

NEWSLETTER N. 15 ANNO VIII

1-15 settembre 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

TAR LAZIO, SEZ. II BIS, 2 agosto 2022, n. 10894 – Appalti pubblici- *Sull'immediata esecutività della sentenza di primo grado.*

In tale occasione, il TAR ha ritenuto legittima la condotta dell'Amministrazione aggiudicatrice, la quale, in esecuzione di una sentenza di primo grado immediatamente esecutiva che annullava l'originaria aggiudicazione, ha disposto la nuova aggiudicazione senza attendere il giudizio di appello avverso la medesima sentenza. I Giudici hanno rilevato che tale nuova aggiudicazione è coerente con l'immediata esecutività della sentenza e con l'esigenza di garantire la continuità del servizio ad oggetto della gara.

La sentenza immediatamente esecutiva aveva inoltre riconosciuto la legittimità del punteggio attribuito alla seconda classificata, dunque non era necessario un nuovo ed autonomo vaglio delle offerte per aggiudicare il servizio.

(Giudizio seguito dallo studio AOR per conto dell'Amministrazione resistente)

Appalti pubblici

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ I, 14 settembre 2022, n. 2005-Appalti pubblici- *Sulle categorie super-specialistiche.* Con la sentenza in rassegna, il TAR ha affermato che affinché una categoria sia identificata come SIOS ai sensi del DM 248/2016 è necessario che ricorrano due condizioni:

-che sia prevista nell'elenco di cui all'art. 2 del DM 248/2016

-che il suo valore superi il 10% dell'importo totale dei lavori.

In aggiunta è affermato che la categoria OS32 (non rientrante nel caso oggetto di giudizio nella categoria SIOS), benché inclusa dal d.m. n. 248/2016 tra le "superspecialistiche", nei confronti delle quali l'avvalimento non è consentito, non rientra tra quelle "a qualificazione obbligatoria", e cioè quelle lavorazioni che non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni.

Ne segue che l'operatore economico privo della qualificazione in tale categoria scorporabile può eseguire i lavori se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ V, 9 settembre 2022, n. 7882-Appalti pubblici- *Sul soccorso procedimentale.* Il Consiglio di Stato, pronunciandosi su una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, chiarisce la portata del soccorso procedimentale, differenziandolo dal soccorso istruttorio.

Il soccorso procedimentale consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità, fermo il divieto di integrazione dell'offerta e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta.

Ribadendo il principio per cui, nelle gare pubbliche, le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, i giudici precisano che non è possibile ovviare a carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo ad un approfondimento istruttorio, dal momento che

le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 8 settembre 2022, n. 7823 -

Appalti pubblici- *Sull'apprezzamento dell'illecito professionale*. Con la sentenza in commento, i giudici ribadiscono che nelle gare pubbliche il giudizio sui gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'Amministrazione. Di conseguenza, il sindacato del giudice amministrativo deve mantenersi sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera non condivisibilità della valutazione stessa.

Infatti, solo l'Amministrazione, nell'esercizio di tale ampia discrezionalità, può fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente e per tali ragioni spetta ad essa apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, anche se non definitivamente accertate con condanna in sede penale.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. I, 8 settembre 2022, n. 1980

Appalti pubblici- *Sulla verifica di anomalia con riferimento alle concessioni*. Con la pronuncia in rassegna, i giudici del TAR MILANO affermano che, seppure l'art. 164 comma 2 d. lgs. 50/2016 non richiami specificamente il regime dell'anomalia, la relativa verifica vada lo stesso considerata applicabile anche alle offerte inerenti alle concessioni.

Si tratta infatti di una valutazione espressione di principi generali in materia di affidamento di commesse pubbliche, quali quelli della qualità ed affidabilità delle prestazioni, nonché della libera concorrenza, la quale valutazione implica un apprezzamento secondo canoni di ragionevolezza e attendibilità delle offerte ben possibile da parte dell'amministrazione anche in ipotesi di concessioni.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 7 settembre 2022, n. 7795 -

Appalti pubblici- *Sulle cause di esclusione in relazione al socio unico*- In tale occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno rimarcato il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la disposizione dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/2016 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica.

Infatti, il prevalente filone giurisprudenziale, anche in vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, e, successivamente, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 80 dell'attuale Codice dei contratti pubblici, nel caso di socio unico, ha limitato l'obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica.

Infine, si ribadisce che, laddove il socio non rientri nell'ambito soggettivo individuato dal comma 3 dell'art. 80, non è nemmeno obbligato a rendere dichiarazioni ai fini di cui al comma 5, lett. c), in merito alle dichiarazioni relative agli illeciti professionali.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 7 settembre 2022, n. 7794-

Appalti pubblici- *Sul principio di rotazione*. Con la sentenza in rassegna, il Collegio, confermando la decisione appellata, ha affermato che non può applicarsi il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice nei casi in cui la procedura presenti profili che, seppur peculiari, la rendono assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, non ricorrendo in tali casi la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti. Com'è noto, infatti, il

principio *de quo trae* fondamento nell'esigenza di "evitare rendite di posizione in capo al gestore uscente", la cui posizione di vantaggio derivi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, perseguendo l'effettiva concorrenza e garantendo la turnazione di diversi operatori nella realizzazione del medesimo servizio.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, 7 settembre 2022, n. 5648- Appalti pubblici- Sulla giurisdizione in tema di rinegoziazione del contratto- I giudici del TAR Napoli statuiscono che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale la stazione appaltante, a seguito dell'aggiudicazione di una gara e della stipula del contratto, ha rinegoziato le obbligazioni, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

In particolare, l'oggetto centrale della controversia si riferiva a questioni di natura patrimoniale concernenti la fase di esecuzione del rapporto contrattuale, essendo contestato il corretto adempimento delle obbligazioni negoziali e la stessa possibilità per la stazione appaltante di rideterminare il corrispettivo ancora dovuto in assenza di accordo delle parti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 6 settembre 2022, n. 7751 - Appalti pubblici- Sul contratto di avvalimento nelle gare di appalti e concessioni riservati. Con la sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada dichiarano che l'istituto dell'avvalimento non soffre limitazioni con riguardo agli appalti riservati ex art. 112 d. lgs. n. 50/2016. Deve quindi ritenersi ammissibile un contratto di avvalimento presentato e sottoscritto con una società di capitali e non con una cooperativa sociale di tipo b) nelle gare di appalti e concessioni riservati. L'avvalimento è infatti un istituto del diritto dei contratti pubblici di carattere generale avente la funzione di apertura alla concorrenza del relativo mercato, e può essere escluso soltanto nelle ipotesi tipizzate dal legislatore nell'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 5 settembre 2022, n. 7709 – Appalti pubblici- Sugli obblighi dichiarativi del concorrente in una procedura di gara. Con la sentenza in rassegna i giudici del Consiglio di Stato statuiscono che tra gli obblighi dichiarativi in capo al concorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice vi rientra anche l'obbligo di riferire una risoluzione consensuale intervenuta, in fase di esecuzione, con altra stazione appaltante in un precedente contratto di appalto pubblico, laddove la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto. Infatti, anche se lo scioglimento del contratto è frutto di un accordo, esso potrebbe essere dovuto a un precedente inadempimento dell'appaltatore, suscettibile di valutazione da parte della stazione appaltante in ordine all'affidabilità ed integrità del concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 22 agosto 2022, n. 7360- Appalti pubblici- Sul cumulo alla rinfusa nell'ambito dei consorzi stabili. In tale occasione i giudici di Palazzo Spada, innovando parzialmente rispetto alla precedente giurisprudenza, delimitano il campo di operatività del criterio del cumulo alla rinfusa nell'ambito dei consorzi stabili, concludendo per la possibilità di "qualificazione cumulativa" limitatamente ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo.

Edilizia & Urbanistica

I consorzi stabili, dunque, possono per tal via, partecipare alla gara qualificandosi in proprio potendo a) cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate ed altresì b) eseguire la prestazione per il tramite delle stesse, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara.

Nel caso in cui il consorzio designi una o più delle imprese consorziate per l'esecuzione della gara, è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino i requisiti tecnici e professionali di partecipazione.

Ne consegue che, qualora l'impresa consorziata volesse utilizzare altri requisiti posseduti dal consorzio in via autonoma o dalle altre consorziate, potrebbe farlo solo ricorrendo all'ordinario strumento dell'avvalimento, ma non utilizzando lo strumento del cumulo alla rinfusa.

TAR TOSCANA, SEZ. III, 12 settembre 2022, n. 1010- Edilizia ed Urbanistica- *Sulla decadenza di un permesso di costruire.* Con la pronuncia in rassegna, i giudici toscani hanno statuito che non è legittimo il provvedimento di un Comune, il quale ha disposto la decadenza di un permesso di costruire, laddove al contrario, risulti da documentazione fotografica l'effettivo avvio dei lavori oggetto dei permessi di costruire e consistenti nella demolizione dei manufatti esistenti sull'area destinata a essere occupata dall'erigendo edificio a destinazione produttiva.

TAR PUGLIA, BARI, SEZ. III, 8 settembre 2022, n. 1196- Edilizia ed urbanistica- *Sul risarcimento del danno subito dal confinante.* Il TAR ha accolto una domanda di risarcimento del danno proposta dal proprietario di un immobile confinante con un manufatto illegittimamente realizzato, il quale fu edificato nonostante l'annullamento di un primo titolo edilizio rilasciato dal Comune e l'annullamento del nuovo atto di assenso edificatorio. I giudici hanno rilevato tutti e tre i presupposti che connotano la fattispecie di danno: a) l'illegittimo rilascio di un permesso di costruire rispetto ad un intervento già bocciato in sede giurisdizionale b) la colpa dell'amministrazione e c) il nesso di causalità della condotta illecita dell'ente rispetto al pregiudizio subito.

TAR SARDEGNA, SEZ. I, 4 agosto 2022, n. 569 – Edilizia ed Urbanistica- *Sul diritto di accesso del confinante.* Con la pronuncia in commento il TAR ha affermato il diritto in capo al proprietario di un edificio residenziale di accedere agli atti della pratica edilizia concernente i lavori eseguiti in adiacenza all'immobile, avendo lo stesso dimostrato la necessità di conoscere la documentazione in questione ai fini della cura e difesa dei suoi interessi giuridici.

Servizi di interesse Economico Generale

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 10 settembre n. 2345 - Servizi di interesse economico generale- Società a controllo pubblico- Sulla giurisdizione del giudice ordinario. Con la sentenza in commento i giudici campani hanno stabilito che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con cui una società a controllo interamente pubblico ha nominato i componenti dell'organismo di vigilanza di cui al d. lgs. n. 231/2001.

Infatti, con la previsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 175/2016, il legislatore ha imposto alle società a controllo pubblico il rispetto di alcuni principi essenziali in materia di procedure di reclutamento del personale che, sebbene condivisi con le procedure concorsuali per il reclutamento del personale delle Amministrazioni pubbliche, sono destinati a informare l'esercizio di un potere di selezione di carattere non pubblicistico ma privatistico, in quanto diretto a realizzare non un interesse pubblico ma un interesse privato alla corretta gestione delle risorse disponibili, a cui consegue la giurisdizione del giudice ordinario.

Enti Locali

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. I, 6 settembre 2022, n. 1391 -Enti Locali- Sulla determinazione della tariffa TARI. Con la sentenza in rassegna, il TAR ha statuito la legittimità di una deliberazione con la quale il Consiglio comunale, in materia di TARI, ha ripartito i costi nella misura del 50% all'utenza domestica e del 50% all'utenza non domestica. Spettando alle Amministrazioni comunali un margine di discrezionalità nella materia, il sindacato del giudice non può che basarsi sulla valutazione della logicità, razionalità e proporzionalità della decisione, avendo l'Amministrazione fondato la pronuncia sulla determinazione della tariffa TARI non tanto sul dato numerico delle utenze, quanto sul dato più obiettivo del quantitativo di rifiuti prodotti e del tipo di servizio reso e, in particolare, sull'esito di una istruttoria da cui è emerso che le utenze domestiche producono circa il 56% del totale dei rifiuti, mentre le utenze non domestiche producono circa il 44% dei rifiuti.