

NEWSLETTER N. 17 ANNO VIII

1-15 ottobre 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

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 11 ottobre 2022, n. 8685 - Appalti pubblici - *Sulla partecipazione alle gare pubbliche delle imprese ammesse al concordato preventivo e sul soccorso istruttorio*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha chiarito che, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche delle imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, deve ritenersi necessario sia l'ottenimento dell'autorizzazione del competente organo della procedura fallimentare, sia l'acquisizione della relazione di un professionista abilitato contenente le attestazioni di conformità al piano concordatario e di ragionevole capacità di adempimento del contratto, ai sensi dell'art. 186 bis della legge fallimentare, dei quali adempimenti si trova riscontro anche nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019).

Sotto altro e diverso profilo, i giudici hanno altresì evidenziato che è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d'appalto (eventualmente anche ai sensi dell'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), risultando anzi necessario al fine di evitare l'infinito protrarsi della fase evidenziale precedente; il principio vale a maggior ragione nel caso in cui la fissazione di un termine è stabilita dalla legge di gara.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell'amministrazione appellata)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 11 ottobre 2022, n. 8681 - Edilizia & Urbanistica - *Sul concetto di volume edilizio* - Con la pronuncia in rassegna, il Consiglio di Stato ha ritenuto che solo in presenza di un manufatto perfettamente chiuso su tutti i lati si possa avere un c.d. volume edilizio.

Nel caso sottoposto all'esame dei giudici di Palazzo Spada, il fabbricato oggetto di causa, prima dei lavori eseguiti, era chiuso da pareti verticali solo su due lati, mentre nei restanti due erano presenti unicamente setti murari molto parziali e grate in metallo che non arrivavano sino al tetto di copertura.

Pertanto, a giudizio del Collegio, poiché il manufatto preesistente non era perfettamente chiuso su tutti i lati, non poteva essere considerato un volume edilizio, con la conseguenza che l'intervento realizzato ha, incontrovertibilmente, creato nuova cubatura.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell'amministrazione appellata)

TAR VENETO, SEZ. II, 10 ottobre 2022, n. 1520 - Appalti pubblici - *Sul concetto di falsa dichiarazione ai sensi dell'art.80, comma 5, lett. f-bis del Codice* - I Giudici, aderendo ai principi espressi dall'Adunanza plenaria n.16/2020 del Consiglio di Stato, hanno chiarito che l'esclusione automatica ex art.80, comma 5, lett. f-bis del Codice ha carattere residuale rispetto alle altre fattispecie espulsive ed è applicabile solo nelle ipotesi, di non agevole verifica, in cui le dichiarazioni rese o la documentazione prodotta in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità. Nella specie, il TAR ha ritenuto che non integrasse i presupposti della norma la circostanza che il concorrente, con la tabella inserita a corredo delle giustificazioni, con grafica simile a quella delle tabelle ministeriali, avesse indicato i costi del personale dallo stesso applicati, in quanto

semplicemente riparametrati rispetto a quelli previsti dalle suddette tabelle ministeriali, mancando l'incontrovertibile falsità del documento. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della ricorrente)

TAR PIEMONTE, TORINO, SEZ. I, 6 ottobre 2022, n. 801, Appalti pubblici – Sulla congruità dell'offerta relativamente ai costi della manodopera - Con la pronuncia in rassegna, i giudici del TAR Piemonte hanno ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui l'eventuale scostamento del costo della manodopera rispetto ai valori medi indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, D.Lgs. n. 50/2016 non comporta un giudizio automatico di anomalia e inadeguatezza dell'offerta, costituendo detti valori un mero parametro di riferimento, fermo restando il necessario rispetto dei minimi salariali retributivi. (Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della controinteressata aggiudicataria)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 13 ottobre 2022, n. 8745 - Appalti pubblici - Sul diritto di accesso agli atti della P.A., in particolare sull'accesso alla relazione del RUP sul conto finale relativo allo stato di consistenza delle opere realizzate ed alla relativa contabilità - Il Consiglio di Stato si è pronunciata sul tema del diritto di accesso agli atti della P.A. e, in particolare, alla relazione del RUP, avente ad oggetto il conto finale relativo allo stato di consistenza delle opere pubbliche realizzate. Il Collegio, anche in applicazione del principio secondo cui "Le ipotesi di esclusione del diritto di accesso hanno, invero, natura eccezionale e come tali sono di stretta interpretazione e non suscettibili di essere applicate analogicamente", ha osservato come l'attuale disciplina codicistica (D.lgs. 50/2016) in materia di accesso non sottrae più dette relazioni dalla documentazione accessibile dai soggetti interessati.

TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 13 ottobre 2022, n. 2246 - Appalti pubblici – Sul rapporto tra il PEF e l'offerta economica presentati in gara dall'operatore economico.

I giudici del TAR Lombardia hanno chiarito che il PEF è il documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità.

Secondo i giudici, il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale perché dà modo all'amministrazione di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell'offerta economica del concorrente. In tale prospettiva, deve essere dichiarata inammissibile l'offerta economica di un operatore economico che ha presentato in gara un PEF con evidenti difformità rispetto quanto prescritto negli atti di gara.

TAR LOMBARDIA - BRESCIA, SEZ. I, sentenza 12 ottobre 2022, n. 939 - Appalti pubblici - Sul conflitto di interesse nelle gare di appalto - Con la sentenza in rassegna, il TAR Brescia, in tema di conflitto di interesse nelle gare di appalto, ha ritenuto che l'ambito di

applicazione soggettivo della disciplina normativa di cui agli artt. 42, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 e 7 D.P.R. n. 62/2013 debba intendersi limitato a coloro che, anche se non strettamente legati da un rapporto di servizio con la stazione appaltante, partecipino in qualche modo alla procedura di evidenza pubblica, o effettuando il confronto competitivo tra le offerte, o compiendo atti presupposti, connessi o consequenziali.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. IV, 10 ottobre 2022, n. 6214 - Appalti pubblici - *Sulla partecipazione dell'impresa ausiliaria ad un diverso lotto* - I giudici del Tar Napoli chiariscono che, nel caso di gara articolata in più lotti autonomamente funzionali, è possibile la partecipazione dell'impresa, ausiliaria in un lotto, in via autonoma a un altro lotto rispetto a quello per il quale ha 'prestato' i requisiti ad altra impresa concorrente.

Ciò in ragione del fatto che costituisce ormai un principio consolidato in giurisprudenza quello per cui di norma la gara articolata in più lotti non costituisce una unica procedura ma tante gare autonome e distinte quante sono i lotti; pertanto i singoli lotti non subiscono interferenze per effetto delle vicende che attengono gli altri lotti.

TAR MARCHE, SEZ. I, 6 ottobre 2022, n. 566, Appalti pubblici – *Sulla rilevanza del decreto penale di condanna quale grave illecito professionale* - Nella sentenza in rassegna, i giudici hanno delineato i casi in cui un decreto penale di condanna debba essere considerato rilevante ai sensi dell'art. 80 del Codice e, conseguentemente, debba essere dichiarato dall'operatore economico all'atto della partecipazione alla gara.

In primo luogo, ove un decreto penale di condanna sia stato emesso per uno dei reati di cui all'art. 80, comma 1 e 2, lo stesso è rilevante ai fini dell'automatica esclusione da una procedura di gara, solo qualora lo stesso sia divenuto irrevocabile, ossia non più soggetto a impugnazione. Al di fuori delle fattispecie di reato dettate dall'art. 80, commi 1 e 2, i decreti penali, indipendentemente dalla definitività degli stessi, possono costituire fatti rilevanti da dichiarare ove afferenti a ipotesi di reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, di diritto ambientale, sociale e del lavoro, violazioni queste che certamente rientrano nelle casistiche indicate dall'art. 80, comma 5, lett. a) e lett. c), del codice dei contratti.

Ove, invece, il decreto non riguardi nessuna delle anzidette fattispecie per cui scatta l'obbligo dichiarativo, lo stesso è inutilizzabile ai fini della formulazione di un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II, sentenza 4 ottobre 2022, n. 6159 - Appalti pubblici - *Sulla necessità di specificare nell'offerta il costo della manodopera* - Con la sentenza in commento, il TAR Campania ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui l'omessa indicazione del costo della manodopera in sede di offerta, in mancata ottemperanza alla previsione di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, comporta necessariamente l'esclusione del concorrente da una gara di appalto. I giudici hanno altresì chiarito che la necessaria indicazione specifica e preventiva nell'offerta economica del costo della manodopera è volta a salvaguardare la correttezza e la trasparenza

del comportamento del concorrente nei confronti del personale da impiegare nell'esecuzione della prestazione contrattuale, imponendogli fin dall'inizio del procedimento di gara, chiarezza circa il trattamento economico allo stesso destinato.

TAR BASILICATA, SEZ. I, 4 ottobre 2022, n. 1949. Appalti pubblici – *Sul principio di continuità del possesso dei requisiti soggettivi* - Con la sentenza in commento è stato confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'operatore economico, ai fini di una legittima ammissione e partecipazione alla procedura di gara, deve essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice non solo all'atto di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della stessa e financo durante la fase esecutiva, in virtù del noto principio di continuità nel possesso dei requisiti soggettivi. Il medesimo principio di continuità impone all'amministrazione di verificare che il concorrente non si trovi, per tutta la durata della procedura di gara, neppure temporaneamente, in alcuna delle situazioni rilevanti ai fini dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, 3 ottobre 2022, n. 6064–Contratti pubblici – *Sulla modifica soggettiva in diminuzione di un RTI a seguito della perdita di un requisito soggettivo di una mandante*

I giudici del TAR Napoli hanno ritenuto che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara in applicazione dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice; laddove si verifichi la predetta ipotesi, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove quest'ultimo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, deve assegnargli un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

TAR SARDEGNA, SEZ. II, sentenza 3 ottobre 2022, n. 646 - Appalti pubblici - *Sul metodo di valutazione del grave illecito professionale* - Con la sentenza in commento, il TAR Sardegna ha rilevato che la S.A., chiamata a esprimere una valutazione discrezionale sulla rilevanza degli illeciti pregressi, deve articolare il relativo percorso logico su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: il primo, atto a rilevare che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; il secondo, per mettere in relazione, il fatto così qualificato, con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità nella specifica procedura di gara interessata. I Giudici, inoltre, aggiungono che, laddove, poi, la violazione contestata riguardi condotte tenute nell'esecuzione di un precedente contratto, l'Amministrazione dovrà ulteriormente approfondire la questione, anche a livello motivazionale, valutando e illustrando l'effettiva "gravità" dell'illecito alla luce, tra l'altro, della sanzione applicata e del

tempo trascorso dalla violazione, come espressamente richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. c-ter, ultima parte, del Codice.

Servizi di interesse economico generale

CONSIGLIO DI STATO, V, 3 ottobre 2022, n. 8472 - Servizi di interesse economico generale - Società mista - Sulla giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario - Con la sentenza in commento, il Collegio ha rilevato come, a fronte di una c.d. gara a doppio oggetto, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia sorta tra la società individuata quale socio e la società mista pubblico-privato in materia di esecuzione del contratto, trattandosi di controversia interna tra soggetti di diritto privato, che non ricade in alcuna ipotesi normativa di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non essendo comunque applicabile la norma che assegna al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni (art. 133, comma 1, lett. c), cpa, poiché il rapporto (concessorio o derivante da contratto di servizio) intercorre unicamente tra la società mista e il soggetto pubblico socio di maggioranza.

TAR ABRUZZO - L'AQUILA, SEZ. I, 13 ottobre 2022, n. 370 - Servizi di interesse economico generale - Farmacia comunale - Sull'apertura di una nuova sede farmaceutica secondo il criterio topografico – Con la sentenza in commento, i giudici hanno chiarito che le farmacie rurali, istituite sulla base del criterio topografico, possono essere realizzate anche a una distanza inferiore a 3000 metri rispetto alle farmacie esistenti, sulla base di una attenta valutazione da effettuare in relazione alla singola fattispecie concreta che dia conto dell'interesse pubblico (preminente) ad assicurare la massima diffusione del servizio farmaceutico anche in zone svantaggiate. Nel caso di specie, si trattava di una frazione comunale versante in condizioni di isolamento e disagio rispetto al centro cittadino a causa della scarsa viabilità.

Enti locali

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. I, 11 ottobre 2022, n. 1575 – Enti locali - Ordinanze – *Sui presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente* - Con la pronuncia in commento, il TAR ha ritenuto legittima l'ordinanza contingibile e urgente adottata per disporre la chiusura immediata di una struttura ricettiva turistica priva di agibilità. Ad avviso del Collegio, infatti, le molteplici criticità della struttura rilevate in sede di sopralluogo, effettuato dai competenti uffici comunali, integrano il presupposto legale del pericolo grave per la pubblica incolumità, la sicurezza urbana e l'integrità fisica della popolazione, legittimante, ai sensi dell'art. 54 del T.U.E.L., l'adozione di apposita ordinanza contingibile e urgente da parte del Sindaco.

Edilizia &

Urbanistica

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I, 13 ottobre 2022, n. 678 – Edilizia & Urbanistica – *Sull’abuso edilizio commesso su un’area di proprietà dell’Ente locale* - Con la sentenza in commento, il TAR ha rammentato che l’art. 35 D.P.R. 380/2001 sanziona con particolare rigore l’abuso edilizio commesso dal privato sul suolo pubblico.

In particolar modo, la disposizione non contempla alcuna ipotesi alternativa alla demolizione, essendo evidentemente preordinata ad evitare l’indebito utilizzo del bene di proprietà pubblica per cui, nei casi di edificazione *contra legem*, non occorre alcun accertamento ulteriore dovendosi verificare solo che il suolo interessato dall’intervento sia di proprietà pubblica e che nessun titolo è stato rilasciato.