

NEWSLETTER N. 3 ANNO VIII

1 – 15 febbraio 2022



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.aerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-QUATER– sentenza 7 febbraio 2022 n. 1368 – Edilizia & Urbanistica – *Sull’interesse ad accedere alla documentazione urbanistico-edilizia del terreno confinante* – Con la sentenza in commento, il TAR ha sostenuto che mere esigenze conoscitive ed esplorative, funzionali all’accertamento *ex post* di eventuali abusi, non fondano un interesse ad accedere alla documentazione urbanistico-edilizia del terreno confinante.

Alla cd. *vicinitas*, deve aggiungersi l’allegazione di ulteriori elementi di fatto – precisi e circostanziati – che consentano di ricollegare la posizione dell’istante ai documenti amministrativi che l’espongano a pericolo ovvero ne impediscano od ostacolino in qualche modo il soddisfacimento.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell’Amministrazione resistente)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. LAZIO – decreto 7 febbraio 2022 n. 3 – Responsabilità amministrativa – *Sulla violazione dell’obbligo di presentarsi in audizione presso la Procura della Corte dei Conti* – Con la pronuncia in rassegna, il Giudice contabile ha rammentato i criteri per definire il *quantum* della sanzione pecuniaria applicabile in caso di omessa presentazione all’audizione presso la Procura della Corte dei Conti.

Ed infatti, l’art. 134 codice di giustizia contabile (D.Lgs 174/2016) prevede che si tenga conto (i) della gravità della violazione e (ii) dell’attività svolta per porvi rimedio.

Pertanto, dovrà essere applicata la sanzione nella misura massima laddove l’audizione del soggetto possa ritenersi di particolare rilevanza ai fini dell’istruttoria pendente presso la Procura e, soprattutto, in assenza di qualsiasi iniziativa per porre rimedio alla violazione.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 febbraio 2022 n. 899 – Appalti pubblici – *Sulle modificazioni alla composizione dei r.t.i.* – Il Consiglio di Stato, nel circoscrivere le eccezioni al divieto di modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta, ha rammentato che tali modificazioni sono solo quelle a carattere “interno” (dette anche “per sottrazione” od ancora “per riduzione”), ossia dove le sostituzioni sono sì ammesse ma soltanto attraverso altri soggetti del raggruppamento stesso, ed in possesso dei necessari requisiti per eseguire la commessa. Entro tali limiti può quindi essere sostituita la mandataria e/o le mandanti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 febbraio 2022 n. 898 – Appalti pubblici – *Sulla differenza tra l’“appalto pubblico di fornitura” e il “contratto misto di appalto”* – Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno rimarcato la differenza tra l’“appalto pubblico di fornitura” e il “contratto misto di appalto”, rilevando che qualora in un contratto di appalto sia previsto l’acquisto di un bene e, unitamente a questo, l’esecuzione a carico del contraente di lavori di posa in opera e di installazione con carattere accessorio, il

contratto va qualificato come “appalto pubblico di fornitura” e non come “contratto misto di appalto”, con ogni conseguenza in punto di disciplina. Tale situazione si verifica ogniqualvolta i lavori posti a carico del contraente siano concepiti quali opere indispensabili al corretto funzionamento del bene acquistato, per essere, in tal caso, la causa del contratto, intesa quale funzione economico – individuale, inequivocabilmente diretta a poter disporre del bene e servirsene al meglio, piuttosto che a dar luogo alla realizzazione di una nuova opera pubblica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 4 febbraio 2022 n. 795 – Appalti pubblici – Sulla funzione del PEF nelle concessioni di lavori e di servizi – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha osservato come il PEF abbia la funzione di garantire la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, attraverso la corretta allocazione dei rischi lungo tutto l’arco temporale della gestione.

Pertanto, le verifiche che deve effettuare l’Amministrazione sul PEF riguardano l’assunzione del rischio imprenditoriale da parte del concessionario, i limiti entro i quali tale assunzione è ammissibile e non compromette il proficuo svolgimento dell’attività affidata al terzo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 1° febbraio 2022 n. 688 – Appalti pubblici – Sulla gerarchia tra i documenti della lex specialis – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno rammentato il rapporto gerarchico che sussiste tra gli atti di gara, ribadendo che tali documenti non si situano su un piano di piena equivalenza: sicché tra bando e capitolato speciale d’appalto, l’ordine di gerarchia differenziata conferisce prevalenza al contenuto del bando di gara laddove le disposizioni del capitolato speciale possono assumere, rispetto ad esso, solo una funzione integrativa ma non modificativa.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – sentenza 7 febbraio 2022 n. 278 – Appalti pubblici – Sull’interpretazione dei bandi di gara – Il TAR ha rammentato l’orientamento giurisprudenziale in virtù del quale l’interpretazione dei bandi di gara soggiace alle stesse regole dettate dal codice civile per l’interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale.

Pertanto, la prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando, esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare significati ulteriori e preclude ogni estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l’affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l’esigenza della più ampia partecipazione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 3 febbraio 2022 n. 775 – Appalti pubblici – Sull’esclusione per violazioni fiscali gravi e definitivamente accertate – Con la pronuncia in commento, il TAR Campania ha confermato la legittimità dell’esclusione dell’operatore economico nei cui confronti sia stata accertata un’irregolarità fiscale per un importo complessivo superiore a € 5.000,00.

Nello specifico, il Collegio ha ritenuto che ai fini del computo della soglia di gravità dell’inadempimento debba tenersi conto non solo

dell'importo dell'imposta non pagata da cui è sorta l'irregolarità, bensì della somma complessivamente considerata, comprensiva di interessi e sanzioni.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I – sentenza 2 febbraio 2022 n. 192 – Appalti pubblici – Sull'inserimento dell'offerta economica nella busta amministrativa – Il TAR ha confermato la legittimità dell'esclusione dell'operatore economico che ha accluso la propria offerta economica alla documentazione amministrativa all'interno della medesima busta "A", trattandosi di un errore evidente che costituisce violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità.

Né può essere attribuita rilevanza ad un'asserita contraddittorietà tra il modello della domanda di partecipazione predisposto dalla Stazione appaltante e il disciplinare di gara, atteso che la modulistica predisposta non può certo prevalere sulle prescrizioni del disciplinare, o indurre a disattendere queste ultime.

Enti locali

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 8 febbraio 2022 n. 95 – Enti locali – Sulla giurisdizione in tema di indennità per migliorie apportate dal concessionario di un terreno gravato da usi civici – Il TAR ha ritenuto che rientri nella giurisdizione del Giudice ordinario una controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale è stato negato il riconoscimento di un congruo indennizzo per le migliorie apportate dal concessionario di un terreno gravato da usi civici.

Ed infatti, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, l'art. 133 c.p.a. fa espressa "eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi".

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 7 febbraio 2022 n. 140 – Enti locali – Sull'illegittimità per difetto di competenza di una diffida sottoscritta dal Sindaco – Con la pronuncia in commento, il TAR ha annullato, per difetto di competenza, una nota sottoscritta dal Sindaco con la quale si è diffidato a provvedere ad interventi di sostituzione di coperture contenenti amianto, con l'avvertimento che l'inosservanza delle prescrizioni avrebbe comportato l'emanazione di un'ordinanza contingibile e urgente.

Il Collegio ha ritenuto che una tale nota debba essere qualificata come mero atto prodromico all'adozione di un'ordinanza sindacabile. Essa, pertanto, doveva essere adottata da un organo dirigenziale e non dal Sindaco. In materia, quest'ultimo ha infatti solo il potere di emanare le ordinanze contingibili ed urgenti. I restanti provvedimenti, quindi, non sono di sua competenza.

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 2 febbraio 2022 n. 76 – Enti locali – Sui presupposti dell'ordinanza contingibile ed urgente – Il TAR ha confermato la legittimità di un'ordinanza contingibile ed urgente con la quale è stato disposto di provvedere all'attuazione di ogni intervento necessario alla messa in sicurezza di un fabbricato pericolante e delle sue pertinenze.

Ed infatti, il comma 5 dell'art. 50 T.U.E.L. prevede l'attivazione del potere di ordinanza anche in presenza di "situazioni di grave incuria o degrado del territorio"; situazione di incuria e degrado, pacificamente ammessa dalla stessa ricorrente nel caso di specie, con conseguente legittimità dell'ordinanza sindacale.

Servizi di interesse economico generale

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 4 febbraio 2022 n. 99 – Servizi di interesse economico generale – Farmacia comunale – Sull'indizione della gara per l'affidamento di una farmacia comunale – Con la pronuncia in esame, il TAR ha confermato la legittimità dell'indizione della procedura di gara per l'affidamento in concessione della gestione di una farmacia comunale anche in assenza della relazione prevista dall'art. 34, comma 20, D.L. 179/2012 - finalizzata a dare evidenza, in tutti i casi di affidamento di servizi pubblici locali a rilevanza economica, delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta - considerato che il comma 25 del medesimo articolo precisa che tale disposizione non trova applicazione alla gestione delle farmacie comunali.

Edilizia & Urbanistica

TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. II – sentenza 7 febbraio 2022 n. 127 – Edilizia & Urbanistica – Sull'ordinanza di demolizione di una roulotte – Con la pronuncia in commento, il TAR ha confermato la legittimità di un'ordinanza di demolizione avente ad oggetto una roulotte utilizzata come alloggio.

Ed infatti, benché le roulotte siano manufatti precari e astrattamente rimovibili, nel caso in cui siano funzionali a soddisfare esigenze stabili e durature nel tempo e siano, dunque, idonee ad alternare lo stato dei luoghi, devono essere considerate nuove costruzioni ai fini edilizi e quindi necessitanti di un titolo autorizzatorio.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 4 febbraio 2022 n. 341 – Edilizia & Urbanistica – Sul cd. stralcio del PRG – Il TAR ha evidenziato come il cd. stralcio del PRG costituisca uno strumento alternativo alla non approvazione del Piano, determinato dall'esigenza di economizzare l'attività amministrativa e di attribuire una regolamentazione urbanistica definitiva anche solo ad una parte (comunque prevalente) del territorio oggetto delle previsioni comunali.

Lo stralcio, quindi, lascia integro ed impregiudicato il potere del Comune di riproporre una nuova disciplina urbanistica diretta a completare la pianificazione relativamente alle aree oggetto di stralcio.

TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 3 febbraio 2022 n. 83 – Edilizia & Urbanistica – Sull'ordinanza di ripristino dei luoghi adottata dal Sindaco – Il TAR ha annullato per difetto di competenza l'ordinanza di ripristino dei luoghi adottata dal Sindaco su manufatti

di nuova costruzione, realizzati senza il preventivo rilascio del permesso di costruire.

Il TUEL attribuisce, in via generale, la competenza sulla vigilanza in materia edilizia e urbanistica ai dirigenti. Tale principio può essere derogato, ai sensi dell'art. 53 L. 388/2000, per gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, mediante un'apposita deliberazione di Giunta o comunque una disposizione regolamentare.

Nel caso di specie, invece, il Sindaco ha adottato l'ordinanza di ripristino in assenza di una disposizione che gli attribuisce la relativa competenza, con conseguente illegittimità dell'ordinanza medesima.

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 1° febbraio 2022 n. 77 – Edilizia & Urbanistica – *Sull'ordine di ripristino di un immobile dichiarato di interesse culturale emesso nei confronti degli autori della demolizione e ricostruzione* – Il TAR ha ritenuto illegittimo il decreto ex art. 160, comma 1, D.Lgs 42/2004, con il quale è stato disposto il ripristino di un immobile dichiarato di interesse culturale, nel caso in cui la P.A. abbia omesso di valutare la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo.

Ed infatti, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'ordine di reintegrazione in questione costituisce una sanzione ed è soggetto alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative dove è richiesta la sussistenza anche dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa; elemento che l'amministrazione può e deve valutare autonomamente, anche avvalendosi, in termini probatori, di quanto eventualmente emerso in sede penale.