

NEWSLETTER N. 7 ANNO VIII

1 – 15 aprile 2022



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

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 4 aprile 2022, n. 2466 - Appalti pubblici – *Sulla illegittima esclusione del concorrente per omesso rispetto di un termine perentorio* – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, ha chiarito che il mancato rispetto di un termine perentorio per determinati adempimenti non comporta sempre l'automatica esclusione del concorrente. Infatti, la Stazione Appaltante è tenuta ad adattare la prescrizione escludente al peculiare svolgimento della gara, bilanciando le contrapposte esigenze di garantire da un lato un celere ed efficiente svolgimento della procedura, e dall'altro la massima partecipazione. Con la conseguenza che l'esclusione dovrà essere disposta soltanto nel caso in cui sia effettivamente funzionale a perseguire lo scopo sotteso alla previsione di un termine perentorio. Nella fattispecie esaminata il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima l'esclusione del concorrente disposta per il mancato rispetto di un termine perentorio, in quanto adottata senza considerare le specifiche circostanze del caso da cui emergeva come tutte le esigenze poste a fondamento della perentorietà del termine erano state comunque garantite, sebbene il concorrente avesse riscontrato tardivamente la richiesta della Stazione Appaltante.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'appellante)

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 4 aprile 2022, n. 847 – Appalti pubblici – *Sul principio di rotazione negli affidamenti diretti* – Il TAR ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto dal gestore uscente del servizio di refezione scolastica di un Comune per contestare l'affidamento diretto ad un diverso operatore economico, in quanto carente di interesse. Infatti, l'impresa ricorrente non avrebbe mai potuto ambire ad ottenere l'affidamento, in ragione del principio di rotazione.

La sentenza ha precisato che detto principio trova giustificazione nell'esigenza di tutelare la concorrenza dal rischio che gli operatori risultati in precedenza aggiudicatari possano consolidare la propria posizione di rendita anticoncorrenziale. Da qui, il divieto di partecipazione alla procedura per il soggetto che sia stato già aggiudicatario o affidatario ovvero che sia stato già invitato alla selezione precedente, salvo che il nuovo affidamento avvenga tramite procedure aperte al mercato, in cui la Stazione appaltante non opera limitazioni al numero degli operatori tra cui effettuare la selezione.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto dell'Amministrazione appaltante)

Corte Costituzionale, sentenza del 4 aprile 2022 n.86 - Società partecipate – *Sui limiti che incontrano le P.A.* – Con la pronuncia in esame i Giudici della Consulta sono stati chiamati a pronunciarsi sul ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della Provincia Autonoma di Trento, avverso l'art. 34 della legge provinciale 17 maggio 2021, n. 7 per asserito contrasto con gli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 175 del 2016.

La Consulta, dopo aver ricordato che le suindicate disposizioni del TUSP “*individuano, pertanto, i limiti che incontrano le partecipazioni*

societarie delle pubbliche amministrazioni, imponendo – quale vincolo generale – lo stretto nesso strumentale fra le attività esercitate dalla società e le finalità istituzionali del socio pubblico e – quali limiti specifici – quelli individuati nel catalogo di cui al comma 2”, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

A detta dei giudici, infatti, “Nel caso di specie, l’oggetto della partecipazione prevista dall’impugnato art. 34, comma l’erogazione di servizi assicurativi, a pagamento, in tutto il territorio nazionale – eccede il menzionato limite generale, non essendo configurabile un legame di stretta necessità fra le attività esercitate dalla società ITAS spa e i fini istituzionali della Provincia autonoma di Trento, restando ininfluenti che la società rappresenti una realtà storicamente radicata nel territorio provinciale e la Provincia autonoma, ai sensi degli artt. 8 e 9 dello statuto speciale, sia titolare di competenza legislativa primaria in alcune materie che riguardano anche l’economia del territorio”.

La Corte, nel motivare la propria decisione, ha statuito che “Mentre l’art. 4, comma 1, TUSP, che regola le forme societarie per cui è ammessa la partecipazione pubblica, esclude sostanzialmente le società di persone – limitando a monte la scelta organizzativa degli enti – in ragione della natura pubblica delle risorse impiegate, l’art. 4, comma 2, che disciplina l’oggetto e i fini societari, mira a circoscrivere a valle l’impiego di risorse pubbliche per la partecipazione in società che non siano strettamente necessarie al perseguimento degli scopi tassativi ivi elencati”.

In tale contesto normativo “La partecipazione della Provincia autonoma nella società di mutua assicurazione ITAS spa si inserisce in un settore che non può definirsi «strettamente necessario» al perseguimento dei suoi fini istituzionali o allo svolgimento delle sue funzioni, non rientrando l’attività assicurativa nemmeno fra i «beni o servizi strumentali all’ente» partecipante (art. 4, comma 2, lettera d, TUSP), con effetti potenzialmente lesivi della tutela della concorrenza, atteso che, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, le norme che disciplinano restrittivamente le società pubbliche strumentali sono, tra l’altro, «dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali» (sentenza n. 229 del 2013)”.

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 6 aprile 2022, n. 2561 - Appalti pubblici – Sulla legittimità dell’esclusione disposta in ragione del collegamento sostanziale tra due società concorrenti nella medesima gara – Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha riconosciuto come legittima l’esclusione di una società da una gara di appalto di forniture, per collegamento sostanziale con altra impresa partecipante. In proposito, la pronuncia ha rilevato che detta conclusione è suffragata da una serie di elementi indiziari evidenziati dalla Stazione appaltante che depongono proprio nel senso di riconoscere la sussistenza di un unico centro decisionale tra le due imprese. Nella specie, infatti, esiste un regime di controllo societario, in quanto la società esclusa detiene oltre i $\frac{3}{4}$ delle partecipazioni dell’altra, sussistono incroci fra i soggetti titolari di cariche amministrative nelle due imprese, le offerte sono state trasmesse a distanza di pochi minuti l’una dall’altra e presentano svariati punti di

coincidenza, le due proposte economiche sono molto simili ed hanno presentato garanzia stipulata il medesimo giorno con la stessa banca e filiale.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II Quater, 7 aprile 2022, n. 4082 - Appalti pubblici – Sulla ammissibilità del cumulo alla rinfusa per i Consorzi Stabili – La sentenza in commento ribadisce che i Consorzi stabili possono legittimamente qualificarsi nelle procedure di affidamento di servizi e forniture mediante il c.d. “cumulo alla rinfusa”. Infatti, il Codice dei Contratti pubblici ha chiaramente accordato al consorzio stabile la possibilità di avvalersi dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria apportati dai singoli consorziati, da sommare ai requisiti maturati in proprio ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla *lex specialis* della gara.

TAR MOLISE, SEZ. I, 7 aprile 2022, n. 103 - Appalti pubblici – Sull’esonero dall’obbligo di rendere una specifica motivazione in caso di adesione alla convenzione Consip – Con la pronuncia in commento, il TAR ha sostenuto che la scelta di aderire alla convenzione Consip non richiede da parte dell’amministrazione una specifica motivazione dell’interesse pubblico che la sottende. Infatti, è noto che l’adesione alle convenzioni Consip consente di ottenere sia risparmi diretti, grazie al miglior prezzo offerto nell’ambito di una gara comunitaria ad evidenza pubblica, sia indiretti, consistenti nella riduzione dei costi per il potenziale contenzioso e dei tempi di avvio, espletamento e perfezionamento delle procedure di acquisto di beni e servizi. Con l’effetto che la scelta di aderire alla convenzione Consip esonera l’amministrazione dal rendere una specifica motivazione in proposito, essendo implicita l’utilità che essa ne trae.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III Quater, 5 aprile 2022, n. 3942 - Appalti pubblici – Sulla validità delle misure di *self cleaning* solo pro futuro – Il TAR Lazio ha ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui le misure di *self cleaning* hanno effetto solo pro-futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all’adozione delle misure stesse. Dunque, deve escludersi che esse possano assumere un effetto retroattivo e sanante nell’ambito della gara a cui l’impresa ha partecipato prima di adottare qualsivoglia misura di c.d. “dissociazione”.

La sentenza precisa altresì che l’accertamento della tempestività dell’adozione delle misure di *self cleaning* non richiede valutazioni discrezionali ma è obiettivo poiché non presuppone alcun margine di opinabilità, nel senso che le stesse o sono state adottate prima della partecipazione (e dunque sono tempestive) o sono state poste in essere dopo la partecipazione (e quindi sono tardive).

Servizi di interesse economico generale

T.A.R. SICILIA – CATANIA, SEZ. I, 4 aprile 2022, n. 964 – Servizi di interesse economico generale – Società partecipate - Sulla razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche – I giudici

siciliani hanno chiarito che la scelta del Comune di procedere alla messa in liquidazione di una società partecipata a seguito della ricognizione ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 175/2016 deve essere esternata con motivazione da inserire nella relazione tecnica per dare conto delle ragioni dell'ipotesi ritenuta sussistente (nel caso di specie art. 20 c. 2 lett. b) e del modello scelto (messa in liquidazione) per affrontarla.

Enti locali

T.A.R. ABRUZZO – PESCARA, 2 aprile 2022, n. 137 – Enti locali – Sulla competenza ad adottare un ordine di bonifica – Il TAR ha affermato che il Dirigente non è competente ad adottare un'ordinanza volta ad invitare il proprietario di un fondo a provvedere alla pulizia del terreno nel quale è stata rinvenuta la presenza di rifiuti abbandonati, mediante rimozione, recupero e smaltimento, con ripristino dello stato dei luoghi. Il Collegio ha precisato che detta potestà è riservata esclusivamente al Sindaco, con la conseguenza che l'ordinanza adottata dal Dirigente è illegittima per difetto di competenza.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 6 aprile 2022, n. 2556 – Edilizia & Urbanistica – Sulla necessaria conformità urbanistica per la realizzazione delle opere pubbliche – Con la pronuncia in esame, i Giudici di Palazzo Spada, hanno ricordato che la conformità urbanistica rappresenta presupposto necessario per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, in relazione alle quali si procede alla espropriazione. Ne consegue che l'eventuale incompatibilità con le previsioni urbanistiche, derivante da una localizzazione dell'opera in area con destinazione non conforme, richiede la preventiva adozione di specifica variante allo strumento urbanistico in vigore. Ha osservato, in particolare, il Collegio che, in tal senso sono le seguenti previsioni del d.P.R. n. 327/2001: i) l'opera da realizzare deve essere prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare deve essere stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio (art. 8); ii) un bene è sottoposto al vincolo preordinato all'esproprio nel momento in cui diviene efficace l'approvazione della variante (art. 9). L'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, quale fase funzionale a dare attuazione alla localizzazione dell'opera, presuppone pertanto la sussistenza della conformità urbanistica, non potendo quindi prescindere da tale preliminare attività, ipotizzando che l'apposizione del vincolo valga anche come variante allo strumento urbanistico.

T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. II, 5 aprile 2022, n. 2323 – Edilizia & Urbanistica – Sulla decadenza del permesso di costruire per mancato inizio dei lavori nel termine di un anno dal rilascio – Il TAR ha sostenuto la legittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione comunale ha dichiarato la decadenza di un

permesso di costruire, in seguito all'accertamento, svolto con apposito sopralluogo e rilievi fotografici, che i lavori non hanno mai avuto effettivo inizio e/o che è inesistente qualsivoglia traccia di effettiva attività edilizia in corso, a distanza di un anno dal rilascio del permesso.