

NEWSLETTER N. 20 ANNO VIII

16-30 novembre 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) 02.37908008

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

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, ordinanza del 18 novembre 2022, n. 5472 – Appalti pubblici – *Sull’illegittimità degli atti di gara per sovrastima delle basi d’asta* – Il sovradimensionamento dei fabbisogni e conseguentemente della base d’asta si traduce in clausole “escludenti” per tutte le micro, piccole e medie imprese che sostanzialmente restano tagliate fuori dalla possibilità di partecipare al confronto competitivo.

In caso di suddivisione della gara in più lotti si ha una pluralità di procedure autonome e distinte, sicché anche nella possibilità di partecipazione ad alcuni lotti, l’effetto “escludente” suindicato in ogni caso permarrebbe per tutti gli altri numerosi lotti messi a gara.

I giudici hanno, nello specifico, affermato che l’esorbitante sovrastima del fabbisogno viola il principio del *favor participationis*, chiaramente definito nei considerando delle direttive europee e ribadito in Italia dal codice degli appalti e dalla costante giurisprudenza amministrativa.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell’appellante)

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. V, 28 novembre 2022, n. 15856 – Appalti pubblici – *Sull’ idoneità delle fatture emesse per i servizi precedentemente eseguiti alla dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria* - Il TAR Lazio ha chiarito che la prova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria può essere data mediante ogni documento ritenuto idoneo dalla stazione appaltante. Pertanto, se – come nel caso di specie – gli atti di gara indichino tra i requisiti di capacità economica e finanziaria il possesso di un determinato fatturato correlato ad un determinato periodo di tempo, è ammissibile che l’operatore economico dimostri il possesso del requisito avvalendosi di tutti quei documenti idonei a dimostrare l’effettivo conseguimento di ricavi utili ad integrare il fatturato specifico richiesto. Tra questi risultano idonee anche le fatture emesse per i servizi precedentemente eseguiti.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto del resistente)

TAR LOMBARDIA BRESCIA, SEZ. I, 23 novembre 2022, n. 1182 – Appalti pubblici - *Sulla modifica dei costi della manodopera in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta*. Con la pronuncia in rassegna, i giudici del TAR Lombardia hanno ritenuto illegittima la modifica operata da una concorrente in sede di sub-procedimento di congruità dell’offerta economica ai costi della manodopera rispetto a quelli precedentemente indicati in sede di partecipazione alla gara.

Il TAR ha, infatti, ritenuto che la modifica dei costi della manodopera - introdotta nel corso del procedimento di verifica dell’anomalia - comporti un’inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell’offerta economica, la cui modifica inciderebbe sugli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto della ricorrente seconda classificata)

TAR UMBRIA, SEZ. I, ordinanza del 23 novembre 2022, n. 143 – Appalti pubblici - *Sulla prova di equivalenza fornita da un concorrente* - Con l’ordinanza in commento, in sede cautelare i giudici del TAR hanno valutato come legittima l’esclusione disposta nei

confronti di una concorrente che ha offerto in gara un prodotto non conforme alle caratteristiche minime richieste dal capitolato, rilevando altresì che la prova di equivalenza dichiarata in gara non risultava supportata da idonea documentazione tecnico-scientifica.

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

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III, 17 novembre 2022, n. 15232 – Appalti pubblici - *Sul mancato riscontro al soccorso istruttorio* – In tale occasione, il TAR ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione disposta a favore del concorrente che non abbia fornito tempestivo riscontro alle plurime richieste di soccorso istruttorio attivate dalla Stazione appaltante.

Infatti, se è vero che il soccorso istruttorio costituisce espressione del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3 L. 241/1990, è vero parimenti che tale potere non può essere esercitato *ad libitum* dalla stazione appaltante, in spregio dei vincoli normativi al cui rigoroso rispetto deve necessariamente improntare la propria azione nell'ambito del procedimento di scelta del contraente.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto del ricorrente)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 23 novembre 2022, n. 10325 - Appalti pubblici – *Sull'operatività del soccorso istruttorio* – La pronuncia in commento ha precisato che il soccorso istruttorio non opera nel caso in cui vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso". In tali casi, l'invito alla integrazione dell'originaria dichiarazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 22 novembre 2022, n. 10277 - Appalti pubblici – *Sull'accesso difensivo* – Il Consiglio di Stato ha chiarito che quanto al rapporto tra accesso difensivo e tutela della riservatezza occorre distinguere tra a) riservatezza 'semplice' (nella cui categoria rientra la tutela dei dati finanziari ed economici) in ordine alla quale l'interesse difensivo è ritenuto tendenzialmente prevalente; e b) riservatezza 'rafforzata' (nell'ambito della quale vanno annoverati dati sensibili e dati supersensibili) rispetto ai quali l'interesse difensivo deve di volta in volta essere bilanciato secondo criteri di necessità, indispensabilità e pari rango.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, SEZ. GIURISDIZIONALE, 28 novembre 2022, n. 1224 - Appalti pubblici – *Sulla formula matematica utilizzata per la valutazione delle offerte economiche* – I Giudici amministrativi hanno ritenuto legittima l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche applicando il metodo inverso basato sul valore assoluto dell'offerta e non sul ribasso.

Infatti, la formula che prende quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti anziché i ribassi sulla base d'asta non è di per sé manifestamente abnorme o irragionevole perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce comunque un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e l'attribuzione del punteggio.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 29 novembre 2022, n.10504 – Appalti pubblici – *Sul grave illecito professionale ed in particolare sulla falsa dichiarazione* – In tema di grave illecito professionale, la falsa dichiarazione è l'unica ipotesi che comporta l'automatica esclusione. In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato, precisando che l'omissione dichiarativa può rilevare solo ove possa predicarsene l'“attitudine decettiva”, ossia l'idoneità a sviare l'Amministrazione nell'adozione di provvedimenti concernenti la procedura di gara; tanto implica che la stazione appaltante è tenuta a svolgere una previa valutazione discrezionale dell'effettiva incidenza della falsità o della omissione sull'affidabilità dell'operatore, essendole per contro impedito di procedere alla esclusione *sic et simpliciter* per il solo fatto della non aderenza al vero o della omissione della dichiarazione dovuta.

TAR VENETO, SEZ. III, 30 novembre 2022, n. 1834 – Appalti pubblici - *Sulla composizione della Commissione di gara per una procedura suddivisa in più lotti* - Con la pronuncia in commento, il TAR Veneto ha ribadito che, in presenza di una gara suddivisa in più lotti, la Commissione giudicatrice deve essere unica.

Infatti, l'indizione di una gara suddivisa è finalizzata anche a ridurre i costi che la Stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi; sarebbe, dunque, illogico moltiplicare il numero delle Commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento.

D'altronde, in caso di suddivisione in lotti si è in presenza di una procedura unica, disciplinata dalla medesima *lex specialis* e, dunque, condotta anche dalla stessa commissione, ancorché a ciascun lotto corrisponda una distinta gara, potendo i concorrenti partecipare a tutti, o a uno solo, o ad alcuni dei lotti, con conseguente distinta aggiudicabilità degli stessi previa autonoma procedura valutativa delle offerte presentate per ciascuno di essi.

TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, 29 novembre 2022, n. 7445 – Appalti pubblici - *Sull'annullamento della gara a seguito di malfunzionamento della piattaforma telematica* – È legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione aggiudicatrice ha annullato in autotutela tutti gli atti di una gara di appalto da svolgersi in forma telematica, dopo aver constatato che nessuna delle offerte economiche presentate dai concorrenti contenesse l'indicazione dei costi di sicurezza e della manodopera.

La legittimità discende dal fatto, a che seguito di apposita istruttoria, la stazione appaltante aveva comprovato che nessuno dei concorrenti, tranne uno, fosse riuscito a finalizzare l'invio dei dati relativi ai costi inerenti la manodopera e la sicurezza, o l'inserimento degli stessi in una sezione diversa del gestionale di gara, a causa di un oggettivo malfunzionamento del sistema, imputabile esclusivamente al gestore.

TAR PIEMONTE, SEZ. I, 29 novembre 2022, n. 1047 - Appalti pubblici - *Sulla legittimità della indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per effettiva infungibilità di beni e servizi* – Con la sentenza in commento, il Tar Piemonte ha statuito in ordine alla legittimità dell’indizione di una formale procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando al fine di affidare un appalto per effettiva infungibilità dei beni e servizi; nel caso di specie per la fornitura di uno specifico farmaco.

In particolare, il Giudice sostiene che la scelta di tale procedura da parte della stazione appaltante risulta essere conforme a legge, ricorrendo le condizioni richieste dalla normativa di riferimento, quali l’assenza di concorrenza per motivi tecnici. Il Tar Piemonte ha poi ricordato che, trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l’infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella determina a contrarre dell’amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VIII, 28 novembre 2022, n. 7353 – Appalti pubblici - *Sui limiti all’utilizzo dell’affidamento diretto da parte delle stazioni appaltanti* - I giudici del TAR Campania si sono espressi sulla legittimità dell’affidamento diretto, rilevando come tale strumento rappresenti un’eccezione all’affidamento di un appalto tramite procedura aperta e viene, quindi, sottoposto a stringenti limiti.

In particolare, l’utilizzo dello strumento di acquisto dell’affidamento diretto con una base d’asta di valore inferiore alle soglie di cui all’art. 35 del Codice risulta legittimo solo ove la stazione appaltante non abbia artificiosamente suddiviso l’appalto in più lotti al solo fine di eludere le predette soglie comunitarie.

In secondo luogo, i giudici hanno ricordato che la stazione appaltante che intenda ricorrere all’affidamento diretto è tenuta ad un onere motivazionale rafforzato, che consenta un controllo della scelta effettuata sia sul piano dell’efficienza amministrativa che sul razionale impiego delle risorse pubbliche.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VIII, 28 novembre 2022, n. 7357 – Appalti pubblici - *Sull’esclusione per omessa presentazione delle referenze bancarie* - Le referenze bancarie non costituiscono un requisito di partecipazione, ma solo un mezzo di comprova di un più complesso requisito di capacità economica dell’impresa. Muovendo da tale premessa, il TAR, nella sentenza in commento, ha ritenuto illegittima l’esclusione di un concorrente che non aveva presentato le referenze bancarie, avendo tuttavia prodotto altri elementi idonei ad attestare la solidità economica dell’impresa (ad esempio i bilanci).

Infatti, il possesso del requisito di partecipazione di natura economica può essere desunto anche da altra ed idonea documentazione relativa all’impresa che, ai sensi dell’art. 86 comma 4 del Codice, deve essere adeguatamente valutata dalla Commissione.

TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA, SEZ. I, 25 novembre 2022, n. 750 – Appalti pubblici - *Sulla procedimentalizzazione dell’affidamento diretto* - Il Tar Calabria ribadisce come la mera procedimentalizzazione dell’affidamento diretto -mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri

per la selezione degli operatori- non lo trasformi in una procedura di gara.

In altri termini, la circostanza per cui la stazione appaltante, pur bandendo una procedura semplificata, abbia introdotto elementi procedurali tipici delle gare formali, non determina *ex se* l'applicazione integrale delle regole previste per la procedura aperta, per la procedura ristretta o per la procedura negoziata vera e propria, fatte salve quelle che esprimono valori di fondo che permeano di sé l'ordinamento di settore.

TAR SICILIA, SEZ. III, 24 novembre 2022, n. 3351 – Appalti pubblici – *Sulla mancata indicazione dei costi della manodopera negli atti di gara* - I giudici del TAR Palermo hanno ritenuto illegittimi il bando e il disciplinare di una gara per l'affidamento di taluni servizi nella misura in cui gli stessi atti di gara siano risultati privi della esatta indicazione dei costi della manodopera.

Infatti, la mancata indicazione nella *lex specialis* del costo della manodopera impedisce ai concorrenti di elaborare un'offerta ben ponderata e rende difficoltosa la partecipazione alla gara, poiché costringe il singolo partecipante a quantificare *ex se* e con esiti incerti i costi in base alle tabelle ministeriali. Le Tabelle ministeriali costituiscono, in effetti, solamente il parametro sulla base del quale, a norma di legge, l'Amministrazione deve determinare il costo del lavoro, ma non determinano di per sé il costo della manodopera con riferimento ad un singolo appalto, sicché non esimono la stazione appaltante dall'esprimere tale indicazione nei documenti di gara.

TAR LIGURIA, SEZ. I, 23 novembre 2022, n. 993 – Appalti pubblici - *Sulla verifica in sede di anomalia del costo della manodopera* - Con la pronuncia in rassegna i giudici hanno ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale, all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante ha valutato come congrua la proposta economica della concorrente aggiudicataria, che tuttavia presentava un trattamento salariale inferiore ai minimi retributivi.

Il TAR ha avuto modo di affermare che in forza del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi.

Tale accertamento - che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo - è sempre obbligatorio, anche nei casi di gara al massimo ribasso.

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. IV, 17 novembre 2022, n. 2552 – Appalti pubblici - *Sulla proroga tecnica del contratto* - È illegittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione ha disposto la proroga tecnica di un contratto, nel caso in cui sia stato adottato prima dell'avvio della nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio. Ciò è quanto affermato dai giudici nella pronuncia in commento, nella quale vengono altresì specificati i presupposti che devono ricorrere affinché la proroga tecnica sia legittima: a) deve rivestire carattere eccezionale; b) la gara deve essere già stata avviata al momento della proroga.

Urbanistica

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. II, 28 NOVEMBRE 2022, n. 3219 – Edilizia & Urbanistica – *Sul diniego di condono in zona con vincolo cimiteriale* - Con la pronuncia in commento, i giudici hanno ritenuto che l'Amministrazione abbia correttamente valutato l'opera abusiva non suscettibile di condono, in quanto realizzata entro la fascia di rispetto cimiteriale.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, il vincolo cimiteriale determina una situazione di inedificabilità *ex lege* ed integra una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto e non consente in alcun modo l'allocazione di edifici o di opere incompatibili con il vincolo medesimo.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. III, 26 NOVEMBRE 2022, n. 1589 – Edilizia & Urbanistica – *Sull'acquisizione sanante* - Il TAR ha ritenuto legittima la deliberazione con la quale il Consiglio Comunale ha dichiarato - ai sensi dell'art. 42-bis T.U. Espropri - la sussistenza dell'interesse pubblico finalizzata all'acquisizione sanante al demanio indisponibile del Comune di un tratto stradale, a nulla rilevando che l'Amministrazione non abbia preventivamente valutato soluzioni alternative alla medesima acquisizione sanante.

Ed infatti, l'unica alternativa prevista dalla normativa in questione al procedimento di acquisizione sanante è la restituzione del suolo.