

NEWSLETTER N. 2 ANNO VIII

16 – 31 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. I-QUATER– sentenza 25 gennaio 2022 n. 799 – Appalti pubblici – Sulla sindacabilità dei criteri di valutazione delle offerte – Con la sentenza in commento, il TAR ha rammentato il consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale l'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte rientra nell'ambito della discrezionalità dell'Amministrazione al fine di conseguire nel miglior modo possibile l'interesse pubblico. Fine che può ritenersi perseguito, laddove i criteri di valutazione siano pertinenti, oggettivi, idonei a valorizzare gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali delle offerte e a favorire l'effettiva concorrenza dei partecipanti.

È per tale motivo che la scelta dell'amministrazione in ordine ai criteri di valutazione delle offerte è suscettibile di sindacato giurisdizionale solo nei casi di manifesta irragionevolezza, illogicità o abnormità, ovvero della scelta di criteri non trasparenti od intellegibili.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 28 gennaio 2022 n. 3 – Appalti pubblici – Sui soggetti legittimati ad impugnare il provvedimento di interdittiva antimafia di una società -

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito quali siano i soggetti legittimati ad impugnare l'interdittiva antimafia, ricostruendo dapprima gli orientamenti giurisprudenziali opposti che si sono formati in proposito. Secondo un primo indirizzo, la legittimazione ad impugnare l'informativa va riconosciuta ad ex amministratori della società, o loro parenti, menzionati nel provvedimento, a tutela di un proprio interesse morale. Un secondo orientamento ha ritenuto, invece, inammissibile l'impugnazione proposta da soggetti diversi dall'impresa destinataria dell'interdittiva, in quanto è soltanto la società l'unico soggetto che patisce gli effetti diretti del decreto prefettizio.

Nel dirimere il ricordato contrasto giurisprudenziale, l'Adunanza Plenaria ha aderito al secondo dei suddetti indirizzi, escludendo la legittimazione attiva all'impugnazione della interdittiva antimafia degli amministratori e dei soci della persona giuridica destinataria di tale provvedimento.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 25 gennaio 2022 n. 2 – Appalti pubblici – Sulla possibilità di modificare la composizione soggettiva del RTI per perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del D.Lgs n. 50/2016 - Il Codice dei Contratti pubblici ha fissato il principio generale della "immodificabilità" della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese indicata in sede di partecipazione alla gara, prevedendo contestualmente alcune limitate eccezioni al divieto di modifica.

Con la pronuncia in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che, tra le ipotesi in cui è ammesso cambiare la composizione del RTI, rientra anche il caso in cui la mandataria o una delle mandanti perda i requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, e ciò sia nel caso in cui la perdita dei

requisiti si verifichi nel corso della gara, sia nel caso in cui si verifichi in sede di esecuzione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 25 gennaio 2022 n. 491 – Appalti pubblici – Sulla differenza tra omessa e falsa dichiarazione ai fini della segnalazione all’ANAC per l’annotazione nel casellario informatico - I Giudici di Palazzo Spada, con la pronuncia in esame, hanno chiarito che soltanto la falsa dichiarazione (unitamente alla falsa documentazione) comporta l’automatica esclusione del concorrente dalla procedura di gara ed assume valore per la conseguente segnalazione all’ANAC. Diversamente, l’omessa dichiarazione alla Stazione Appaltante di informazioni rilevanti ai fini della selezione del contraente pubblico, impone all’Amministrazione una valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente.

Dunque, soltanto in caso di falsa dichiarazione, la segnalazione all’ANAC è doverosa.

Precisa poi il Collegio, che l’eventuale successiva annotazione nel casellario ha certamente natura sanzionatoria poiché non costituisce un mero atto dovuto da parte dell’ANAC a seguito della segnalazione, ma presuppone un giudizio dell’Autorità in merito alla precisa volontà dell’impresa di rendere una falsa dichiarazione o produrre falsa documentazione. L’Autorità, ove ritenga che la falsa dichiarazione sia resa con dolo o colpa grave, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalla gara e dagli affidamenti di subappalti dell’operatore economico per un dato arco temporale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 21 gennaio 2022 n. 397 – Appalti pubblici – Sulla fase in cui deve essere verificato il doveroso rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) - Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha chiarito che, laddove sia necessario procedere alle verifiche sul rispetto dei “criteri ambientali minimi”, la Stazione Appaltante potrà procedere al relativo controllo tanto nella fase di espletamento della gara (con i connessi oneri dichiarativi e documentali in capo ai concorrenti) sia nella fase della esecuzione della prestazione contrattuale.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I – sentenza 31 gennaio 2022 n. 256 – Appalti pubblici – Sulla congruità del termine per il soccorso istruttorio – I giudici campani hanno ritenuto illegittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante ha concesso ad un operatore economico un termine per il soccorso istruttorio di soli tre giorni lavorativi, in quanto irragionevolmente esiguo rispetto alla documentazione da produrre.

Se, infatti, l’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 consente, ai fini del soccorso istruttorio, di assegnare alle parti un termine non superiore a dieci giorni, tuttavia la stazione appaltante deve assicurare ai concorrenti il tempo necessario alla elaborazione e alla produzione dei documenti richiesti, non rilevando in senso contrario esigenze di celere definizione della procedura di gara.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 208 - Appalti pubblici – Sul possesso del requisito del fatturato specifico in caso di raggruppamenti temporanei orizzontali - I giudici milanesi, con la sentenza in commento, hanno precisato che la legge di gara - secondo la quale il requisito del fatturato specifico deve essere posseduto, in caso di raggruppamento orizzontale, dalla

mandataria (in misura maggioritaria) e dalle mandanti - va interpretata, alla luce dei principi del *favor participationis* e di frazionabilità dei requisiti, nel senso che il suddetto requisito deve sussistere in capo a tutti i componenti del raggruppamento, ma in misura maggioritaria dalla mandataria, senza che invece sussista l'obbligo di indicare un ammontare minimo per gli altri membri del raggruppamento.

Infatti, la diversa interpretazione secondo cui il requisito del fatturato minimo annuo si impone per intero a ciascun componente del raggruppamento collide con il principio della frazionabilità dei requisiti e conduce ad una formulazione di requisiti asimmetrici tra concorrenti singoli e raggruppati e penalizzanti per questi ultimi, in quanto tale non ammissibile.

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 64 – Appalti pubblici - *Sulla doverosa esclusione dell'offerta priva del requisito tecnico essenziale minimo* – Con la sentenza in rassegna, il Tar della Liguria ha dichiarato illegittimo il provvedimento, con il quale la P.A. appaltante ha aggiudicato una gara, indetta per l'affidamento di un appalto di forniture, ad una ditta che ha offerto un prodotto risultato privo di un requisito di carattere tecnico, trattandosi di un c.d. requisito essenziale minimo, in quanto espressamente elencato fra le specifiche tecniche essenziali nella *lex specialis*.

La stazione appaltante, infatti, avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla gara dell'operatore economico, nonostante il bando non contempli una sanzione espulsiva al riguardo, in quanto la mancata rispondenza dell'offerta tecnica ad una caratteristica di minima prescritta dal capitolato determina l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa concorrente rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione negli atti di gara.

Ne discende la necessaria esclusione dell'offerente dalla procedura di gara, a prescindere da un'espressa clausola di esclusione, in quanto in tale ipotesi l'offerta difetta di un elemento indispensabile per definire il contenuto delle prestazioni su cui deve perfezionarsi l'accordo contrattuale.

TAR BASILICATA, SEZ. I – sentenza 28 gennaio 2022 n. 66 – Appalti pubblici – *Sulla legittimità di utilizzare strumenti comunicativi e di presentazione dell'offerta diversi da quelli elettronici* - Il Codice dei Contratti pubblici non impone alcun obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronica sia per lo scambio di informazioni con gli operatori economici, sia per la presentazione stessa delle offerte. Infatti, è legittimo che, dietro idonea motivazione, la Stazione appaltante si possa avvalere dei tradizionali strumenti comunicativi.

Nella fattispecie esaminata dalla pronuncia in commento, l'Amministrazione appaltante ha giustificato la propria scelta del sistema postale come mezzo di comunicazione con gli operatori economici e per il ricevimento delle offerte, in ragione della indisponibilità di attrezzature informatiche in grado di assicurare la segretezza delle offerte.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 20 gennaio 2022 n. 111 – Enti locali - Sui presupposti dell'ordinanza contingibile e urgente – Con la pronuncia in commento, il TAR ha rammentato che è illegittima un'ordinanza contingibile ed urgente in assenza di un pericolo imprevedibile, attuale e grave.

Nel caso di specie, l'ordinanza era stata emessa per fronteggiare uno stato di erosione delle sponde di un canale noto all'Amministrazione comunale almeno da sei anni. E proprio la sussistenza di un pericolo "strutturale" non giustificava il ricorso ad un provvedimento *extra ordinem*, atteso il manifestarsi, nel tempo, di segnali che imponevano l'adozione tempestiva di misure tecniche ordinarie programmabili.

Pertanto, non sussistendo una situazione imprevedibile, l'ordinanza contingibile ed urgente è stata ritenuta carente dei presupposti previsti dall'art. 54 D.Lgs 267/2000, con conseguente illegittimità della stessa.

Energy

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III-TER – sentenza 27 gennaio 2022 n. 965 – Energy – Sul riconoscimento delle tariffe incentivanti in presenza di un certificato prodotto in un momento successivo alla produzione dei moduli fotovoltaici – Con la pronuncia in rassegna, il TAR ha sostenuto che le tariffe incentivanti possono essere riconosciute soltanto laddove i moduli fotovoltaici siano stati prodotti nel periodo di validità del certificato di conformità.

Ed infatti, tale previsione risponde alla logica di garantire la conformità dei moduli per la piena funzionalità dell'impianto.

Pertanto, laddove i moduli fotovoltaici siano stati prodotti antecedentemente al periodo di validità del certificato, si configura una causa di decadenza dagli incentivi.

Servizi di interesse economico generale

TAR PIEMONTE, SEZ. II - sentenza 18 gennaio 2022 n. 45 – Servizi di interesse economico generale – Società mista - Sul riconoscimento del diritto di prelazione in caso di vendita di quote societarie - Con la pronuncia in esame il Tar ha ritenuto legittimo l'operato dell'Amministrazione che non ha riconosciuto il diritto di prelazione ex art. 10, comma 2, D.Lgs 175/2016 a chi sia divenuto socio di una società mista, dopo che le operazioni di gara per l'individuazione del cessionario delle quote in dismissione siano state avviate.

Secondo i giudici, infatti, avallare e ritenere ammissibili tali prassi recherebbe con sé il rischio di vanificare, in via generale, l'obbligo di evidenza pubblica e, quindi, la violazione di norme che, per costante orientamento giurisprudenziale, costituiscono espressione di principi inderogabili.

L'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali (detenute in una società mista, nella fattispecie in quella sede esaminata) risponde, infatti, a un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 28 gennaio 2022 n. 616 – Edilizia & Urbanistica – Sull’inapplicabilità del silenzio assenso al permesso di costruire in deroga – Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha escluso che possa formarsi il silenzio assenso in ordine alle istanze di rilascio di un permesso di costruire in deroga.

Il meccanismo del silenzio assenso, infatti, postula la piena conformità dell’istanza alla normativa e alla strumentazione urbanistica ed edilizia di riferimento e, pertanto, non si concilia con la valutazione ampiamente discrezionale che l’Amministrazione deve condurre, in caso di permesso di costruire in deroga, nella comparazione tra l’interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello del privato ad attuare l’interesse costruttivo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 27 gennaio 2022 n. 570 – Edilizia & Urbanistica – Sulla non necessarietà del permesso di costruire per una baracca edificata prima del 1967 fuori dal centro abitato – Con la pronuncia in rassegna, il Consiglio di Stato ha sostenuto che i manufatti edificati prima del 1967 non necessitano di titolo abilitativo. Ed infatti, l’obbligo del rilascio della licenza edilizia per le costruzioni realizzate anche al di fuori del perimetro del centro urbano è stato introdotto soltanto dall’art. 10 L. 765/1967.

Ne consegue che è illegittima l’ordinanza di demolizione avente ad oggetto una baracca, nel caso in cui sussistano indizi precisi, seri e concordanti sulla effettiva realizzazione del manufatto in epoca antecedente al 1967.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 24 gennaio 2022 n. 465 – Edilizia & Urbanistica – Sulle distanze tra pareti finestrate che affacciano sulla pubblica via - Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha precisato che - nel caso di costruzioni su fondi che confinano con pubbliche vie, adibite al pubblico transito - i relativi edifici non sono soggetti all’obbligo della distanza minima assoluta di 10 mt tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti, prevista dall’art. 9 del DM 1444/1968.

Si tratta, infatti, di una fattispecie peculiare, espressamente contemplata dall’art. 879, comma 2, c.c., il quale prevede che “*Alle costruzioni che si fanno in confine con le piazze e le vie pubbliche non si applicano le norme relative alle distanze, ma devono osservarsi le leggi e i regolamenti che le riguardano*”.

Pertanto, gli edifici realizzati su fondi confinanti con pubbliche vie soggiacciono esclusivamente al rispetto dei parametri stabiliti nelle norme contenute nel piano regolatore.

TAR TOSCANA, SEZ. III – sentenza 26 gennaio 2022 n. 78 – Edilizia & Urbanistica – Sulla giurisdizione in tema di impugnazione dell’ordinanza di demolizione adottata dalla Procura della Repubblica – Con la sentenza in commento, il TAR ha sostenuto che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo una controversia avente ad oggetto l’impugnazione dell’ordine di demolizione di un manufatto abusivo

che sia stato adottato dalla Procura della Repubblica, in dichiarata esecuzione di sentenze penali di condanna.

In tal caso, infatti, pur trattandosi di potere di natura amministrativa, quando sia esercitato dal giudice penale, esso è assoggettato all'esecuzione nelle forme previste dagli artt. 655 e ss. c.p.p., che attribuiscono al pubblico ministero il ruolo di organo promotore dell'esecuzione e devolvono al giudice dell'esecuzione le controversie inerenti al titolo, come nel caso in esame, ovvero le modalità esecutive dell'ingiunzione a demolire.

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. I - sentenza 25 gennaio 2022 n. 128

- Edilizia & Urbanistica – *Sull'incompetenza del responsabile dell'area tecnica in relazione ad un'istanza di p.d.c. in deroga* -

Con la sentenza in esame, il Tar pugliese ha dichiarato illegittimo il provvedimento di rigetto dell'istanza avanzata da una società per il rilascio di un permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, in quanto adottato dal responsabile dell'area tecnica.

Infatti, il permesso di costruire in deroga, istituto di carattere eccezionale rispetto all'ordinario titolo edilizio, postula una valutazione ampiamente discrezionale, di natura urbanistica, riservata al Consiglio Comunale, in quanto organo titolare del potere di pianificazione.