

NEWSLETTER N. 17 ANNO IX

1-15 ottobre 2023



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06.39738792

Via Durini n. 25 - 20122 - Milano
Tel: (+39) 02.91090173
Fax: (+39) 0237908008

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria, sentenza 11 ottobre 2023 n. 16 – Edilizia&Urbanistica –*In tema di ordinanze di demolizione* – L’Adunanza Plenaria, su rimessione della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento risolve i contrasti giurisprudenziali in materia di illecito edilizio sanzionato, rispetto al quale trascorre invano il termine assegnato per la demolizione.

A fronte di una dettagliata disamina della disciplina di cui agli artt. 27 e 28 del d. P. R. n. 380 del 2001, e nello specifico delle fasi che caratterizzano la procedura di demolizione dell’abuso edilizio, l’Adunanza ha chiarito che decorso il termine di 90 giorni per demolire, qualora l’Amministrazione non decida di conservare il bene, vi è la possibilità di un’ulteriore interlocuzione con il privato per un adempimento tardivo dell’ordine di demolire, con lo scopo di evitare eventuali maggiori costi derivanti dalla demolizione in danno e di evitare la perdita dell’ulteriore proprietà sino a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

Il potenziale coinvolgimento del privato è rimesso alla discrezionalità dell’Amministrazione, non avendo il privato alcun diritto a porre in essere la demolizione dopo la scadenza del termine di 90 giorni.

L’Adunanza chiarisce poi, enunciando il principio di diritto, che l’atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell’art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta l’acquisto *ipso iure* del bene identificato nell’ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90.

Qualora sia identificato per la prima volta con l’atto di acquisizione l’area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l’ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest’ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva).

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.IV, sentenza 6 ottobre 2023 n. 8715 – Appalti – *Sulla presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva come clausole di esclusione da una gara d’appalto* – In tale occasione, in applicazione dei principi stabiliti dall’Adunanza Plenaria n. 9/2021 (Newsletter n. 10 anno VII), i giudici di Palazzo Spada hanno rammentato come la presentazione di una domanda di concordato in bianco non possa considerarsi causa di automatica esclusione dalle procedure per l’affidamento di contratti pubblici, né può inibire la partecipazione alle stesse.

In aggiunta, richiamando il principio della citata Adunanza, secondo cui “*è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un’autorizzazione [del giudice fallimentare] tardiva ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione possa avere efficacia integrativa o sanante*”, i giudici hanno chiarito come l’autorizzazione giudiziale ex art. 186 comma 4 l. fall. non costituisca requisito per la presentazione della domanda alla procedura di gara, ma per la sola aggiudicazione, con possibilità peraltro di intervenire anche dopo l’aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto, secondo il discrezionale apprezzamento della stazione appaltante.

Ed invero, le riferite statuizioni dell'Adunanza hanno trovato ora esplicito riconoscimento normativo nell'ambito nell'art. 94 comma 5 lett. d) del nuovo codice dei contratti.

TAR LOMBARDIA, SEZ. I, sentenza 11 ottobre 2023 n. 2270 –Appalti pubblici - *Sulla verifica dell'anomalia dell'offerta c.d. facoltativa*- In tale occasione, i giudici del TAR Lombardia hanno ritenuto che la scelta della Stazione Appaltante di non esperire una verifica sulla complessiva congruità dell'offerta, prima dell'aggiudicazione definitiva, sia da ritenersi manifestamente illogica e irragionevole, alla luce delle particolari circostanze del caso di specie.

I giudici, infatti, si riferiscono alla discrasia tra il costo della manodopera indicato dall'aggiudicataria rispetto a quello qualificato ex ante dalla Stazione Appaltante (rispettivamente euro 4.584.000,00 ed euro 6.921.120,00).

In conclusione i giudici hanno affermato che ove la verifica dell'anomalia non sia prevista dalla lex specialis, un sub-procedimento in contraddittorio con l'aggiudicatario, ex art. 97, c. 5, si rivela in ogni caso necessario laddove la Stazione Appaltante osservi un rilevante squilibrio tra i costi della manodopera indicati dalla aggiudicataria e quelli ipotizzati nel progetto posto a base di gara.

TAR TOSCANA, SEZ. I, sentenza 7 ottobre 2023, n. 911 Appalti pubblici – *Sulle modifiche contrattuali nelle procedure di affidamento* – Nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici approvato con il d.lgs. n. 50/2016, da un lato deve considerarsi del tutto legittima la scelta operata dalla stazione appaltante di non inserire negli atti di gara alcuna clausola revisionale, dall'altro lato, il rifiuto della stessa SA di addivenire alla revisione chiesta dall'appaltatore del servizio costituisce, secondo i giudici toscani, un atto sostanzialmente dovuto, nell'ottica dell'esercizio di un potere autoritativo inerente l'an della revisione prezzi.

Ciò nell'ottica della vigenza del principio di immutabilità del contratto rispetto alle condizioni messe a gara e del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza gravanti sulla stazione appaltante, come affermati anche dal Giudice dell'UE (Corte giustizia UE, sez. VIII, 7 settembre 2016, in causa C549/2014).

Il TAR Toscana chiarisce poi la portata applicativa dell'ipotesi di variante contrattuale disciplinata dall'art. 106 co. 1 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, che si riferisce unicamente alle modifiche necessitate da circostanze imprevedute e imprevedibili per la stazione appaltante; riguarda, in sostanza, le sole varianti in senso stretto che ricadono sull'oggetto del contratto e non sul corrispettivo.

TAR TOSCANA, SEZ. II, sentenza 2 ottobre 2023 n. 870 –Appalti pubblici – *Sulla non lesività della determina a contrarre*– La sentenza in commento ha dichiarato inammissibile un ricorso promosso avverso la determina a contrarre relativa ad un affidamento in concessione di servizi museali, affermando che la determina a contrarre è un atto endoprocedimentale, di regola inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato, perché la sua funzione attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'Amministrazione. Non è possibile dunque lamentare una lesione da omissione di

Edilizia & Urbanistica

contenuti essenziali nella determina a contrarre, giacché tali mancanze non generano alcun effetto immediatamente escludente, a maggior ragione come dimostrato nel caso di specie, ove la *lex specialis* di gara puntualizza e declina tutti gli elementi di cui si lamentava la mancanza e necessari per formulare l'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.II, sentenza 5 ottobre 2023 n. 8670 – Edilizia & Urbanistica - *Sull'applicazione del D.M. n. 1444 del 1968 in materia di distanza tra i fabbricati*- In materia di rilascio del permesso di costruire, la valutazione dei parametri di altezza degli edifici fissati dal DM 1444/1968 non deve essere circoscritta alla zona di interesse né presuppone un'identità di zona, in quanto la differenziazione per zone introduce un elemento di discontinuità e di frammentazione che, oltre a rendere più complessa e difficoltosa l'applicazione del criterio degli edifici preesistenti e circostanti, contrasta con la finalità del D.M. che è quella di garantire un'omogeneità nell'altezza dei nuovi edifici rispetto a quella degli edifici preesistenti, finalità che la differenziazione per zone è suscettibile di pregiudicare.

TAR PUGLIA, SEZ. I, sentenza 4 ottobre 2023 n. 1098 –Edilizia&Urbanistica– *Sulla risoluzione di diritto per omessa presentazione del progetto di competenza* – I giudici hanno accertato e dichiarato l'intervenuta risoluzione di diritto di un contratto di assegnazione di lotti in zona P.I.P, in forza di una clausola del medesimo contratto la quale prevedeva la risoluzione del contratto, senza necessità di preavviso, qualora l'acquirente non avesse presentato il progetto di competenza entro 90 giorni dalla stipula.

Enti locali

TAR LIGURIA, SEZ. II, sentenza 5 ottobre 2023 n. 14255 –Enti locali - *Sull'impugnazione delle ordinanze contingibili e urgenti* - In relazione all'azione di impugnazione delle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 54 T.U.E.L. , i giudici del TAR Liguria, seguendo costante orientamento della giurisprudenza, hanno riconosciuto la legittimazione passiva in ordine ad una domanda di risarcimento dei danni solo in capo al Comune -e non dello Stato- poiché l'imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto ha natura meramente formale, nel senso che il sindaco non diventa organo di un'amministrazione statale, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale.

TAR BASILICATA, SEZ. I, sentenza 4 ottobre 2023 n. 558 –Enti locali – *Sulle concessioni demaniali marittime* – Si segnala la sentenza del TAR Basilicata, che ha ritenuto legittima la decadenza dal titolo concessorio di uno stabilimento balneare in capo al gestore che risultava sprovvisto della Valutazione di Incidenza Ambientale ex artt. 5, commi 2 e 3, D.P.R. n. 357/1997 e 6, comma 3, della Direttiva Comunitaria n. 43/1992.

Nello specifico, a mente dell'art. 18 del D.L. n. 18/2020, tutte le autorizzazioni ambientali comunque denominate in scadenza alla data di

dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid conservano la loro validità per 90 giorni successivi alla dichiarazione della cessazione dello stato di emergenza.

Scaduto tale termine, il concessionario che risulta sprovvisto delle autorizzazioni richieste dalla legge decade dalla concessione demaniale.

TAR ABRUZZO, SEZ. I, sentenza 3 ottobre 2023 n. 445 –Enti locali – *Sulle concessioni demaniali marittime*– Il TAR Abruzzo ha ritenuto conforme al diritto euro-unitario un bando di gara per l’assegnazione di nuove concessioni demaniali, che ha previsto il divieto di assegnare la nuova concessione ad un soggetto già titolare di una concessione demaniale marittima.

Come già affermato dall’Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021, i titoli di occupazione del demanio marittimo per finalità turistico ricreative, in ragione della scarsità delle risorse naturali che ne costituiscono l’oggetto in relazione all’ampiezza della domanda, devono essere rilasciati nel rispetto dell’articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, con conseguente disapplicazione di tutte le norme interne che prevedano proroghe automatiche o riserve in favore di titolari di concessioni in corso di validità.