

NEWSLETTER N. 1 ANNO IX

1-15 gennaio 2023



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) 02.37908008

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 16 gennaio 2023, n. 502 - Appalti pubblici - *Sull'avvalimento avente ad oggetto una certificazione di qualità* - I giudici di Palazzo Spada con la sentenza in commento si sono espressi sulla possibilità di fare ricorso all'avvalimento concernente una certificazione di qualità senza l'indicazione in concreto delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'impresa ausiliata.

Sul punto, i giudici hanno affermato che, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità.

Pertanto, l'avvalimento che ha ad oggetto una certificazione deve essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il *know how*, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

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

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE, ordinanza del 21 dicembre 2022, n. 28463 - Appalti pubblici - *Sulla legittima esclusione del concorrente in concordato preventivo non integrato dall'autorizzazione del tribunale* - Con la pronuncia in rassegna, la Suprema Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'impresa per lamentare la violazione del limite esterno alla giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, il quale, nel confermare la legittimità dell'esclusione della ricorrente, si sarebbe sostituito alla stazione appaltante, integrando la motivazione del provvedimento escludente.

Nel caso sottoposto all'esame dei giudici, la Stazione appaltante aveva estromesso un operatore economico interessato, durante lo svolgimento della gara, da un procedimento di concordato preventivo, cui non era mai seguita l'autorizzazione del tribunale. Tale circostanza aveva determinato un'interruzione nel continuato possesso dei requisiti generali, con effetto escludente, la cui legittimità era stata dichiarata sia dal TAR che dal giudice di appello.

La Corte ha ritenuto inammissibile la prospettata violazione del limite esterno alla giurisdizione poiché il Consiglio di Stato non ha integrato la motivazione del provvedimento, bensì ha verificato l'esistenza di una condizione che consente la partecipazione alle gare pubbliche anche all'impresa in concordato preventivo, ossia l'autorizzazione del tribunale.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR Avvocati per conto della Stazione Appaltante).

TAR MILANO - LOMBARDIA, SEZ. IV, 2 gennaio 2023, n. 19 - Appalti pubblici - *Sul provvedimento di esclusione per gravi illeciti professionali* - Si è affermato in tale occasione che fatti di rilevanza penale che coinvolgono un procuratore speciale dell'operatore economico, sebbene non ancora accertati con sentenza, possono potenzialmente incidere sulla moralità professionale dell'impresa.

Per tali ragioni, è stato ritenuto legittimo un provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante che abbia vagliato adeguatamente l'incidenza negativa sulla moralità professionale dell'operatore economico dell'illecito professionale commesso da un soggetto avente un ruolo apicale nella società concorrente.

In conclusione, si è ribadito che non occorre un giudizio sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni di inaffidabilità giustificanti la sua esclusione, poiché l'amministrazione è investita di un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell'Amministrazione resistente)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 3 gennaio 2023, n. 1 - Appalti pubblici - Sull'ambito operativo della procedura di correzione di errore materiale - La pronuncia in commento ha precisato che la procedura di correzione di un errore materiale, trattandosi di un procedimento privo di connotati giurisdizionali e di natura sostanzialmente amministrativa, può essere attivata anche d'ufficio, senza istanza di parte ed in ogni tempo (ex art. 391-bis, prima comma, del c.p.c., applicabile anche nei giudizi innanzi al Consiglio di Stato).

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, 13 gennaio 2023, nn. 2 e 3 - Appalti pubblici- Sull'incremento del quinto in caso di raggruppamento misto- Con due sentenze gemelle, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede per il raggruppamento orizzontale che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorzziata a condizione che essa sia qualificata per una classifica parti ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento cd misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo di lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 16 gennaio 2023, n. 526 - Appalti pubblici - Sull'impugnazione del bando-tipo predisposto dall'ANAC - Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato la necessità di impugnare anche il bando tipo predisposto dall'ANAC nell'eventualità in cui la Stazione appaltante ne abbia riprodotto il contenuto nel disciplinare di gara. Il Consiglio di Stato ha chiarito che nel momento in cui il bando-tipo è stato adottato, esso costituisce un parametro dell'azione amministrativa delle stazioni appaltanti nel senso che queste ultime sono tenute ad uniformarsi allo stesso mantenendo una limitata facoltà discrezionale di deroga. Conseguenza logica è che il bando-tipo costituisca atto presupposto del successivo bando e disciplinare di gara adottato dalla S.A. quante volte abbia riprodotto il contenuto del primo nei successivi atti adottati. Secondo il Consiglio di Stato, il predetto rapporto tra gli atti comporta l'onere per il ricorrente di rivolgere la propria impugnazione anche avverso il livello di regolazione immediatamente superiore rispetto a quello immediatamente lesivo, altrimenti ottenendo una sentenza

inutiliter data, attestandosi l'azione del ricorrente come inammissibile per carenza originaria dell'interesse a ricorrere.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 12 gennaio 2023, n. 434 - Appalti pubblici - *Sull'attestazione SOA* - Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la perdita dei requisiti d'ordine speciale relativi alla partecipazione ad una gara di appalto, non può essere recuperata attraverso dichiarazioni postume della medesima società di attestazione, secondo cui l'impresa interessata sarebbe "rimasta in possesso, senza soluzione di continuità, dei requisiti d'ordine speciale". I Giudici di Palazzo Spada hanno poi statuito che, in ordine alla possibilità di surrogare l'attestazione SOA con dichiarazioni provenienti dallo stesso organismo di attestazione, non è possibile riconoscere effetti retroattivi a dette dichiarazioni, così da acquisire ora per allora un requisito di qualificazione del quale, al momento in cui era richiesto, non era in possesso. Tale riconoscimento, infatti, contrasta con la chiara indicazione dell'art. 75, comma 7, d.P.R. n. 5 ottobre 2010, n. 207, che, nel secondo periodo, precisa che "dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5", vale a dire il termine di validità dell'attestazione SOA.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 11 gennaio 2023, n. 384 - Appalti pubblici - *Sulla scelta della PA di non aggiudicare una gara a seguito di pronuncia giurisdizionale* - A seguito di un giudicato favorevole che ha accertato in capo all'operatore economico il diritto all'aggiudicazione e al subentro nel relativo contratto, l'Amministrazione non può decidere di non procedere all'aggiudicazione motivando sull'art. 95, comma 12, a mente del quale "*le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*".

Si deve, in effetti, evitare che, in presenza di un giudicato che riconosce al ricorrente vittorioso il diritto all'aggiudicazione, il bene della vita attribuito dalla sentenza di cognizione sia vanificato dalla decisione discrezionale dell'amministrazione di non aggiudicare.

TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. II, 16 gennaio 2023, n. 81 - Appalti pubblici - *Sull'ammissibilità del soccorso istruttorio in relazione ad elementi non essenziali dell'offerta tecnica* - Il soccorso istruttorio è notoriamente un istituto volto a sopperire a talune mancanze della documentazione apportata in gara da un operatore economico e di norma non trova applicazione per colmare mancanze riguardanti l'offerta tecnica ed economica.

I giudici del TAR Palermo hanno, tuttavia, evidenziato che l'istituto in commento non trova applicazione solo in riferimento alla fase iniziale della gara, ossia in relazione ai requisiti di partecipazione, ma può essere applicato dalla stazione appaltante anche nella successiva fase di valutazione delle offerte. In quest'ultimo caso è però necessario che le omissioni o carenze della documentazione tecnica e/o economica non assumano i caratteri dell'irregolarità essenziale, ossia la carenza di un elemento ritenuto parte essenziale dell'offerta stessa, in assenza o in modifica del quale vi sarebbe un'inammissibile integrazione/modifica dell'offerta.

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 13 gennaio 2023, n. 321 - Appalti pubblici - *Sulle violazioni non definitivamente accertate* - Si è

affermato in tale circostanza che un debito tributario non definitivamente accertato di importo elevato può costituire un elemento valutabile ai fini dell'interruzione del rapporto di fiducia tra operatore economico e pubblica amministrazione, ma non può rappresentare l'unico elemento sul quale si fonda il provvedimento di esclusione, realizzandosi altrimenti un sostanziale automatismo espulsivo.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VI, 12 gennaio 2023, n. 276 - Appalti pubblici - *Sulla legittima revoca di una gara pubblica* - Con la sentenza in commento i Giudici partenopei hanno chiarito che è legittima la revoca di una gara pubblica in due distinte circostanze: la prima si verifica laddove la Stazione Appaltante dimostri la presenza di obiettive esigenze di interesse pubblico, che rendano evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa; la seconda laddove, anche in assenza di ragioni sopravvenute, la revoca sia la risultante di una rinnovata e differente valutazione dei medesimi presupposti. In tali casi, il concorrente alla gara è titolare di un affidamento non qualificato che giustifica un'attenuazione dell'onere motivazionale facente carico alla Pubblica amministrazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 11 gennaio 2023, n. 388 - Appalti pubblici - *Sull'irrilevanza dell'eccessiva durata della procedura di gara* - I giudici hanno chiarito che l'eccessiva durata della procedura di gara non incide in alcun modo sulla validità del provvedimento finale adottato dalla Stazione appaltante, specie qualora l'eccessiva durata sia dovuta alla presentazione di numerose offerte da valutare e verificare. L'operatore economico potrà al massimo avvalersi della tutela prevista dalla normativa per contrastare eventuali inerzie dell'amministrazione.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I, 9 gennaio 2023, n. 113 - Appalti pubblici - *Sul mancato rispetto dei requisiti minimi dell'offerta* - Con la pronuncia in commento, il TAR ha affermato che l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, vale solo se la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, sia perché espressamente definite come tali nella disciplina di gara, sia perché la descrizione che se ne fa nella *lex specialis* è tale da farle emergere come qualità essenziali nella prestazione richiesta.

Laddove sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale.

TAR LOMBARDIA, SEZ. II, 9 gennaio 2023, n. 107- Appalti pubblici - *Sull'onere di prova dell'aumento dei prezzi* - Spetta all'operatore economico che intenda avvalersi della revisione dei prezzi contrattuali fornire concreta prova dell'aumento dei costi non genericamente, ma con specifico riferimento al contratto in corso di esecuzione e con riferimento ad eventi imprevisi ed imprevedibili che vi abbiano dato causa. In assenza di tali prove, l'istanza di revisione è legittimamente rigettata dalla stazione appaltante.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. II, 5 gennaio 2023, n. 32 - Appalti pubblici - *Sull'impossibilità di accoglimento della domanda di*

Edilizia & Urbanistica

risarcimento del danno da mancata aggiudicazione - Con la pronuncia in commento il Tar ha affermato che non è possibile accogliere una domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione di una gara d'appalto nell'eventualità in cui la parte danneggiata non si sia utilmente e tempestivamente avvalsa degli strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento al fine di evitare il danno. Di fatti, il TAR ha osservato che la mancata attivazione di tutte le azioni volte a scongiurare il danno, pur non ponendo un problema di ammissibilità dell'*actio damni*, è idonea ad incidere sulla fondatezza della domanda risarcitoria, rilevando sul piano del nesso di causalità, piuttosto che su quello dell'ingiustizia del danno. In particolare, la scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe probabilmente evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione del canone di buona fede e dell'obbligo di cooperazione, spezza il nesso causale fra provvedimento e pregiudizio e, per l'effetto, in forza del principio di autoresponsabilità codificato dall'art. 1227, comma 2, c.c., comporta la non risarcibilità del danno evitabile.

TAR LAZIO, SEZ. II STRALCIO, 10 gennaio 2023, n. 340 – Edilizia & Urbanistica - *Sul mutamento di destinazione d'uso abusivo* - È legittimo il provvedimento con il quale il Comune ha ordinato la demolizione di manufatti abusivi, nel caso in cui si tratti di opere realizzate senza il preventivo rilascio del permesso di costruire. In particolare, nel caso di specie la realizzazione di tali opere ha comportato una vera e propria variazione essenziale che ha integrato un cambio di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome, con modificazione dello stato edilizio e incidenza sul carico urbanistico dell'immobile.

Il provvedimento comunale, dunque, si rivela atto del tutto vincolato, teso a ripristinare la legalità urbanistico-edilizia dei luoghi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 2 gennaio 2023, n. 1 – Edilizia & Urbanistica - *Sulla motivazione necessaria per l'approvazione di uno strumento urbanistico generale*- Con la pronuncia in commento, il Collegio ha chiarito che è del tutto legittima la scelta operata da un Comune di mutare la destinazione urbanistica precedente di un terreno ai fini di una maggiore salvaguardia dell'area, se la scelta risulta coerente con i principi contenuti nella relazione che accompagna lo strumento urbanistico. Ed infatti, ulteriori e specifiche motivazioni sono richieste esclusivamente in presenza di una situazione di aspettativa qualificata in capo al privato, o in caso di abnorme illogicità e/o contraddittorietà.