

NEWSLETTER N. 8 ANNO VII

16 – 30 aprile 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 – ordinanza 26 aprile 2021 n. 3299 – Appalti – Sulla legittimità costituzionale della disciplina dell'escussione della cauzione provvisoria nei confronti del concorrente non aggiudicatario – Remissione alla Corte di Costituzionale – I Giudici di Palazzo Spada, chiamati a decidere una controversia relativa all'escussione della cauzione provvisoria nell'ambito di una gara regolata dal vecchio Codice appalti, hanno ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione, sollevata dall'appellante, di legittimità costituzionale delle norme che precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta. Infatti, mentre il D.Lgs n. 163/2006 consentiva l'escussione della cauzione provvisoria nei confronti di qualunque concorrente che fosse incorso in una causa di esclusione, il D.Lgs n. 50/2016 ha limitato tale possibilità al solo partecipante individuato come aggiudicatario.

Posto che l'escussione della garanzia provvisoria assume un carattere sanzionatorio e "punitivo" come conseguenza dell'esclusione del concorrente per difetto dei requisiti di partecipazione, per essa dovrebbe valere il principio della retroattività della *lex mitior* previsto in materia penale, vale a dire l'applicazione della disciplina sanzionatoria più favorevole sopravvenuta (nella specie quella del nuovo Codice Appalti), la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'appellante)

Appalti pubblici

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, Sez. I – sentenza 22 aprile 2021 n. 218 – Appalti – Sulla omessa indicazione dei costi della sicurezza - Con la sentenza in commento, i Giudici aquilani hanno dichiarato la legittimità dell'aggiudicazione in favore di un operatore economico che ha presentato l'offerta senza indicare i costi della sicurezza. Infatti, gli oneri di sicurezza non devono essere indicati a pena di esclusione laddove si tratti di affidamento di fornitura in noleggio senza posa in opera: nella specie l'appalto aveva ad oggetto la fornitura di dispositivi per la raccolta e lo smaltimento di liquidi organici per una Asl, e la messa in funzione e manutenzione di tali dispositivi e la relativa formazione del personale sarebbero state affidate a lavoratori autonomi.

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, Sez. I – sentenza 20 aprile 2021 n. 391 – Appalti – Sulla revoca dell'aggiudicazione per rifiuto dell'aggiudicatario a stipulare il contratto – La pronuncia in esame ha stabilito la legittimità della revoca dell'aggiudicazione disposta nei confronti dell'impresa che, dopo aver trasmesso alla stazione appaltante tutta la documentazione necessaria per perfezionare l'accordo negoziale, si sia poi rifiutata di stipulare il contratto entro il termine di legge (pari a 60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione), restando del tutto ininfluyente l'eventuale corrispondenza intercorsa tra l'operatore economico e l'Amministrazione per la realizzazione di un'opera più grande di quella prevista.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, Sez. I – sentenza 20 aprile 2021 n. 2497 – Appalti – Sulla illegittimità del bando che prevede un fatturato specifico maggiore del doppio dell'importo posto a base di gara – Il Collegio campano ha stabilito l'illegittimità della *lex specialis* che richiede ai concorrenti un fatturato specifico per il triennio superiore al doppio del valore stimato dell'appalto. Infatti, il Codice degli appalti stabilisce che il fatturato minimo richiesto per la partecipazione non può superare il doppio dell'importo a base d'asta. A tale regola è possibile derogare solo in casi particolari, che richiedono una rigorosa motivazione da cui emerga la ragionevolezza e la proporzionalità rispetto all'effetto restrittivo della concorrenza che ne può conseguire, nonché in relazione all'interesse pubblico che l'amministrazione ha inteso salvaguardare.

TAR LAZIO – ROMA, Sez. I-ter – sentenza 19 aprile 2021 n. 4529 – Appalti – Sulla legittima esclusione del concorrente che non indichi in offerta i costi per la gestione delle misure anti Covid-19 richiesti dal disciplinare – Secondo i Giudici capitolini è legittima l'esclusione dalla procedura competitiva di una ditta che ha presentato un'offerta incompleta, in quanto ha ommesso di specificare i costi relativi alle misure anti-contagio necessarie durante l'emergenza Covid, espressamente richiesti dal disciplinare della gara avente ad oggetto la locazione di un immobile da adibire a sede di un concorso pubblico. Il Collegio ha altresì specificato che da ciò deriva l'incompletezza dell'offerta e non l'anomalia della stessa; pertanto, ha escluso una sanatoria mediante il soccorso istruttorio poiché si sarebbe verificata un'inammissibile alterazione della *par condicio* consentendo al concorrente di integrare la propria offerta.

TAR VENETO, Sez. III – sentenza 19 aprile 2021 n. 515 – Appalti – Sulla giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione del diniego al rilascio del DURF – Con la sentenza in commento, i Giudici veneti hanno ritenuto che sussista la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione del diniego opposto dall'Agenzia delle Entrate in ordine ad un'istanza per il rilascio del DURF. Tale documento costituisce il risultato di un'attività di certificazione da parte dell'Agenzia delle Entrate: un atto pubblico, cioè, certativo di una serie di dati di fatto che l'Agenzia delle Entrate è tenuta a “mettere a disposizione” delle singole imprese. Pertanto, la situazione giuridica dell'impresa lesa da una certificazione negativa erronea o non veridica del DURF integra una posizione di diritto soggettivo, non incidendo direttamente o indirettamente su di essa l'esercizio, da parte della P.A., di poteri pubblicistici tali da incardinare la giurisdizione del Giudice amministrativo.

Servizi di interesse economico generale

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA – sentenza 22 aprile 2021 n. 354 – Servizi di interesse economico generale – Servizio idrico – Sul silenzio assenso sull'approvazione della proposta di tariffa del servizio idrico integrato – Con la sentenza in commento, i Giudici siciliani hanno ritenuto che non debba trovare applicazione l'istituto del silenzio

assenso alla proposta tariffaria predisposta dall'ente d'ambito e trasmessa ad ARERA per l'approvazione.

Il Collegio osserva come il D.P.C.M. 20 luglio 2012, il quale individua le funzioni dell'ARERA in tema di regolazione e controllo dei servizi idrici, esclude la previsione del silenzio significativo nelle procedure di approvazione delle tariffe idriche.

D'altronde, in mancanza di un'espressa previsione di silenzio assenso neppure può ritenersi applicabile il generale istituto di cui all'art. 19 Legge n. 241/1990, il quale ricorre nei casi in cui all'inerzia dell'amministrazione sia attribuito il valore di provvedimento di accoglimento dell'istanza presentata dal privato.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA – sentenza 19 aprile 2021 n. 328 – Servizi pubblici locali – Servizio idrico integrato – Sulla giurisdizione del Giudice ordinario in materia di rapporti di dare-avere tra il concessionario del servizio idrico integrato e il Comune – La sentenza in rassegna ha ribadito il noto principio secondo cui rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie in materia di servizi pubblici locali, ad eccezione di quelle concernenti i canoni, le indennità o altri corrispettivi. In ragione di tale suddivisione, il Collegio ha stabilito che la regolazione dei rapporti successivi alla risoluzione anticipata della concessione del servizio idrico integrato, ricade nella giurisdizione del Giudice Ordinario, a cui compete conoscere dei rapporti di dare-avere tra il concessionario e il Comune.

Enti locali

TAR BASILICATA, Sez. I – sentenza 16 aprile 2021 n. 303 – Enti Locali – Giunta – Sulla revoca dell'incarico da Assessore comunale – Con la sentenza in commento, i Giudici amministrativi hanno sostenuto la legittimità del provvedimento di revoca dell'incarico di Assessore, laddove sia venuto a mancare un rapporto di fiducia con il Sindaco.

Tale provvedimento non necessita della specificazione di singoli comportamenti addebitati all'interessato, ma può sorreggersi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrativa, in quanto la revoca degli Assessori comunali si pone unicamente sull'esistenza di un rapporto fiduciario con il Sindaco.

Energy

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 23 aprile 2021 n. 7 – Energy – Sulla responsabilità della P.A. per la ritardata conclusione del procedimento per l'accesso agli incentivi tariffari – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, ai fini dell'accertamento della responsabilità della P.A., sussiste un nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzatorio ex art. 12 D Lgs 387/2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari, laddove la mancata ammissione a questi ultimi sia conseguenza di un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile laddove i termini per la conclusione del procedimento fossero stati rispettati.

Edilizia & urbanistica

In tali circostanze, il danno deve essere comunque liquidato secondo i criteri per la cd. perdita di chance e non può equivalere a quanto l'impresa avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – sentenza 27 aprile 2021 n. 3393 – Edilizia & Urbanistica – *Sull'ordine di demolizione di una pergotenda* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto l'illegittimità di un ordine di demolizione di una pergotenda edificata in assenza del permesso di costruire.

Ed infatti, il Collegio ha rilevato che, nel caso di specie, il manufatto era privo di tamponature e la sua realizzazione non aveva alterato né la sagoma né il prospetto dell'immobile. Inoltre, non vi era stata alcuna creazione di nuovi ambienti stabili o incrementi di superfici o di volume.

Pertanto, la realizzazione del manufatto non necessitava di alcun titolo autorizzatorio.

TAR PUGLIA – LECCE, Sez. III – sentenza 22 aprile 2021 n. 569 – Edilizia & Urbanistica – *Sulla natura di strada pubblica* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici pugliesi hanno dichiarato la legittimità del provvedimento amministrativo con cui è stata definitivamente disposta la destinazione di una via cittadina ad uso pubblico, sebbene una particella dell'area interessata risulti di proprietà privata. Infatti, è possibile destinare ad uso pubblico una strada nel caso in cui il tratto viario, per le sue caratteristiche, assuma un'esplicita finalità di collegamento e consenta il transito di un numero indifferenziato di persone, come dimostra il fatto che sia da tempo inserita nella toponomastica cittadina, sia servita da pubblica illuminazione, dotata di numeri civici e funga da collegamento con altre strade di natura certamente pubblica.