

# NEWSLETTER N. 21 ANNO VII

1 – 15 dicembre 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.aorre.com>  
email: [segreteria@aorre.com](mailto:segreteria@aorre.com)

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 7 dicembre 2021 n. 8180 – Appalti pubblici – Sulla differenza tra proposte migliorative e varianti nell’offerta tecnica** – Il Consiglio di Stato ha confermato il pacifico orientamento giurisprudenziale in tema di differenze tra proposte migliorative e varianti ai fini della valutazione delle offerte tecniche nelle procedure di gara con criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa:

- le prime, possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa comunque la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’amministrazione;

- le seconde, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante.

Nel caso esaminato, il Collegio ha qualificato come proposta migliorativa l’offerta del concorrente volta a realizzare un impianto antincendio a proprie spese, sebbene la *lex specialis* lo ponesse a carico della Stazione appaltante.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 dicembre 2021 n. 8148 – Appalti pubblici – Sul soccorso istruttorio** – Confermando un orientamento giurisprudenziale consolidato, il Consiglio di Stato ha ribadito che la Stazione appaltante, in sede di verifica del possesso dei titoli richiesti per la partecipazione alla gara in capo all’aggiudicatario, ben può attribuire a quest’ultimo un termine perentorio per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione resa in gara.

Il soccorso istruttorio, però, se è consentito nei casi in cui la documentazione prodotta dal concorrente risulti insufficiente, incompleta, errata o comunque inidonea a dimostrare il requisito dichiarato, non è, viceversa, ammesso per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 6 dicembre 2021 n. 8079 – Appalti pubblici – Sul subentro al concorrente originario nella procedura di gara** – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non possa escludersi, a fronte di vicende soggettive interessanti il candidato, motivate da effettive esigenze riorganizzative aziendali, il subentro nella posizione del concorrente originario, ai fini della partecipazione alla gara, dell’operatore economico che, acquisendo l’azienda sulla cui base il concorrente originario si era qualificato alla procedura, sostanzialmente prosegue l’esercizio dell’attività di impresa avvalendosi dei medesimi beni materiali e immateriali componenti l’azienda trasferita.

In tali ipotesi, infatti, si realizza un collegamento qualificato tra l’operatore subentrante e il concorrente originario idoneo a giustificare l’attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alla pubblica gara, purché non sia finalizzato a eludere la normativa imperativa regolante la partecipazione ad una gara pubblica.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 dicembre 2021 n. 8073 – Appalti pubblici – Sulla differenza tra subappalto e avvalimento** – Il Consiglio di Stato, nella sentenza in rassegna, pone a raffronto l’istituto dell’avvalimento con il differente istituto del subappalto, evidenziando come gli stessi non siano affatto sovrapponibili.

Più nello specifico, il Collegio ha precisato che, in caso di avvalimento c.d. operativo l’impresa ausiliaria si impegna a prestare al concorrente i requisiti di capacità tecnico-professionale necessari per l’esecuzione della prestazione dovuta al committente pubblico.

Il rapporto che ne deriva tra il concorrente e l’impresa ausiliaria, tuttavia, non potrà mai essere equiparato ad un rapporto di subappalto, in quanto all’impresa ausiliaria è demandato semplicemente lo svolgimento di una fase di cui si compone la prestazione da eseguire e sarà sempre e soltanto l’impresa avvalente ad essere controparte contrattuale della Stazione appaltante, ferma restando la responsabilità solidale di entrambe le imprese nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice.

Nel contratto di subappalto, invece, il terzo contraente assume l’incarico di eseguire una parte della prestazione promessa dall’appaltatore all’Amministrazione.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 3 dicembre 2021 n. 8047 – Appalti pubblici – Sulla commistione tra offerta economica ed offerta tecnica** – Il Consiglio di Stato, pur ribadendo il noto principio di separazione tra offerta tecnica ed economica – volto alla massima tutela della imparzialità e della parità di trattamento – ha precisato che nell’offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici, purché questi ultimi non siano idonei a ricostruire in via anticipata l’offerta economica nella sua interezza, o comunque aspetti economicamente significativi in grado di consentire alla commissione un apprezzamento anticipato sulla convenienza dell’offerta.

Tale valutazione, precisa la pronuncia in esame, deve essere fatta in concreto e non in astratto, verificando se effettivamente gli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica consentano, o meno, di ricostruire l’offerta economica.

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 7 dicembre 2021 n. 3693 – Appalti pubblici – Sull’impossibilità di premiare l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo** – Con la pronuncia in esame è stato chiarito che nelle procedure di gara indette sulla base del progetto esecutivo, e che contemplano quale criterio di aggiudicazione quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non è possibile attribuire un punteggio per l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d’asta.

Innovando rispetto al passato, in cui spesso l’aggiudicazione veniva disposta premiando elementi estranei al *proprium* della procedura (e, in particolare, in ragione dell’offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva), i Giudici siciliani hanno ritenuto tale pratica illegittima anche perché l’affidamento di opere e di servizi complementari richiede l’esperimento di una apposita procedura e deve essere legato a specifici requisiti.

**TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 7 dicembre 2021 n. 420 – Appalti pubblici – *Sull’obbligo di concludere una procedura di gara in mancanza di revoca della stessa* – Il TAR Molise ha affermato che sussiste l’obbligo in capo alla Stazione appaltante di concludere il procedimento di gara e di pronunciarsi con un provvedimento espresso sull’istanza di un concorrente tendente ad ottenere la conclusione della procedura concorrenziale.**

Nella specie, le operazioni di valutazione delle offerte si erano interrotte a causa della dimissione di due commissari che, tuttavia, non erano mai stati sostituiti; né l’Amministrazione aveva disposto la revoca degli atti di gara o dato comunicazione ai concorrenti della propria volontà di non aggiudicare l’appalto.

Il TAR ha pertanto ritenuto che la Stazione appaltante era obbligata a concludere la procedura di gara.

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III – sentenza 6 dicembre 2021 n. 12555 – Appalti pubblici – *Sulla qualificazione nella categoria prevalente e nelle categoria scorporabili ai fini della partecipazione ad una procedura di gara* – Con la pronuncia in rassegna, il TAR Lazio ha rilevato che, per la partecipazione ad una gara di lavori pubblici, è sufficiente che il concorrente abbia la qualificazione nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori e non è, pertanto, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili.**

Per queste ultime, infatti, il concorrente può affidare i relativi lavori in subappalto ad imprese che ne siano provviste, previa indicazione, nella fase dell’offerta, delle lavorazioni che intende subappaltare e successiva trasmissione alla Stazione Appaltante del contratto di subappalto.

**TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 6 dicembre 2021 n. 1052 – Appalti pubblici – *Sul principio di rotazione negli affidamenti diretti disposti durante il periodo emergenziale* – Con la sentenza in commento, i Giudici liguri hanno rammentato che la normativa emergenziale adottata per contrastare la pandemia da Covid-19, pur rimodulando la possibilità di affidare in via diretta i servizi pubblici, fa comunque salvo il rispetto del principio di rotazione.**

Quest’ultimo, come noto, è volto ad evitare il consolidamento di posizioni di favore dell’ultimo operatore economico che ha gestito il servizio rispetto agli altri presenti sul mercato, rappresentando una regola “inviolabile” delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia.

Per l’effetto, il Tribunale ha ritenuto illegittimo l’affidamento diretto disposto in favore del gestore uscente del servizio di trasporto scolastico, non potendo la mera differenza nella durata dell’affidamento rilevare per determinare la diversità del servizio.

**TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 6 dicembre 2021 n. 1051 – Appalti pubblici – *Sull’offerta tecnica non firmata digitalmente da tutti i componenti del r.t.i.* – Con la pronuncia in rassegna, il TAR Liguria ha ritenuto illegittima l’esclusione da una procedura di gara di un r.t.i. la cui offerta tecnica era stata sottoscritta digitalmente soltanto da una delle imprese raggruppate.**

Il Collegio ha, infatti, osservato che anche negli appalti pubblici deve abbracciarsi una tesi sostanzialistica e, per l’effetto, verificare se attraverso una lettura e un’interpretazione complessiva dell’offerta, la stessa sia comunque riconducibile a una o più imprese.

Nel caso di specie tale verifica ha dato esito positivo sulla base dell'avvenuta sottoscrizione della documentazione amministrativa, compresa la domanda di partecipazione, da parte di entrambe le imprese ricorrenti.

**TAR PIEMONTE, SEZ. I – sentenza 2 dicembre 2021 n. 1108 – Appalti pubblici – Sulla rilevanza temporale dell'obbligo dichiarativo delle condanne non automaticamente escludenti** – Con la sentenza in commento, il TAR Piemonte ha ritenuto che il termine di tre anni di cui al comma 10-bis dell'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici sia applicabile agli illeciti professionali contrattuali e alle condanne superiori ai tre anni stessi, mentre laddove la durata della condanna comminata sia inferiore ai tre anni non potrà che applicarsi il criterio del primo periodo del citato comma 10-bis, che impone una esclusione pari alla durata della pena dal passaggio in giudicato della sentenza.

Diversamente, si giungerebbe all'irragionevole conclusione che, in caso di condanna a pena inferiore ai tre anni con la pena accessoria del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione determinanti l'esclusione del concorrente, si avrebbe un'efficacia temporale della durata dell'esclusione minore di quella che si avrebbe nel caso di pena di due mesi e pochi giorni di reclusione soggetta a valutazione discrezionale della stazione appaltante.

## Enti locali

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 9 dicembre 2021 n. 7910 - Enti locali – Ordinanze – Sui presupposti dell'ordinanza contingibile ed urgente** – Con la sentenza in rassegna, il TAR Lazio ha chiarito che l'utilizzo dell'ordinanza *extra ordinem* per ottenere lo sgombero di alloggi abusivamente occupati è in astratto possibile ma solo in presenza di due concorrenti presupposti:

- i) danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o scadimento della qualità urbana;
- ii) incuria, degrado e occupazione abusiva di immobili.

Della sussistenza di tali presupposti deve esserne data contezza nella motivazione dell'ordinanza; al contrario, nel caso di specie, nulla era stato dedotto sul punto, con conseguente illegittimità dell'ordinanza contingibile e urgente.

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. II – sentenza 9 dicembre 2021 n. 3721 - Enti locali – Spese legali – Sulla giurisdizione del g.o. sul diniego al rimborso delle spese legali sostenute da un funzionario onorario della P.A.** – Con la pronuncia in commento, il TAR Sicilia ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario laddove il giudizio abbia ad oggetto l'impugnazione del diniego al rimborso delle spese legali sostenute da un funzionario onorario della P.A.

Sul punto, il Collegio ha richiamato la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 38387/2020), ove è stato affermato che *“la pretesa di rimborso delle spese processuali [...] non può che assumere la consistenza del diritto soggettivo perfetto, da esercitare davanti al giudice ordinario”*, considerato che non vi è un esercizio di un potere amministrativo tale da comportare l'affievolimento del diritto al rimborso delle spese legali da diritto soggettivo in interesse legittimo.

## Servizi di interesse economico generale

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 6 dicembre 2021 n. 361 – Servizi di interesse economico generale – Società in house – Sul riparto di giurisdizione in materia di società in house** – Nel caso esaminato, il TAR ha precisato che l’impugnazione delle delibere adottate dal C.d.A. di una società *in house*, aventi ad oggetto la proroga dell’incarico di Direttore Generale, deve avvenire dinnanzi al Giudice Ordinario.

Ciò in quanto, pur essendo le società *in house* considerabili una *species* delle società a partecipazione pubblica, i profili di specialità che connotano tali società – e la correlata contaminazione della disciplina pubblicistica – non incidono sulla nomina degli amministratori.

Del resto, l’art. 1, comma 3 del D.lgs. 175 del 2016 dispone che “*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”.

## Edilizia & Urbanistica

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II-QUATER – sentenza 13 dicembre 2021 n. 12832 – Edilizia & Urbanistica – Sul permesso di costruire per l’installazione di una pergotenda** – Con la pronuncia in commento, il TAR Lazio ha ribadito che l’installazione di una pergotenda, priva del carattere della precarietà, è subordinata al rilascio del permesso di costruire (e non al regime della CILA).

Nel caso sottoposto al vaglio del Collegio, tra l’altro, il manufatto non assolveva ad una funzione estetica, bensì “commerciale”, essendo strumentale all’attività di officina meccanica svolta nell’adiacente immobile “principale”. Né la destinazione funzionale di siffatta opera poteva dirsi temporalmente circoscritta, apparendo piuttosto stabile e durevole nel tempo; ciò, in considerazione delle dimensioni e dei materiali di costruzione che rendevano la struttura inidonea ad essere immediatamente smantellata.

Da qui la mancanza di precarietà rilevata dal Giudice nel caso di specie, attese le caratteristiche costruttive, dimensionali e funzionali, comportanti una sensibile alterazione dell’assetto edilizio preesistente, con conseguente aggravio del carico urbanistico.