

# NEWSLETTER N. 15 ANNO VII

1 – 15 settembre 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

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 agosto 2021 n. 6046 – Appalti – Sulla legittima esclusione del concorrente in concordato preventivo non integrato dall'autorizzazione del tribunale** – Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità dell'esclusione di un operatore economico che, durante la procedura di gara, abbia avviato un procedimento per la dichiarazione del concordato preventivo, cui non è mai seguita l'autorizzazione del tribunale.

Tale circostanza determina un'interruzione nel continuato possesso dei requisiti generali, con effetto escludente.

Né rileva che successivamente all'esito infruttuoso del concordato preventivo, sia stata presentata una domanda di ammissione ad amministrazione straordinaria, non sussistendo alcuna continuità tra l'una e l'altra procedura concorsuale.

Peraltro, il Collegio rileva come la pendenza di una procedura di concordato, non integrata dall'autorizzazione del tribunale, avrebbe onerato il concorrente ad informare la stazione appaltante. Circostanza che nella specie non si è avverata, concretizzando una omissione informativa significativa per l'apprezzamento discrezionale rimesso all'amministrazione ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016. **(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della resistente).**

**TRIBUNALE DI CIVITAVECCHIA, SEZ. I – sentenza 25 agosto 2021 n. 838 – Servizi di interesse economico generale – Trasporto pubblico locale – Sull'espletamento del servizio di trasporto pubblico locale in violazione delle regole contabili e in assenza di copertura** – Con la sentenza in commento, il Tribunale ha ricordato come il pagamento della prestazione nei confronti dell'ente locale per l'espletamento del servizio di trasporto pubblico locale, in violazione delle regole contabili e in assenza di copertura, non va chiesto nei confronti del Comune ma del funzionario responsabile che ha autorizzato l'incarico.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 191 del D. Lgs. n. 267 del 2000, gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente programma del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'art. 153, comma 5 del medesimo decreto legislativo, mentre, in caso di acquisizione di beni e servizi in violazione di tale obbligo, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art. 194, comma 1, lettera e) del D Lgs. n. 267 del 2000, tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura; per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni.

Su tali basi, quindi, il Giudice ha ritenuto di revocare un decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'Amministrazione comunale poiché l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale era privo dell'impegno contabile registrato sul competente programma del bilancio di previsione e dell'attestazione della copertura finanziaria.

**(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'Amministrazione convenuta).**

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 settembre 2021 n. 6233 – Appalti pubblici – Sulla efficacia temporale dei fatti costitutivi delle cause di esclusione di cui all’art. 80 comma 5 del D.Lgs n. 50/2016** – Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiarito che le cause di esclusione di cui all’art. 80 comma 5 del Codice dei contratti pubblici operano in relazione a fatti commessi nei tre anni precedenti l’indizione della gara.

Il principio di proporzionalità che regola le procedure di affidamento impone, infatti, di limitare la rilevanza delle circostanze di cui all’art. 80 comma 5 entro un tempo ragionevole, nel quale esse rappresentino effettivi indici di affidabilità dell’operatore economico. Tale tempo è stato individuato in tre anni dalla data della commissione, oltre i quali il fatto perde rilevanza ai fini escludenti.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 settembre 2021 n. 6231 – Appalti pubblici – Sulla sindacabilità delle valutazioni delle offerte tecniche da parte della Commissione di gara** – Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle Commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica, con la conseguenza che le stesse sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, a meno che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti o, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione.

Ed infatti, solo in tal modo si garantisce che le valutazioni tecniche siano effettivamente riservate alla stazione appaltante, come normativamente previsto dal Codice dei Contratti Pubblici.

**T.A.R. LAZIO - ROMA, SEZ. III-QUATER – sentenza 10 settembre 2021 n. 9705 – Appalti pubblici – Sulla giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui si contesti l’anticipazione della scadenza convenuta di un contratto di appalto pubblico** – Con la sentenza in rassegna è stato affrontato il tema dell’individuazione del giudice a cui devolvere la controversia avente ad oggetto la contestazione della decisione, presa unilateralmente dalla stazione appaltante, di anticipare la scadenza di un contratto di appalto per ragioni di interesse pubblico.

I giudici amministrativi premettono che in tali casi la controversia non sembra riguardare né il procedimento di gara né il suo esito, posto che la pubblica amministrazione modifica i termini contrattuali pattuiti ed interviene, perciò, sulla fase esecutiva del rapporto negoziale, caratterizzata dall’assenza di un potere di imperio da parte del soggetto pubblico.

Per tale motivo, deve ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, risultando al di fuori dal raggio di applicazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, CPA.

**T.A.R. LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I - sentenza 8 settembre 2021 n. 1972 – Appalti pubblici – Sul diritto di accesso del subappaltatore ai documenti di carattere contabile relativi ad un**

*contratto di appalto pubblico di lavori* – Con la pronuncia in commento i Giudici lombardi confermano che il subappaltatore che lamenta il mancato pagamento del dovuto da parte dell'appaltatore ha diritto a prendere visione ed ottenere copia del computo metrico dei lavori, del verbale di collaudo e delle varianti dei lavori.

Trattasi, in questi frangenti, di accesso difensionale, propedeutico cioè alla tutela delle proprie ragioni in giudizio, ragion per cui all'interesse all'ostensione della documentazione richiesta si accorda una tutela preminente, che prevale anche sull'interesse alla riservatezza di eventuali controinteressati.

In tali ipotesi, peraltro, i giudici amministrativi evidenziano come nei documenti richiesti vi siano soltanto informazioni amministrative e contabili, con esclusione di qualunque profilo attinente a segreti industriali o commerciali, motivo per il quale non si ritiene neppure astrattamente configurabile un contrapposto interesse che imponga eventuali bilanciamenti (ad esempio oscurando i dati sensibili).

**T.A.R. LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 7 settembre 2021 n. 9531 – Appalti pubblici – *Sulle modalità di contestazione in sede giurisdizionale degli atti relativi a lotti successivi di una medesima gara* – Nell'indicata pronuncia si è ribadito che l'art. 120, comma 7, CPA, impone di utilizzare lo strumento del ricorso per motivi aggiunti in tutti i casi in cui si intenda contestare la legittimità di atti afferenti ad una medesima procedura di gara, già censurata con ricorso giurisdizionale.**

La concentrazione delle tutele nel medesimo giudizio risponde a logiche di economia processuale, in quanto evita la proliferazione di ricorsi ed agevola la definizione dei gravami vertenti sulla medesima gara, consentendo al Collegio adito di padroneggiare tutto il materiale di causa.

Per tali ragioni anche contestazioni relative a lotti diversi di una gara unitaria devono essere poste nel giudizio già pendente attraverso lo strumento dei motivi aggiunti, con conseguente inammissibilità di eventuali impugnazioni proposte in via ordinaria, con autonomo ricorso giurisdizionale.

**T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 7 settembre 2021 n. 5742 – Appalti pubblici – *Sul soccorso istruttorio in caso di registrazione in Passoe con modalità di partecipazione in RTI e non come operatore singolo in avalimento* – Con la pronuncia in commento, il Tribunale Amministrativo ha sostenuto l'illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico che si sia registrato in Passoe con modalità di partecipazione in RTI e non come operatore singolo, laddove tale esclusione non sia stata preceduta dal soccorso istruttorio.**

Ed infatti, la mancanza del PASSOE non può giammai comportare l'esclusione dalla gara, non configurandosi il predetto elemento quale requisito essenziale di partecipazione, né configurandosi come elemento incidente sulla par condicio dei concorrenti.

Pertanto, anche eventuali difformità del PASSOE impongono alla Stazione Appaltante di ricorrere al soccorso istruttorio prima di poter escludere l'operatore economico dalla procedura di gara.

**T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZ. I – sentenza 3 settembre 2021 n. 1965 – Appalti pubblici – *Sulla dichiarazione di subappalto necessario per dimostrare il possesso di un requisito di***

## Edilizia & Urbanistica

**qualificazione** – Con la pronuncia in commento, i Giudici lombardi hanno ritenuto legittima l'esclusione da una gara pubblica dell'operatore economico che non era in possesso di un requisito di qualificazione previsto a pena di esclusione (nella specie la SOA OG10), sebbene lo stesso avesse dichiarato di voler ricorrere al subappalto. Infatti, la legge di gara ammetteva il subappalto per l'intero requisito in parola, tuttavia la dichiarazione resa dal concorrente in proposito non era chiara nel definire la quota di requisito oggetto del subappalto.

Dall'ambiguità della dichiarazione, la Stazione Appaltante ha ritenuto incerto il possesso del requisito di qualificazione in capo al concorrente e pertanto ne ha disposto l'esclusione. E ciò anche in considerazione del fatto che tale carenza non era sanabile mediante il soccorso istruttorio, il quale non può operare al fine di integrare un requisito di qualificazione mancante.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 1° settembre 2021 n. 6190 – Edilizia & Urbanistica – Sull'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive realizzate – Con la sentenza in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato le peculiarità dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive realizzata.**

Tale fattispecie, in primo luogo, costituisce una misura sanzionatoria che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione, non potendo essere opposta né una qualsivoglia rilevanza del tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso, né l'affidamento riposto eventualmente dall'interessato sulla legittimità delle opere da realizzare, né l'assenza di motivazione specifica sulle ragioni di interesse pubblico perseguite con l'acquisizione stessa. Costituendo, quindi, l'effetto traslativo della proprietà l'effetto automatico della mancata ottemperanza all'ingiunzione demolire, il provvedimento di acquisizione presenta una natura meramente dichiarativa, non implicando alcuna valutazione discrezionale.

Pertanto, di regola, non deve essere preceduto da una comunicazione di avvio, trattandosi di un'azione amministrativa dovuta e rigidamente vincolata, con riferimento alla quale non sono richiesti apporti partecipativi del privato.

**T.A.R. CALABRIA – SEZ. 1 – sentenza 7 settembre 2021 n. 691 – Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione in materia di ordinanze di sgombero di un immobile comunale – Nella pronuncia oggetto di analisi i giudici amministrativi hanno affrontato il tema del riparto di giurisdizione laddove si contesti la legittimità di un'ordinanza di sgombero di un immobile comunale.**

In tale ipotesi è dirimente, ai fini dell'individuazione del giudice a cui devolvere la controversia, la riconducibilità o meno del bene in questione al patrimonio indisponibile dell'ente.

I giudici calabresi premettono che l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile di un ente territoriale discende non solo dall'esistenza di un atto amministrativo che lo destini ad uso pubblico, ma anche dalla concreta utilizzazione dello stesso.

Ciò posto, il TAR ritiene sussistere la giurisdizione del giudice ordinario tutte le volte in cui difetti la prova che si tratti di un immobile appartenente al patrimonio indisponibile comunale. In tali casi, infatti, deve ritenersi che l'immobile rientri nel patrimonio disponibile dell'ente locale e pertanto il rapporto tra privati e pubblica amministrazione è paritetico, non involgendo l'esercizio di pubblici poteri.