

NEWSLETTER N. 19 ANNO VII

1 – 15 novembre 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

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 8 novembre 2021 n. 7419 – Appalti pubblici – *Sull’incompatibilità tra chi prepara la documentazione di gara e chi valuta le offerte* – Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno riaffermato il principio secondo cui è necessario garantire una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate.

Nella specie il Consiglio di Stato ha ritenuto tale principio non rispettato, stante la concentrazione in capo alla medesima persona delle attività di preparazione della documentazione di gara e delle attività di valutazione delle offerte, da svolgere in applicazione delle regole procedurali precedentemente predefinite.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 novembre 2021, n. 7417 – Appalti pubblici – *Sui requisiti di qualificazione negli appalti misti* – Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’art. 28, comma 1, ultimo periodo, D.Lgs. 50/2016 sia chiaro nell’escludere che, nell’ambito di una procedura avente ad oggetto una concessione mista, la stazione appaltante possa prescindere dalla verifica del possesso in capo agli aspiranti dei requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna delle tipologie di affidamento di cui l’appalto si compone.

Pertanto, i concorrenti devono allegare e comprovare la loro pregressa esperienza e il possesso dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell’una o dell’altra.

Tali conclusioni, secondo il Consiglio di Stato, sono coerenti con l’impostazione delle norme eurolunitarie cui si conformano le disposizioni nazionali, che impongono al concorrente, già all’atto di partecipazione alla gara, la dimostrazione delle capacità necessarie a eseguire “tutte” le prestazioni dedotte in contratto, capacità le quali devono essere possedute in proprio, o assicurate mediante il ricorso all’ATI con un soggetto che a sua volta le possiede, ovvero ancora all’avvalimento, istituti da tempo previsti e regolati nell’ordinamento settoriale ai fini pro-concorrenziali considerati dal primo giudice.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 novembre 2021 n. 7414 – Appalti pubblici – *Sui presupposti affinché si rinvenga una procedura di gara aperta o senza limite di inviti* – La sentenza in rassegna ha ribadito che nella nozione di procedura di gara aperta vanno incluse tutte le procedure in cui la stazione appaltante, con le modalità di raccolta delle offerte utilizzate, non ha limitato il numero degli operatori economici partecipanti.

Pertanto, nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, con avviso pubblico, inviti tutti gli operatori del settore a presentare le proprie manifestazioni di interesse senza dar luogo ad una selezione preventiva degli ammessi in gara, si è indubbiamente in presenza di una procedura aperta.

Ne consegue che eventuali contestazioni relative alle modalità di pubblicazione dell’avviso, proponibili da quanti sostengano di non essere stati messi in condizione di presentare per tempo la propria manifestazione di interesse, non incidono sulla natura della gara, qualificabile come aperta e non ristretta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 novembre 2021 n. 7341 – Appalti pubblici – Sulla nozione di servizi analoghi – Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha chiarito che qualora il bando preveda come requisito di fatturato specifico lo svolgimento pregresso di servizi analoghi, tale nozione non è assimilata a quella di servizi identici, ma, piuttosto, di servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale.

La *ratio* di tale requisito si rinviene nell’opportuno contemperamento tra l’esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 15 novembre 2021 n. 2439 – Appalti pubblici – Sull’illegittima esclusione per iscrizione nella white list – Con la pronuncia in commento, il TAR Campania ha ritenuto illegittima l’esclusione da una gara di appalto di servizi, motivata facendo riferimento ad una clausola del bando che, ai fini della partecipazione, richiedeva l’iscrizione nella white list della Prefettura competente, nel caso in cui le attività oggetto dell’appalto non rientrino in nessuna delle attività imprenditoriali cc.dd. sensibili, di cui all’elenco tassativo ex art. 1, comma 53, l. 190/2012.

Infatti, l’elenco contenuto nella disposizione citata deve intendersi tassativo e di stretta interpretazione. Pertanto, soltanto per le attività ivi previste può richiesta da parte della Stazione appaltante l’iscrizione nella white list.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 12 novembre 2021 n. 2528 – Appalti pubblici – Sull’interesse del concorrente classificatosi al terzo posto della graduatoria ad impugnare l’aggiudicazione – Con la sentenza in rassegna, il TAR Lombardia, in conformità alla giurisprudenza precedente, ha ribadito che sussiste l’interesse del concorrente classificatosi al terzo posto della graduatoria ad impugnare l’aggiudicazione, laddove contesti l’esclusione e/o la postposizione nella graduatoria di tutti i concorrenti che lo precedono, ovvero quando contesta in toto la legittimità della gara.

Nel primo caso, l’interesse azionato in giudizio è quello a ottenere l’aggiudicazione, nel secondo quello “indiretto” alla riedizione della procedura, cui conseguono nuove *chances* di futura aggiudicazione.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III-QUATER – sentenza 11 novembre 2021 n. 11585 – Appalti pubblici – Sulla nullità e doverosa onerosità del contratto di avvalimento – La sentenza in rassegna ha ribadito l’ormai noto principio secondo cui qualora l’avvalimento abbia carattere tecnico operativo (nel senso che ha ad oggetto requisiti di capacità tecnica e professionale e non sia un avvalimento c.d. di garanzia), il relativo contratto deve essere puntualmente dettagliato in merito alle risorse indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto messe a disposizione dall’imprese ausiliaria, a pena di nullità. In applicazione di tale regola, il TAR ha ritenuto privo di validità ed efficacia il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell’appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano.

Nell'occasione, il TAR Lazio ha altresì ribadito che anche in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve comunque emergere chiaramente dal contratto il vantaggio patrimoniale perseguito dall'ausiliario nell'assumere gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità, ritenendo in tal senso non sufficiente il mero riferimento ad un programma di partnership commerciale ai fini della partecipazione alle procedure di gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-TER – sentenza 11 novembre 2021 n. 11549 – Appalti pubblici – Sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione disposta in favore di un RTI di cui fa parte un consorzio stabile per irregolarità contributiva della consorziata esecutrice – Il Collegio ha confermato la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, la quale, dopo aver accertato mediante il DURC l'irregolarità contributiva della consorziata indicata come esecutrice del Consorzio Stabile che ha concorso in RTI costituendo, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in origine disposta in favore del citato RTI. A fronte del DURC irregolare ottenuto dall'Amministrazione, all'esito delle verifiche sugli adempimenti in materia di contributi previdenziali ed assicurativi, non assume alcuna rilevanza la circostanza che la società interessata abbia successivamente ottenuto una dilazione di pagamento e sia stato emesso un nuovo DURC.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 12 novembre 2021 n. 2529 – Appalti pubblici – Sull'illegittima aggiudicazione ad un concorrente che abbia presentato un PEF incompleto e recante un errore essenziale – Il TAR Lombardia ha giudicato illegittima l'aggiudicazione di un appalto di servizi, mediante project financing, disposta in favore di un operatore economico che abbia presentato un PEF incompleto e carente di un elemento essenziale, come l'importo totale dei costi operativi. L'illegittimità di una simile aggiudicazione deriva non solo dalla aperta violazione della legge di gara (secondo cui il PEF costituisce elemento sostanziale dell'offerta e deve indicare tutti i costi che l'aggiudicatario dovrà sostenere), ma anche perché la funzione del PEF è quella di giustificare la sostenibilità dell'offerta e rappresenta un supporto per la valutazione di effettiva congruità e serietà della stessa, con la conseguenza che la relativa incompletezza non consente alla stazione appaltante di effettuare compiutamente tale valutazione.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 12 novembre 2021 n. 1382 – Appalti pubblici – Sul criterio di scelta dell'offerta vincente in caso di offerte classificate ex aequo – La sentenza in commento ha precisato che laddove due o più offerte si classifichino pari merito, al fine di individuare l'aggiudicatario, si deve distinguere tra la gara da aggiudicarsi al prezzo più basso e quella da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo caso è doveroso procedere ad una "asta" esclusivamente fra detti concorrenti e l'impresa migliore offerente risulterà aggiudicataria ove nessuno sia presente oppure nel caso in cui i concorrenti non vogliano migliorare l'offerta già presentata, l'aggiudicatario sarà scelto dalla sorte (ex art. 77 R.D. 827/1924 – Regolamento di contabilità di Stato). Nel secondo caso, ovvero quando il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è rimessa alla scelta discrezionale della Stazione Appaltante procedere ad un nuovo rilancio delle offerte,

oppure saltare tale passaggio ed estrarre immediatamente a sorte l'aggiudicatario.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 5 novembre 2021 n. 1440 – Appalti pubblici – Sull'anomalia dell'offerta e sulle tabelle ministeriali – Il TAR fiorentino ribadendo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha affermato che le tabelle ministeriali costituiscono un parametro di riferimento per la determinazione del costo del lavoro per cui, laddove nell'offerta formulata in gara ci si discosti dalle medesime, si aprirà il sub-procedimento previsto in caso di offerte anomale. In ogni caso, in sede di giustificazione dell'anomalia, il concorrente deve fornire una dimostrazione puntuale e rigorosa delle ragioni che permettono all'impresa di discostarsi dalle tabelle ministeriali.

Servizi di interesse economico generale

CORTE DEI CONTI, SEZ. REGIONALE DI CONTROLLO PER IL REGIONE VENETO – deliberazione 4 novembre 2021 n. 182 – Servizi di interesse economico generale – Affidamenti in house – Sulla configurabilità dell'in house cd. a cascata – Con la pronuncia in commento i Giudici tributari hanno sostenuto che l'in house cd. "a cascata" si configuri qualora il controllo sia esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. In tali casi, l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su un ente che a sua volta controlla l'organismo in house cui viene concesso l'affidamento diretto da parte dell'amministrazione. Sul punto la Corte ha rammentato che le Linee Guida ANAC n. 7 prevedono che sia la stessa ANAC a verificare la sussistenza di un in house a cascata ai fini dell'iscrizione dell'Amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 192 del Codice dei Contratti pubblici, nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house.

Enti locali

CORTE DEI CONTI, SEZ. REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA – deliberazione 3 novembre 2021 n. 253 – Enti locali - Personale – Sui compensi dei componenti delle commissioni di concorso – Con la deliberazione in commento, i Giudici tributari hanno affermato che gli incarichi di componente di una commissione esaminatrice di un concorso pubblico si considerano conferiti in ragione dell'ufficio ricoperto dal dipendente pubblico o comunque conferiti dall'amministrazione non centrale presso cui presta servizio o su designazione della stessa, con la conseguenza che alcun compenso aggiuntivo è dovuto. Difatti, l'art. 18, D.L. 162/2019 ha previsto che per lo svolgimento delle suddette funzioni sia riconosciuto un compenso ulteriore solo laddove il concorso sia stato indetto da un'amministrazione dello Stato o da un ente pubblico non economico nazionale, senza poter

estendere tale disposizione anche ai concorsi indetti dalle altre amministrazioni (ad es. enti locali).

TAR MARCHE, SEZ. I – sentenza 10 novembre 2021 n. 793 – Enti locali – Personale – Sull’illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela di un concorso senza la previa comunicazione dell’avvio del procedimento – Con la sentenza in rassegna, il TAR ha dichiarato illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha annullato in autotutela il bando e il concorso per la copertura di un posto alle dipendenze dell’Ente locale (nella specie, si trattava di un posto per operaio elettricista specializzato categoria B.3 a tempo pieno e indeterminato), per non essere stata trasmessa al primo classificato la comunicazione di avvio del procedimento *ex artt. 7 e segg. l. n. 241 del 1990 e s.m.i.*

Se, infatti, è vero che la P.A. è titolare di un ampio potere discrezionale in ordine alla revoca di un bando di concorso pubblico fino al momento in cui non sia intervenuta la nomina dei vincitori; successivamente a tale momento, è evidente la posizione differenziata dell’interessato, individuato al termine del concorso come primo classificato, il quale è sicuramente titolare di un interesse legittimo al mantenimento del bando di concorso e con esso dei successivi atti della procedura ormai espletata. Da qui l’onere dell’Amministrazione di inoltrare all’interessato la comunicazione di avvio del procedimento in autotutela, in mancanza della quale risultano violate le garanzie partecipative.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 9 novembre 2021 n. 7438 – Edilizia & Urbanistica – Sulla delega del potere di adottare il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42 D.P.R. 327/2001 – Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che non sussiste alcun impedimento normativo alla possibilità di ricomprendere nella delega, prevista dall’art. 6, comma 8, D.P.R. 327/2001, anche il potere di procedere all’adozione del provvedimento di acquisizione ai sensi dell’art. 42-bis del medesimo D.P.R.

Tale disposizione consente infatti all’Amministrazione – titolare del potere espropriativo – di delegare al concessionario “*in tutto o in parte, l’esercizio dei propri poteri espropriativi*”, dovendosi ricomprendere tra questi anche il potere di concludere il procedimento espropriativo ‘semplificato’ con un provvedimento acquisitivo ai sensi del citato articolo 42-bis.

Tuttavia, in tali circostanze, la delega all’esercizio del potere deve essere specifica e indicare con sufficiente precisione l’ambito delle potestà assegnate al privato concessionario.

TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 9 novembre 2021 n. 268 – Edilizia & Urbanistica – Sul titolo edilizio necessario per il cambio di destinazione d’uso – Con la sentenza in rassegna, i giudici amministrativi hanno ritenuto legittima l’ordinanza comunale con la quale è stata disposta la rimozione di opere abusive e il ripristino dello stato dei luoghi, per essere state eseguite opere edili consistenti nel mutamento di destinazione d’uso di un immobile, da

cantina a civile abitazione, senza il preventivo rilascio del permesso di costruire. Ciò in quanto tale mutamento, comportando il passaggio da una categoria urbanistica ad un'altra, rientra tra gli interventi edilizi per i quali è necessario il rilascio del permesso di costruire.

TAR ABRUZZO, SEZ. I – sentenza 4 novembre 2021 n. 496 – Edilizia & Urbanistica – Sulla definizione della vicinitas ai fini dell'interesse all'impugnazione di un titolo edilizio – Con la pronuncia in commento, i giudici amministrativi hanno rilevato come la legittimazione ad impugnare un titolo edilizio vada riconosciuta ai soggetti che possano vantare uno specifico pregiudizio, tenuto conto della natura e delle dimensioni dell'opera realizzata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche ed anche delle conseguenze prodotte dal nuovo insediamento sulla qualità della vita di coloro che per residenza, attività lavorativa e simili, sono in durevole rapporto con la zona in cui sorge la nuova opera. Sulla base di tali fattori deve dunque essere valutata in concreto la condizione della *vicinitas*, ossia dello stabile collegamento tra il ricorrente e la zona interessata dall'intervento assentito al fine di radicare la relativa legittimazione all'impugnazione.