

NEWSLETTER N. 14 ANNO VII

16 – 31 luglio 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 27 luglio 2021 n. 5561 – Appalti pubblici – *Sull’illegittimo frazionamento temporale dell’appalto al fine di rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria* – Nel caso in esame, il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di primo grado, ha riscontrato la violazione del Codice dei Contratti pubblici (in particolare dell’art. 35, comma 6) per aver la Stazione Appaltante disatteso il divieto di frazionare l’appalto allo scopo di evitare l’applicazione delle norme del codice.

Nella specie, la stazione appaltante aveva indetto una procedura negoziata per l’affidamento del servizio di vigilanza presso alcuni uffici giudiziari per la durata di soli 20 mesi, nonostante il dichiarato bisogno biennale del servizio, senza accompagnare tale scelta da una congrua ed idonea motivazione.

Il Supremo Collegio, in accoglimento dell’appello proposto, ha ritenuto la condotta della stazione appaltante illegittima. In primo luogo, ha rilevato che il frazionamento temporale (soli 20 mesi a fronte di una programmazione di due anni) è palesemente volto a rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria (dalla quale la gara contestata si sottraeva per soli € 11.000). Infatti, collide con la programmazione biennale un affidamento per un periodo più ridotto, in quanto non è consentito che nello stesso ambito programmatico possano coesistere due o più procedure per lo stesso servizio, ma “spezzettate”.

In secondo luogo, una simile scelta non è sorretta da una motivazione in grado di chiarire il concreto interesse pubblico perseguito con il frazionamento, peraltro, di un servizio qualificato come “necessario ed irrinunciabile”. Ciò depone per la strumentalità di un affidamento di soli 20 mesi, per perseguire lo scopo illegittimo di non superare la soglia comunitaria.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

T.A.R. ABRUZZO – L’AQUILA, SEZ. I – sentenza 28 luglio 2021 n. 403 – Appalti pubblici – *Sulla certezza della provenienza dell’offerta in caso di errore nell’indicazione del concorrente dovuto al gestore del sistema telematico* – Con l’interessante sentenza in commento, il TAR abruzzese ha accolto il ricorso proposto da un Consorzio Stabile avverso l’illegittima esclusione dalla procedura di gara per incertezza assoluta sulla provenienza dell’offerta.

La stazione appaltante, dopo aver riscontrato una incongruenza tra la documentazione presentata in gara, sottoscritta dal Consorzio Stabile ricorrente e dalla consorziata esecutrice, e il concorrente che risultava dalla piattaforma telematica gestita da Consip, altra impresa consorziata non indicata come esecutrice, ha disposto l’esclusione. E ciò sebbene il ricorrente avesse evidenziato come l’impossibilità di riconoscere il Consorzio Stabile quale concorrente, fosse riconducibile alla piattaforma telematica e non all’operatore economico, come documentato con dichiarazione della stessa Consip. Quest’ultima, infatti, in riscontro ai vari chiarimenti richiesti dal ricorrente, aveva espressamente affermato come le cause della incongruenza fossero esclusivamente dovute al sistema informatico e non anche a responsabilità dell’operatore economico.

Alla luce di ciò, il Tribunale Amministrativo de L'Aquila ha ritenuto illegittima l'esclusione proprio perché da un lato, l'erronea individuazione del concorrente è imputabile esclusivamente ad un errore del sistema telematico, e dall'altro perché non sussiste quella incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta paventata dalla stazione appaltante. Difatti, in primo luogo è stata la stessa Amministrazione ad ammettere che tutta la documentazione prodotta in gara è stata sottoscritta dal Consorzio Stabile e dalla consorziata esecutrice, sicché è possibile stabilire con apprezzabile grado di sicurezza a chi attribuire la paternità della offerta. Come noto, infatti, la sottoscrizione costituisce la modalità con la quale viene garantito che l'offerta provenga da quel determinato soggetto ed è idonea a vincolarlo; è da essa, dunque, che deriva quel vincolo giuridico tra l'offerente e il contenuto dell'offerta in grado di assicurare la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità della stessa.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. II-bis – ordinanza 21 luglio 2021 n. 4032 – Edilizia & Urbanistica – Sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione della Centrale ex nucleare dell'Alto Lazio di Montalto di Castro – Con l'ordinanza in commento, il Tar del Lazio ha rigettato l'istanza cautelare proposta da Enel per la sospensione dell'ordinanza di demolizione della Centrale ex nucleare dell'Alto Lazio di Montalto di Castro. Il giudice amministrativo, in adesione alla tesi prospettata dall'Amministrazione, ha ritenuto, infatti, che il ricorso non fosse assistito da apprezzabili profili di *fumus boni iuris*, in quanto l'ordine demolitorio è conseguenza della determinazione con cui il Comune ha preso atto della decadenza del titolo autorizzativo della costruzione della Centrale, intervenuta per effetto dell'emanazione del D.L. 10 dicembre 1099 n. 522 convertito nella L. n. 42/1989, che ha definitivamente interrotto i lavori di costruzione della Centrale e disposto la riconversione in centrale policombustibile. Né, peraltro, sussisterebbe alcun *periculum in mora*, in quanto il fabbricato *de quo*, originariamente edificato come parte della centrale nucleare e poi non ricompreso nella riconversione, sarebbe privo di qualsiasi utilizzazione o destinazione. Pertanto, l'interesse pubblico al ripristino del corretto assetto del territorio ed all'eliminazione di un vulnus al bene paesaggio prevale sull'interesse meramente economico della ricorrente a non affrontare gli oneri gravosi della demolizione.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. II-quater - sentenza 17 luglio 2021 n. 8525 – Edilizia & Urbanistica – Sul rapporto tra l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria e il permesso di costruire in sanatoria – Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno sostenuto che, in assenza di un provvedimento espresso che acclari la compatibilità paesaggistica postuma degli abusi oggetto di demolizione, il procedimento urbanistico-edilizio di rilascio del permesso di costruire in sanatoria non può che definirsi in senso sfavorevole. Ed infatti, non operando in materia paesaggistico-ambientale l'istituto del silenzio-assenso, in presenza di un vincolo paesaggistico, è precluso il rilascio del permesso di costruire in sanatoria a meno che

l'autorità preposta alla tutela del vincolo adotti un provvedimento espresso, con il quale accerti la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 167, comma 4, D Lgs n. 42/2004 (cd. compatibilità paesaggistica postuma).

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

TRIBUNALE DI VITERBO – sentenza 31 luglio 2021 n. 948 – Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di convenzioni urbanistiche – Con la sentenza in rassegna, i Giudici viterbesi hanno ricordato che la cognizione sulle controversie in tema di convenzioni urbanistiche è rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nello specifico, il Tribunale evidenzia 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 dallo Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 21 luglio 2021 n. 5482 – Appalti pubblici – Sull'illegittima esclusione del concorrente nel caso in cui la Stazione appaltante non abbia attivato il contraddittorio in sede di verifica discrezionale dell'anomalia – Per il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, è illegittima l'esclusione di un operatore economico

laddove, nel corso della verifica dell'offerta sospetta di incongruità, i chiarimenti resi dal concorrente non siano stati ritenuti idonei a superare i dubbi di anomalia e ciononostante, la stazione appaltante non abbia attivato la fase in contraddittorio con l'interessato.

Infatti, la verifica è stata attivata sebbene l'offerta non fosse anomala ai sensi della legge, ma semplicemente sospetta di anomalia e ciò avrebbe dovuto condurre l'Amministrazione ad esternare, dopo il ricevimento dei primi chiarimenti, quali fossero le ulteriori principali criticità che facevano perdurare il sospetto di incongruità. E ciò proprio al fine di consentire al concorrente di rendere più approfonditi chiarimenti, anche in sede di contraddittorio.

Nella specie, la Stazione appaltante non ha interposto alcuna fase di confronto tra la prima richiesta di chiarimenti e l'adozione del provvedimento espulsivo e ciò ha determinato l'illegittimità dell'esclusione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 20 luglio 2021 n. 5463 – Appalti pubblici – Sull'inclusione dell'offerta tempo nell'offerta tecnica – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima la legge di gara che includa l'offerta tempo nell'ambito di quella tecnica.

Ed infatti, la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, costituisce elemento di valutazione di carattere economico.

Pertanto, la dichiarazione relativa ai giorni per l'esecuzione dei lavori non può essere inserita all'interno dell'offerta tecnica, in virtù del generale divieto di commistione tra offerta economica ed offerta tecnica che costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica.

T.A.R. PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 26 luglio 2021 n. 771 – Appalti pubblici – *Sull'interpretazione della legge di gara* – Con la pronuncia in commento, i Giudici piemontesi hanno ricordato come le uniche fonti della procedura di gara siano il bando, il capitolato e il disciplinare, unitamente agli eventuali allegati.

Tali fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante. D'altronde, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante non possono né modificare né integrare la documentazione di gara.

Pertanto, in presenza di espressioni letterali chiare, queste dovranno essere interpretate unicamente sulla base del criterio letterale, escludendo ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti.

T.A.R. LIGURIA, SEZ. I – sentenza 24 luglio 2021 n. 703 – Appalti pubblici – *Sul soccorso istruttorio in caso di importo insufficiente della cauzione provvisoria* – Con la sentenza in commento, i Giudici liguri hanno sostenuto che l'insufficiente importo della cauzione provvisoria non possa essere sanato mediante il soccorso istruttorio.

Ed infatti, visto che la cauzione provvisoria costituisce elemento a corredo dell'offerta, le eventuali irregolarità e, in particolare, l'eventuale importo insufficiente della cauzione provvisoria, attenendo alla offerta, non possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio. Al tempo stesso, il Collegio ha ricordato come la cauzione sia integrabile mediante soccorso istruttorio solo se già costituita nel suo esatto ammontare prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 22 luglio 2021 n. 8858 – Appalti pubblici – *Sul diniego opposto dal controinteressato all'accesso all'offerta tecnica* – Con la pronuncia in rassegna, i Giudici capitolini hanno negato che il diniego opposto dal controinteressato sia di per sé idoneo paralizzare l'accesso all'offerta tecnica.

Ed infatti, l'Amministrazione deve in ogni caso effettuare una valutazione circa l'effettiva sussistenza, nella documentazione richiesta, di segreti tecnici-commerciali tali da poter astrattamente paralizzare il diritto di accesso ai documenti amministrativi richiesti.

D'altronde, in presenza di un'istanza di accesso motivata su esigenze difensive, il diniego può essere opposto a fronte di un comprovato, oltre che motivato, segreto industriale nel solo caso in cui gli atti richiesti non siano in alcun modo pertinenti con l'esigenza di articolare una difesa in giudizio.

T.A.R. VENETO, SEZ. I – sentenza 21 luglio 2021 n. 960 – Appalti pubblici – *Sull'automatica esclusione del concorrente che presenti un ribasso superiore alla soglia di anomalia, nel caso di gara da affidare al minor prezzo* – In conformità all'orientamento prevalente in giurisprudenza, anche la sentenza in commento ha affermato che, lad-

dove sia indetta una procedura negoziata per l'affidamento di un appalto di lavori da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, deve essere disposta l'esclusione automatica delle offerte risultate superiori alla soglia di anomalia, ove nella medesima procedura concorrenziale siano state presentate più di cinque offerte.

Ciò, in quanto la legge di gara deve ritenersi eterointegrata dalla disciplina emergenziale introdotta con il c.d. "Decreto Semplificazioni", il quale, in momentanea deroga a quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici, prevede che nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. I – sentenza 19 luglio 2021 n. 8590 – Appalti pubblici – *Sull'illegittima annotazione nel casellario informatico dell'ANAC in assenza di valutazione circa l'utilità della stessa* – Il Collegio romano ha statuito che la mera segnalazione della Stazione Appaltante di aver irrogato nei confronti dell'appaltatore alcune penali contrattuali di modesto importo, peraltro episodiche e non idonee a comportare la risoluzione del contratto di appalto, non legittima l'annotazione nel Casellario informatico tenuto presso l'ANAC. Quest'ultima, al ricevimento della segnalazione, è sempre tenuta a svolgere una propria valutazione circa l'utilità in concreto dell'annotazione dei fatti denunciati, da esternare con apposita motivazione. Infatti, l'applicazione di penali contrattuali non è necessariamente sintomatica di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque di grave negligenza dell'impresa, sicché l'inserimento di tali vicende deve essere giustificato da ragioni di utilità. In mancanza, l'annotazione si rivela illegittima per difetto di motivazione.

T.A.R. PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 19 luglio 2021 n. 746 – Appalti pubblici – *Sulla legittima aggiudicazione in favore di un'impresa i cui legali rappresentanti abbiano tempestivamente presentato opposizione rispetto ai decreti penali di condanna emessi nei loro confronti* – Secondo il Tribunale Amministrativo del Piemonte, è legittimato ad ottenere l'aggiudicazione di una procedura ad evidenza pubblica l'operatore economico che abbia ommesso di dichiarare che alcuni soggetti apicali della compagine societaria siano stati attinti da decreto penale di condanna, poi tempestivamente e ritualmente opposti.

Infatti, l'opposizione comporta la revoca automatica del decreto penale e l'accertamento dell'illecito penale è oggetto del successivo giudizio di opposizione che si incardina.

La sentenza in rassegna ha altresì precisato che la mera sussistenza di procedimenti penali pendenti non comporta alcun obbligo dichiarativo da parte dell'operatore economico concorrente, acquisendo rilevanza soltanto la sentenza di condanna definitiva, in linea con le previsioni di cui all'art. 80, commi 1 e 3, D Lgs n. 50/2016.

Enti Locali

T.A.R. BASILICATA, SEZ. I – sentenza 28 luglio 2021 n. 535 – Enti locali – Ordinanze – *Sulle ordinanze contingibili ed urgenti*

Edilizia & Urbanistica

per la gestione dei rifiuti – Con l’ordinanza in commento, il Tar della Basilicata ha reputato illegittima un’ordinanza contingibile e urgente nella parte in cui, oltre ad ordinare la prosecuzione del servizio di raccolta rifiuti, ha imposto unilateralmente al privato erogatore le condizioni economiche di tale prosecuzione rinviando *tout court* agli accordi contrattuali non più validi ed efficaci.

Infatti, ai sensi dell’art. 191 del D Lgs n. 152/2006, “*qualora si verificano situazioni di eccezionale e urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell’ambiente e non si possa altrimenti provvedere*“, il Sindaco ha il potere di “*emettere ... ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell’ambiente*”.

Tuttavia, l’ente può solo pretendere dall’impresa l’erogazione delle prestazioni nonostante la scadenza del contratto stipulato tra le parti, ma non può certo imporre alla società il corrispettivo per l’espletamento del servizio e, tantomeno, può farlo rinviando ad accordi contrattuali sulla cui vigenza ed efficacia vi è contesa tra le parti.

T.A.R. TOSCANA, SEZ. III – sentenza 28 luglio 2021 n. 1115 – Edilizia & Urbanistica – Sulla sottoscrizione dell’ordinanza demolitoria per delega del dirigente comunale – Con la sentenza in commento, il Tribunale toscano ha dichiarato illegittima l’ordinanza di demolizione di alcuni manufatti abusivi, in quanto non risultava indicato in alcun modo il nominativo del funzionario delegato che aveva apposto la sottoscrizione in luogo del dirigente, né l’atto di delega sulla base del quale ciò era avvenuto.

Di talché non era individuabile il soggetto che aveva sottoscritto il provvedimento, l’atto organizzatorio sulla cui base tale trasferimento di compiti era avvenuto e le ragioni che avevano giustificato tale trasferimento di compiti. Tale stato di cose rendeva impossibile l’imputazione dell’atto gravato e lo scrutinio di legittimità circa la sussistenza dei poteri in capo al soggetto che ha adottato l’atto.

T.A.R. VENETO, SEZ. II – sentenza 26 luglio 2021 n. 973 - Edilizia & Urbanistica – Sull’istanza di verifica di legittimità del titolo edilizio – Con la sentenza in rassegna, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto ha riconosciuto l’obbligo dell’Amministrazione di provvedere sull’istanza volta a sollecitare la verifica della legittimità di un titolo edilizio già rilasciato, presentata dal proprietario dell’area confinante con quella di futura realizzazione delle opere.

Chiarisce il giudice, infatti, che l’obbligo di provvedere sulle istanze dei privati sussiste, oltre che nei casi espressamente previsti da una norma, anche laddove si evidenzino specifiche ragioni di giustizia ed equità che impongano l’adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell’Amministrazione.