

# NEWSLETTER N. 21 ANNO VIII

1-15 dicembre 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](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

**TAR LAZIO, SEZ. II QUATER, 22 dicembre 2022, n. 17355 – Appalti pubblici – *Sull'applicazione del soccorso istruttorio nelle procedure di tipo selettivo.*** In tema di assegnazione dei fondi del PNRR per piccoli borghi storici, i giudici del Tar Lazio confermano che l'attivazione del soccorso istruttorio deve considerarsi un'attività doverosa della Pubblica Amministrazione nel caso di omissione meramente documentale da parte di un partecipante ad una procedura selettiva.

Tanto più se, come nel caso di specie, l'atto omesso era esistente alla data di scadenza fissata dalla *lex specialis* per la presentazione delle domande di partecipazione ed era ricavabile dal contesto della documentazione trasmessa in allegato alla stessa domanda.

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

**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, S.U., ordinanza del 21 dicembre 2022, n. 37462 -Appalti pubblici- *Sulla violazione del limite esterno alla giurisdizione da parte del giudice amministrativo.***

Con la pronuncia in commento, i giudici chiariscono che -ove il giudice amministrativo rilevi l'assenza di autorizzazione giudiziaria all'affidamento di contratti pubblici- non realizza in alcun modo un'indebita sostituzione nell'attività riservata alla stazione appaltante; viceversa, svolge un sindacato di conformità a legge del provvedimento da questa adottato per confermare, in specie, la fondatezza della specifica causa di esclusione applicata dall'amministrazione, rilevando l'assenza di elementi impeditivi della stessa.

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

**TAR MOLISE, SEZ. I, 19 dicembre 2022, n. 481 -Servizi di interesse economico generale- *Sui presupposti legittimanti la voltura della concessione di derivazione acqua.***

In tema di possibile voltura della titolarità della concessione di derivazione di acqua, il TAR Molise ha chiarito che una voltura basata *i)* sia sulla richiesta congiunta, in quanto sottoscritta dai rappresentanti di entrambe le società coinvolte, *ii)* sia sul contratto di comodato, che abilitava la concessionaria a godere in modo pieno della centrale idroelettrica (e che presuppone l'esistenza di una modifica della posizione soggettiva del richiedente nella sua relazione con il bene), deve ritenersi legittima poiché ciascuno dei due surrichiamati presupposti è di per sé solo sufficiente a fondare la legittimità della voltura.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto della resistente).

**TAR LAZIO, SEZ. II BIS, 16 dicembre 2022, n. 16932 -Appalti pubblici- *Sull'istanza di accesso agli atti promossa da un concorrente escluso.*** I giudici hanno accolto l'istanza di accesso ai documenti di gara da parte di un concorrente escluso dalla procedura (che non ha impugnato né il provvedimento di esclusione né il provvedimento di aggiudicazione) considerando che:

-quanto alla conoscenza del contratto, deve ritenersi sussistente la fondatezza dell'azione nei limiti dell'accesso civico, rilevando la

posizione qualificata del ricorrente, che opera come società nel settore oggetto di gara

-quanto alla conoscenza dei documenti attinenti le garanzie, deve ritenersi sussistente la fondatezza dell'azione, in considerazione di un concreto interesse corrispondente a quello che potrebbe farsi valere, in caso di insufficienza delle garanzie, alla ripetizione della gara.

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

**TAR TOSCANA, SEZ. I, ordinanza del 7 dicembre 2022, n. 712 - Appalti pubblici- *Sulla contraddittorietà delle formule economiche previste nella stessa gara.*** Con l'ordinanza in commento, i giudici del TAR Toscana hanno rilevato, seppure ad un sommario esame proprio della fase cautelare, profili di possibile fondatezza in quanto la circostanza che la formula economica impostata sulla piattaforma START sia differente da quella riportata nel Disciplinare viola il principio di affidamento e la *par condicio* tra i concorrenti, introducendo altresì un'oggettiva incertezza sul metodo di valutazione e sulle modalità di formulazione dell'offerta.

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

**TAR VENETO, SEZ. III, 7 dicembre 2022, n. 1877 -Appalti pubblici- *Sull'obbligo di ricorrere alle convenzioni quadro per gli Enti del SSN.*** In tale occasione, il TAR ha ribadito che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono obbligati a ricorrere, ove disponibili, alle convenzioni quadro come definite dal comma 1 dell'art. 26 della L. 448/1999. La necessità di una gara autonoma, peraltro, può essere giustificata solo dimostrando esigenze diverse e non considerate nella convenzione stessa, non ricorrenti, tuttavia, nel caso di specie.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto del controinteressato aggiudicatario).

## Appalti pubblici

**TAR LAZIO, SEZ. II BIS, 16 dicembre 2022, n. 16994- Appalti pubblici- *Sul giudizio di anomalia.*** Con la pronuncia in commento, i giudici del TAR Lazio hanno ritenuto illegittimo il giudizio di non congruità compiuto dal RUP, rilevando che, nel caso di specie, era stato dichiarato incongruo l'utile indicato (tanto da determinare l'inaffidabilità dell'offerta economica) in maniera puramente indicativo, risolvendosi tale giudizio in un'affermazione priva di dimostrazione specifica, decontestualizzata e non supportata da un'analisi effettiva dei costi, oltre che adottata senza un contraddittorio adeguato con l'impresa; ribadendo il Collegio che il giudizio di anomalia deve pur sempre scaturire da elementi di tipo economico finanziario oppure operativo, che ne consentano il riscontro.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ III, 16 dicembre 2022, n. 11029 – Appalti pubblici - *Sul sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione operata dalla Commissione di gara.*** Il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non possa sostituirsi a quello della

pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione; salvo il caso in cui si dimostri l'evidente inattendibilità e la palese insostenibilità del giudizio compiuto.

**TAR LIGURIA, SEZ. I, 15 dicembre 2022, n. 1107 -Appalti pubblici- *Sull'esclusione automatica per difformità dell'offerta.* Il principio dell'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, non può che valere nei casi in cui la disciplina di gara preveda qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, e cioè solo nel caso in cui tali specifiche consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'amministrazione. Qualora, invece, sussista un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio che impone l'interpretazione della *lex specialis* rispettosa del *favor participationis*.**

**TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, 15 dicembre 2022, n. 7812- Appalti pubblici- *Sui requisiti di idoneità professionale.* Il TAR ha statuito che la clausola del bando di gara che imponga ai concorrenti l'iscrizione, da almeno tre anni, al registro C.C.I.A.A. è nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ne consegue l'insussistenza dell'onere di tempestiva impugnazione del bando a carico del concorrente escluso, essendo sufficiente impugnare nell'ordinario termine decadenziale l'atto amministrativo applicativo che presuppone la clausola nulla.**

**TAR PUGLIA, SEZ. III, 14 dicembre 2022, n. 1729 -Appalti pubblici- *Sulla garanzia con obbligo di pagare a prima richiesta.* È illegittima l'esclusione di un operatore economico per non aver integrato la garanzia provvisoria per mezzo di una polizza che contemplasse l'obbligo del garante di pagare a prima richiesta, laddove questi dimostri l'indisponibilità del prodotto assicurativo nel mercato di riferimento. Ciò è quanto viene chiarito dalla sentenza in commento dai giudici pugliesi, i quali precisano inoltre che il fatto che altro operatore economico sia riuscito a prestare garanzia conformemente al bando non dimostra per nulla l'adeguatezza della prescrizione del bando di gara.**

**TAR LAZIO, SEZ. III, 9 dicembre 2022, n. 16558-Appalti pubblici – *Sulla carenza della firma digitale dell'offerta tecnica.* E' legittima l'esclusione dalla procedura di gara a causa della mancata sottoscrizione digitale dell'offerta tecnica presentata. Ciò è quanto viene deciso dal Tar Lazio nella pronuncia in commento, considerato che la firma dell'offerta è indefettibile elemento idoneo a rendere attribuibile la proposta contrattuale all'offerente e che nella fattispecie la firma digitale era espressamente prescritta a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Deve inoltre escludersi l'applicabilità del soccorso istruttorio, poiché tale carenza incide sull'offerta nel complesso, con pacifica inapplicabilità del soccorso istruttorio anche ai sensi della sopra citata disposizione del capitolato.**

**TAR LAZIO, LATINA, SEZ. I, 9 dicembre 2022, n. 935 -Appalti pubblici- *Sulla clausola di territorialità.* In tale occasione, il TAR ha chiarito che il criterio della territorialità deve ritenersi illegittimo solo**

laddove posto come requisito di partecipazione alla gara, poiché una tale previsione si scontrerebbe con i principi del *favor participationis* e della *par condicio* tra i concorrenti. Viceversa, ove tale criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi suddetti deve essere condotta caso per caso.

## **Edilizia & Urbanistica**

**TAR LIGURIA, SEZ. I, 20 dicembre 2022, n. 1128 - Edilizia&Urbanistica- *Sulla trasformazione del lastrico solare.*** In tale occasione i giudici hanno affermato che nel caso di realizzazione di un intervento edilizio che comporti la trasformazione del lastrico solare in terrazzo, con pilastrini e ringhiera, e trasformazione di due finestre in porte-finestra, senza creazione di nuovi volumi, deve ritenersi che si sia certamente al cospetto di un intervento di ristrutturazione, coerentemente alla qualificazione fornita in sede di S.C.I.A.

## **Enti Locali**

**TAR CAMPANIA, SEZ. VII, 13 dicembre 2022, n. 7754 -Enti Locali- *Sulla proroga della concessione di suolo pubblico*-** Con la pronuncia in commento, è stato ritenuto legittimo, in quanto fondato su valide ragioni di pubblico interesse, il provvedimento con il quale un Comune ha opposto un diniego in ordine ad una istanza tendente ad ottenere la proroga di una concessione di suolo pubblico, che sia motivato con riferimento al fatto che, nella zona interessata, è stato sospeso il rilascio di qualsivoglia autorizzazione, in attesa di un piano di riordino. E' stato chiarito che non è necessaria una analitica argomentazione a supporto di un provvedimento di diniego di proroga, essendo la titolarità pubblica o demaniale fatto di per sé autoevidente della piena capacità dell'Amministrazione di disporre del bene, anche negando una richiesta di proroga di un'occupazione di suolo pubblico già concessa, a maggior ragione quando siano in corso le procedure per l'adozione di un piano di riordino.