

NEWSLETTER N. 6/2022

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI



**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – SEDUTA
DEL 15 FEBBRAIO 2022 - DISPOSIZIONI SULL’EFFICACIA E
IL RINNOVO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME
E DEI RAPPORTI DI GESTIONE PER FINALITÀ TURISTICO
RICREATIVE.**

Il Consiglio dei Ministri ha approvato la prima bozza di emendamento al disegno di legge concorrenza in materia di concessioni demaniali marittime.

Tra le misure previste nella bozza si ricerca un delicato equilibrio tra tutela occupazionale, titolarità (e quindi investimenti) delle concessioni ed apertura per nuove imprese al mercato del settore.

Sembra confermata la linea del governo sullo stop alle "concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali fino al 31 dicembre 2023", ma con una eccezione di quelle "già in regola" e, cioè, valide oltre il 2023, perché rilasciate seguendo le procedure selettive nel rispetto delle regole Ue.

Gli obiettivi della delega sono "assicurare un utilizzo più sostenibile del demanio e favorirne la pubblica fruizione" e "promuovere una maggiore concorrenza sulle concessioni balneari".

Tra i criteri per la scelta del concessionario, in attesa di conoscere il testo definitivo: "l'esperienza tecnica e professionale già acquisita, comunque tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori"; "previsione di clausole sociali per promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato dal concessionario uscente"; "durata della concessione per un periodo non superiore a quanto strettamente necessario per garantire l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati, con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici".



**ANAC – COMUNICATO DEL PRESIDENTE: “SOA -
VALORE DEL COEFFICIENTE “R” PER L’ANNO 2022 –
ALLEGATO “C” AL DPR N. 207/2010”**

Con il Comunicato del Presidente del 2 febbraio 2022, ANAC ha aggiornato il valore del coefficiente “R” per l’anno 2022, che risulta pari a 1,331, valore calcolato sulla base della media annua riferita al 2021 dell’indice FOI dei prezzi al consumo. Si tratta del corrispettivo dovuto alle Società Organismi Attestazione (SOA) da parte delle imprese che intendono conseguire l’attestato di qualificazione.



**AGCM – PROCEDIMENTO I 835 - IRROGAZIONE DI OLTRE
10 MILIONI COMPLESSIVI DI SANZIONI PER UN’ASSERITA
INTESA ANTICONCORRENZIALE A SOCIETÀ ATTIVE NELLA
FORNITURA DEI CONTATORI IDRICI.**

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato la sussistenza di un’intesa anticoncorrenziale nel mercato delle forniture dei contatori per acqua fredda ad uso domestico e commerciale. In particolare, secondo l’Autorità, il perimetro dell’intesa sarebbe riconducibile a 161 lotti, le cui procedure sarebbero state indette tra il 2011 e il 2019 da vari gestori del Servizio Idrico Integrato attivi in Italia, che - nelle varie forme consentite dal Codice dei Contratti pubblici - si approvvigionano di contatori idrici per acqua fredda ad uso domestico o industriale per la misurazione legale dei consumi.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

CORTE COSTITUZIONALE, 28 GENNAIO 2022, N. 23 – Illegittimità costituzionale della legge della provincia autonoma di Trento sulla semplificazione: l'emergenza non giustifica gli affidamenti senza bando.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 23 del 28 gennaio 2022, ha dichiarato illegittima la legge della provincia autonoma di Trento del 23 marzo 2020, n. 2, che imponeva alle stazioni appaltanti di affidare appalti sopra soglia Ue con procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, anche se in periodo di emergenza sanitaria.

La legge è stata ritenuta in contrasto con i principi di concorrenza e le competenze esclusive dello Stato perché, secondo la Consulta, “non può dubitarsi che sia inibito al legislatore provinciale derogare all’uniforme disciplina dettata in materia da norme di riforma economico-sociale, quali quelle dettate dal codice dei contratti pubblici, senza che possa in alcun modo rilevare la peculiare contingenza della crisi economica determinata dal Covid. La precarietà del contesto di emergenza non ha, infatti, ampliato le competenze provinciali, semmai, in una materia come quella dei contratti pubblici, ha acuito le esigenze di uniformità della disciplina e di certezza del diritto”.

Inoltre, alla luce dell'eccezionalità della procedura negoziata senza bando, la Corte ha rilevato un ulteriore contrasto con la normativa europea. La norma, si legge nella sentenza, *“opera, dunque, una cristallizzazione ex ante della valutazione che, viceversa, il codice dei contratti pubblici rimette alla discrezionalità dell'amministrazione, chiamata a operare tale scelta nella misura strettamente necessaria e sulla base dell'accertamento in concreto delle ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili”*.

CGA, 16 FEBBRAIO 2022, N. 70 – Sulla rilevanza della richiesta di controllo giudiziario nella fase cautelare per la sospensione dell'interdittiva antimafia

In sede di deliberazione della istanza cautelare per la sospensione del provvedimento di interdittiva antimafia non è rilevante, né ai fini del *fumus boni iuris*, né del *periculum in mora*, il fatto sopravvenuto della mera richiesta di controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. n. 159 del 2011.

CONS. STATO, SEZ. III, 15 FEBBRAIO 2022, N. 1120 – Sulla riparametrazione del requisito di capacità professionale con criteri non previsti dalla lex specialis di gara.

È illegittima l'aggiudicazione della gara nel caso in cui il possesso in capo all'aggiudicatario del requisito di capacità professionale richiesto dal disciplinare sia stato considerato riparametrando al periodo di effettiva attività dello stesso, in ossequio al principio del *“favor participationis”* per le imprese di nuova costituzione ma in violazione della *lex specialis* di gara che nulla prevedeva al riguardo.

CONS. STATO, SEZ. I, 15 FEBBRAIO 2022, N. 378 – Sull'ampliamento edificio di civile abitazione e ristrutturazione edilizia

Non rientrano nella nozione di ristrutturazione urbanistica “ordinaria” tutti gli interventi edilizi sulle preesistenze che comportino incrementi volumetrici e, nelle zone vincolate, quelli che comportino modifiche della sagoma degli edifici.

L'articolo 10 del Testo unico (nella formulazione vigente alla data di adozione del provvedimento impugnato) prevede, invece, che *“Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire: ...c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti...nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni”*.

Da tale norma è dato di ricavare la sostanziale assimilabilità dell'intervento di ristrutturazione edilizia caratterizzato da incrementi volumetrici ovvero di sagoma e prospetti a quello di nuova costruzione, quantomeno per le porzioni che costituiscono un *novum* rispetto alla preesistenza.

In buona sostanza, quando l'intervento edilizio sulla preesistenza modifichi quest'ultima con riferimento ai parametri urbanistico-edilizi sopra evidenziati, l'opera in relazione a questi ultimi deve essere valutata come una innovazione rilevante in termini di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio ed è soggetta, per le parti di interesse, alle regole generali che presidiano e disciplinano l'edificazione sul territorio comunale. Sicché la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia "pesante" restano assoggettati al previo rilascio del permesso di costruire e soggiacciono al regime delle distanze previsto dalla normativa urbanistica.

Il Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2.4.2019, n. 2163; IV, n. 5466/2020) ha, invero, chiarito che, indipendentemente dalla qualificazione di un intervento in termini di ristrutturazione o di nuova costruzione, nell'ipotesi in cui un manufatto venga ricostruito senza il rispetto della sagoma preesistente e dell'area di sedime, occorrerà comunque il rispetto delle distanze prescritte poiché esso – quanto alla sua collocazione fisica – rappresenta un *novum*, come tale tenuto a rispettare le norme sulle distanze; precisandosi, altresì, che la distanza preesistente può essere conservata quando ci si contenga nei limiti preesistenti di altezza, volumetria e sagoma dell'edificio, mentre si ha una nuova costruzione per ciò che eccede (cfr. Cons. Stato, IV, 12.10.2017, n. 4728).

Dai principi giurisprudenziali innanzi richiamati, emerge chiaramente che ove l'intervento edilizio di ristrutturazione comporti incrementi volumetrici ovvero modifiche della sagoma, che si realizzino, come nella fattispecie in esame, nell'incremento dell'altezza del preesistente manufatto e nella realizzazione di una copertura piana in luogo di quella originaria inclinata, tali parti, connotate da innegabili profili di novità rispetto alla preesistenza, soggiacciono al limite delle distanze e non possono essere assorbiti dalla regola della mera osservanza delle distanze preesistenti applicabile alla porzione di edificio originaria.

CONS. STATO, SEZ. IV, 15 FEBBRAIO 2022, N. 1040 – Principi vari del processo amministrativo.

a) A mente del combinato disposto degli artt. 3, 5 e 6, d.P.C.S. n. 167 del 2016, il superamento dei limiti dimensionali può essere autorizzato eccezionalmente *ex post* dal giudice solo prima della deliberazione della sentenza, in presenza di una espressa istanza di parte e a condizione che sussistano gravi e giustificati motivi.

b) L'istanza di rinvio, ovvero di sospensione del giudizio, ex art. 295 c.p.c., proposta dalle parti appellanti private, deve essere respinta. Dopo l'entrata in vigore della novella all'art. 73 c.p.a. di cui al d.l. n. 80 del 2021 (conv. in l. n. 113 del 2021), che ha introdotto il comma 1 bis, il differimento della trattazione della causa riposa su ragioni eccezionali che debbono essere motivatamente illustrate.

c) La sospensione del processo per pregiudizialità, ex art. 295 c.p.c. presuppone la pendenza delle due cause (pregiudicante e pregiudicata) in primo grado, poiché la

ragione fondante di tale previsione è quella di evitare il rischio di conflitti di giudicato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 5185 del 2018; sez. V, n. 806 del 2015; cfr. anche, Cass. civ., sez. un., n. 10027 del 19 giugno 2012). Laddove, invece, fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato non è doverosa, ma può essere disposta in via facoltativa, ai sensi dell'art. 337 c.p.c.

d) La mera connessione tra i due procedimenti non determina anche l'esistenza di un obiettivo rapporto di pregiudizialità giuridica *“il quale ricorre solo quando la definizione di una controversia costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dell'altra, l'accertamento del quale debba avvenire con efficacia di giudicato”* (Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1996, n. 8584).

e) Nel giudizio amministrativo non è previsto il c.d. *“intervento autonomo”* (invece contemplato dall'art. 105, co. 1, c.p.c.), ma solo interventi *ex artt. 28 e 50 c.p.a.*, riconducibili al c.d. *“intervento adesivo dipendente” ad adiuvandum vel opponendum* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4636 del 2016; n. 2446 del 2013; sez. V, n. 1640 del 2012; sez. IV, 30 novembre 2010 n. 8363; arg. pure da Ad. plen. nn. 1, 2 e 9 del 2015) e prevedendosi, altresì, il ricorso incidentale per proporre *“domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”* (art. 42, co. 1, c.p.a.), ovvero, per i casi di giurisdizione esclusiva, la possibilità di proporre le sole domande riconvenzionali nei termini e con le modalità del ricorso incidentale (art. 42, comma 5 c.p.a., sul punto da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 26 del 2022 ivi i rimandi alle Adunanze plenarie di riferimento).

CONS. STATO, SEZ. VII, 14 FEBBRAIO 2022, N. 1081 – Sulla mancanza di un termine massimo di durata dei procedimenti sanzionatori ex lege n. 689/1981.

Ha precisato la VII Sezione del Consiglio di Stato che l'amministrazione, pur in assenza della predeterminazione legale del termine massimo per la conclusione del procedimento sanzionatorio ex lege n. 689 del 1981, agisce comunque in modo tempestivo, rispettando l'esigenza del cittadino di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri e, ove protragga in modo ingiustificato l'esercizio del potere, deve darne puntuale motivazione delle ragioni che le hanno impedito di applicare la sanzione in contiguità temporale con l'accertamento dell'illecito.

Infatti, la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della P.A. di cui all'art. 97 Cost.

Richiamando la sentenza della Corte Costituzionale n. 5/2021, il Consiglio di Stato ha condiviso le prospettazioni dell'appellato, rilevando che a fronte della specifica esigenza di contenere nel tempo lo stato di incertezza inevitabilmente connesso alla esplicazione di una speciale prerogativa pubblicistica, quale è quella sanzionatoria, capace di incidere unilateralmente e significativamente sulla situazione giuridica soggettiva dell'incolpato, non risulta adeguata la sola previsione del termine di prescrizione del diritto alla riscossione delle somme dovute per le violazioni amministrative, previsto dall'art. 28 L. 689/1981.

Esso, al di là della varietà delle ipotesi ricostruttive cui la natura "ibrida" della nozione legislativa ha dato adito - che ne individuano l'oggetto ora nel diritto di credito dell'autorità competente, ora nell'illecito, ora nello stesso potere sanzionatorio - identifica il margine temporale massimo dell'inerzia dell'amministrazione, superato il quale l'ordinamento presume il venir meno dell'interesse pubblico a dare attuazione alla pretesa punitiva.

CONS. STATO, SEZ. III, 11 FEBBRAIO 2022, N. 997 – *L'applicazione delle penali non rappresenta un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale.*

L'applicazione di penali, soprattutto se riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza, non offrono, per la loro natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto, alcun elemento per considerare l'inadempimento cui sono collegati un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale dell'operatore economico.

Pertanto, esse sono irrilevanti ai fini della valutazione della stazione appaltante in ordine all'esclusione dell'operatore economico, poiché inidonee ad incidere sull'affidabilità di quest'ultimo.

CORTE CASSAZIONE, SEZ. I, ORDINANZA 25 GENNAIO 2022, N. 2075 – *L'intervenuto collaudo dell'opera non preclude all'ente committente la successiva applicazione di penali per il ritardato completamento dell'opera appaltata.*

La Corte di Cassazione ha confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il ritardo nel completamento delle opere appaltate non costituisce fattispecie rientrante nell'ambito dell'esecuzione del collaudo delle opere, non afferendo a questioni tecnico-contabili che ne costituiscono il tradizionale ambito d'operatività. Il ritardo, infatti, integra una forma di inadempimento contrattuale, di cui agli artt. 1453 e ss. Cod. Civ., che l'ente committente può far valere nel termine di prescrizione, secondo le regole generali.

Ad avviso della Corte, infatti, poiché "il collaudo ha lo scopo di verificare e certificare che l'opera sia stata eseguita a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite [...]", nonché di "verificare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto [...]", esso non costituisce un termine finale

per contestare all'appaltatore i ritardi dell'opera consegnata, esulando tale circostanza dall'ambito delle questioni tecniche che sono oggetto del collaudo.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 18 FEBBRAIO 2022 N. 1114 – *Sulla illegittimità dell'avviso pubblico indetto dalla P.A. per l'affidamento di incarichi di patrocinio legale e domiciliazione, nella parte cui fissa un compenso che si attesta al di sotto della soglia minima fissata dal D.M. n. 55/2014 ed esclude qualunque negoziazione individuale essendo predeterminata unilateralmente la misura del compenso per le domiciliazioni.*

Secondo il TAR Campano, sono illegittime le clausole di un avviso pubblico indetto dalla P.A. per il conferimento di incarichi di patrocinio legale e di domiciliazione, secondo cui "Il compenso spettante al professionista sarà determinato nel disciplinare di incarico in considerazione del valore e della complessità del giudizio e non potrà in ogni caso superare il valore minimo calcolato in relazione ai parametri forensi minimi di cui al D.M. n. 55/2014, così come modificato dal D.M. n. 37 del 08.03.2018, oltre spese generali, iva e cpa ...Per gli incarichi di domiciliazione il compenso per singola controversia è predeterminato in € 250,00, presso le magistrature superiori ed € 150,00 per le altre"; tali clausole, infatti, non sono in linea con il quadro normativo relativo al c.d. "equo compenso" per gli avvocati (si tratta della l. 4 dicembre 2017, n. 172, che nel convertire il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, vi ha inserito l'art. 19 *quaterdecies*, con cui si è provveduto ad introdurre l'art. 13 bis nella legge n. 247 del 2012), in quanto, nel primo caso, relegano la trattativa individuale tra la P.A. e il professionista incaricato alla fissazione di un compenso che si attesta sistematicamente e necessariamente al di sotto della soglia minima fissata dal D.M. n. 55/2014 e, nel secondo caso, perché il bando esclude in via di principio, qualunque negoziazione individuale predeterminando unilateralmente la misura del compenso per le domiciliazioni, integrando così gli estremi della vessatorietà individuati nella l. n. 247/2012.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III-QUATER, 15 FEBBRAIO 2022 N. 1830 – *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in caso di provvedimento di risoluzione di un contratto di appalto per assenza di un requisito di partecipazione alla gara.*

Rientra nella giurisdizione del G.A. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione in s.g. del provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha disposto la risoluzione di un contratto di appalto, nel caso in cui oggetto del giudizio di impugnazione sia, sostanzialmente, la sola parte del provvedimento con cui l'Amministrazione ha ritenuto non sussistere, in capo all'aggiudicataria, un requisito di partecipazione alla gara (nella specie, si trattava dell'assenza dell'autorizzazione sanitaria della Regione Lazio, necessaria all'espletamento del trasporto di infermi in autoambulanza, servizio oggetto dell'appalto); in tal caso, infatti, la P.A. appaltante ha riscontrato, sia pure successivamente all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto di appalto, l'esistenza di una causa di illegittimità originaria dell'aggiudicazione, per carenza dei requisiti di

qualificazione dell'appaltatore, con il conseguente inquadramento della risoluzione del contratto di appalto nell'ambito dei provvedimenti cui corrisponde una posizione di interesse legittimo dell'impresa appaltatrice.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV, 17 FEBBRAIO 2022 N. 376 – *Sul risarcimento del danno derivante da una ordinanza di demolizione.*

Non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno asseritamente subito dal destinatario di una ordinanza di demolizione di opere abusive avanzata nei confronti del Comune, nel caso in cui l'ordinanza sia stata ritenuta legittima in s.g., l'interessato abbia tuttavia avanzato istanza di proroga del termine assegnato dalla P.A. per la demolizione ma l'Ente locale abbia opposto un diniego in ordine a tale proroga poi annullato in s.g., in quanto illegittimo, ma nelle more, il cittadino sia stato costretto a demolire anche le opere di natura precaria. Deve ritenersi che l'errore in cui è incorsa la P.A. sia stato determinato dalla sussistenza di contrasti giudiziari in ordine alla fattispecie controversa, dall'incertezza del quadro normativo di riferimento e dalla complessità della situazione di fatto; inoltre, è evidente che si è al cospetto di un errore scusabile e la responsabilità della P.A. deve essere negata quando l'indagine conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto.

TAR SICILIA, PALERMO, 31 GENNAIO 2022, N. 265 – *Sul meccanismo etero-integrativo di esclusione automatica delle offerte in caso di appalti sottosoglia al prezzo più basso.*

Con la sentenza n. 265 del 31.01.2022 il TAR Palermo ha ribadito la portata etero-integrativa della previsione normativa di cui all'art. 1, c. 3, D.L. 76/2020 (convertito dalla l. n. 120/2020), che impone il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, confermando, perciò, che tale meccanismo trova applicazione anche in assenza di un'espressa previsione della *lex specialis* di gara (v., in tal senso, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, richiamato da T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104, e da T.A.R. Campania, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; v. anche T.A.R. Sicilia, Sez. III, 11 giugno 2021, n. 1892; T.A.R. Lazio, Sez. I bis, 7 ottobre 2021, n. 10278; pareri ANAC n. 4/2022, n. 222/2021 e n. 837/2021). Nella stessa sentenza il TAR Palermo ha voluto, peraltro, chiarire che *“l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisce una delle misure, temporanee e derogatorie rispetto al Codice degli Appalti, indicate dal su citato art. 1 del Decreto semplificazioni per lo snellimento delle procedure di gara indette per l'aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia, al dichiarato fine di fronteggiare le ricadute economiche negative derivanti dalla pandemia da COVID-19 e incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici (cfr. incipit dell'art. 1, co. 1, del d.l. n. 76/2020)”*.

IN COLLABORAZIONE CON GLI STUDI LEGALI

Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa