

# NEWSLETTER N. 2 ANNO VII

16 – 31 gennaio 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](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

**T.A.R. LAZIO - LATINA, Sez. I – sentenza 28 gennaio 2021 n. 27 – Edilizia & Urbanistica – Sulla differenza tra titoli edilizi e segnalazione certificata di agibilità** – Con la sentenza in rassegna, i Giudici laziali hanno chiarito che, in ambito edilizio, i titoli edilizi e la segnalazione certificata di agibilità sono collegati a presupposti diversi, non sovrapponibili fra loro.

Infatti, mentre il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l'immobile è stato realizzato secondo le norme tecniche in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti, il titolo edilizio è finalizzato all'accertamento del rispetto delle norme urbanistico-edilizie.

Tale diversità si riflette sui poteri esercitabili dall'Amministrazione. Nella specie, il Collegio ha dichiarato illegittimo l'annullamento in autotutela di una SCIA, poiché adottato per presunti abusi edilizi, ma con una motivazione afferente a considerazioni sull'agibilità dei locali. Queste ultime non possono sorreggere il provvedimento gravato, poiché sono poste a servizio di interessi pubblici diversi da quelli sottesi all'annullamento della SCIA.

**(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)**

**T.A.R. VENETO, Sez. II – sentenza 26 gennaio 2021 n. 104 – Appalti – Sulla verifica di anomalia estesa a tutti i profili relativi alla sostenibilità dell'offerta** - Con la sentenza in commento, i Giudici veneti hanno ritenuto sussistente il difetto di istruttoria e motivazione in ordine alla valutazione di congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Infatti, il RUP, pur avendo rilevato che il costo della manodopera dichiarato fosse inferiore a quello indicato nella tabella ministeriale di riferimento, non ha ritenuto necessario indagare la sostenibilità dell'offerta circa i numerosi profili di disallineamento con i parametri tabellari, accogliendo le scarse giustificazioni dell'impresa. Tra i fattori suscettibili di incidere sul rispetto dei minimi salariali sono stati individuati il rilevante numero di ore di formazione offerte, la riduzione delle ore mediamente non lavorate del personale addetto e delle percentuali di contribuzione INAIL e IRAP.

I Giudici di Venezia, riscontrato il grave difetto di istruttoria, hanno rimesso alla Stazione appaltante la verifica di anomalia, visto che non può essere compiuta per la prima volta nella sede giudiziale.

**(Giudizio seguito dalla Studio AOR Avvocati)**

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, Sez. V - sentenza 27 gennaio 2021 n. 804 - Appalti - Sull'esclusione per la mancata presentazione della cauzione provvisoria** - Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che costituisca causa di esclusione dalla procedura di gara la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida o tardiva. In tali circostanze, la Stazione Appaltante non deve attivare il soccorso istruttorio, visto che l'art. 83, comma 9, del Codice degli Appalti espressamente esclude tale procedura per le carenze afferenti all'offerta.

Ed infatti, la cauzione provvisoria non costituisce un elemento formale dell'offerta ma, in quanto posta a corredo della stessa, deve ritenersi

afferente all'offerta essendo come tale sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, in virtù del principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti.

**CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – sentenza 20 gennaio 2021 n. 628 – Appalti – *Sul vincolo temporale dell'offerta dell'operatore economico*** – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che l'offerta dell'operatore economico è vincolante per il periodo indicato dal bando ovvero per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.

Pertanto, il privato non può sciogliersi da tali vincoli prima dei suddetti termini e la sua eventuale dichiarazione di scioglimento non produce effetti diretti sugli atti di gara, salvo sopravvenute determinazioni dell'amministrazione.

**CONSIGLIO DI STATO Sez. III – sentenza 20 gennaio 2021 n. 627– Appalti – *Sul rispetto del principio di pubblicità nelle gare telematiche*** – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che non violi il principio di pubblicità l'assenza di una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche nelle gare telematiche.

L'apertura delle buste in seduta pubblica è, infatti, finalizzata ad assicurare una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui.

Eppure, tali finalità sono già garantite ex se nelle gare telematiche, le quali offrono una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti.

Pertanto, nelle gare svolte in modalità telematica, ove l'apertura delle buste (amministrativa, tecnica ed economica) non avvenga nell'ambito della seduta pubblica, non può essere disposta l'invalidazione dell'intera procedura né, tantomeno, potrebbe dirsi sussistente in capo all'Amministrazione appaltante l'obbligo di non valutare la documentazione e/o l'offerta in questione.

**CONSIGLIO DI STATO Sez. V – sentenza 19 gennaio 2021 n. 575 – Appalti – *Sull'individuazione del dies a quo per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione*** – Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato la questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti della procedura di gara.

In applicazione delle coordinate fornite dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2020, il Collegio ha ricordato che sono quattro i possibili momenti dai quali decorre tale termine:

- dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici;
- dall'acquisizione delle informazioni ex art. 76 del Codice dei Contratti Pubblici, purché esse consentano di confermare i vizi già individuati o di individuarne ulteriori;
- dalla proposizione dell'istanza di accesso e fino al momento in cui questo è consentito, se i motivi di ricorso attengono alla conoscenza dei documenti relativi all'offerta dell'aggiudicatario o al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

- dalla comunicazione/pubblicità degli atti di gara sempre che vi siano i relativi allegati.

**T.A.R. LAZIO - ROMA, Sez. I - sentenza 28 gennaio 2021 n. 1202 – Appalti – *Sui limiti del principio di equivalenza*** – Con la sentenza in rassegna i Giudici capitolini hanno circoscritto l’ambito di applicabilità del principio di equivalenza sancito dall’art. 68 del Codice dei Contratti Pubblici.

Il Collegio ha osservato che il principio è finalizzato a evitare che la previsione di specifiche tecniche di particolare dettaglio, in alcuni casi “nominative”, possa irragionevolmente limitare il confronto competitivo. In tal modo, infatti, verrebbe leso il principio di favor participationis, precludendo la presentazione di offerte con oggetto nella sostanza corrispondente a quello richiesto, ma formalmente sprovvisto della specifica descritta.

Viceversa, il principio di equivalenza non può operare nelle ipotesi di difformità del bene, altrimenti l’oggetto del contratto diverrebbe indeterminato e si modificherebbero i contenuti della lex specialis, con pregiudizio della stessa Stazione appaltante e dei concorrenti rispettosi della disciplina di gara.

**T.A.R. TOSCANA, Sez. I - sentenza 28 gennaio 2021 n. 159 – Appalti – *Sull’invarianza della soglia di anomalia dell’offerta*** – Con la sentenza in rassegna i Giudici fiorentini hanno chiarito che l’invarianza della soglia di anomalia dell’offerta prevista dall’art. 95, comma 15, del Codice dei Contratti Pubblici sia di paralizzare gli effetti derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici che hanno legittimamente partecipato alla gara.

La disposizione sarebbe anche funzionale a evitare che i concorrenti non utilmente collocati in graduatoria possano esperire azioni giurisdizionali al solo fine incidere sulla soglia di anomalia, una volta conosciuti i ribassi offerti e gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia.

In questo modo, si vuole evitare alla Stazione appaltante di retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, poiché tale situazione implicherebbe una pregiudizievole dilazione dei tempi di conclusione della gara.

La modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della Stazione appaltante è quindi delimitata, dal punto di vista procedimentale e temporale, dal provvedimento di aggiudicazione.

**T.A.R. PIEMONTE, Sez. I - sentenza 28 gennaio 2021 n. 91 – Appalti – *Sull’applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancata sottoscrizione dell’offerta della mandante in caso di riunioni temporanee di imprese costituenti*** – Con la sentenza in commento, i Giudici piemontesi hanno escluso l’operatività dell’istituto del soccorso istruttorio finalizzato a sanare la mancata sottoscrizione dell’offerta da parte della futura mandante, in quanto la sottoscrizione costituisce elemento essenziale dell’offerta economica.

La sottoscrizione dell’offerta da parte di tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei (prevista dall’art. 48, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici) risponde, infatti, a una duplice finalità: la certezza della riconducibilità dell’offerta agli operatori che in tal modo manifestano la volontà di impegnarsi nei confronti della Stazione appaltante e, di conseguenza, la coercibilità degli impegni di cui alla successiva fase esecutiva.

Per il medesimo principio, l'offerta non è neppure passibile di una successiva ratifica da parte del concorrente, poiché in tal caso verrebbe assunta un'offerta in violazione dei principi regolatori delle procedure ad evidenza pubblica sanciti dall'art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici.

**T.A.R. LOMBARDIA - MILANO, Sez. I – sentenza 27 gennaio 2021 n. 252 – Appalti – Sulla qualificazione di professionista esterno del progettista nell'ambito di un appalto integrato** – Con la sentenza in rassegna i Giudici meneghini hanno sostenuto che in un appalto integrato il progettista vada qualificato come professionista esterno. In tali circostanze il progettista non assume la qualifica di concorrente né di operatore economico e, quindi, può essere sostituito con altro professionista, non comportando alcuna modifica all'offerta, né realizzandosi una modificazione soggettiva del concorrente.

**T.A.R. SICILIA – CATANIA, Sez. I - sentenza 25 gennaio 2021 n. 209 – Appalti – Sulla nomina del RUP a membro di una commissione giudicatrice** – Con la sentenza in commento, i Giudici siciliani hanno ricordato la possibilità per il RUP di essere nominato membro o presidente della commissione di gara. Infatti, l'attuale configurazione dell'art. 77, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici esclude ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'Amministrazione la valutazione sull'assenza di concreti ed effettivi condizionamenti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.

**T.A.R. PIEMONTE, Sez. II - sentenza 25 gennaio 2021 n. 79 – Appalti – Sulla inconfigurabilità di un subappalto per l'affidamento di un appalto di servizi tecnici di architettura e ingegneria** – Con la sentenza in commento, i Giudici piemontesi hanno ricordato che il subappalto può rinvenirsi solo in presenza di una traslazione dell'organizzazione e del rischio dall'aggiudicatario al subappaltatore. Nel caso di specie, l'aggiudicataria aveva affidato alcune prestazioni "in consulenza" a professionisti esterni. In tale circostanza, il Collegio ha ritenuto di non qualificare la fattispecie come subappalto stante il carattere personale del contributo dei professionisti e, soprattutto, la presenza di un responsabile interno all'organico della aggiudicataria. Pertanto, nessun rischio risultava trasferito in capo ai professionisti esterni.

## Servizi di interesse economico generale

**CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria – sentenza 26 gennaio 2021 n. 3 – Servizi di interesse economico generale – Servizio di igiene integrato – Sugli oneri di smaltimento dei rifiuti in caso di fallimento della società** – Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che è onere della curatela fallimentare ripristinare e smaltire i rifiuti della società fallita, gravando i relativi costi sulla massa fallimentare.

Infatti, se così non fosse, tali oneri finirebbero per ricadere sulla collettività incolpevole.

Al contrario, l'Adunanza plenaria ne onera la curatela sulla base del principio comunitario per cui "chi inquina paga" e della relazione che

intercorre tra il patrimonio del fallito e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità.

## Energy

**CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – sentenza 20 gennaio 2021 n. 594 – Energy – Sulla natura giuridica del provvedimento di decadenza dalle tariffe incentivanti emesso dal GSE e sul principio di autoresponsabilità** – Con la sentenza in esame, il Massimo Consesso ha statuito che i provvedimenti di decadenza dagli incentivi emessi dal Gestore dei Servizi Energetici non equivalgono ad esercizio del potere di autotutela né di quello sanzionatorio.

Tali provvedimenti, infatti, costituiscono espressione di un potere di verifica, accertamento e controllo teso a confermare la veridicità delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito della procedura preordinata all'attribuzione degli incentivi pubblici, e, dunque, non a riesaminare la legittimità di una precedente decisione amministrativa di carattere provvedimentale.

Ne deriva, secondo questa impostazione, l'inapplicabilità delle disposizioni di cui alla Legge n. 241 del 1990 in tema di limiti all'esercizio dell'autotutela amministrativa.

Tanto posto, con la pronuncia in commento, è stato inoltre ribadito che nelle procedure per il riconoscimento degli incentivi vige sempre e comunque il principio dell'autoresponsabilità nella produzione di dichiarazione e documenti.

Alla stregua di tale principio, dunque, è onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a provare la sussistenza, in capo allo stesso, delle condizioni per l'ammissione ai benefici; ciò, con la conseguenza per cui eventuali carenze e/o errori idonei ad incidere negativamente sul perfezionamento della fattispecie agevolativa saranno per ciò solo imputate al richiedente, a prescindere dall'elemento soggettivo.

## Enti locali

**T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA, Sez. I – sentenza 23 gennaio 2021 n. 23 – Enti locali - Ordinanze – Sull'obbligo di provvedere a un'ordinanza contingibile e urgente su istanza del privato** – Con la sentenza in commento, i Giudici abruzzesi hanno negato la sussistenza di un obbligo in capo all'ente comunale di adottare una ordinanza contingibile e urgente se sollecitata dal privato.

L'esercizio del potere sindacale cd. extra ordinem è espressione di valutazioni ampiamente discrezionali e, infatti, detto procedimento è pacificamente qualificato dall'art. 54 T.U.E.L. come procedimento d'ufficio.

Pertanto, al privato non può che essere riconosciuta una funzione meramente sollecitatoria, comunque inadeguata a determinare l'obbligo di provvedere.

## Edilizia & Urbanistica

**T.A.R. TOSCANA, Sez. III – sentenza 22 gennaio 2021 n. 93 – Edilizia & Urbanistica – Sul rilascio del permesso di costruire in area sottoposta a vincolo cimiteriale** – Con la sentenza in commento, i

Giudici toscani hanno sostenuto la legittimità del diniego di un'Amministrazione comunale al permesso di costruire in area sottoposta a vincolo cimiteriale, anche se tale situazione di inedificabilità non è contenuta negli strumenti urbanistici.

Il vincolo, secondo i Giudici, sarebbe infatti imposto ex lege e risponderebbe alla necessità di tutelare molteplici interessi pubblici, connessi a esigenze di natura igienico-sanitaria, di salvaguardia della sacralità di zone destinate alla inumazione e sepoltura e, infine, di mantenimento di un'area passibile di essere espansa.

D'altronde, nessun rilievo ai fini del diniego assumerebbe la tipologia di fabbricato.