

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL **29 marzo 2022**

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

3

TAR Lombardia, Sez. IV, 26 febbraio 2022, n. 482

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 marzo 2022, n. 4

Urbanistica, Edilizia e Diritto Ambientale

9

TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 3 marzo 2022, n. 2526

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 marzo 2022 n.1827

TAR Lombardia, Sez. IV, 26 febbraio 2022, n. 482

Massima

Il principio di rotazione non si applica all'istituto dell'avvalimento, ben potendo il contraente uscente assumere il ruolo di impresa ausiliaria nella nuova procedura di affidamento.

Caso di specie

La vicenda in esame ha ad oggetto una procedura negoziata senza bando indetta *ex art. 1, comma 2 lett. b)*, del D.L. n. 76/2020 per l'affidamento di servizi cimiteriali, aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'avviso pubblico per la manifestazione d'interesse la Stazione Appaltante specificava, per quanto di maggior interesse, l'applicabilità alla procedura del criterio della rotazione degli affidamenti e degli inviti di cui all'art. 36 comma 1 del D.Lgs. 50/2016.

Più in dettaglio, la *lex specialis* di gara precisava, testualmente, che "*Il Comune di Seregno, per tale appalto applicherà i principi dettati dall'art. 30 del Codice degli appalti, dall'art. 1, comma 2, lett. b) della Legge n. 120/2020 e in ottemperanza alle Linee guida n.4 "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" applicherà il criterio della rotazione degli affidamenti e degli inviti. Nello specifico, pertanto, non potranno essere invitate le ditte già invitate e/o risultate affidatarie dell'appalto sotto elencato: Servizi Cimiteriali periodo dal 01/07/2020 al 30/06/2021 - CIG 82813978FD*".

Il concorrente secondo classificato in graduatoria ha proposto ricorso contro il provvedimento di aggiudicazione adottato dall'amministrazione comunale, eccependo la violazione del principio di rotazione nella parte in cui l'aggiudicatario aveva

dichiarato di far ricorso all'istituto dell'avvalimento indicando quale società ausiliaria il gestore uscente del servizio.

Motivi della decisione

Nel rigettare il ricorso, il TAR Lombardia ha delineato l'ambito di applicazione ed i limiti del principio di rotazione.

In particolare, i Giudici di primo grado hanno chiarito, preliminarmente, che detto principio si riferisce specificamente ed esclusivamente agli inviti a partecipare alla procedura negoziata e agli affidamenti diretti.

In virtù di tale principio, dunque, gli operatori che abbiano partecipato a una precedente procedura avente ad oggetto un determinato servizio/fornitura/lavoro, non potranno essere invitati alla successiva gara avente il medesimo oggetto.

Non vi è, invece, alcuna disposizione normativa che limiti, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di ricoprire il ruolo di ausiliaria in una nuova procedura selettiva indetta dalla medesima stazione appaltante. L'ordinamento non vieta, in altri termini, all'affidatario uscente di mettere la propria capacità economico-finanziaria e/o tecnico-professionale a disposizione di un altro operatore economico invitato alla nuova procedura.

In tal senso depongono anche le Linee Guida ANAC n. 4, richiamate esplicitamente nell'avviso per la manifestazione d'interesse e recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*. In particolare, il punto 3.6 di tali Linee Guida precisa che *"Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante [...] non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. [...] l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante*

ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici".

È, dunque, del tutto evidente, anche muovendo dal dato letterale delle richiamate Linee Guida ANAC, come il principio in esame non possa che riferirsi ai soli inviti (e non anche all'eventuale avvalimento). Del resto, anche laddove ipotizza condotte che possano aggirare il principio di rotazione, l'Autorità individua fattispecie che, comunque, non riguardano il coinvolgimento dell'impresa a titolo di ausiliaria nell'avvalimento, ma solo casi nei quali l'invito a partecipare e/o l'affidamento vengono disposti nei confronti di chi abbia in precedenza gestito il servizio, o partecipato a pregresse procedure selettive, o sia legato a tali soggetti dall'unitarietà di centro decisionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. n. 50/2016.

Il quadro normativo depone quindi per la non applicabilità del principio di rotazione all'istituto dell'avvalimento, e per la piena correttezza dell'operato dell'Amministrazione al riguardo.

Tale conclusione rappresenta un chiaro bilanciamento tra l'esigenza connessa al principio di rotazione, volto ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva, soprattutto, dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto con riguardo a quei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato e l'esigenza di evitare di estendere l'ambito di applicazione di detto principio oltre i confini posti dal Legislatore.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 marzo 2022, n. 4

I principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria

“1. Il concessionario ha l’obbligo di conservare la copia della cartella di pagamento, anche quando esso si sia avvalso delle modalità semplificate di diretta notificazione della stessa a mezzo di raccomandata postale;

2. Qualora il contribuente richieda la copia della cartella di pagamento, e questa non sia concretamente disponibile, il concessionario non si libera dell’obbligo di ostensione attraverso il rilascio del mero estratto di ruolo, ma deve rilasciare una attestazione che dia atto dell’inesistenza della cartella, avendo cura di spiegarne le ragioni.”

Caso di specie

Il caso di specie trae origine dall’impugnazione del diniego opposto da Equitalia Sud all’istanza di accesso agli atti presentata da un privato e volta a verificare

l’esatta corrispondenza tra le cartelle esattoriali notificategli e il ruolo formatosi.

Il diniego è stato motivato, in particolare, sul presupposto che le cartelle richieste risultano estinte, fatta eccezione per una di esse, per la quale è stato consentito l’accesso al solo estratto di ruolo.

Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso, accertando dunque la legittimità del diniego, sul presupposto che l’ente concessionario avrebbe regolarmente trasmesso al ricorrente le relate di notifica di tutte le cartelle richieste.

Tale decisione è stata quindi impugnata innanzi al Consiglio di Stato dall'originario ricorrente, il quale ne ha rilevato l'erroneità per essere stata ritenuta sufficiente la mera attività notificatoria, mentre alcun rilievo è stato attribuito alla mancata ostensione delle cartelle richieste.

La IV Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla fondatezza dell'appello proposto, ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto e, per l'effetto, ha chiesto all'Adunanza Plenaria di volersi esprimere in merito a:

- i. la legittimità dell'esonero del concessionario dalla conservazione della copia della cartella di pagamento;
- ii. la surrogabilità della cartella di pagamento, ai fini dell'accesso, con l'estratto di ruolo.

Motivi della decisione

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fornito riscontro ai quesiti sottoposti dalla Sezione rimettente formulando i seguenti principi di diritto:

"1) Il concessionario, ai sensi dell'art. 26 comma 5 del DPR 602/73, ha l'obbligo di conservare la copia della cartella di pagamento, anche quando esso si sia avvalso delle modalità semplificate di diretta notificazione della stessa a mezzo di raccomandata postale;

2) Qualora il contribuente richieda la copia della cartella di pagamento, e questa non sia concretamente disponibile, il concessionario non si libera dell'obbligo di ostensione attraverso il rilascio del mero estratto di ruolo, ma deve rilasciare una attestazione che dia atto dell'inesistenza della cartella, avendo cura di spiegarne le ragioni".

Enunciati tali principi, l'Adunanza Plenaria ha quindi rimesso alla Sezione rimettente le conseguenti valutazioni in ordine ai profili temporali della vicenda contenziosa.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria è stata resa sulla base di un *iter* logico argomentativo che ha preso avvio dall'analisi (*i*) della natura della cartella di pagamento oltre che degli elementi di diritto che consentono di distinguerla dall'estratto di ruolo, per poi focalizzarsi sulle (*ii*) disposizioni speciali che regolano l'accesso agli atti *in subiecta materia*.

i. La natura della cartella di pagamento e dell'estratto di ruolo

Relativamente al sopra citato punto "(i)" il Supremo Consesso, all'esito dell'esame del quadro normativo di riferimento (in particolare, il D.M. 3 settembre 1999, n. 321 e il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602), ha evidenziato che la cartella di pagamento ha la funzione di portare a conoscenza del contribuente, mediante notifica, l'esistenza del titolo esecutivo posto a base dell'esecuzione esattoriale e costituito dal ruolo.

Tale assunto è stato reso anche sul presupposto che, a mente dell'art. 21 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, "*la notificazione della cartella di pagamento vale anche come notificazione del ruolo*". Sulla scia di quanto già rilevato dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, l'Adunanza ha inoltre rilevato che la notifica della cartella di pagamento assolve in un unico atto le funzioni che nella espropriazione forzata codicistica sono svolte dalla notificazione sia del titolo esecutivo che del precetto (vds. Cass., SS. UU., 14 aprile 2020, n. 7822).

Si tratta, quindi, di un elemento imprescindibile dell'esecuzione esattoriale, fatto salvo rari casi, espressamente previsti dalla legge, concernenti l'ipotesi in cui l'atto impositivo (quale, ad esempio, l'avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate ai fini delle imposte sui redditi), acquista efficacia esecutiva e di contestuale precetto (cfr. l'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78). Un elemento, questo, che si distingue nettamente dall'estratto di ruolo, il quale rappresenta invece un mero strumento di conoscenza, privo di specifica identità nell'ambito del procedimento esecutivo, atteso che esso:

- costituisce un mero elaborato informatico formato dal concessionario della riscossione, contenente gli elementi della cartella e, quindi, anche gli elementi del ruolo afferenti alla relativa cartella;
- non contiene alcuna pretesa impositiva;
- non è peraltro previsto da alcuna disposizione di legge (vds. la recente Cass., Sez. V, 11 febbraio 2022, n. 22798).

ii. Le disposizioni speciali sull'accesso agli atti nel procedimento esecutivo

Come anticipato, con la decisione in commento l'Adunanza Plenaria si è poi soffermata sull'analisi dell'art. 26, comma 5, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, contenente la disciplina dell'accesso alla cartella di pagamento.

TAR Lazio, Roma, Sez. III- ter, 3 marzo 2022, n. 2526

Massima

Al regime di incentivazione è sotteso il principio di autoresponsabilità tale per cui è onere dell'interessato produrre tutti gli elementi idonei a fornire la prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa e dovendosi, in tale ottica, escludere la possibilità di integrare, dopo la scadenza del termine, l'iniziale documentazione.

Caso di specie

Con ricorso al TAR Lazio, Roma, una società costituita per lo sviluppo e la realizzazione di impianti fotovoltaici ha impugnato il provvedimento con cui il Gestore dei Servizi Energetici - GSE aveva concluso il proprio procedimento di verifica disponendo la diminuzione della tariffa incentivante spettante all'impianto fotovoltaico della società con conseguente necessità di conguaglio dei precedenti importi erogati. Tale rideterminazione della tariffa incentivante si fondava sull'accertamento, a seguito della verifica effettuata dal GSE, che, contrariamente a quanto dichiarato dalla società nell'istanza di ammissione agli incentivi, l'impianto in questione non risultava appartenente alla categoria degli "impianti integrati architettonicamente" bensì a quella degli "impianti parzialmente integrati architettonicamente", con conseguente negazione della maggiorazione del 5% sul valore della tariffa incentivante.

Motivi della decisione

Il TAR Lazio, Roma, ha innanzitutto richiamato il D.M. del 19 febbraio 2007, disciplinante le modalità di accesso agli incentivi di cui all'istanza presentata dalla società ricorrente, il cui art. 2, comma 1 lett. b3), definisce "*impianto fotovoltaico con integrazione architettonica*" l'impianto "*i cui moduli sono integrati, secondo le tipologie elencate in allegato 3, in elementi di arredo urbano e viario, superfici esterne degli involucri di edifici, fabbricati, strutture edilizie di qualsiasi funzione e destinazione*", mentre l'art. 6 dello stesso dispone, al comma 4 lett. c), che la tariffa incentivante può essere incrementata del 5% per gli impianti "*integrati architettonicamente, installati in sostituzione di coperture in eternit o contenenti amianto*". In tale contesto normativo, il Collegio ha inoltre sottolineato come il GSE avesse adottato delle linee guida "*agli interventi validi ai fini del riconoscimento dell'integrazione architettonica del fotovoltaico*" in cui veniva evidenziato che "*il GSE valuta l'impianto in base alla documentazione finale di progetto inviata. Eventuali modifiche della configurazione dell'installazione, a valle del riconoscimento della tariffa, non saranno prese in considerazione*".

Analizzando il caso in esame, il TAR Lazio, Roma, ha osservato come la documentazione fotografica depositata dalla società ricorrente per dimostrare l'effettiva integrazione architettonica del proprio impianto fotovoltaico alla struttura edilizia sottostante rappresentasse uno stato di fatto differente da quello documentato dalle fotografie dell'impianto relative al momento di conclusione del procedimento di controllo effettuato dal GSE e, conseguentemente, ha ritenuto tali fotografie non idonee a supportare le censure della società ricorrente in quanto successive alla chiusura del procedimento di verifica e pertanto non in grado di fornire la prova che l'elemento necessario a configurare la fattispecie della completa integrazione architettonica fosse stato effettivamente presente all'atto della conclusione dei lavori, ciò che invece il GSE puntualmente contestava nel provvedimento impugnato.

In conclusione, il TAR Lazio, Roma - rilevando come al regime di incentivazione sia sotteso il principio di autoresponsabilità tale per cui risulta onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a fornire la prova della sussistenza delle

condizioni per l'ammissione ai benefici incentivanti, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa e dovendosi, in tale ottica, escludere la possibilità di integrare, dopo la scadenza del termine, l'iniziale documentazione - ha respinto il ricorso principale promosso dalla società e confermato il provvedimento di conclusione del procedimento di verifica adottato dal GSE con contestuale rideterminazione della tariffa incentivante.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 marzo 2022 n.1827

Massima

Ai sensi dell'art. 11, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il permesso di costruire può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia titolo per richiederlo, e tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario.

Caso di specie

L'appello in esame ha ad oggetto la sentenza che ha annullato il permesso di costruire per la realizzazione di una scala esterna di sicurezza in acciaio a servizio di una RSA (residenza sanitaria assistita).

La Parrocchia proprietaria dell'immobile utilizzato come convitto, aveva locato una parte ad una cooperativa sociale, la quale, con nota del 18 giugno 2016, aveva comunicato la cessione del contratto alla società appellante.

La società appellante aveva diffidato la Parrocchia, all'esecuzione di lavori di rifacimento di talune strutture e aveva presentato istanza edilizia al Comune.

La Parrocchia, quindi, aveva fatto pervenire al Comune il proprio diniego all'autorizzazione delle opere, poiché talune di esse avrebbero interferito con il godimento della parte di immobile non concesso in locazione sia da parte di terzi, sia da parte della stessa Parrocchia.

Dopo che il Comune aveva rilasciato un titolo autorizzatorio, la società aveva chiesto alla Parrocchia la realizzazione di una scala antincendio, ma non avendo ottenuto alcun riscontro aveva presentato l'istanza al SUAP (sportello unico attività produttive) per ottenere il permesso di costruire e aveva allegato alla medesima un'autorizzazione rilasciata dalla Parrocchia nel 2007 alla Cooperativa all'epoca locataria per lavori di messa a norma del fabbricato, nonché una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante la piena disponibilità dei suoli su cui è prevista l'ubicazione della scala esterna in acciaio.

Il Permesso di costruire è stato rilasciato dal Comune ed è stato successivamente impugnato dalla Parrocchia che ha ottenuto l'annullamento del provvedimento con la sentenza del TAR confermata dal Consiglio di Stato.

Motivi della decisione

L'appello delle Società è stato respinto dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha anzitutto ricordato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il permesso di costruire può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia titolo per richiederlo (così come previsto dall'art. 11, co. 1, DPR n. 380/2001), con ciò intendendosi una legittima disponibilità dell'area, dovuta ad una relazione qualificata con il bene che è di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, vi sia il consenso del proprietario.

Il Consiglio di Stato ha dunque affermato in generale che il Comune, prima di rilasciare il titolo, deve verificare la legittimazione del richiedente, accertando la proprietà dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria.

Chi richiede il titolo autorizzatorio edilizio, pertanto, deve provare la propria legittimazione all'istanza, ma il Comune rimane, in ogni caso, obbligato a ricercare la sussistenza di un titolo (di proprietà, di altri diritti reali, etc.) che fonda una relazione giuridicamente qualificata tra soggetto e bene oggetto dell'intervento, prima di rilasciare il provvedimento amministrativo autorizzatorio al destinatario.

La verifica deve essere compiuta con criteri di ragionevolezza e dati di comune esperienza, ma senza assumere valutazioni di tipo civilistico,

appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Quando la legittimazione a richiedere l'autorizzazione edilizia si fonda non su un diritto reale ma sulla disponibilità del bene a titolo diverso, come ad esempio nel caso di contratto di locazione, la P.A. deve accertare la sussistenza del consenso del proprietario e laddove manchi, non deve rilasciare il titolo autorizzatorio.

Nel caso in esame il Consiglio di Stato ha ritenuto che il permesso di costruire, ai sensi dell'art. 11 DPR n. 380/2001, non presentasse i presupposti elaborati dalla giurisprudenza amministrativa sopra richiamati. Questo perché la società non era titolare di alcun diritto reale ma era una mera locataria dell'immobile, pertanto, il Comune avrebbe non avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire mancando il consenso del proprietario.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP
NEWSLETTER