

NEWSLETTER N. 1 ANNO VIII

1 – 15 gennaio 2022



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

In evidenza

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III-STRALCIO – sentenza 4 gennaio 2022 n. 46 – Energy – Sui presupposti per l'ammissione alle tariffe incentivanti – Con la sentenza in commento, il TAR ha rammentato come l'ammissione alle tariffe incentivanti sia riservata ai fabbricati regolarmente accatastati sin dalla messa in esercizio dell'impianto dall'art. 14, comma 2, D.M. 5.5.2011 e al paragrafo 4.4.1.1. delle Regole applicative.

Al contrario, nel caso di specie, l'accatastamento era avvenuto in data successiva, trattandosi, in precedenza, di un immobile destinato al ricovero di animali aperto su tutti e quattro i lati.

Pertanto, le tariffe incentivanti non potevano essere concesse.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – ordinanza 14 gennaio 2022 n. 24 – Appalti pubblici – Sull'avvalimento della certificazione ISO270001

Con l'ordinanza in rassegna, il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo l'avvalimento, cui è ricorsa l'aggiudicataria di una procedura di gara (nella specie, per la fornitura di un sistema informativo per la gestione del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani), per la dimostrazione del possesso della certificazione di qualità ISO27001, espressamente richiesta dalla *lex specialis*.

Secondo il Tar pugliese, infatti, detta certificazione può considerarsi un requisito di idoneità tecnico organizzativa, da inserire tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale dell'impresa, in quanto volta ad assicurare che l'affidatario sia in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto.

Pertanto, afferendo tale certificazione alla capacità tecnica dell'imprenditore, risulta coerente con l'istituto dell'avvalimento quale disciplinato dall'art. 89 del D.lgs. 50/2016;

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 gennaio 2022 n. 257 - Appalti pubblici – Sulla distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico od operativo – La sentenza in commento ha ribadito la differenza tra l'avvalimento di garanzia e l'avvalimento operativo. Mediante il primo, l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa concorrente la sua solidità economica e finanziaria, così

che la stazione appaltante possa fare affidamento non solo sulla capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento, dell'impresa concorrente ma anche dell'impresa ausiliaria. In buona sostanza, l'impresa ausiliaria diviene, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario.

Diversamente, il secondo tipo di avvalimento, quello tecnico od operativo, ricorre nell'ipotesi in cui l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata specifiche risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 11 gennaio 2022 n. 202 - Appalti pubblici - Sulla legittimità della revoca di una gara

d'appalto disposta in seguito all'insorgere dell'emergenza pandemica - Il Consiglio di Stato ha dichiarato legittima la revoca in autotutela di una procedura concorsuale indetta per l'erogazione di servizi di pulizia a ridotto impatto ambientale, in base allo schema standardizzato dell'aggregazione, in quanto motivata con riferimento a gravi ragioni di necessità.

In particolare, il provvedimento di revoca sarebbe adeguatamente motivato in ragione della reputata sopravvenuta inadeguatezza della convenzione contemplata negli atti di gara, cui dar seguito attraverso meri contratti attuativi, a soddisfare le diverse necessità di ciascuna P.A. venutesi a creare in seguito all'insorgere dell'emergenza pandemica.

Spetta, infatti, all'amministrazione, al cospetto di un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, la potestà di valutare discrezionalmente sopravvenuti motivi di pubblico interesse che hanno reso opportuno l'esercizio dello *ius poenitendi* nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa mediante la comparazione fra i contrapposti interessi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 gennaio 2022 n. 171 - Appalti pubblici – Sulla giurisdizione in tema di autorizzazione al subappalto – La pronuncia in rassegna afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa laddove la controversia abbia ad oggetto il diniego all'autorizzazione al subappalto, motivato sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara.

Ed infatti, se in linea generale la stipula del contratto segna il punto di 'confine' ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ogni volta che l'agire della Stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegata all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nello specifico, nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara.

Pertanto, in tali circostanze, la cognizione della controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 10 gennaio 2022 n. 164 - Appalti pubblici – Sull'esclusione di un concorrente per violazione di un obbligo informativo – Il Consiglio di Stato ha chiarito che deve essere esclusa da una gara di appalto di servizi la società che, dopo aver presentato la dichiarazione sostitutiva, ex artt. 46 e 47, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 per attestare l'inesistenza di motivi di esclusione dalla procedura concorsuale ex art. 80 del codice dei contratti, non ha aggiornato successivamente la stazione appaltante in ordine ad alcuni procedimenti pendenti nei propri confronti sia davanti all'AGCM, sia davanti all'Autorità Giudiziaria Penale, tra l'altro, per reati idonei a mettere in dubbio la moralità e/o integrità professionale. Non rileva, infatti, la circostanza che manchi una sentenza passata in giudicato, configurandosi, in tale ipotesi, una violazione di obblighi informativi, inerenti alla doverosa segnalazione alla P.A. appaltante di

vicende sopravvenute idonee a configurare un grave illecito professionale ex art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 7 gennaio 2022 n. 64 - Appalti pubblici – Sulla rettifica di un errore materiale del bando mediante chiarimento – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'errore materiale del bando di gara non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti.

I chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*.

Pertanto, in presenza di un errore degli atti di gara, la Stazione appaltante deve provvedere ad una apposita rettifica di questi ultimi, fatta con le stesse forme di detti atti, e non già un semplice chiarimento, come invece avvenuto in concreto.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III-QUATER – sentenza 13 gennaio 2022 n. 347 – Appalti pubblici – Sulla doverosa attivazione della verifica di anomalia dell'offerta – I Giudici capitolini hanno chiarito che la verifica sulla congruità dell'offerta è necessaria e doverosa, ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D.Lgs n. 50/2016, soltanto nei casi in cui i punti relativi all'offerta economica e quelli relativi all'offerta tecnica siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. In presenza di un alto punteggio sia per il profilo tecnico che per il prezzo ricorre, infatti, un sospetto di incongruità dell'offerta.

Al di fuori di tale ipotesi, residua in capo alla Stazione Appaltante una mera "facoltà" di avviare il subprocedimento di verifica dell'anomalia.

La pronuncia in esame ha, altresì, ribadito che la finalità del suddetto procedimento è quella di accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta, all'esito di un esame globale e sintetico il quale non si deve risolvere in una ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica. La valutazione rimessa alla Stazione Appaltante è espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale soltanto per manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 13 gennaio 2022 n. 228 – Appalti pubblici – Sulla immediata lesività delle clausole del bando di gara – La pronuncia in commento ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto per contestare la previsione della legge di gara (nella specie si trattava dell'affidamento del servizio di vigilanza armata e portierato) che attribuiva all'offerta tecnica fino a 30 punti su 70 in presenza di elementi migliorativi e servizi aggiuntivi compresi nel prezzo.

Secondo il Collegio campano, la clausola incriminata non impedisce al concorrente interessato di presentare una valida offerta ed eventualmente di risultare vincitore, incidendo solo sulla valutazione dell'offerta tecnica. Pertanto, avrebbe dovuto lamentare l'illegittimità

della citata previsione solo in caso di uno sfavorevole esito della competizione, impugnando l'aggiudicazione in favore di altro concorrente unitamente agli atti di indizione della gara.

In proposito, il TAR ha ricordato che secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'immediata impugnabilità della disciplina di gara è possibile soltanto in presenza di clausole escludenti, di quelle che non consentono la formulazione di una seria e ponderata offerta, nonché a quelle che introducono disposizioni abnormi o illogiche che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara. Negli altri casi, le disposizioni della *lex specialis* dovranno essere oggetto di impugnazione da parte dell'operatore economico concorrente o che abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, contestualmente al provvedimento lesivo.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 12 gennaio 2022 n. 56 – Appalti pubblici – *Sull'effettivo possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara* – I Giudici siciliani, nel caso di specie, hanno rimarcato l'importanza della veridicità e dell'esattezza delle dichiarazioni rese in ordine al possesso dei requisiti di competenza tecnica espressamente prescritti dal bando e ritenuti necessari a fini dell'ammissione in gara.

Ove infatti la dichiarazione resa, anche in ordine ad un solo requisito, non risulti pienamente veritiera, l'amministrazione è tenuta a disporre l'esclusione del concorrente dalla procedura selettiva.

Applicando tale principio giuridico i giudici siciliani hanno ritenuto legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante in quanto l'impresa risultata aggiudicataria aveva dichiarato di gestire un impianto di depurazione col quale si provvedeva anche al trattamento dei rifiuti liquidi.

Tale ultima circostanza però, avente ad oggetto un elemento di qualificazione espressamente richiesto dal bando, non corrispondeva esattamente a verità in quanto il sistema di trattamento dei rifiuti liquidi, di cui l'impianto di depurazione gestito era pur dotato, non era mai stato in funzione.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 12 gennaio 2022 n. 51 – Appalti pubblici – *Sulla rilevanza dell'auto-vincolo posto dalla stazione appaltante nel bando di gara* – La sentenza in esame ribadisce un costante orientamento giurisprudenziale, confermando che i limiti alla discrezionalità amministrativa possono discendere non soltanto da parametri normativi ma anche da decisioni prese dalla stessa amministrazione.

Cioè a dire che quando quest'ultima decide di auto-vincolarsi, stabilendo *ex ante* le regole poste a presidio del futuro espletamento di un determinato potere, la stessa è poi tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la conseguenza che la violazione dell'auto-vincolo posto nella *lex specialis* determina l'illegittimità delle susseguenti determinazioni.

TAR VALLE D'AOSTA – sentenza 11 gennaio 2022 n. 1 – Appalti pubblici – *Sulla legittimità della informativa interdittiva antimafia in caso di accertati rapporti dei vertici societari con soggetti gravati da pregiudizi penali* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici hanno ritenuto legittima l'informativa antimafia adottata nei confronti di una società, in seguito all'accertamento da parte delle Forze di Polizia di

frequentazioni tra i rappresentanti e i soci della società e soggetti gravati da pregiudizi penali ed una potenziale permeabilità mafiosa. La pronuncia in commento ha, infatti, chiarito che l'adozione del provvedimento interdittivo si rivela legittima (al fine di contrastare l'ingresso del fenomeno mafioso nell'economia legale) non solo quando i soggetti organici di un'impresa risultino direttamente affiliati all'organizzazione mafiosa, ma anche laddove soggetti formalmente estranei ad essa esercitino l'attività imprenditoriale al limite tra legalità e illegalità.

Enti locali

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-BIS – sentenza 11 gennaio 2022 n. 203 – Enti locali – Polizia locale – Sul diritto di accesso agli atti della Polizia Locale – Con la sentenza in rassegna, i giudici amministrativi hanno riconosciuto l'obbligo in capo al Comune di esibire alla società destinataria di alcune cartelle esattoriali impugnate innanzi al Giudice tributario gli atti di accertamento della Polizia Locale, attinenti all'esatta individuazione della sede effettiva della medesima società istante, cui notificare le suddette cartelle esattoriali; in tal caso, infatti, l'istante è titolare di un interesse diretto, concreto e attuale, *ex art. 22 della Legge n. 241 del 1990*, alla visione dei documenti richiesti, al fine di poter far valere le proprie ragioni, sul punto, in sede di contenzioso tributario.

Servizi di interesse economico generale

TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2022 n. 30 – Enti locali – Farmacia comunale – Sull'apertura di una nuova sede farmaceutica secondo il criterio topografico - Con la sentenza in rassegna i giudici piemontesi hanno ritenuto legittima la delibera con cui il Comune, facendo proprio il provvedimento precedentemente adottato dalla Regione, ha disposto l'istituzione di una sede farmaceutica secondo il criterio c.d. topografico di cui all'art. 104 R.D. 1265/1934 (T.U.L.S.) e non già in base all'ordinario criterio demografico.

Infatti, atteso che il ricorso al criterio topografico è rimesso alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione Comunale, quest'ultima ha adeguatamente motivato la propria determinazione, emergendo chiaramente dagli atti impugnati il compiuto bilanciamento di interessi diversi, attinenti alla popolazione, attuale e potenzialmente insediabile, alle vie e ai mezzi di comunicazione.

Di talché, l'istituzione secondo il criterio topografico risponde alla preminente esigenza di assicurare la copertura del servizio farmaceutico a tutela della salute pubblica.

Edilizia & Urbanistica

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 14 gennaio 2022 n. 37 – Edilizia & Urbanistica – Sui presupposti dell'acquisizione sanante – Con la

pronuncia in rassegna, il TAR ha rammentato che la c.d. acquisizione coattiva sanante (art. 42-*bis* D.P.R. 327/2001) trova applicazione in tutte le ipotesi in cui l'Amministrazione abbia occupato e modificato un bene immobile privato per scopi di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità (originariamente mancante o annullato in via giurisdizionale).

In tali casi l'autorità pubblica può incamerare il bene nel suo patrimonio indisponibile, a titolo derivativo e con effetti *ex nunc*, dando conto dell'interesse pubblico attuale ed eccezionale che giustifica l'acquisto, valutato comparativamente con i contrapposti interessi privati, nonché corrispondendo al proprietario un "doppio indennizzo" per i pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali, oltre ad un'ulteriore indennità risarcitoria per il periodo di pregressa occupazione illegittima.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 14 gennaio 2022 n. 14 – Edilizia & Urbanistica – Sull'ordine di demolizione emesso nei confronti di un condominio – Con la sentenza in commento, il TAR ha dichiarato illegittimo l'ordine di demolizione emesso (unicamente) nei confronti di un Condominio.

Ed infatti, tale ordine può essere emesso nei confronti del responsabile dell'abuso o dell'attuale proprietario del manufatto.

Tuttavia, il Condominio non rientra in nessuna di tali categorie, in quanto mero ente di gestione, privo di personalità giuridica, spettando la proprietà dei beni comuni ai singoli condomini.

Pertanto, il condominio non può essere soggetto passivo di un'ordinanza di demolizione.

TAR ABRUZZO – L'AQUILA, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2022 n. 11 – Edilizia & Urbanistica – Sull'ordine di demolizione di un manufatto abusivo – I giudici amministrativi, chiamati a valutare la legittimità di un ordine di demolizione avente ad oggetto un manufatto abusivo perché realizzato in difetto del preventivo rilascio del permesso di costruire, hanno attribuito una fondamentale rilevanza al fatto che questo sia sottoposto o meno a sequestro penale.

Infatti, laddove l'ordine di demolizione abbia ad oggetto un manufatto sottoposto a sequestro penale, il provvedimento deve considerarsi nullo ai sensi dell'art. 21 *septies* della Legge n. 241/1990.

Tale norma prevede, *inter alia*, la nullità del provvedimento che manca dei suoi elementi essenziali, circostanza che per l'appunto ricorre nella presente fattispecie.

In questo caso, invero, tramite l'ordine di demolizione si impone al responsabile dell'abuso una prescrizione impossibile da attuare sul piano giuridico, presupponendo l'esecuzione dell'ingiunzione un previo provvedimento di dissequestro.