

# IL FORO AMMINISTRATIVO T.A.R.

ISSN 1722-2397

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. XII - Febbraio 2013

2

DIRETTA DA

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GAETANO TROTTA

## Si segnala all'attenzione del lettore

- Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 febbraio 2013 n. 1555, sulla giurisdizione esclusiva del g.a., ai sensi dell'art. 11 comma 5, l. 7 agosto 1990 n. 241, in materia di concessioni di gioco pubblico ed in particolare sulla fase esecutiva di un rapporto convenzionale con riguardo all'affidamento di un servizio pubblico** 512
- Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 7 febbraio 2013 n. 1345, sulla necessità di assicurare compatibilità ed equilibrio fra spesa sostenibile e qualità e quantità del servizio da erogare alla collettività, che costituisce una regola da applicare anche per il settore sanitario, in esso ricomprendendo il servizio farmaceutico** 548
- Tar Lazio, Latina, Sez. I, 28 febbraio 2013 n. 207, sul project financing, e sulla libertà di scelta dell'amministrazione, una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato, di non dare corso alla procedura di gara per la tutela dell'interesse pubblico, ma di gestire direttamente il servizio** 568
- Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 14 febbraio 2013 n. 121, sull'imposizione del vincolo ex art. 51, d.lg. n. 42 del 2004, relativo allo studio d'artista** 573
- Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 febbraio 2013 n. 214, sulla penalità di mora nel giudizio di ottemperanza e art. 114 c.p.a.** 681
- Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 28 febbraio 2013 n. 468, sul revirement del Tar sull'art. 2, l. rg. Sicilia n. 15 del 2008, in tema di tracciabilità dei flussi finanziari negli appalti pubblici e di prevenzione del collegamento appalti-criminalità organizzata: interpretatio abrogans dei commi 1 e 2 di questo articolo** 702

In questo fascicolo Osservatori di giurisprudenza: *Sull'applicazione del codice dei contratti pubblici*



[www.giuffre.it/riviste/foro](http://www.giuffre.it/riviste/foro)

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo



GIUFFRÈ EDITORE

## VENETO

178 - Sez. I — 8 febbraio 2013 — Pres. Amoroso — Est. Rovis — Soc. G. (avv. Rossini, Mantovan, Maragna) c. Comune di Minerbe (avv. Tozzi, Danese), soc. M. (n.c.).

[6328/204] Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Approvazione - Decorso del termine ex art. 12 comma 1, d.lg. n. 163 del 2006 - Approvazione tacita - Successivo provvedimento finale di aggiudicazione definitiva - Necessità di richiesta formale.

(D.lg. 12 aprile 2006 n. 163, art. 12 comma 1).


[6328/204] Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Gara - Partecipazione - Requisiti - Capacità economica e finanziaria - Possesso tramite avvalimento ex art. 49, Codice dei contratti (d.lg. n. 163 del 2006) - Sopravvenuta contestazione del contratto di avvalimento - Perdita del requisito - Sussistenza.

(D.lg. 12 aprile 2006 n. 163, art. 49).

*In tema di appalti pubblici, l'inutile decorso del termine (di trenta giorni, qualora non diversamente previsto) indicato nell'art. 12 comma 1, Codice dei contratti (d.lg. n. 163 del 2006) comporta non già l'aggiudicazione definitiva, ma soltanto l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria della gara (adempimento, questo, che ai sensi dell'art. 11 comma 5, è preliminare all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva): in altre parole, scaduto il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria, quest'ultima, in difetto di un provvedimento espresso, si ha per approvata tacitamente, e l'aggiudicatario provvisorio può esigere, chiedendola formalmente, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale atto conclusivo della procedura concorsuale (1).*

*Nel caso in cui in sede di gara la concorrente possieda il requisito della capacità economica e finanziaria tramite l'impresa di cui si avvale ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti (d.lg. n. 163 del 2006), la sopravvenuta contestazione del contratto di avvalimento inevitabilmente compromette la certezza dell'Amministrazione in merito all'affidabilità dell'impresa aggiudicataria: premesso che ausiliaria ed ausiliata sono solidalmente responsabili in relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare, l'avvalimento dispiega la funzione di assicurare alla stazione appaltante un « partner » commerciale che garantisca una capacità imprenditoriale — nella fattispecie, sotto il profilo economico e finanziario — proporzionata ai rischi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto, garanzia che, nel caso in cui il contratto di avvalimento venga contestato dall'impresa ausiliaria, viene certamente meno.*

(1) Cfr. Cons. St., sez. III, 16 ottobre 2012 n. 5282 in *Diritto & Giustizia* 2012, 26 novembre (s.m.) e Cons. St., sez. IV, 26 marzo 2012 n. 1766, in *Diritto & Giustizia* 2012, 2 maggio

 241 - Sez. I — 18 febbraio 2013 — Pres. Amoroso — Est. Rovis — Soc. R. (avv. Lorenzato) c. Comune di Belluno (avv. Zambelli, Domenichelli, Neri), Provincia di Belluno (avv. Gaz).

[3688/216] Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - In genere - Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - Partecipazione azionaria in una s.p.a. - Alienazione da parte del Comune - Gara e procedura negoziata - Impugnazione - Giurisdizione del G.A. - Difetto di giurisdizione - Fattispecie.

[3724/1092] Giustizia amministrativa - Giudizio amministrativo - In genere - Cessione di partecipazioni societarie detenute in società pubbliche - Riparto di giurisdizione - Art. 119 comma 1 lett. c)

c.p.a. - Riserva al giudice amministrativo della giurisdizione - Esclusione - Regole ordinarie del riparto - Applicazione.

(D.lg. 2 luglio 2010 n. 104, art. 119 comma 1 lett. c).

*Con riguardo ad una gara ad evidenza pubblica e ad una procedura negoziata senza bando per l'aggiudicazione della partecipazione azionaria del Comune in una società per azioni, va rilevato come l'Amministrazione comunale abbia inteso individuare un operatore economico con cui stipulare non già un contratto « pubblico » (avente, cioè, un oggetto di rilevanza istituzionale), ma un contratto di carattere squisitamente privatistico, avente un contenuto di diritto privato (alienazione di azioni), che il Comune ha posto in essere « uti civis », alla stregua di un comune socio di società di capitale: ne consegue che il ricorso dinanzi al TAR avverso gli atti della procedura è inammissibile per difetto di giurisdizione, spettando la cognizione della presente controversia al Giudice ordinario (fattispecie relativa alla aggiudicazione della partecipazione azionaria del Comune nella società Dolomiti Bus S.p.A.)*

*In merito alla cessione di partecipazioni societarie detenute in società pubbliche, non risulta una riserva al giudice amministrativo della giurisdizione: la norma di cui all'art. 119, comma 1, lett. c, infatti, nel prevedere un rito abbreviato in ordine ai provvedimenti ivi enunciati, detta una disposizione non già sulla giurisdizione, ma esclusivamente sul processo, stabilendo un rito speciale per alcune controversie che devono appartenere ex se al giudice amministrativo, secondo le regole ordinarie del riparto della giurisdizione*

\* \* \*

122 - Sez. II — 1° febbraio 2013 — Pres. Urbano — Est. Farina — S. (avv. Baciga, Sartori) c. Comune di Lazise.

[7984/408] Veneto - Urbanistica e edilizia - Permesso di costruire - L. rg. Veneto n. 14 del 2009 (c.d. « Piano casa ») come mod. con l. rg. Veneto n. 13 del 2011 - Norme in materia di distanze - Art. 873 c.c. e d.m. n. 1444 del 1968 per pareti finestrate - Applicazione - Regolamenti locali - Possibilità di deroga - Diniego del Comune - Illegittimità - Fattispecie in tema di distanza delle tettoie. (L. rg. Veneto 8 luglio 2009 n. 14; l. rg. Veneto 8 luglio 2011 n. 13; art. 873 c.c.; d.m. 2 aprile 1968 n. 1444).

*Con riguardo all'istanza diretta al rilascio del permesso di costruire per l'ampliamento di un'abitazione ai sensi e per gli effetti della l. rg. Veneto n. 14 del 2009, come modificata dalla successiva l. rg. Veneto n. 13 del 2011, ferma restando la disciplina di cui all'art. 873 c.c. e del d.m. n. 1444 del 1968 in presenza di pareti finestrate (10 mt), è consentito l'ampliamento dell'edificio in deroga alle previsioni dei regolamenti locali e quindi anche alle norme da questi previste in materia di distanze: pertanto, nel caso in cui risulti rispettata la distanza minima di 10 metri fra pareti finestrate, con riferimento all'edificio da ampliare e quello posto su mappale confinante, la minore distanza rilevata rispetto alla tettoia di pertinenza dell'edificio confinante per quanto riguarda la costruzione e la tettoia di pertinenza dell'immobile del ricorrente rientra nell'ambito delle ipotesi in cui è consentita la deroga alle previsioni locali; di conseguenza, il diniego opposto dal Comune è illegittimo per contrasto con la speciale disciplina derogatoria introdotta dalla normativa sul « Piano Casa ».*

230 - Sez. II — 15 febbraio 2013 — Pres. Urbano — Est. Ricchiuto — Z. (avv. Tessier) c. Comune di Mira (avv. De Benetti), Soc. R. e altro (avv. Bianchini, Busetto).

[2824/168] Edilizia e urbanistica - Concessione edilizia e licenza di abitabilità (ora permesso di costruire) - Denuncia di inizio attività (DIA) e segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) - Decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio - Tutela del terzo - Istanza diretta a