

# NEWSLETTER N. 5 ANNO VI

1 – 15 marzo 2020



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](mailto:segreteria@aoerre.com)

## Giurisprudenza amministrativa civile e contabile

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 9 marzo 2020 n. 1704 – Appalti – *Sull'inquadramento dei requisiti concernenti il fatturato pregresso dell'operatore, nel caso di avvalimento* –** Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che il requisito del fatturato specifico pregresso dell'operatore è qualificabile quale requisito di carattere tecnico-professionale, annoverabile nella fattispecie dell'avvalimento cd. operativo. L'avvalimento cd. operativo presuppone la necessaria indicazione delle modalità di prestito dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'avvalente. Nel caso di avvalimento c.d. di garanzia, invece, l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità economico – finanziaria. Conseguentemente, il caso di specie ha ad oggetto l'avvalimento cd. operativo, in quanto le soglie economiche cui fa riferimento la disciplina di gara afferiscono alla prova di un'ideale dimensione quantitativa dell'esperienza professionale richiesta in capo all'ausiliaria, e non costituiscono un mero indicatore della capacità economico – finanziaria.

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 4 marzo 2020 n. 1603 – Appalti – *Sui gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) d.lgs. n. 50/2016 e sull'impossibilità di invocare il soccorso istruttorio* –** Con la sentenza in rassegna i Giudici di Palazzo Spada tornano a pronunciarsi sull'art.80, stabilendo che nella nozione di grave illecito professionale rientra qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Pertanto – alla luce della ormai univoca interpretazione giurisprudenziale formatasi sul tema – è da ritenersi illegittima l'omessa indicazione da parte della subappaltatrice della condanna penale per attività di gestione di rifiuti non autorizzata, per non aver consentito alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza. In questo caso, peraltro, non è invocabile il soccorso istruttorio in ragione dell'omessa dichiarazione di un episodio rilevante ai fini della valutazione della propria affidabilità professionale. Lo strumento del soccorso istruttorio, è infatti di ausilio alla Stazione Appaltante per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara, ma non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della *par condicio* fra gli operatori.

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 3 marzo 2020 n. 1571–Appalti – *Sull’applicazione della revisione dei prezzi solo in caso di proroga (e non di rinnovo) del contratto* – Con la sentenza in rassegna si è stabilito che la revisione dei prezzi può essere applicata dalla Stazione Appaltante soltanto in caso di proroga, ma non anche in quello di rinnovo del contratto. Nel caso di specie, la Stazione Appaltante e l’operatore hanno illegittimamente concordato una riduzione dei costi, in quanto la proroga non era prevista nel contratto e la prosecuzione del rapporto è stata concordata solo dopo la sua scadenza. È irrilevante la circostanza che il servizio non sia stato mai interrotto, ma sia proseguito, laddove dallo scambio epistolare intercorso tra la Stazione Appaltante e l’operatore si evince che le proposte formulate sono successive alla scadenza del contratto, e che dunque l’incontro delle volontà delle parti è avvenuto quando i precedenti accordi avevano perso ogni efficacia.**

**Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I – sentenza del 12 marzo 2020 n. 170 – Appalti – *Sull’avvalimento operativo per requisiti di capacità tecnico-professionale* – Con la sentenza in rassegna i Giudici sardi ribadiscono che, nel caso di avvalimento di tipo operativo, l’ausiliaria deve sostenere tecnicamente l’operatore nello svolgimento della prestazione oggetto della gara, piuttosto che garantirne la solidità economico-finanziaria, come invece accade nelle diverse ipotesi di avvalimento di garanzia. La distinzione tra le due tipologie di avvalimento assume rilievo nel senso che: in caso di avvalimento di garanzia, l’ausiliaria mette a disposizione la propria solidità finanziaria, pertanto, è sufficiente che dalla dichiarazione emerga l’impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale. Mentre, invece, nel caso di avvalimento operativo, che investe requisiti tecnico-professionali direttamente incidenti sulla corretta esecuzione della prestazione oggetto di gara, sussiste l’obbligo in capo all’operatore di indicare con precisione i mezzi messi a disposizione dall’ausiliata per eseguire l’appalto.**

Ne consegue nel caso di specie, relativo ad un avvalimento di tipo operativo, l’illegittimità del contratto, laddove non contiene alcuna specificazione circa le capacità tecnico- professionali dell’ausiliaria, specificatamente, non vi è alcuna indicazione dei nominativi, *curricula* e titoli professionali dei soggetti incaricati di eseguire direttamente la prestazione richiesta dalla *lex specialis*.

**Tar Abruzzo, L’Aquila, Sez. I – sentenza del 7 marzo 2020 n. 100 – Appalti – *Sull’inammissibilità del “soccorso del soccorso”* – Con la sentenza in rassegna i giudici abruzzesi rilevano come non sia ammissibile il “soccorso del soccorso” istruttorio, per violazione del principio della *par condicio* tra gli operatori. Invero, l’operatore economico che avrebbe potuto e dovuto comprovare il possesso dei requisiti di ordine oggettivo sin dalla partecipazione alla gara, non può**

sottrarsi a tale obbligo oltre il termine perentorio concesso dalla stazione appaltante per il soccorso istruttorio.

Nel caso di specie l'operatore ha prodotto la ricevuta di pagamento del contributo ANAC oltre l'orario assegnato dalla Stazione Appaltante in fase di soccorso istruttorio. Tale ultima mancata regolarizzazione nel termine dato, avente carattere perentorio, ne ha comportato la legittima esclusione dell'operatore, con conseguente impossibilità da parte della Stazione Appaltante di attivare un ulteriore soccorso istruttorio, ciò, al fine di assicurare celerità nella conclusione del procedimento e certezza nella scelta del contraente.

**Tar Toscana, Firenze, Sez. I – sentenza del 6 marzo 2020 n. 288 – Appalti – *Sulla necessità del soccorso istruttorio per mancata sottoscrizione dell'offerta economica di tutti i componenti di un RTI***

– La sentenza precisa che la mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutti i componenti di un RTI non determina l'esclusione dalla gara dell'operatore economico suddetto, potendosi ricorrere in tali casi al mero soccorso istruttorio.

Invero, la mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte delle due mandanti, è un vizio non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla gara del RTI, corrispondendo piuttosto, ad un caso di mancato perfezionamento, sanabile pertanto mediante soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, l'assunzione sottoscritta da parte delle due mandanti, del "Modello C-Ulteriori dichiarazioni", con vincolo di solidarietà di qualsivoglia impegno e responsabilità derivante dall'offerta, non pone dubbi, non solo circa la riconoscibilità della provenienza dell'offerta economica – sottoscritta dalla sola mandataria – ma anche circa l'impegno che le due mandanti hanno inteso assumere.

**Tar Campania, Napoli – sentenza del 2 marzo 2020 n. 957– Appalti – *Sulla legittimità, nelle gare telematiche, della verifica della documentazione integrativa in seduta riservata***

– Hanno osservato i Giudici campani che nell'ambito delle procedure di gara telematiche, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte.

Nel caso di specie, la Stazione Appaltante aveva chiesto ad alcuni operatori di integrare la documentazione, procedendo all'apertura ed alla verifica della stessa in seduta riservata. E' ammissibile procedere in tal senso, in simili circostanze, poiché nelle procedure di gara telematiche l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) è garantita in ragione del fatto che le operazioni compiute risultano essere ritualmente tracciate dal sistema elettronico, senza possibilità di alterazioni.

**Consiglio di Stato, Sez. V– sentenza del 9 marzo 2020 n. 1667– Servizi di interesse generale – trasporto scolastico – *Sull'inammissibilità dell'avalimento per carenza del requisito di idoneità professionale d'iscrizione all'albo***

– Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che l'iscrizione agli albi professionali rappresenta un requisito soggettivo afferente l'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad

evidenza pubblica che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche.

Per l'effetto la carenza del requisito di idoneità professionale non può essere colmata mediante il ricorso all'avvalimento, in ragione del fatto che l'avvalimento è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze, avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria.

Conseguentemente fanno quindi eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale (cosiddetti requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale (cosiddetti requisiti professionali), atteso che tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente, e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore, a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la Pubblica amministrazione.

**Consiglio di Stato, Sez. III – sentenza del 3 marzo 2020 n. 1564 – Servizi di interesse generale – Sull'ammissibilità della gestione di una farmacia Comunale in house tramite holding pluripartecipata** – Con la pronuncia in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la legittimità della gestione di farmacia comunale affidata in house ad una società che a sua volta era indirettamente controllata dal comune per il tramite di una società sottoposta al medesimo controllo analogo. La vicenda trae origine dalla contestazione avanzata ad un Comune che ha deciso di affidare in house la gestione della propria farmacia ad una società, non detenuta in via diretta, ma controllata da una holding pluripartecipata da più comuni. La partecipazione del Comune nella Holding, secondo i motivi adottati anche davanti al giudice di palazzo Spada, era di entità esigua e non consentiva di esercitare il controllo analogo sulla gestione della farmacia affidata alla società controllata: condizione essenziale per la legittima sussistenza del modello in house. I Giudici hanno ritenuto, al contrario, legittima la scelta, in relazione al fatto che dall'art. 4 comma 5 del TUSPP si ricava, per converso, che le holding, purché abbiano come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, possono acquisire (e mantenere) partecipazioni in altre società. Al contempo i Giudici hanno avallato la decisione dell'Ente che, oltre ad aver effettuato un'istruttoria, compiendo un'indagine di mercato al fine di verificare quali soluzioni gestionali sarebbero state in concreto possibili, ha anche valutato la proposta della società in house, comparandola con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house operanti nel territorio limitrofo.

**Tar Puglia, Lecce, Sez. III – sentenza del 13 marzo 2020. n. 326 – Enti Locali– Sulla possibilità di rilasciare una concessione “ponte” anche in mancanza di apposita delibera del Consiglio comunale** – La sentenza prevede che in caso di concessione “ponte” di un servizio pubblico, non sia necessaria una delibera del Consiglio comunale, essendo sufficiente un atto della dirigenza locale. Invero, la peculiare

disciplina della concessione cd. ponte prevede che, nelle more dell'indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, l'affidamento diretto della concessione può essere demandato alla dirigenza locale, in virtù del potere gestionale che gli compete. Nel caso di specie, è stato adottato dal Dirigente del Comune un atto, avente ad oggetto l'affidamento in via diretta per il periodo necessario all'espletamento della gara da indire, in assenza quindi di uno specifico atto del Consiglio Comunale, cui spettano poteri di controllo e non di gestione.

**Consiglio di Stato, Sez. IV – ordinanza del 11 marzo 2020 n. 1735 – Edilizia & Urbanistica – Sulla fiscalizzazione dell'abuso nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato** – Con l'interessante sentenza in rassegna il Collegio ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali sulla possibile applicazione di una mera sanzione pecuniaria nel caso di intervento edilizio eseguito in base ad un permesso di costruire annullato, sanzione pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite (cd. fiscalizzazione dell'abuso).

Un primo orientamento ritiene che, in questi casi, la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile per ogni tipologia dell'abuso stesso, considerando quindi l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione, nella sostanza, abusiva. Un secondo orientamento, diversamente, prevede che la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali non emendabili, cioè in buona sostanza, soltanto ove vi sia la possibilità di correzione del vizio. Mentre in ogni altro caso l'amministrazione dovrebbe senz'altro ordinare la rimessione in pristino (tesi restrittiva). Infine un terzo orientamento (tesi intermedia) che ritiene possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, però emendabile; anche in tal caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso, perché esso verrebbe in concreto eliminato (nel caso in esame l'esempio pratico di un vizio sostanziale emendato è costituito dalla riduzione di altezza del fabbricato in modo da rispettare le norme tecniche di piano). Nel caso di specie, l'orientamento preferito è quello intermedio, che amplia la sanabilità dell'abuso, e protegge quindi l'affidamento di chi ha ottenuto il rilascio del titolo poi annullato, sino al limite massimo consentito dalla contrapposta tutela del terzo.