

# NEWSLETTER N. 17 ANNO VII

1 – 15 ottobre 2021



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)

## In evidenza

**TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. I – sentenza 11 ottobre 2021 n. 858 – Servizi di interesse economico generale – Servizio farmaceutico – Sulle modalità di localizzazione delle farmacie comunali** – Con la sentenza in rassegna, il Tar ha respinto il ricorso proposto dal titolare di una sede farmaceutica sita nel Comune resistente avverso la delibera con cui l'Amministrazione ha individuato l'immobile per la futura sede della nuova farmacia comunale.

I giudici amministrativi, preliminarmente, hanno osservato che, nella procedura di specifica localizzazione della farmacia all'interno della zona di riferimento, non costituisce difetto d'istruttoria la mancata preventiva acquisizione dei pareri dell'ordine dei farmacisti e della competente Asl. Tale onere, infatti, è richiesto solo nella preliminare fase di individuazione delle zone di insediamento delle nuove farmacie e, nel caso, tale onere è stato prontamente assolto.

In secondo luogo, il Tar precisa che l'individuazione specifica dell'immobile in cui collocare la farmacia non si pone in contrasto con le finalità indicate dall'articolo 2 della legge 475/1968, a norma del quale l'identificazione delle zone ove collocare le nuove farmacie è effettuata dal comune *“al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.*

Infatti, la localizzazione della farmacia all'interno della sua zona di pertinenza garantisce in via di principio il rispetto delle esigenze di assistenza farmaceutica degli abitanti della zona medesima, perché l'interesse pubblico alla capillarità del servizio è stato valutato a monte, al momento della istituzione della sede farmaceutica e della delimitazione della relativa zona di pertinenza (**Giudizio seguito dallo Studio per conto dell'Amministrazione**).

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 12 ottobre 2021 n. 6841 – Appalti pubblici – Sul giudizio di equivalenza implicito** – Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, seppur astrattamente ammissibile, il giudizio di equivalenza in forma implicita deve in ogni caso soddisfare un livello *“minimo”* di *“visibilità”*, così da evitare che il privato sia pregiudicato da manifestazioni autoritative *“occulte”*.

Nello specifico, è necessario che la valutazione di equivalenza della stazione appaltante a carattere implicito secondo la tecnica motivazionale *“per relationem”* non si sostanzi in un mero richiamo.

La motivazione deve, piuttosto, essere espressamente ripresa nella nuova valutazione, al fine di evitare che la catena dei rimandi si risolva nella sostanziale elusione dell'obbligo motivazionale che deve sempre assistere i provvedimenti amministrativi.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 12 ottobre 2021 n. 6837 – Appalti pubblici – Sul frazionamento delle procedure di gara per macroaree geografiche** – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto come, a fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura di gara, sia stata ragionevole la scelta

della Stazione appaltante di frazionare le procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta.

Infatti, secondo il Collegio, l'Amministrazione ha operato un bilanciamento ragionevole e logico fra tutela della concorrenza ed esigenze correlate ad una efficiente ed efficace prestazione del servizio in relazione alle caratteristiche strutturali del relativo bacino di utenza, attraverso una divisione in lotti geografici e per base d'asta, tenendo conto dell'ambito territoriale di riferimento per una adeguata organizzazione e gestione dei team residenti e non residenti.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 12 ottobre 2021 n. 6817 – Appalti pubblici – *Sul rapporto tra convenzioni quadro Consip e convenzioni regionali negli acquisti degli enti del SSN*–**

Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, in materia di contratti pubblici degli enti del S.S.N, deve essere riconosciuta prevalenza alle convenzioni quadro regionali e carattere suppletivo alle convenzioni quadro Consip.

Secondo i giudici amministrativi, infatti, il comma 449 dell'articolo unico l. 27 dicembre 2006, n. 296 e dal comma 548 dell'articolo unico l. 28 dicembre 2015, n. 208 contribuiscono a definire un quadro normativo in base al quale, in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli enti del SSN devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali; in via suppletiva è altresì possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro.

A Consip è, dunque, assegnato un carattere evidentemente sussidiario, il quale, per questa caratteristica, avrà dunque valenza 'cedevole'.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 7 ottobre 2021 n. 6711 – Appalti pubblici – *Sulla differenza tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia* –**

Sulla scia della consolidata giurisprudenza, la sentenza in rassegna ha ribadito le caratteristiche distintive tra l'avvalimento di garanzia e quello c.d. operativo. Il primo concerne la complessiva capacità economica e finanziaria del concorrente e mira a assicurare la stazione appaltante (mediante il formale impegno dell'ausiliaria che mette a disposizione la propria solidità finanziaria e professionale) sulla capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali; per tale ragione non è necessario che sia riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione.

Diversamente, l'avvalimento operativo riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto e ciò impone di individuare con specificità ed alto grado di dettaglio i mezzi, le attrezzature ed in generale le "risorse" (anche intese quali competenza e capacità produttive, gestionali e manutentive) che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, pena la nullità *ex lege* del contratto di avvalimento.

**CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, SEZ. GIURISDIZIONALE – 8 ottobre 2021 n. 841 – Appalti pubblici – *Sulla natura dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto* –**

Con la pronuncia in rassegna si è ribadito che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante sulle previsioni che compongono il bando di gara non possono in alcun modo integrare o modificare quest'ultimo. Lo scopo dei chiarimenti è, infatti, quello di rendere più chiaro e comprensibile il significato di quanto specificato nel bando, ma non

possono tradursi in forzature del testo della *lex specialis* portando ad attribuire alle sue previsioni una portata diversa o maggiore di quella risultante dal testo stesso.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I-QUATER – sentenza 15 ottobre 2021 n. 10570 – Appalti pubblici – Sulla mancata aggiudicazione per non idoneità dell’offerta** – Con la sentenza in commento, i Giudici capitolini hanno sostenuto la legittimità del provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha determinato di non aggiudicare la gara, in quanto il prodotto offerto dall’unica ditta partecipante è stato ritenuto non idoneo.

Ed infatti, l’art. 95, comma 12, del Codice dei Contratti pubblici consente espressamente alla stazione appaltante "*di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto*". Tale valutazione di non convenienza o non idoneità dell’offerta ha natura discrezionale e non implica la carenza assoluta dei requisiti richiesti, potendo a tal fine essere sufficiente anche una valutazione puntuale e motivata di manifesta inadeguatezza o insufficienza delle caratteristiche tecniche dell’offerta presentata.

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 12 settembre 2021 n. 905 – Appalti pubblici – Sulla legittimità dell’esclusione per errore materiale nell’offerta economica**– Con la pronuncia in rassegna, i Giudici piemontesi hanno ritenuto legittima l’esclusione dalla procedura di gara laddove, a seguito di chiarimenti forniti per un asserito errore materiale nell’offerta economica, sorga la necessità per la Stazione appaltante di effettuare un calcolo e di giungere ad un risultato che non sia giustificato e che non sia riconciliabile con alcuno dei documenti presentati dalla ditta stessa in gara.

Se così non fosse, si consentirebbe al concorrente di rideterminare la propria offerta in palese violazione della par condicio.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 11 ottobre 2021 n. 10452 – Appalti pubblici – Sulla documentazione necessaria per dimostrare il possesso di un requisito premiante** – Con la sentenza in rassegna, i Giudici capitolini hanno accertato che la Stazione Appaltante ha correttamente attribuito un punteggio nullo al concorrente che ha tentato di dimostrare il possesso di un requisito premiante mediante documenti non prodotti “in copia autentica o in copia conforme ai sensi, rispettivamente, degli artt. 18 e 19 del D.P.R. 445/2000”, come espressamente prescritto dal Disciplinare di gara. Peraltro, sottolinea il Tribunale, trattandosi di elementi documentali riferiti all’offerta tecnica, la mancata produzione di essi nelle forme prescritte non poteva essere superata neanche mediante il soccorso istruttorio.

**TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, sentenza 11 ottobre 2021 n. 1652 – Appalti pubblici – Sulla scadenza del controllo giudiziario applicato per interdittiva antimafia come causa di esclusione dalla gara** – Con la pronuncia in commento, il Tar ha sostenuto che è legittima l’esclusione del concorrente, laddove nel corso della procedura sia cessato, per scadenza del termine, il regime di controllo giudiziario applicato in relazione ad una precedente interdittiva. Infatti, tale circostanza comporta il venir meno del possesso dei requisiti di cui all’art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

**TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 7 ottobre 2021 n. 765 – Appalti pubblici – *Sulla revoca in autotutela dell'aggiudicazione per DURC negativo*** – Con la pronuncia in commento, il Tribunale Amministrativo ha ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela di un'aggiudicazione, laddove, in sede di verifica dei requisiti per la stipula del contratto, venga rilasciato un DURC negativo.

Ed infatti, la regolarità contributiva costituisce requisito che deve sussistere in maniera continuativa dal concorrente. Pertanto, a nulla rileva che in sede di presentazione della domanda di partecipazione, il DURC fosse positivo.

**TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 6 ottobre 2021 n. 1175 – Appalti pubblici – *Sull'illegittimità dell'esclusione per mancata attivazione del soccorso procedimentale*** – Con la sentenza in commento, il Collegio veneto ha ritenuto illegittima, per mancato esperimento del soccorso procedimentale, l'esclusione dell'operatore economico che non abbia allegato il listino prezzi in una gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, laddove sia stato chiaramente indicato il ribasso percentuale.

L'istituto del soccorso procedimentale, infatti, viene riconosciuto come ammissibile nei casi in cui le integrazioni richieste si rivelino utili per risolvere dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell'offerta”, mediante l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo, ma che servano a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'esatta volontà del partecipante alla gara, in modo tale da superare eventuali ambiguità.

Nel caso di specie, quindi, il soccorso procedimentale non avrebbe determinato alcuna modifica, integrazione o manipolazione dell'offerta economica, bensì la sola acquisizione del documento che avrebbe reso intellegibile l'offerta nel suo esatto ammontare, così da confermarla nei suoi contenuti.

**TAR EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA, SEZ. I – sentenza 4 ottobre 2021 n. 820 – Appalti pubblici – *Sulla giurisdizione del GO in caso di imposizione del c.d. quinto d'obbligo*** – Come noto ai sensi dell'art. 106, comma 12, D.lgs. n. 50/2016 la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario.

Orbene confermando un indirizzo giurisprudenziale consolidato, il Tar emiliano ha chiarito che nel caso in cui si contesti l'esercizio di una tale facoltà da parte dell'amministrazione – e di cui questa si avvale, oltre che ai sensi del citato disposto normativo, anche in forza di specifica clausola contrattuale – il relativo giudizio deve essere devoluto alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò in quanto la controversia non involge l'esercizio di pubblici poteri ma attiene all'esercizio dello *ius variandi*, discendente da apposita previsione negoziale, nell'ambito di un rapporto paritario tra amministrazione e appaltatore.

**TAR EMILIA ROMAGNA – PARMA, SEZ. I – sentenza 4 ottobre 2021 n. 241 – Appalti pubblici – *Sull'illegittima aggiudicazione per aver offerto un prodotto costituito da materiale***

*recante caratteristiche tecniche totalmente difformi da quelle prescritte dal bando* – Con la sentenza in rassegna, i Giudici amministrativi hanno ritenuto illegittima l’aggiudicazione disposta a favore di un operatore economico che abbia offerto un prodotto da utilizzare nella realizzazione dei lavori oggetto dell’appalto che abbia caratteristiche tecniche totalmente difformi da quelle prescritte dal bando.

Ed infatti, nel caso di specie, benché i lavori da appaltare siano astrattamente realizzabili anche con il suddetto prodotto difforme, si è al cospetto di una fornitura di un *aliud pro alio*, in quanto (i) la Stazione appaltante ha operato, negli atti di gara, una precisa e motivata scelta circa lo specifico materiale da utilizzare nella realizzazione dei lavori e (ii) il prodotto offerto, in ragione della sua difformità rispetto a quello previsto dal bando, è oggettivamente idoneo a stravolgere il progetto.

## Servizi di interesse economico generale

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. CONSULTIVA – parere interlocutorio 7 ottobre 2021 n. 1614 – Servizi di interesse economico generale – Affidamenti in house – Sulle Linee Guida Anac ex art 192** – Con il provvedimento in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno reso il parere in ordine allo schema di linee guida presentato dall’ANAC in tema di affidamenti in house.

Nel rilevare come tali linee guida costituiscano uno strumento di regolazione flessibile privo di efficacia normativa vincolante, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, prima di valutarne nel merito la portata e i contenuti, occorre verificare l’eventualità di un possibile incrocio di interventi, normativi e non (alcuni già emanati, altri in corso di emanazione), e la loro compatibilità.

Di conseguenza, la Sezione, prima di procedere all’analisi delle linee guida e delle diverse (spesso complesse e delicate), problematiche ivi affrontate, ha ritenuto di dover sospendere la pronuncia del richiesto parere, demandando all’Autorità un ulteriore approfondimento sui profili di impatto operativo richiamati nel parere, nel contesto di attuazione del PNRR.

## Enti locali

**CORTE DEI CONTI – SEZ. REGIONALE DI CONTROLLO PER LA TOSCANA – deliberazione 5 ottobre 2021 n. 80 – Enti locali – Incentivi tecnici – Sulla corretta modalità di costituzione del fondo per gli incentivi tecnici** – Con la deliberazione in rassegna, i giudici contabili hanno evidenziato come una corretta modalità di costituzione e successiva destinazione del fondo per le funzioni tecniche ai sensi dell’art. 113, comma 2, del Codice dei Contratti pubblici si debba esplicare in quattro fasi:

(i) nella prima fase, relativa alla quantificazione del fondo, le amministrazioni aggiudicatrici, “a valere sugli stanziamenti” previsti per i singoli appalti, negli stati di previsione della spesa o nei bilanci, destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2% dell’importo dei lavori, servizi e forniture poste a base



di gara, a prescindere che gli stanziamenti provengano da entrate proprie o da trasferimenti vincolati di Regioni, Stato, Unione Europea;

(ii) nella seconda fase l'amministrazione "destina" le risorse inserite nel fondo, suddividendole secondo le finalità previste dai commi 3 e 4, nella misura rispettivamente dell'80% (destinata a finanziare gli incentivi a favore dei dipendenti, che a vario titolo partecipano all'appalto) e del 20% ("ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata", destinata all'acquisto di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione);

(iii) nella terza fase l'amministrazione procede all'utilizzo delle risorse;

(iv) la quarta fase riguarda l'eventuale gestione della parte di risorse del fondo rimaste inutilizzate.

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 4 ottobre 2021 n. 2744 – Enti pubblici – Giunta Regionale – Sulla possibilità di nominare in surroga soltanto assessori di genere maschile nella Giunta della Regione Sicilia** – Con la sentenza in rassegna, i giudici amministrativi hanno reputato legittimo il provvedimento con cui il Presidente della Regione Sicilia ha nominato, in surroga, componenti della giunta regionale solo di sesso maschile. Secondo il TAR, infatti, se è certamente necessario garantire pari opportunità tra i sessi (c.d. quote rosa), nondimeno tale fine può passare in secondo piano laddove sia necessario perseguire l'interesse ad un continuato, ordinato e corretto svolgimento delle funzioni politico-amministrativo (quale espressione dei principi di legalità, imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.).

Tale interesse, infatti, non può in alcun modo determinare un'interruzione dell'esercizio delle funzioni politiche-amministrative ovvero provocare un ostacolo al loro concreto ed effettivo esplicarsi.