

NEWSLETTER N. 12 ANNO VIII

16-30 giugno 2022



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06.39738792

Via Durini n. 25 - 20122 - Milano
Tel : (+39) 02.91090173
Fax: (+39) 0237908008

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

CORTE DI APPELLO DI ROMA, QUARTA SEZ. CIVILE, 17 giugno 2022, n. 4226 Notifiche atti giudiziari-Sulla nullità della notifica alla pubblica amministrazione effettuata all'indirizzo pec presente su IPA- Con la sentenza in rassegna, la Corte d'Appello di Roma ha dichiarato- sulla base dell'assetto normativo precedente alle più recenti modifiche sul tema delle notificazioni alle Pubbliche Amministrazioni- la nullità della notifica dell'originario atto di citazione nei confronti dell'appellante Comune, effettuata all'indirizzo pec presente sull'Indice delle Pubbliche Amministrazioni (I.P.A).

Nello specifico, i Giudici richiamando una pronuncia della Cassazione (n. 23445/21), che si era espressa su un caso analogo, hanno ribadito il principio secondo cui -prima delle recenti modifiche normative- l'unica notifica valida era quella effettuata all'indirizzo di posta elettronica certificata presente sul Registro Generali degli indirizzi Elettroni (Reginde).

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del Comune appellante)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 28 giugno 2022, n. 5387- Appalti pubblici- *Sull'errore materiale rilevabile dalla stazione appaltante* - I Giudici di Palazzo Spada, confermando la statuizione del giudice di primo grado, hanno ritenuto legittima l'esclusione disposta nei confronti di un concorrente che ha commesso un errore essenziale nell'offerta tecnica. Difatti, secondo i giudici l'errore contenuto nell'offerta è sanabile solo ove si tratti di un mero errore materiale rilevabile *ictu oculi*, senza la necessità di ricostruzioni in via induttiva della reale volontà del concorrente.

Dunque, l'offerta tecnica deve essere chiara *ex se*, tale da non dover richiedere alcuno sforzo interpretativo-deduttivo da parte della stazione appaltante per la comprensione della reale volontà negoziale del concorrente.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto del controinteressato aggiudicatario).

Appalti pubblici

TAR CAMPANIA SEZ. V, 29 giugno 2022, n. 4384- Appalti pubblici - *Sulla discrezionalità della stazione appaltante nella scelta dei requisiti tecnici di partecipazione* - I giudici affermano che la stazione appaltante può legittimamente prevedere, ai fini della partecipazione alla gara, requisiti tecnici più stringenti rispetto a quelli normativamente stabiliti, sempre che tale scelta risponda ai canoni di proporzionalità rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Dunque, tale discrezionalità è garantita purchè la previsione di requisiti più severi risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara.

TAR CAMPANIA, SEZ. V, 27 giugno 2022, n. 4355- Appalti pubblici - *Sulla discrezionalità amministrativa in relazione ai criteri di valutazione e sull'estensione della cauzione provvisoria* – Nella sentenza in commento, i giudici campani affermano che non è censurabile la mancata previsione di criteri ambientali minimi

(valorizzazione di ambulanze meno inquinanti nel caso di specie) nella *lex specialis* di gara, stante la discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte. In particolare, tale ampia discrezionalità le è attribuita al fine di garantire il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Come tale, la scelta della pubblica amministrazione è sindacabile solo allorché sia manifestamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti.

Sotto altro diverso profilo, il TAR afferma che, come chiaramente evincibile dall'art 93 del Codice, la richiesta di estensione temporale della garanzia nell'ipotesi che la procedura di gara non risulti ancora conclusa e, nel frattempo, sia cessata l'efficacia temporale della medesima, costituisce mera facoltà della stazione appaltante e non un obbligo indefettibile, di talché deve escludersi un effetto inficiante sul provvedimento di aggiudicazione successivamente adottato.

TAR BASILICATA, SEZ I, 27 giugno 2022, n. 504- Appalti pubblici- *Sulla violazione degli obblighi previdenziali quale causa di esclusione*- Con la sentenza in rassegna, il TAR ha ritenuto legittima l'esclusione da una gara pubblica di un concorrente in ragione dell'omessa e/o incompleta presentazione delle denunce obbligatorie mensili o periodiche e/o per le denunce che presentano dati incongruenti, in relazione agli obblighi previdenziali.

Infatti, nel concetto di violazione degli obblighi previdenziali, rientra non solo il mancato versamento dei contributi, accertati e quantificati, ma anche l'omissione delle denunce obbligatorie prescritte, in quanto solo con la presentazione di una denuncia corretta e completa l'Ente previdenziale è messo in condizione di controllare e quantificare i contributi dovuti, con la conseguenza che la mancata presentazione della denuncia preclude all'Ente previdenziale di effettuare tali riscontri e viene a pregiudicare, a monte, il corretto svolgimento di tali compiti.

TAR VENETO SEZ. II, 21 giugno 2022, n. 1065 – Appalti pubblici - *Sul diritto di accesso alla documentazione necessaria alla difesa*- Con la sentenza in commento il Collegio ha accolto il ricorso proposto dal secondo classificato ad una gara pubblica, il quale ha impugnato il diniego di accesso alla documentazione amministrativa ed alla documentazione relativa alle verifiche effettuate dopo l'aggiudicazione in vista della stipula del contratto.

Infatti, i giudici rilevano che rispetto all'intenzione palesata dal ricorrente di introdurre azioni giudiziarie a tutela delle proprie ragioni, non può ritenersi superflua la conoscenza di documenti da cui possono emergere fatti che potenzialmente costituiscono cause ostative all'aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 20 giugno 2022, n. 5034- Appalti pubblici - *Sulla carenza dei requisiti di idoneità della prestazione offerta e sul principio di equivalenza* - Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affermato che la carenza dei requisiti di idoneità della prestazione offerta indicati nella legge di gara configura il venir meno di un elemento essenziale alla formazione dell'accordo contrattuale. Essa costituisce altresì causa di esclusione e non rileva in senso contrario la circostanza che la *lex specialis* non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in

un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso.

Da tali premesse ne deriva che il principio di equivalenza non può essere invocato per ammettere offerte che, sul piano oggettivo, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, previste nel capitolato, poiché il richiamo al principio di equivalenza in un siffatto caso avrebbe l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella *lex specialis*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 20 giugno 2022, n. 5021- Appalti pubblici- *Sulla distinzione tra miglioria e variante progettuale*- I giudici di Palazzo Spada rilevano che a differenza delle varianti progettuali, che sono ammesse solo se autorizzate quando non addirittura imposte dalla *lex specialis* di gara, le semplici soluzioni tecniche migliorative possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo per contro preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali che sono rigidamente stabilite dalla stazione appaltante.

Peraltro, la Commissione giudicatrice gode di un ampio margine di discrezionalità nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali, ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o delle semplici migliorie.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 20 giugno 2022, n. 5027- Appalti pubblici- *Sul giudizio di equivalenza* - Con la sentenza in commento i giudici ritornano sul noto principio dell'equivalenza, rimarcandone i tratti fondamentali. Tale principio è finalizzato ad evitare che un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta

Sul piano applicativo, dunque, la stazione appaltante opera il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara, sulla base di criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte. Tuttavia tale principio non può essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio*.

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. III, 17 giugno 2022, n. 989 - Appalti pubblici - *Sull'illeggibilità del file dell'offerta vittoriosa* - Con la sentenza in rassegna, la sezione leccese del TAR Puglia ha riconosciuto l'illegittimità dell'aggiudicazione di una gara esclusivamente telematica, nel caso in cui, a seguito di apposita verifica esperita in corso di causa, sia emerso che il file digitale dell'offerta tecnica risultata vittoriosa non sia del tutto leggibile o sia parzialmente corrotto e, soprattutto, non vi sia corrispondenza tra il file digitale della medesima offerta tecnica e la documentazione cartacea successivamente stampata dalla stazione appaltante. In tal caso, a fronte delle carenze e della incompletezza dell'offerta tecnica (telematica) e alla non corrispondenza tra il predetto file digitale e il documento cartaceo successivamente stampato dalla P.A., l'operatore economico avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara non risultando

ammissibile il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016.

TAR TOSCANA, SEZ. II, 16 giugno 2022, n. 804 - Appalti pubblici - *Sul riparto di giurisdizione in caso di annullamento degli atti di gara e successivo affidamento diretto dell'appalto* - Con la sentenza in rassegna, il TAR Toscana precisa che in caso di annullamento in autotutela degli atti di gara e di successivo affidamento diretto dell'appalto, non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di declaratoria di inefficacia o nullità del contratto di appalto. Infatti, si rammenta che gli artt. 121 e 122 cpa attribuiscono tale potere al giudice amministrativo solo nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Nel caso di specie, il contratto di cui si chiedeva la declaratoria di nullità è stato stipulato in seguito alla revoca in autotutela degli atti di gara, dunque si pone su un piano privatistico-negoziiale non strettamente concatenato con quello pubblicistico-procedimentale, con conseguente cognizione del giudice ordinario.

Edilizia & Urbanistica

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 30 giugno 2022, n. 4389 -Edilizia ed urbanistica - *Sull'ordine di demolizione di un'opera consistente nella diversa distribuzione degli spazi interni* - Il TAR Campania ha rilevato che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di demolizione di opere consistenti nella sola diversa distribuzione degli spazi interni di un immobile, che risulta privo di un adeguato corredo motivazionale in ordine alla ritenuta corrispondenza della fattispecie concreta a quella astrattamente definita dal legislatore come idonea a pregiudicare l'interesse pubblico sotteso al potere amministrativo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, e pertanto tale da giustificare l'irrogazione della più grave sanzione demolitoria.

Infatti, in materia edilizia, la diversa distribuzione degli ambienti interni mediante eliminazione e spostamenti di tramezzature, purché non interessi le parti strutturali dell'edificio, è considerata attività di manutenzione straordinaria soggetta al semplice regime della comunicazione di inizio lavori che disciplina gli interventi subordinati a SCIA. Pertanto, le opere interne di manutenzione non abbisognano di concessione edilizia, ma al più di autorizzazione, la cui mancanza è sanzionata pecuniariamente, ex art. 10, l. 28 febbraio 1985 n. 47, e non con l'ordine di demolizione.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ IV, 27 giugno 2022, n. 1507-Edilizia ed Urbanistica - *Sull'abuso edilizio in zona con vincolo forestale* - Il TAR Lombardia ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha ordinato la demolizione nonché il completo ripristino dello stato dei luoghi in relazione a varie opere realizzate su terreni ricadenti in parte in area PIF con vincolo forestale e in parte in zona agricola e gravati da vincolo idrogeologico e vincolo paesistico ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 42/2004.

Infatti, tali interventi avrebbero dovuto essere previamente assentiti dall'Amministrazione. Di contro, come afferma la giurisprudenza ormai consolidata, in mancanza dei titoli abilitativi richiesti, l'ordine di demolizione e ripristino costituisce un atto vincolato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 20 giugno 2022, n. 5031-Edilizia ed urbanistica- *Sulla legittimità passiva dell'ingiunzione di demolizione* -Con la sentenza in commento, i Giudici del Consiglio di Stato affermano che quando il soggetto responsabile dell'abuso sia da individuare in una persona giuridica, sarà quest'ultima il destinatario dell'ingiunzione di rimozione o demolizione e non già a titolo personale il legale rappresentante di questa. Sulla base di tale principio il Consiglio di Stato ha annullato l'ordinanza di demolizione notificata ad una persona fisica in proprio e non nella sua qualità di legale rappresentante della società ritenuta responsabile dell'abuso.

Enti locali

TAR SARDEGNA, SEZ. I, 24 giugno 2022, n. 435- Enti locali- *Sul principio di separazione tra attività politica e attività gestionale* - Con la sentenza in rassegna, il TAR Sardegna ha ritenuto illegittimo un provvedimento di decadenza di una concessione demaniale marittima adottato e sottoscritto dal Sindaco del Comune, invece che dal Responsabile dell'Area Tecnica, in violazione del noto canone di separazione tra attività politica e gestionale, sancito dal Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL).

In relazione a tale principio, il TUEL infatti stabilisce che competono ai dirigenti "tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'Ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale".

Se è vero che tale disposizione permette una deroga (per gli enti locali fino a 5.000 abitanti), è altresì vero che tale deroga debba essere interpretata in modo rigoroso, nel rispetto delle condizioni poste dalla norma medesima per la sua legittima applicazione.

Nel caso di specie, la motivazione dell'atto impugnato non reca alcuna concreta giustificazione di tale ingerenza dell'organo sindacale nello svolgimento di attività tipicamente amministrativa, non risultando quindi sussistenti né dimostrati i presupposti di operatività del meccanismo sostitutivo in deroga al principio generale.