto a quelle proposte dall'Amministrazione appaltante. In tal caso, l'offerta deve essere dichiarata inammissibile e il concorrente deve essere escluso.

Invero, le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della *par condicio* e della certezza dei rapporti giuridici, che vi sia perfetta conformità tra il regolamento di gara predisposto dalla Stazione appaltante e le offerte presentate dai candidati. Detta conformità non può certamente dirsi sussistente allorché il concorrente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante.

T.A.R. CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 16 febbraio 2021 n. 441 – Appalti – Sull'esclusione dalla procedura di gara per irregolarità fiscali – Con la pronuncia in rassegna, i Giudici campani hanno ricordato che non sussiste in capo alla Stazione appaltante

alcuna discrezionalità sull'esclusione di un operatore economico che presenti irregolarità fiscali.

Infatti, a giudizio del Collegio, la formulazione dell'art. 80, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici è chiara nell'indicare come il legislatore, fissando precisi parametri normativi, abbia già prevalutato le condizioni di regolarità e predeterminato le conseguenze dell'eventuale irregolarità sulla partecipazione.

Pertanto, al sussistere delle irregolarità fiscali previste dalla citata disposizione, l'operatore economico sarà immediatamente escluso dalla procedura di gara.

Servizi di interesse economico generale

CORTE DEI CONTI, Sez. Controllo per la Regione Sicilia – deliberazione 18 febbraio 2021 n. 25 – Servizi interesse economico generale – Società partecipate – Sulla liberazione delle risorse accantonate al fondo perdite società partecipate – Con la deliberazione in commento i Giudici contabili, chiamati pronunciarsi sulla richiesta presentata da un Sindaco di un ente socio, hanno precisato che è possibile per l'ente locale liberare le risorse accantonate a seguito di perdite registrate nel bilancio di una partecipata allorquando l'assemblea dei soci deliberi, pur in un momento diverso e successivo all'approvazione del bilancio, la copertura della perdita con l'utilizzo di riserve, utili portati a nuovo e/o riduzione del capitale sociale.

La sezione ha precisato che *“la partecipata può deliberare il ripiano in qualunque periodo dell'esercizio e non vi sono preclusioni di ordine temporale limitanti l'operatività dell'ultima parte del 1° comma dell'art. 21 sotto il profilo del riflesso contabile dell'operazione sulla misura degli accantonamenti delle partecipante, che, tuttavia, potrà procedere alla liberazione della quota accantonata solo dopo aver accertato l'avvenuta esecuzione delle delibere e la conseguente effettiva copertura delle perdite pregresse”*.

Giudizi di responsabilità amministrativa

CORTE DEI CONTI, Sez. Giurisdizionale per la Regione Lazio – sentenza 23 febbraio 2021 n. 126 – Giudizi di responsabilità amministrativa – Danno Erariale – Sul danno erariale in caso di accordo transattivo sopravvenuto – Con la sentenza in esame, i Giudici contabili hanno negato la sussistenza di un nocumento patrimoniale a danno di un ente locale che aveva sostenuto spese di manutenzione straordinaria per lavori di ristrutturazione di un alloggio popolare locato, laddove tali spese trovino la loro fonte in un accordo transattivo sopravvenuto.

Nel caso di specie, alla luce della incerta ripartizione delle spese di manutenzione straordinaria, le parti avevano sottoscritto un atto transattivo – poi approvato anche con delibera del Consiglio Comunale – prevedendo, anche per il passato, che tali spese sarebbero state a carico dall'ente locale.

Edilizia & Urbanistica

Pertanto, proprio sulla base di tale accordo transattivo, il Collegio ha ritenuto che le spese sostenute non costituissero un danno patrimoniale per l'ente locale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II – sentenza 24 febbraio 2021 n. 1606 – Edilizia & Urbanistica – Sulla computabilità di una tettoia nella volumetria degli abusi edilizi ai fini del diniego al permesso di costruire in sanatoria – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimo un diniego ad un permesso di costruire in sanatoria, fondato sul calcolo, ai fini della determinazione della volumetria e/o della cubatura degli abusi, anche della tettoia in legno realizzata sull'edificio e chiusa su tre lati.

Infatti, una tettoia di tal guisa determina comunque impatto edilizio, considerando anche la possibilità di una chiusura totale attraverso un intervento sull'unico lato rimasto aperto.

Pertanto, essa incide sulla sagoma dell'edificio e deve essere computabile nel volume.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 22 febbraio 2021 n. 1552 – Edilizia & Urbanistica – Sulla legittimità di un ordine di demolizione di un manufatto abusivo intervenuto dopo 30 anni dalla realizzazione – Con la sentenza in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittima l'ordinanza con la quale è stata disposta la demolizione di una baracca abusiva a distanza di circa trent'anni dalla realizzazione della stessa.

A tal riguardo, il Massimo Consesso ha evidenziato che il decorso del tempo non può mai legittimare un abuso edilizio; conseguentemente, il soggetto che ha realizzato l'abuso in questione non è titolare di alcun legittimo affidamento alla conservazione e alla tutela di una situazione, di fatto, abusiva.

Tanto premesso, è stato ricordato che l'ordine di demolizione è un atto vincolato che consegue automaticamente alla commissione di un reato; esso, pertanto, non richiede né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II – sentenza 17 febbraio 2021 n. 1448 – Edilizia & Urbanistica – Sul risarcimento del danno da ritardo nella definizione di un procedimento di rilascio di un permesso di costruire – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che sussista la risarcibilità del danno a favore di colui che abbia richiesto un permesso di costruire laddove, a causa del ritardo della Pubblica amministrazione, il richiedente non possa più beneficiare in concreto del bene della vita cui ambiva a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto contrastanti con la soddisfazione in forma specifica del suo interesse.

In tali circostanze, il ritardo, non assume rilievo risarcitorio autonomo, ma costituisce elemento indicativo e – in qualche misura - costitutivo del comportamento affidante che ne è conseguito.