

NEWSLETTER N. 15 ANNO VI

1 - 15 settembre 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.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

TAR LAZIO – SEZ. III ter – 8 settembre 2020 n. 5547– *Energy – Sulla decadenza dagli incentivi* - Con l'ordinanza in esame i Giudici capitolini hanno respinto la domanda cautelare avverso il provvedimento di decadenza dagli incentivi emesso dal GSE in quanto:

a) nel procedimento di verifica dei requisiti che legittimano l'ammissione agli incentivi, la perizia asseverata prodotta dal richiedente non ha efficacia probatoria privilegiata; di conseguenza, allo stato, i vizi dedotti con il ricorso principale non sembrano assistiti da sufficienti profili di *fumus*;

b) con riferimento al *periculum in mora*, invece, difetta nella specie il profilo dell'irreparabilità in quanto il pregiudizio prospettato dal ricorrente ha natura economica, pertanto, esso è da ritenersi sempre ristorabile. (**Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati**).

Appalti pubblici

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. IV – sentenza 10 settembre 2020 c-367/2019 – *Appalti – Sull'illegittimità dell'esclusione automatica nel caso di presentazione di un'offerta pari a zero* – Con la sentenza in rassegna i Giudici comunitari hanno stabilito che è in linea con le disposizioni di cui alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici ritenere illegittima l'esclusione automatica di un concorrente, ossia senza previa verifica sull'anomalia, per il solo fatto di aver presentato un'offerta economica di importo pari a zero.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 1 settembre 2020 n. 5338 – *Appalti – Sulle modifiche alla lex specialis che non comportano la rinnovazione della pubblicazione del bando di gara* – Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che le modifiche marginali alla *lex specialis*, ossia quelle che non comportano novità sostanziali (quali variazioni nei requisiti partecipativi e nei contenuti dell'offerta) e/o oneri particolarmente gravosi a carico dei concorrenti, non sono idonee a configurare l'obbligo di rinnovare la pubblicazione del bando e, per l'effetto, di concedere il termine dilatorio, di cui all' art. 60 del D.Lgs 50/2016, ai fini della presentazione delle offerte.

In tale prospettiva, ad avviso del Massimo Consesso, risulta sufficiente, e legittimo, nonché conforme all'interesse pubblico al sollecito sviluppo delle commesse pubbliche, concedere una mera proroga del termine (nella specie 3 settimane) di presentazione delle offerte in modo da consentire alle imprese interessate di conformarsi alle predette modifiche del bando di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 4 settembre 2020 n. 5358 – *Appalti – Sull'applicabilità del principio di conservazione degli atti giuridici anche agli atti di gara* – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che il principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c., è pacificamente applicabile anche agli atti e ai provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche.

Ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dalla Legge 241/1990, consente di dare

concreta applicazione al principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 settembre 2020 n. 5370 – *Appalti* – *Sull'avvalimento nell'ambito di un contratto di concessione di servizio pubblico* – Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, in materia di avvalimento, l'obbligo di indicare in modo specifico nel contratto il numero di mezzi e di risorse fisiche, messe a disposizione dalla capogruppo alla controllata, postula un onere di specificità (dei mezzi aziendali impiegati per l'esecuzione del contratto pubblico) che eccede i limiti della ragionevolezza, nonché i principi di ordine civilistico a cui far riferimento per ritenere validamente assunta un'obbligazione.

Con riferimento al primo profilo, è stato evidenziato che è da ritenersi irragionevole imporre di indicare puntualmente la quantità di addetti e di mezzi che saranno impiegati nelle singole fasi di lavorazione in una fase antecedente alla concreta esecuzione del contratto.

Per quanto concerne i profili di diritto civile, è stato osservato come un onere di specificità di tale portata trascura che per ritenere determinabile un'obbligazione è sufficiente indicare il suo contenuto essenziale, e non anche ogni altro aspetto di dettaglio che risulti marginale o, comunque, definibile in sede esecutiva sulla base della concreta situazione di fatto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 9 settembre 2020 n. 5420 – *Appalti* – *Sulla portata della clausola di stand still processuale* – Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno precisato che la clausola di *stand still* processuale comporta un impedimento procedimentale delimitato alla sola stipulazione del contratto e non anche alle altre attività prodromiche alla stipulazione stessa (quali la verifica dei requisiti e dell'adempimento di ogni altro obbligo previsto dalla legge di gara a carico dell'aggiudicatario). Ed infatti, se, nel tempo di durata dello *stand still*, non fosse consentita - oltre alla stipulazione del contratto - alcun'altra attività procedurale, gli interessi dell'Amministrazione e dell'aggiudicatario sarebbero eccessivamente ed irragionevolmente pregiudicati.

TAR CAMPANIA, SEZ. I – sentenza 1 settembre 2020 n. 3708 – *Appalti* – *Sulla motivazione in caso di esclusione per offerta anomala* – Con la sentenza in esame i Giudici campani hanno ribadito come la giurisprudenza sia ormai consolidata nel ritenere che, in caso di esclusione di un concorrente per offerta anomala, l'Amministrazione appaltante ha l'obbligo di articolare una motivazione approfondita; per contro, non sussiste alcun onere motivazionale in capo all'Amministrazione appaltante che, all'esito del procedimento valutativo, non ritenga l'offerta anomala; essendo possibile in tale ipotesi anche una motivazione espressa *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che esse siano congrue ed adeguate.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 1 settembre 2020 n. 1632 – *Appalti* – *Sull'illegittimità della clausola che esclude l'avvalimento per i requisiti soggettivi di idoneità professionale* – Con la sentenza in rassegna i Giudici meneghini hanno dichiarato l'illegittimità di una clausola del bando di gara che consente l'avvalimento per i soli requisiti di carattere economico-finanziario e

tecnico-professionale e che, invece, esclude, in ragione dell'asserita necessità di iscrizione in appositi registri o albi, l'avvalimento per i requisiti soggettivi di idoneità professionale (nella specie accreditamento presso AgID e disponibilità del servizio PAgOPA).

A tal riguardo, il Collegio ha evidenziato che per lo svolgimento dell'attività di conservazione digitale (AgID), così come anche per il servizio PAgOPA, non è richiesta l'iscrizione in alcun albo, né alcuna particolare autorizzazione.

Di conseguenza, i requisiti in parola possano essere soddisfatti mediante il ricorso all'avvalimento di un operatore abilitato ai suddetti servizi.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 9 settembre 2020 n. 800 – *Appalti – Sull'esclusione per grave illecito professionale* – Con la sentenza in commento i Giudici veneti hanno ritenuto riconducibile nella categoria dei “gravi illeciti professionali” – tali da comportare l'esclusione del concorrente dalla nuova procedura di gara – l'ipotesi in cui un offerente sia stato destinatario di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione per aver rifiutato, in qualità di aggiudicatario, di sottoscrivere il verbale di consegna del servizio in prossimità delle festività in vista delle quali gli arredi avrebbero dovuto essere installati; rifiuto che ha determinato il concreto rischio di avviare il servizio in tempo non più utile.

Tale condotta, ad avviso del Collegio, può essere pacificamente considerata un grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, in quanto, come chiarito dalle Linee guida ANAC n.6/2016, a tal fine assumono rilevanza “*tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice*”.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 10 settembre 2020 n. 1037 – *Appalti – Sulla partecipazione alla medesima gara dei Consorzi Stabili e delle imprese facenti parte del Consorzio medesimo* - Con la sentenza in commento i Giudici toscani, confermando il precedente orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, hanno ribadito la possibilità di una partecipazione congiunta alla medesima gara del Consorzio Stabile e di un'impresa facente parte del Consorzio medesimo; ciò è ammesso, però, a condizione che quest'ultima non risulti espressamente indicata come esecutrice dell'appalto.

TAR LIGURIA - sentenza 14 settembre 2020 n. 611 – *Appalti – Sul project financing ad iniziativa privata per la realizzazione di interventi pubblici già compresi negli strumenti di programmazione* - Con la sentenza in rassegna i Giudici liguri hanno evidenziato che il DL Semplificazioni ha introdotto espressamente la possibilità per gli operatori economici di presentare alle Amministrazioni proposte intese anche alla realizzazione di interventi già contemplati negli strumenti di programmazione dei lavori pubblici.

In altre parole, a seguito della citata novella normativa, l'opzione espressa dall'Amministrazione per un project financing ad iniziativa pubblica non risulta di per sé ostativa alla proposizione di progetti da parte di privati.

Enti Locali

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II – sentenza 10 settembre 2020 n. 5423 – *Enti Locali – Sull’obbligo di astensione degli Amministratori locali per conflitto di interessi* – Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato l’illegittimità, per mancata astensione di alcuni Consiglieri, di una delibera con la quale il Consiglio comunale ha manifestato la volontà di assentire: a) il mutamento di destinazione d’uso di un terreno gravato da usi civici, b) la concessione del medesimo terreno ad una società, c) di fissare in riduzione il relativo canone. Nella specie, i Consiglieri in questione erano dipendenti della società beneficiaria della concessione e della riduzione dei canoni di occupazione, nonché conduttori di altro locale di proprietà della società stessa.

Il Massimo Consesso, in particolare, ha osservato che, nel caso oggetto di giudizio, è indiscutibile come la società interessata sia stata oggettivamente avvantaggiata dal ruolo ricoperto nel Consiglio comunale dagli Amministratori che hanno preso parte al voto.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 9 settembre 2020 n. 1440 – *Enti Locali – Sulle modalità di surroga dei Consiglieri comunali dimissionari* - Con la sentenza in esame i Giudici calabresi hanno statuito che la surroga del consigliere dimissionario con il primo dei non eletti, benché obbligatoria e vincolata, non si perfeziona *ope legis*, ma necessita di una specifica ed espressa deliberazione del Consiglio comunale.

In particolare, la deliberazione con il quale il Consiglio comunale provvede alla surroga del consigliere dimissionario deve essere necessariamente adottata nella seduta di prima convocazione del Massimo Organo deliberante dell’Ente, dovendosi escludere la possibilità che a tale surroga il Consiglio comunale possa provvedere in seconda convocazione; infatti, per ragioni di maggiore rappresentatività, tra sedute di prima e di seconda convocazione deve essere attribuita preferenza alle prime.

Pubblico impiego

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 8 settembre 2020 n. 483 – *Pubblico impiego – Sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di pubblico impiego* – Con la sentenza in commento si è stabilito che, nell’ambito dei concorsi pubblici, il momento che segna il termine della fase pubblicistica (giurisdizione del g.a.) è costituito dalla compilazione ed approvazione della graduatoria finale, dopo la quale si apre la fase che attiene allo svolgimento privatistico del rapporto di lavoro (giurisdizione del g.o.).

In buona sostanza, dunque, per effetto dell’approvazione della graduatoria finale, la selezione concorsuale prodromica all’assunzione si esaurisce segnando il passaggio alla fase esecutiva, nel cui ambito i comportamenti dell’Amministrazione costituiscono espressione del potere privatistico del datore di lavoro e che, in quanto tali, sono rimessi alla valutazione del Giudice Ordinario.

Edilizia & Urbanistica

TAR VENETO, SEZ. II – sentenza 7 settembre 2020 n. 795 – *Edilizia&Urbanistica* – Sulla legittimità di un permesso di costruire rilasciato con specifiche prescrizioni imposte dal Comune – Con la sentenza in rassegna i Giudici Veneti hanno stabilito che è da ritenersi legittimo un permesso di costruire recante alcune specifiche prescrizioni imposta dal Comune che, come nel caso di specie, risultano, di fatto, funzionali a garantire una più ampia possibilità di accesso pubblico agli spazi destinati a parcheggio.

TAR LAZIO – SEZ. II BIS – sentenza 11 settembre 2020 n. 9513 – *Edilizia e Urbanistica* – Sulla legittimità dell'ordine di rimozione di una pergotenda, realizzata in zona vincolata, in difetto del nulla osta dell'Autorità preposta al vincolo paesaggistico - Con la sentenza in esame i Giudici capitolini hanno dichiarato legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha ordinato la rimozione di una pergotenda con telo retrattile su struttura autoportante in legno, realizzata in zona sottoposta a vincolo paesaggistico (nella specie, si trattava di una pergotenda della misura 6 m x 6 m), che sia motivato con riferimento al fatto che il manufatto è stato realizzato senza il preventivo rilascio del nulla osta dell'Autorità preposta al predetto vincolo.

Giudizi elettorali

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 4 settembre 2020 n. 5359 – *Giudizi elettorali* – Sull'utilizzo del soccorso istruttorio per sanare le irregolarità nel giudizio elettorale – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che, nell'ambito delle operazioni elettorali, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio è ammissibile solo quando l'irregolarità sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore, errore scusabile o fatto dell'Amministrazione e, comunque, se la regolarizzazione non comporta adempimenti istruttori incompatibili con i tempi e i principi del procedimento elettorale. Sulla base di tale premessa, il Massimo Consesso ha ritenuto ammissibile attivare il soccorso istruttorio al fine di rimediare alla omessa sottoscrizione - ad opera del candidato a Sindaco - della dichiarazione di accettazione della candidatura e di quella, annessa alla prima, di attestazione di insussistenza delle cause di incandidabilità. Nella fattispecie in esame, è stato ritenuto essere un preciso dovere dell'Amministrazione quello di invitare il candidato alla regolarizzazione della documentazione carente; pertanto, l'irregolarità riscontrata deve ritenersi imputabile all'Amministrazione e l'esclusione del candidato illegittima.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 7 settembre 2020 n. 5401 – *Giudizi elettorali* – Sulle modalità di verifica dell'accettazione della candidatura – Con la sentenza in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che la mancata indicazione, da parte del pubblico ufficiale, della modalità attraverso la quale si è proceduto all'identificazione del candidato che ha sottoscritto l'accettazione della candidatura inficia irrimediabilmente la validità dell'autenticazione per difetto di una forma c.d. sostanziale.

In altre parole, l'omessa identificazione del sottoscrittore in sede di autenticazione della firma di accettazione della candidatura non costituisce una mera irregolarità sanabile, bensì comporta la mancanza

di elementi essenziali costitutivi della procedura di autenticazione, stante l'assenza di certezza legale circa l'identità del soggetto che ha sottoscritto dinanzi al pubblico ufficiale.

Di conseguenza, una carenza di tale portata non può essere colmata mediante una integrazione *ex post* pena l'elusione, non solo dei termini perentori stabiliti dalla legge, ma anche della *par condicio* dei partecipanti alla competizione elettorale.