

NEWSLETTER N. 8 ANNO VI

16 – 30 aprile 2020



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@aorre.com

In evidenza

TAR LAZIO – ROMA SEZ. I quater – sentenza 17 aprile 2020 n. 2842 – Appalti – *Sul requisito della regolarità fiscale* - Con la sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno osservato che l'operatore economico, debitore verso il fisco, per evitare l'esclusione dalla procedura di gara è tenuto ad adempiere all'obbligo di pagamento (o ad impegnarsi in modo vincolante a pagare) prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda.

A tal proposito, qualora l'irregolarità fiscale sia emersa durante la procedura di gara, nessun valore sanante può essere attribuito alla circostanza che, al momento della notifica della cartella esattoriale fosse pendente una procedura concordataria, ovvero che, al momento della scadenza del termine di pagamento in essa indicato, fosse già stata presentata una domanda di ammissione ad amministrazione straordinaria.

Invero, in tali casi, l'eventuale pagamento sarebbe comunque eseguito durante la gara, ossia successivamente al termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, con la conseguenza che l'operatore deve necessariamente essere escluso dalla procedura di affidamento.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della società resistente).

Appalti

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 15 aprile 2020 n. 2426 – Appalti – *Sull'accertamento dell'unicità del centro decisionale* - Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, in sede di accertamento della causa di esclusione per sussistenza di un unico centro decisionale, la stazione appaltante è chiamata a provare solo la riconducibilità delle offerte ad un unico centro di imputazione e non anche la circostanza che il collegamento tra i concorrenti abbia concretamente condizionato gli esiti della gara. In particolare, la stazione appaltante può fornire la prova dell'unicità del centro decisionale con ogni mezzo senza che sia obbligata alla previa apertura delle buste per esaminare le offerte dei concorrenti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II – sentenza 17 aprile 2020 n. 2476 – Appalti – *Sul rinnovo della attestazione SOA* - Con la pronuncia in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che la proposizione tempestiva della domanda di verifica triennale presso la SOA consente alle imprese di partecipare alle gare durante la pendenza della procedura medesima, anche qualora quest'ultima si concluda oltre il triennio di validità dell'attestazione.

Al contrario, nel caso in cui la richiesta di verifica triennale sia presentata tardivamente, l'esito positivo della procedura di verifica non potrà coprire il periodo antecedente al suo intervento; di conseguenza, l'esito positivo non avrà efficacia retroattiva mentre nelle more del giudizio di verifica opera il divieto di partecipazione alle gare indette.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 aprile 2020 n. 2551 – Appalti – *Sul termine entro il quale sostituire l'impresa ausiliaria* - Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che la mancanza di una disposizione normativa che prescriva il termine entro il quale sostituire l'impresa ausiliaria costituisce una carenza che può essere facilmente colmata facendo

riferimento alla disciplina del soccorso istruttorio. Invero, tanto l'istituto della sostituzione dell'impresa ausiliaria quanto quello del soccorso istruttorio rispondono alla medesima esigenza: evitare l'esclusione dell'operatore economico e dare piena attuazione al *favor participationis*. L'identità dello scopo sotteso alle due fattispecie, dunque, consente di estendere all'istituto della sostituzione dell'impresa ausiliaria il termine previsto per il soccorso istruttorio; pertanto, la stazione appaltante, nel caso in cui sia necessaria la sostituzione dell'impresa ausiliaria, deve assegnare un termine non inferiore a dieci giorni (nel caso di specie è stato ritenuto congruo il termine di 15 giorni).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 16 aprile 2020 n. 3948
-Appalto – Sulla fissazione del prezzo a base d'asta - Con la sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno evidenziato che è da ritenersi illegittimo il bando di gara che, per la determinazione del prezzo a base d'asta, abbia sottostimato i costi del personale determinandoli in base a parametri che, prima dell'indizione della procedura di gara, non erano più attuali in quanto ormai superati dalle pattuizioni del nuovo contratto collettivo. In tal caso, quindi la risalenza delle tabelle ministeriali utilizzate dalla stazione appaltante e la circostanza che, già all'epoca della pubblicazione del bando, i relativi corrispettivi erano stati sensibilmente aumentati per effetto dell'entrata in vigore del nuovo accordo collettivo, rendono illegittima la *lex specialis* della gara.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 17 aprile 2020 n. 132 – Appalti – Sull'ambito di applicazione del principio di rotazione - Con la pronuncia in esame il Collegio ha precisato che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti non trova applicazione nel caso in cui l'operatore economico venga selezionato mediante una procedura aperta e, neanche, nel caso in cui venga indetta una procedura negoziata per l'affidamento di contratti sottosoglia (ai sensi dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici). Il principio di rotazione, dunque, non si applica qualora, per il nuovo affidamento, la stazione appaltante non abbia effettuato una preventiva limitazione dei partecipanti mediante inviti oppure quando abbia demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 18 aprile 2020 n. 1391 – Appalti – Sul principio di equivalenza delle specifiche tecniche - Con la sentenza in rassegna i Giudici campani hanno stabilito che, qualora il concorrente dimostri l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, le amministrazioni aggiudicatrici non possono escluderlo sostenendo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non siano conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento. In particolare, i concorrenti, al fine di dimostrare l'equivalenza del prodotto offerto alle specifiche tecniche, non hanno l'onere di presentare un'apposita formale dichiarazione, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato. In conclusione, osserva il Collegio, il detto principio di equivalenza trova applicazione in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica ed indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti.

**TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA - BOLZANO – sentenza 20 aprile 2020 n. 98**

– Appalti - *Sull'esclusione di un concorrente per vantaggio competitivo* – Con la sentenza in commento il Collegio ha stabilito che l'automatica esclusione di un operatore economico che, per aver partecipato ad una delle fasi preliminari all'effettuazione della gara, si trovi in un'asserita situazione di vantaggio competitivo è illegittima. Invero, la stazione appaltante, prima di provvedere all'esclusione del concorrente, è tenuta, da un lato ad adottare misure compensative adeguate a ricondurre ad equità le condizioni di gara, e dall'altro a consentire all'offerente interessato, mediante l'instaurazione di una procedura da svolgersi in contraddittorio con gli altri operatori, di provare che la sua partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione non sia un elemento in grado di falsare la concorrenza.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ.II – sentenza 23 aprile 2020 n. 4139 –

Appalti – *Sull'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale* - Con la sentenza in esame i Giudici capitolini, in merito all'obbligo di indicare i costi degli oneri di sicurezza, hanno stabilito che non è ravvisabile "l'impossibilità materiale di indicazione" qualora il modello predisposto dalla stazione appaltante sulla piattaforma telematica MEPA, pur non prevedendo una specifica e separata casella ove distintamente inserirli, consenta comunque una puntuale specificazione in sede di descrizione dei dati dell'offerta.

Pertanto, attesa l'inesistenza di un impedimento assoluto dell'assolvimento dell'obbligo di cui si discorre, deve escludersi la possibilità di recuperare l'omissione attraverso l'attivazione del meccanismo del soccorso istruttorio.

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I – sentenza 24 aprile 2020 n. 4183 –

Appalti - *Sulla legittimità del limite del 40% al subappalto*- Con la pronuncia in commento i Giudici capitolini hanno osservato che la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'UE, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dalla previgente normativa nazionale nella soglia del 30% dell'importo complessivo del contratto, non ha escluso la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori. Nella sentenza citata la Corte di Giustizia dell'UE ha, infatti, evidenziato che l'esigenza di contrastare il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare, a livello nazionale, una restrizione alle garanzie generali che il diritto comunitario prescrive in detta materia.

Pertanto, al legislatore interno è consentito individuare limiti quantitativi al subappalto ma solo ed esclusivamente nella misura in cui essi siano proporzionati e, cioè, non eccedano quanto strettamente necessario al raggiungimento del suddetto obiettivo di controllare i soggetti affidatari e di prevenire infiltrazioni criminali.

Alla stregua di queste considerazioni, conclude il Collegio, non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite, prescritto dal c.d. Sblocca Cantieri ed in vigore fino al 21 dicembre 2020, pari al 40% dell'importo complessivo del contratto di appalto.

TAR PIEMONTE, SEZ. II - sentenza 27 aprile 2020, n. 228 –

Appalti – *Sul c.d. taglio delle ali* - Con la sentenza in esame i Giudici piemontesi, inserendosi in una questione ancora controversa, hanno stabilito che la disciplina del "taglio delle ali" va interpretata nel senso

Servizi interesse economico generale

che le offerte agli estremi, ossia quelle rientranti nel 10 % di maggiore o minore ribasso, devono essere solo provvisoriamente accantonate e non definitivamente escluse. In altre parole, la detta operazione è “virtuale” in quanto le offerte rientranti nelle “ali” vengono accantonate solo ai fini del calcolo della soglia di anomalia. Invero, osserva il Collegio, se il legislatore avesse voluto disporre l’esclusione reale (e non fittizia) delle offerte “agli estremi” lo avrebbe esplicitamente chiarito.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 14 aprile 2020 n. 2396 – Servizi interesse economico generale – Sulla decadenza dagli incentivi agli impianti alimentati da fonti rinnovabili (IAFR) - Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo di Spada hanno osservato che, qualora il Gestore dei Servizi Energetici (GSE), a seguito di un procedimento di controllo, riscontri che un impianto sia costituito da componenti appartenenti ad altro impianto già incentivato è tenuto a disporre la decadenza dagli incentivi, chiedendo l’integrale recupero delle somme già erogate a titolo di incentivazione. Invero, l’accesso agli incentivi è consentito esclusivamente ad impianti nuovi costituiti da componenti mai utilizzate prima e non anche ad installazioni le cui componenti siano già state utilizzate presso altro impianto incentivato.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 9 aprile 2020 n. 3854 – Servizi interessi economico generale – Sul riconoscimento di un impianto quale alimentato da fonti rinnovabili (IAFR) – Con la sentenza in commento i Giudici capitolini hanno evidenziato che per qualificare un impianto quale alimentato da fonti rinnovabili (IAFR) è necessario verificare la precisa rispondenza dell’impianto realizzato rispetto a quanto previsto nel progetto autorizzato, ivi compreso il tipo di combustibile indicato per alimentarlo. Di conseguenza, laddove l’impianto non venga attivato, come da progetto, con carburante derivante da energia rinnovabile (nel caso di specie olio vegetale), non potrà ottenere la qualifica IAFR, nè beneficiare degli incentivi di cui al DM 18 dicembre 2008.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III ter – sentenza 9 aprile n. 3856 – Servizi interesse economico generale - Sulla nozione di impianto “nuovo” ai fini del riconoscimento del diritto agli incentivi – Con la pronuncia in rassegna i Giudici capitolini hanno sottolineato che a beneficiare degli incentivi alle fonti di energia rinnovabili sono esclusivamente gli impianti nuovi, per tali intendendosi quelli costituiti da componenti mai utilizzate prima. In particolare, osserva il Collegio, non rientrano nel concetto di impianti nuovi quelle installazioni costituite da componenti che, anche se rigenerate, siano già state utilizzate presso un vecchio impianto. Di conseguenza, in linea con il divieto di cumulo degli incentivi, una installazione nuova, costituita da componenti ricondizionate ed appartenenti ad altro impianto già

incentivato, non avrà diritto ad accedere ai meccanismi di incentivazione di cui al DM 18 dicembre 2008.

Enti locali

CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 24 aprile 2020 n.71 – Enti locali – Sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di usi civici - Con la sentenza in commento i Giudici di legittimità hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 della Legge della Regione Calabria, n.34/2010, nella parte in cui prevedeva l'eliminazione degli usi civici che insistono sulle aree destinate allo sviluppo industriale. In particolare, la disposizione regionale censurata, nel disporre la descritta cessazione-estinzione, invade una materia di competenza esclusiva statale, determinando un'inammissibile compressione della proprietà collettiva. Invero, un bene gravato da uso civico può essere oggetto di sclassificazione solo ed esclusivamente nelle ipotesi tassative previste dalla legge.

CORTE DEI CONTI – SEZIONE PER IL CONTROLLO PIEMONTE – - delibera 21 aprile 2020 n.32 - Enti locali– Sui compensi dei revisori dei conti degli enti locali – Con la deliberazione in esame i Magistrati contabili del Piemonte hanno chiarito che gli enti locali non hanno la facoltà di adeguare i compensi spettanti ai revisori in corso di rapporto, pertanto questi rimangono fissati nella misura determinata nell'atto di nomina. Tuttavia, in linea con le disposizioni normative del TUEL, è possibile procedere ad un rinnovato giudizio circa l'adeguatezza dei compensi liquidati anteriormente all'entrata in vigore del DM 21 dicembre 2018, provvedendo eventualmente ad un ricalcolo di tali compensi nel rispetto dei criteri di congruità e adeguatezza e dei limiti di sostenibilità finanziaria dei nuovi oneri che ne derivano.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 22 aprile 2020 n. 2552 –Enti locali - Sul diniego di rinnovo della concessione di un bene pubblico - Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, intervenuta la naturale scadenza della concessione di un bene pubblico, il concessionario non è titolare di alcun diritto di insistenza né di alcuna aspettativa ad ottenere il rinnovo del rapporto concessorio.

Rientra, infatti, nella piena discrezionalità amministrativa la facoltà di non procedere al rinnovo della concessione laddove ricorra un'oggettiva ragione di pubblico interesse, quale quella di riservare al bene pubblico una destinazione più idonea a realizzare gli interessi generali (nel caso di specie restituire al suolo pubblico la fruibilità pedonale per un migliore riassetto ambientale dell'area interessata).

Pubblico impiego

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 17 aprile 2020 n. 2481 – Pubblico impiego – Sul rimborso delle spese legali ai dipendenti pubblici – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che le spese legali, relative a giudizi promossi nei confronti di dipendenti pubblici e conclusi con sentenza o

provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza esclusivamente quando all'istanza di rimborso venga allegata la fattura con la quietanza di pagamento effettuato al difensore. Di conseguenza, in presenza di una istanza che non dia atto del fatto che il pagamento sia effettivamente avvenuto, l'amministrazione non ha l'obbligo di attivare e di concludere il relativo procedimento di rimborso.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 21 aprile 2020 n. 2535 – Edilizia&Urbanistica – *Sull'ambito di applicazione del silenzio assenso per il permesso di costruire* - Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che in pendenza delle procedure per l'apposizione di vincoli idrogeologici, ambientali, paesaggistici o culturali, è preclusa la formazione del silenzio-assenso sull'istanza volta ad ottenere il permesso di costruire. In particolare, osserva il Massimo Consesso, ciò vale anche qualora i vincoli del tipo indicato non siano ancora divenuti definitivi, ossia quando il privato abbia solo ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento di vincolo. Invero, la “comunicazione” comporta che, per tutta la durata del procedimento di vincolo, si applichino in via cautelare le stesse disposizioni di tutela che il vincolo stesso, una volta imposto, rende definitive.

CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 24 aprile 2020 n.70 – Edilizia&Urbanistica – *Sull'illegittimità costituzionale della Legge della Regione Puglia in materia di demolizione e ricostruzione* - Con la pronuncia in esame si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.2 della Legge della Regione Puglia, n.59/2018, nella parte in cui prevedeva che il comma 1 dell'articolo 4 della Legge Regionale n.14/2009 dovesse essere interpretato nel senso che l'intervento edilizio di ricostruzione, da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza. La dichiarazione di illegittimità costituzionale, in particolare, discende dalla circostanza che la novella legislativa del 2018 non aveva natura interpretativa bensì innovativa. Di conseguenza, in virtù della sua efficacia retroattiva, la norma in esame consentiva la regolarizzazione postuma di opere che, al momento della loro realizzazione, erano in contrasto con gli strumenti urbanistici di riferimento, dando corpo ad una surrettizia ipotesi di sanatoria straordinaria che esula dalle competenze regionali.

PRECISAZIONE ANAC del 20 aprile 2020:

Mai chiesta alle stazioni appaltanti la sospensione delle procedure di gara durante l'emergenza sanitaria

In riferimento ad erranee interpretazioni, da parte di alcune stazioni appaltanti, delle indicazioni fornite per lo svolgimento delle procedure di gara in concomitanza con l'emergenza sanitaria (delibera 312/2020) l'Autorità nazionale anticorruzione precisa di non avere mai chiesto la sospensione di dette procedure. In considerazione della situazione attuale, Anac si è limitata a suggerire "l'opportunità di differire l'avvio delle procedure di gara già programmate" e di avviare soltanto quelle "ritenute urgenti e indifferibili", assicurando tuttavia "la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate".

Al contrario, tale è la preoccupazione circa possibili ripercussioni negative sul comparto degli appalti pubblici, che l'Autorità con la segnalazione 4/2020 ha sollecitato Governo e Parlamento a individuare misure ad hoc in vista della cd. "fase 2", in modo da scongiurare che l'applicazione delle disposizioni adottate in via generale per i procedimenti amministrativi possa comportare rilevanti problemi applicativi al settore.

Ne consegue pertanto che eventuali interpretazioni difformi, relative a una presunta richiesta di rinvio delle procedure di gara da parte dell'Autorità, è da considerarsi destituita di ogni fondamento.