

NEWSLETTER N. 13 ANNO VIII

1-15 luglio 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

Appalti pubblici

TAR CAMPANIA, SEZ. V, 14 luglio 2022, n. 4771 – Appalti pubblici – *Sul costo della manodopera inferiore al livello salariale minimo.* Con la sentenza in commento il TAR Campania ha ribadito che nel caso di offerta il cui costo della manodopera sia inferiore agli obblighi retributivi minimi, l'esclusione del concorrente rappresenta atto vincolato, indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso.

Infatti, ai sensi della disciplina vigente, un'offerta economica basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi per i lavoratori del settore, costituisce indice di inattendibilità economica dell'offerta stessa. Da qui la necessità di procedere all'esclusione del concorrente, considerato che le norme sono poste a tutela di diritti sociali e del lavoro di rilievo costituzionale.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I, 13 luglio 2022 n. 4731– Appalti pubblici – *Sulla sostituzione in corso di gara della consorziata.* Con la sentenza in commento il TAR Campania ha giudicato illegittima l'esclusione di un consorzio stabile da una gara, intervenuta sulla base di un'omessa dichiarazione da parte di una consorziata esecutrice di una precedente risoluzione contrattuale; il consorzio stesso, infatti, in corso di gara aveva tempestivamente inoltrato alla stazione appaltante formale richiesta di sostituzione della suddetta consorziata.

Infatti, nel caso in cui una consorziata abbia omesso la suddetta dichiarazione, la sostituzione dell'impresa deve essere consentita da parte della stazione appaltante anche prima della stipula del contratto e ciò sul rilievo che sono applicabili ai consorzi stabili le previsioni di cui ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs n. 50/2016, con la conseguenza ulteriore che, in caso di perdita dei requisiti ex art. 80, il rapporto può proseguire con altro operatore economico che sia costituito mandatario, oppure quest'ultimo è tenuto a eseguire le prestazioni direttamente o a mezzo degli altri mandanti.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I, 13 luglio 2022 n. 306 – Appalti pubblici – *Sulla revoca dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto.* Con la sentenza in commento, in tema di riparti di giurisdizione, si è inteso ribadire che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative ad un qualsiasi atto – a prescindere dal *nomen* utilizzato: annullamento, revoca, ritiro, recesso, dichiarazione di nullità contrattuale – con il quale la stazione appaltante pubblica receda *ex post* da un contratto già stipulato. La sottoscrizione dell'atto negoziale comporta il definitivo passaggio dalla fase pubblicistica (ove l'amministratore conserva poteri autoritativi di intervento in autotutela sugli atti amministrativi prodromici alla stipula) a quella privatistica, durante la quale il potere di autotutela scompare e il ritiro dal contratto si configura, nella sostanza, alla stregua di un recesso privatistico. In sintesi, la stipula del contratto segna tendenzialmente il limite tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV, 12 luglio 2022 n. 1668 – Appalti pubblici – *Sulla proroga tecnica del contratto.* Il TAR

Lombardia ha giudicato legittimo il provvedimento con il quale la P.A., in vista dell'esperienza di una procedura di evidenza pubblica, ha disposto, per alcuni mesi, la c.d. proroga tecnica di un contratto di appalto agli stessi patti e condizioni, qualora tale possibilità fosse stata prevista nel capitolato speciale e nel contratto. Il TAR Lombardia precisa, infatti, che il potere dell'amministrazione di disporre quella che è comunque una proroga tecnica del contratto – stante il dichiarato scopo di garantire la continuità di un servizio essenziale nelle more della conclusione della procedura di gara per scegliere il nuovo gestore – è stato specificamente previsto nell'accordo negoziale.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I, 11 luglio 2022 n. 1976 – Appalti pubblici – *Sulla possibilità di accogliere una domanda di risarcimento dal danno da mancata aggiudicazione, ove sia stata dichiarata l'illegittimità dell'aggiudicazione in s.g.* Secondo il TAR Campania – Salerno è possibile accogliere una domanda di risarcimento del danno, avanzata nei confronti della P.A. e derivante dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, nella eventualità in cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato impugnato in s.g. dal concorrente classificatosi al secondo posto in graduatoria, sia stato annullato dal G.A. in quanto illegittimo e sia risultato che, ove il contratto non fosse stato illegittimamente aggiudicato, il secondo classificato avrebbe avuto diritto ad aggiudicarsi la gara. Il TAR ha altresì precisato che la domanda di risarcimento del danno per equivalente, conseguente all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici, non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la relativa responsabilità è improntata – secondo le previsioni contenute nelle direttive europee – ad un modello di tipo oggettivo disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio.

TAR TOSCANA – FIRENZE, SEZ. I, 8 luglio 2022, n. 896 – Appalti pubblici – *Sull'impossibilità di rendere dichiarazioni in sede di presentazione dell'offerta telematica e doverosità del soccorso istruttorio.* Il TAR Toscana ha chiarito che nel caso in cui il modulo predisposto per la predisposizione dell'offerta economica, generato dalla piattaforma, non permetta l'inserimento delle dichiarazioni di cui all'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 (costi della manodopera e oneri per la sicurezza), sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al soccorso istruttorio nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura che non abbiano reso tali dichiarazioni, nel rispetto dei principi di trasparenza e proporzionalità che governano l'agire amministrativo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 8 luglio 2022, n. 5692 – Appalti pubblici – *Sul sindacato giurisdizionale in tema di anomalia dell'offerta.* Con la sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada rammentano i principi che regolano il sindacato giurisdizionale in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta, richiamando la più recente giurisprudenza sul punto. La verifica dell'anomalia dell'offerta è infatti finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che per definizione risulta insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata dalla parte ricorrente) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato

dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

TAR LAZIO, SEZ. III, 7 luglio 2022, n. 9338 – Appalti pubblici – *Sulla revoca della procedura di gara e relativo diritto all'indennizzo.*

Con la sentenza in commento, il TAR Lazio afferma che la determinazione di revoca di una procedura di gara disposta dalla stazione appaltante prima dell'apertura delle offerte tecniche, sulla base di una congrua motivazione relativa a profili attinenti al merito della programmazione dell'azione amministrativa, non determina alcun diritto all'indennizzo ex art 21 quinquies l. 241/90 in capo ai partecipanti.

Infatti, tale intervento di autotutela non incide su un provvedimento di attribuzione di vantaggi economici, ed essendo intervenuto in una fase non avanzata della procedura, non fa emergere consolidate posizioni di maturato affidamento circa il conseguimento della concessione in capo ai partecipanti alla selezione.

TAR LAZIO, SEZ III, 7 luglio 2022, n. 9319 – Appalti pubblici – *Sul dies a quo della decorrenza degli interessi di mora sul compenso revisionale.*

Il Collegio innanzitutto rammenta che sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo, nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla pubblica amministrazione committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione. Nel merito, i giudici hanno osservato che ai fini dell'applicazione della c.d. mora automatica al compenso revisionale non rileva affatto la scadenza, legale o contrattuale, per il pagamento dei corrispettivi di servizio originari, cioè non (ancora) revisionati, non costituendo esso un diritto soggettivo perfetto, quanto più un interesse legittimo rispetto al potere-dovere della stazione appaltante di provvedere in merito all'istanza presentata dall'impresa interessata. In conclusione, per la decorrenza degli interessi di mora deve aversi riguardo alla determinazione amministrativa sulla spettanza del compenso revisionale, dovendosi escludere che prima di questa possa trovare applicazione l'interesse legale di mora stabilito per le transazioni commerciali dal d.lgs. n. 231 del 2002.

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 6 luglio 2022, n. 1600 – Appalti pubblici – *Sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica.*

La sentenza in commento ha ribadito il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, che rappresenta espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, finalizzato a garantire trasparenza e par condicio tra i concorrenti e posto a presidio dei più ampi principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Tale principio deve essere rispettato nel concreto, e non in astratto, avendo riguardo agli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che devono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al sedgio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 5 luglio 2022 n. 5589 – Appalti pubblici – *Sugli elementi distintivi dell’annullamento in autotutela e della revoca dell’aggiudicazione.* I Giudici di Palazzo Spada precisano gli elementi che valgono a distinguere l’annullamento in autotutela dalla revoca dell’aggiudicazione: in particolare, va qualificato come annullamento in autotutela, e non come revoca dell’aggiudicazione, un provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha posto nel nulla l’atto di individuazione e nomina della ditta risultata prima in graduatoria, che sia motivato con riferimento ad un profilo genetico di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, ancorché accertato successivamente alla stipula del contratto: *id est* il difetto, in capo al concorrente risultato vittorioso, di un requisito di partecipazione alla gara.

TAR TOSCANA, SEZ. I, 4 luglio 2022, n. 885- Appalti pubblici- *Sulla scelta della stazione appaltante di non aggiudicare la gara.* Con la sentenza in rassegna, i giudici toscani confermano la legittimità della scelta della stazione appaltante di non aggiudicare la gara, nonostante fosse già intervenuta una proposta di aggiudicazione della Commissione, nel caso in cui risulti da un’istruttoria svolta dalla stessa che le offerte non siano più remunerative a causa dell’incremento dei prezzi delle materie prime. Viene inoltre precisato che la valutazione di “anti economicità” dell’opera prescinde dall’applicazione degli strumenti di adeguamento e compensazione dei prezzi previsti dalla normativa vigente, in quanto si pone in una fase necessariamente antecedente, avendo a riferimento l’esame della situazione in quel momento esistente e le circostanze sopravvenute rispetto alla delibera di indizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 1° luglio 2022 n. 5499 – Appalti pubblici – *Sulla discrezionalità della stazione appaltante nel valutare, ai fini dell’ammissione in gara, le dichiarazioni omesse o inventiere dei concorrenti.* Con la sentenza in argomento, il Consiglio di Stato, in tema di partecipazione alle gare di appalto, ha ritenuto che la comunicazione eventualmente omessa o non veritiera afferisce a elementi funzionali all’ammissione alla procedura, come tali rientranti comunque nell’art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 e rimessi ad apprezzamento della stazione appaltante; di conseguenza, il Consiglio di Stato ha stabilito che è legittima l’ammissione in gara di un concorrente che ha resa edotta la P.A. della situazione in essere, e la medesima P.A., con valutazione esente da vizi logici, non abbia ravvisato alcun correlato motivo escludente.

Edilizia & Urbanistica

TAR PUGLIA, BARI, SEZ. III, 8 luglio 2022, n. 976- Edilizia ed urbanistica- *Sulla realizzazione di un impianto fotovoltaico integrato nel tetto*- Con la sentenza in rassegna, i giudici pugliesi hanno affermato l’illegittimità di un provvedimento di diniego emesso dal Comune che intendeva vietare l’installazione di pannelli fotovoltaici sul tetto di un immobile sito nell’ambito della zona Z.T.O, in quanto fondato su delibera approvativa di un regolamento comunale in aperto contrasto con una fonte di grado superiore. In altri termini, a fronte di una legge regionale che autorizza l’installazione di pannelli fotovoltaici in zona A

territoriale omogenea, il Comune non può isolare un frammento della stessa Zona A, quale il Nucleo Antico, al fine di ripristinare un regime di divieto, che il legislatore regionale aveva già fatto cadere.

TAR SARDEGNA, SEZ. I, 4 luglio 2022, n. 472 – Edilizia ed Urbanistica – *Sull'esercizio del potere di autotutela.* Il Collegio ha considerato legittimo un provvedimento di diniego di esecuzione di lavori in un'area protetta della costa sarda, adottato dall'amministrazione a seguito dell'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del precedente parere favorevole. Nel caso di specie, in un primo momento l'Ufficio regionale aveva espresso parere favorevole all'intervento prospettato; in seguito, sollevati alcuni dubbi sulla regolarità dei lavori in corso da parte degli organi di stampa, veniva avviato un nuovo sopralluogo e la Soprintendenza operava un riesame della pratica, conclusosi nel senso dell'annullamento del precedente parere espresso.

Tale comportamento dell'amministrazione risulta del tutto legittimo, considerato che l'esercizio del potere di autotutela è espressione di una rilevante discrezionalità e che, nel caso di specie, deve tenere conto del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati.