

# NEWSLETTER N. 18 ANNO VII

16 – 31 ottobre 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

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-QUATER – sentenza 18 ottobre 2021 n. 10621 – Edilizia & Urbanistica – *Sul concetto di pertinenza urbanistica*** – Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno negato che, ai fini dell'applicazione della normativa in materia edilizia e urbanistica, possano essere qualificati come mere pertinenze i bungalow siti all'interno di un campeggio.

Il Collegio ha rilevato che, sotto il profilo urbanistico e paesaggistico, le strutture abitative costituiscono un'entità costruttiva autonoma, risultando irrilevante che rispetto ad altre discipline normative (codice civile, legislazione tributaria, etc.) siano classificabili come mera pertinenza.

Pertanto, non possono essere “declassati” a pertinenze quei manufatti siti in un campeggio comunque denominati (bungalow, casa mobile ad uso reception, cucina mobile containerizzata, gazebo, chiosco prefabbricato adibito a bar, container lavanderia) che hanno caratteristiche di autonome costruzioni.

[\(Giudizio seguito dallo Studio per conto dell'Amministrazione\)](#)

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 22 ottobre 2021 n. 7094 – Appalti pubblici – *Sull'indicazione dei costi della manodopera in caso di servizi di natura intellettuale*** – Secondo il Consiglio di Stato, laddove un appalto abbia ad oggetto servizi di natura intellettuale, ossia prestazioni che richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche, per cui è impossibile una standardizzazione delle attività e, dunque, calcolare il relativo costo orario, viene meno l'obbligo di indicare i costi della manodopera.

Nella specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che l'appalto avente ad oggetto l'ideazione e la fornitura di un software personalizzato in base alle specifiche esigenze dell'Amministrazione, e le attività manutentive, di aiuto e di supporto a latere, e di formazione del personale, ha certamente ad oggetto prestazioni professionali connotate da cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, qualificabili come attività di natura intellettuale, per le quali non vige l'obbligo di indicare il costo della manodopera.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – ordinanza 18 ottobre 2021 n. 6959 – Appalti pubblici – *Sulla possibilità di modificare la composizione di un RTI per perdita dei requisiti ex art. 80 anche in corso di gara*** – Il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla possibilità di interpretare il Codice dei contratti pubblici (in particolare, l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter) nel senso che la modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 sia consentita anche in fase di gara. È infatti noto che negli ultimi tempi si siano affermati due orientamenti contrapposti: l'uno secondo cui è consentita la sostituzione in fase di gara ma non in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del codice, circostanza questa che rende possibile la sostituzione nella sola fase di esecuzione; l'altro che estende la modifica soggettiva per tutte le vicende richiamate dalla norma, ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80, anche alla fase di gara.

Il Consiglio di Stato ha altresì domandato all'Adunanza Plenaria di specificare, laddove ritenga possibile la modifica del RTI per perdita dei requisiti di cui all'art. 80 anche in corso di gara, la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, chiarendo in particolare se la stazione appaltante sia tenuta ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

**TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 29 ottobre 2021 n. 734 – Appalti pubblici – *Sul ricorso cumulativo avverso l'aggiudicazione di più lotti*** – Con la pronuncia in rassegna, il Collegio ha ritenuto inammissibile il ricorso cumulativo proposto avverso l'aggiudicazione di più lotti, ove non ricorra il requisito dell'identità dei motivi di ricorso dedotti con riguardo ai diversi lotti.

Ed infatti, l'art. 120, comma 11-bis, del codice di procedura amministrativa subordina la proponibilità del ricorso cumulativo alla sussistenza di tre presupposti: a) presentazione di offerte per più lotti; b) l'impugnazione di uno stesso atto; c) deduzione di identici motivi di ricorso.

Pertanto, conclude il Collegio, non può essere attribuita alcuna rilevanza alla circostanza che alcuni (ma non tutti) motivi di ricorso siano comuni a tutti i lotti. Ciò, può al più determinare che detti motivi possano essere integrati da ulteriori censure riferibili ad alcuni soli dei singoli lotti.

**TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 28 ottobre 2021 n. 696 – Appalti pubblici – *Sull'illegittimità dell'aggiudicazione per omessa verifica di congruità del costo della manodopera*** – Con la pronuncia in commento, il Tribunale Amministrativo ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di un appalto di servizi, disposta secondo il criterio del prezzo più basso, laddove la Stazione appaltante non abbia preventivamente verificato la congruità del costo della manodopera.

Ed infatti, l'art. 95, comma 10, del Codice dei Contratti pubblici dispone che “Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d”.

Pertanto, la disposizione è chiara nell'imporre tale verifica prima dell'aggiudicazione. Tale omissione, a giudizio del Collegio, non può essere conseguentemente sanata da una verifica postuma.

**TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 28 ottobre 2021 n. 257 – Appalti pubblici – *Sul contratto di avvalimento di garanzia*** – Con la sentenza in rassegna, i Giudici amministrativi hanno ritenuto illegittima l'aggiudicazione a favore di un operatore economico che, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale, aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento c.d. di garanzia, poiché il relativo contratto si limitava a recare solo l'impegno a prestare il requisito richiesto dal capitolato speciale, ossia l'aver svolto un servizio identico o analogo, nell'ultimo triennio.

In tal modo, quindi, il contratto di avvalimento non specificava e non individuava le risorse in esso richiamata e che sarebbero state messe a disposizione dell'ausiliata per soddisfare il requisito.

Pertanto, il Collegio ha ritenuto che l'oggetto del contratto non fosse determinato con conseguente nullità del contratto stesso.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 27 ottobre 2021 n. 10995 – Appalti pubblici – Sulla sottoscrizione dell’offerta presentata da un rti costituendo** – Con la pronuncia in commento, i Giudici capitolini hanno ritenuto legittima l’esclusione di un rti poiché la relativa offerta era stata sottoscritta soltanto dall’impresa mandataria.

Il Collegio ha ricordato come l’art. 48, comma 8, del Codice dei Contratti pubblici preveda espressamente che, laddove l’offerta sia presentata da un rti costituendo, la stessa deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno tale raggruppamento. Pertanto, tale norma risulta violata allorquando l’offerta sia stata sottoscritta solo dalla mandataria e non anche dalla mandante.

In tali circostanze, quindi, il raggruppamento deve essere escluso dalla procedura di gara.

**TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 22 ottobre 2021 n. 744 – Appalti pubblici – Sul diritto di accesso dell’esecutore di un’opera pubblica agli atti concernenti la risoluzione del contratto di appalto**

– Con la sentenza in rassegna, il Tar ha ritenuto che l’operatore economico esecutore di un’opera pubblica sia legittimato a chiedere ed ottenere l’ostensione degli atti relativi alla esecuzione del contratto di appalto e al procedimento di annullamento del certificato di ultimazione dei lavori avviato dalla P.A., che ha poi determinato la risoluzione del contratto di appalto. Difatti, l’appaltatore è titolare di un interesse attuale e concreto a prendere visione della suddetta documentazione, sia a titolo di accesso civico generalizzato, sia ex artt. 22 e ss. L. n. 241/1990, e per tale ragione ha diritto ad accedervi al fine di tutelare i propri interessi giuridici. E tale diritto non trova ostacolo nella circostanza che gli atti richiesti possano contenere dati personali o sensibili di soggetti terzi interessati (come ad esempio il Direttore dei Lavori e il Collaudatore), i quali, operando come funzionari pubblici, devono essere identificabili all’esterno e ad ogni modo potrebbero tutelare la loro privacy mediante l’oscuramento dei dati sensibili eventualmente contenuti nei documenti.

## **Servizi di interesse economico generale**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 21 ottobre 2021 n. 7093 – Servizi di interesse economico generale – Affidamenti in house – Sui presupposti per l’affidamento del servizio**

– Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza del Tar Lombardia, ha ritenuto legittimo l’operato di un’Amministrazione che ha proceduto ad affidare in house un servizio alla propria società partecipata, tenuto che dalla Relazione ex art. 34, D.L. 179/2012 predisposta, si evincono le ragioni della scelta dell’ “in house” che il Comune ha basato su un fattore non soltanto quantitativo (prezzo inferiore) bensì anche, e nello specifico, qualitativo (di economicità e di vantaggi per la collettività), in linea con quanto previsto dagli artt. 5 e 34, comma 20, D.Lgs n. 175 del 2016 (T.U. delle società pubbliche) nonché dall’art.192, co.2, D.lgs n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici).

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 19 ottobre 2021 n. 7023 – Servizi di interesse economico generale – Affidamenti in house – Sui profili applicativi dell’art 192 del Codice** – Il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, chiarisce i profili applicativi dell'articolo 192, comma 2 del Dlgs 50/2016, che determina per gli enti affidanti l'obbligo da un lato di dimostrare il fallimento del mercato (ossia l'incapacità del mercato di offrire il servizio alle medesime condizioni, qualitative, economiche e di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del controllo analogo) e dall'altro la sussistenza di specifici benefici per la collettività derivanti dall'affidamento diretto del servizio in house. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, le amministrazioni che intendono affidare in house servizi pubblici o strumentali devono effettuare una doppia verifica, che deve comprendere sia il riscontro del maggior vantaggio dell'affidamento diretto rispetto al mercato, sia il riconoscimento dei benefici per la collettività, avendo tuttavia massima autonomia nella scelta delle metodologie e dei percorsi per dimostrare la sussistenza di queste situazioni.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-BIS – sentenza 19 ottobre 2021 n. 10708 – Servizi di interesse economico generale – Servizio farmaceutico – Sull’illegittimità del provvedimento di decadenza dell’autorizzazione per l’esercizio di una sede farmaceutica** – Con la sentenza in commento, il Giudice amministrativo ha dichiarato illegittimo il provvedimento di decadenza dell’autorizzazione per l’esercizio di una sede farmaceutica disposta dal Sindaco per chiusura della stessa, a seguito dell’esito delle ispezioni effettuate dalla ASL territorialmente competente e dalla Polizia Locale, in mancanza di previa comunicazione di tale decisione alla parte interessata alla prosecuzione dell’attività farmaceutica.

In tal caso, infatti, mancando particolari ragioni di urgenza, la fattispecie di cui all’art. 113, comma 1, lett. d), R.D. 1265/1934 delle Leggi sanitarie non può dirsi validamente integrata, con conseguente illegittimità del provvedimento di decadenza per violazione e falsa applicazione di legge, nonché per inosservanza delle garanzie partecipative.

## **Responsabilità amministrativa**

**CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISDIZIONALE UMBRIA – sentenza 15 ottobre 2021 n. 86 – Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Sulla distinzione di poteri tra organi di indirizzo e organi esecutivi** – Con la sentenza in commento i giudici contabili, dopo aver delineato le differenze dei poteri tra il Consiglio Comunale (organo di indirizzo) e la Giunta Comunale (organo esecutivo), hanno ritenuto non sussistente la responsabilità amministrativa in capo al vicesindaco, al responsabile di ragioneria e al vicesegretario comunale di un Comune in relazione all’accollo del debito (rate del mutuo) della società di gestione di un impianto natatorio. A detta dei giudici, infatti, nel caso di specie, oltre al fatto che i convenuti hanno dato esecuzione agli atti consiliari, l’impianto accusatorio non ha dimostrato la sussistenza dell’elemento soggettivo in capo ai convenuti, né, ancora più a monte, il nesso causale esistente tra l’atto derivante dalla condotta ad essi contestata ed il presunto danno subito dal Comune.

## Enti locali

**TAR UMBRIA, SEZ. I – sentenza 19 ottobre 2021 n. 735 – Enti locali – Ordinanze – Sull’illegittimità dell’ordinanza sindacale contingibile e urgente per carenza di istruttoria e di motivazione** –

Con la sentenza in commento, i giudici amministrativi si sono pronunciati sull’ordinanza contingibile e urgente, con cui il Sindaco ha ingiunto, a fini di tutela della pubblica incolumità, l’abbattimento di numerosi alberi di alto fusto radicati su un tratto di una strada comunale, in quanto versanti in carente stato di salute e instabili.

Il Collegio ha ritenuto il suddetto provvedimento illegittimo per carenza di istruttoria e di motivazione, poiché, a seguito di apposita verifica, è risultato che solo alcune delle piante di cui è stato ordinato l’abbattimento erano in carente stato di salute, instabili e pericolose per la incolumità pubblica, per possibile caduta, con rischio di gravi danni a cose e persone.

## Edilizia & Urbanistica

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 25 ottobre 2021 n. 7136 – Edilizia & Urbanistica – Sull’interesse a impugnare il diniego di annullamento in autotutela di una Scia** – Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato pronunciandosi sul ricorso avente ad oggetto il diniego di annullamento in autotutela della Scia presentata per la realizzazione di un compendio immobiliare a destinazione residenziale, lo ha dichiarato inammissibile, in quanto parte ricorrente ha fondato il proprio interesse ad agire esclusivamente sul requisito della “*vicinitas*”.

Il Collegio, in particolare, ha evidenziato che la mera circostanza della prossimità al manufatto edilizio da realizzare non è *ex se* idonea a radicare l’interesse all’impugnazione, dovendo l’interessato, anche in presenza della *vicinitas*, sempre fornire elementi istruttori o un principio di prova, relativamente ai pregiudizi causati dagli atti impugnati, siano essi di carattere patrimoniale o di deterioramento delle condizioni di vita e di salute o di peggioramento dei caratteri urbanistici che connotano l’area.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 19 ottobre 2021 n. 7027 – Edilizia & Urbanistica – Sulla variante urbanistica semplificata ex art. 8 d.P.R. n. 160/1980** – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha precisato che la procedura di cui all’art. 8 D.p.r. 160/2010, per il suo carattere eccezionale, può essere attivata solo qualora siano preventivamente accertati in modo oggettivo e rigoroso i presupposti di fatto richiesti dalla norma, tra cui

l’assenza nello strumento urbanistico di aree destinate ad insediamenti produttivi ovvero l’insufficienza di queste, laddove per “*insufficienza*” deve intendersi, in costanza degli standard previsti, una superficie non congrua in ordine all’insediamento da realizzare.

Il Collegio, quindi, ha ritenuto illegittima la variante allo strumento urbanistico ai sensi dell’art. 8 d.P.R. n. 160/2010, per la realizzazione di un complesso immobiliare da destinare ad attività produttiva, in

quanto è risultato che l'assenza di aree nello strumento urbanistico generale con classificazione di zona idonea per il tipo di istanza edilizia presentata è solo temporanea.

Infatti, una lettura restrittiva dell'art. 8 d.P.R. n. 160/2010 impone di attribuire alla nozione di "assenza" un significato "assoluto", in modo tale da evitare che mere indisponibilità contingenti e transitorie di aree – destinate dal p.r.g. ad insediamenti produttivi – possano valere di per sé a giustificare la scelta dell'ente comunale di procedere con l'iter semplificato di approvazione della variante urbanistica.

**TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. II – sentenza 22 ottobre 2021 n. 2334 – Edilizia & Urbanistica – Sull'efficacia dell'avviso di emanazione del titolo abilitativo edilizio ai fini del rilascio del PdC –**

Con la pronuncia in commento, i Giudici amministrativi hanno precisato che il permesso di costruire deve considerarsi effettivamente rilasciato, nel momento in cui l'Amministrazione comunale notifichi al richiedente l'avviso di emanazione dell'atto di assenso edificatorio. Tale conclusione si ricava dal dato normativo: la norma, infatti, non distingue la notifica dell'avviso di rilascio del titolo abilitativo dalla notifica del permesso di costruire, facendo unicamente riferimento alla notifica del provvedimento finale. Di conseguenza, va inteso quale volontà dell'Amministrazione di assentire l'intervento edilizio richiesto, a nulla rilevando che il giorno successivo alla notifica del medesimo avviso, con deliberazione del Consiglio comunale, sia stato adottato il nuovo strumento urbanistico generale del Comune.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-TER – sentenza 20 ottobre 2021 n. 10774 – Edilizia & Urbanistica – Sulla legittimità del provvedimento che ha disposto la cessazione dell'abusiva occupazione di suolo pubblico –**

Con la sentenza in rassegna, il Giudice amministrativo si è pronunciato sul ricorso avente ad oggetto l'impugnazione della determina dirigenziale, con la quale l'Amministrazione ha disposto la cessazione immediata dell'abusiva occupazione di suolo pubblico e il ripristino dello stato dei luoghi. Il Collegio ha ritenuto legittimo il provvedimento gravato, ancorché motivato *per relationem*, con riferimento al verbale della Polizia Locale che ha accertato l'occupazione di suolo pubblico per una superficie sensibilmente eccedente quella prevista dalla originaria concessione, in quanto il verbale della Polizia Locale ha natura di atto pubblico e, pertanto, le circostanze ivi rappresentate fanno fede fino a querela di falso.