

NEWSLETTER N. 5 ANNO IX

1-15 marzo 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) 0237908008

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

In evidenza

TAR PUGLIA, SEZ. III, 13 marzo 2023 n. 482 –Appalti pubblici- Sull’ingiustificato sovradimensionamento dei fabbisogni, impeditivo della partecipazione alla gara delle PMI – In tale occasione, i giudici del TAR Puglia hanno disposto l’annullamento degli atti di una gara avente ad oggetto la fornitura di dispositivi medici per le Aziende Sanitarie regionali -imponendo alla stazione appaltante di ripetere l’istruttoria- in considerazione della manifesta violazione delle norme a tutela della partecipazione delle PMI alle procedure ad evidenza pubblica, a causa di un ingiustificato sovradimensionamento dei fabbisogni dimensionali dei beni oggetto della fornitura stessa.

Nello specifico, i giudici hanno accolto la tesi del ricorrente, secondo cui l’abnorme sovrastima dei fabbisogni e, conseguentemente, il significativo sovradimensionamento della base d’asta dei lotti (oltre 3 miliardi) e dei correlati requisiti di partecipazione richiesti avrebbero impedito alle PMI la partecipazione alla gara per la quasi totalità dei lotti in cui la stessa era suddivisa.

Nel pervenire a tale convincimento, i giudici hanno evidenziato il significativo discostamento della stima dei fabbisogni dal dato della spesa storica, privo di qualsivoglia giustificazione.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell’operatore economico ricorrente).

TAR LAZIO, SEZ. III stralcio, 14 marzo 2023 n. 4513 –Servizi di interesse economico generale- Sull’impossibilità di formazione del silenzio assenso sulla richiesta di concessione degli incentivi – I giudici del TAR Lazio si sono pronunciati sulla possibilità di formazione del silenzio assenso rispetto ad una domanda, presentata al Gse, avente ad oggetto la concessione degli incentivi relativi ad un impianto fotovoltaico, ritenendola nella specie insussistente.

Più in particolare, hanno ribadito come l’accoglimento della richiesta di concessione degli incentivi presupponga necessariamente l’adozione di un provvedimento espresso da parte del Gestore, affinché sia verificata l’esistenza dei presupposti per l’erogazione dei benefici e sia individuata la tariffa incentivante applicabile.

Infine, occorre considerare che secondo l’art. 20, comma 4, della L. n. 241 del 1990, nelle ipotesi di atti o di procedimenti riguardanti l’ambiente, il silenzio dell’amministrazione non può qualificarsi come accoglimento dell’istanza.

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

TAR LAZIO, SEZ. III T, 6 marzo 2023, n. 3688 –Servizi di interesse economico generale – Sull’onere in capo al richiedente di dimostrare la sussistenza dei prescritti requisiti per l’accesso ai benefici di un impianto fotovoltaico – Con la pronuncia in commento, il TAR ha chiarito come sia esclusivo onere del soggetto che intenda accedere ai benefici per l’installazione di un impianto fotovoltaico comprovare la sussistenza di tutti gli elementi richiamati dalla norma che disciplina l’accesso agli incentivi, attraverso la produzione, all’atto dell’istanza di ammissione ai benefici, di idonea documentazione fotografica.

Secondo i giudici, infatti, la documentazione fotografica è l’unica in grado di dimostrare in modo obiettivo la conclusione dei lavori nel termine decadenziale di legge.

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

TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. II, sentenza 7 marzo 2023 n. 708 – Appalti pubblici - *Sul diritto di accesso* – Con la sentenza in rassegna il TAR Palermo ha confermato la sussistenza dell’interesse in capo ad un operatore economico che ha partecipato ad una gara di appalto ad accedere e ottenere copia integrale dei provvedimenti con i quali la P.A. appaltante ha operato la scelta di annullare in autotutela tutti gli atti della medesima procedura di evidenza pubblica.
(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell’operatore economico ricorrente).

TAR TOSCANA, SEZ. II, 6 marzo 2023, n. 242/2023 – Concessioni - *Sul carattere di esclusività di una concessione di servizio* - Il TAR Toscana ha statuito in ordine all’inammissibilità di un ricorso presentato dal titolare di una concessione di servizio relativa ai passeggeri su tutta l’area portuale con la pretesa di vedersi riconosciuta il carattere di l’esclusività della propria concessione in ordine al servizio di passeggeri. Il Giudice, con la sentenza in rassegna, ha però ricordato che la pretesa esclusività del servizio passeggeri ha necessità di essere suffragata da riscontri espliciti, stante la natura eccezionale che siffatta privativa verrebbe ad avere rispetto alle regole concorrenziali che permeano anche il settore dei porti (Regolamento UE n.352/2017). Tali riscontri di esclusività non sono rinvenibili nella concessione di cui è titolare la ricorrente né altrettanto rinvenibili nel disciplinare di gara; pertanto, la pretesa titolarità di una concessione in esclusiva per il servizio di assistenza su tutta un’area portuale è da ritenersi infondata.
(giudizio seguito dallo studio AOR per conto della parte resistente)

Appalti pubblici

TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. I, 9 marzo 2023 n. 728 – Appalti pubblici – *Sulla inaffidabilità dell’offerta dell’operatore economico a fronte dell’aggiustamento dei costi della manodopera* – Il TAR Palermo, con la pronuncia in rassegna, ha chiarito che, in materia di valutazione della P.A. riguardante la serietà dell’offerta, è corretta e legittima la motivazione con la quale il RUP ha ritenuto inattendibile una offerta, nel caso in cui il concorrente interessato, a seguito degli specifici chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, abbia progressivamente “aggiustato” i dati relativi al costo della manodopera in quanto indicativo dell’inaffidabilità dell’offerta stessa e sostanzialmente in perdita.

TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. II, 9 marzo 2023 n. 743 – Appalti pubblici – *Sulle caratteristiche del bene offerto in un appalto di fornitura* – Con la sentenza in rassegna il TAR ha confermato la legittimità dell’aggiudicazione di una gara d’appalto ad un concorrente che abbia offerto un prodotto analogo con specifiche tecniche non significativamente differenti da quelle richieste dalla stazione appaltante, qualora tale possibilità sia espressamente prevista dalla *lex specialis*. Il Giudice ha chiarito che in materia di gare d’appalto pubblico opera, infatti, il principio della libera concorrenza, che trova precipua applicazione nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento all’individuazione delle prestazioni richieste; con la conseguenza della conformità a legge del suddetto affidamento di fornitura, ove, a maggior ragione, alcuna

utile censura di ordine *sostanziale* sia stata posta circa una presunta violazione della regola di equivalenza ad opera, sia della legge di gara, sia della commissione di gara.

TAR LAZIO, SEZ. V, 8 marzo 2023, n.3873 – Appalti pubblici-*Sulla previsione negli atti di gara di clausole sociali per la tutela della parità di genere.* In tale occasione, i giudici si sono pronunciati sulla legittimità dell'introduzione nella legge di gara di criteri di valutazione dell'offerta relativi alla previsione di meccanismi atti ad assicurare la parità di genere, in gare non finanziate con fondi europei.

Il Tar ha chiarito che la scelta di premiare i concorrenti che abbiano investito sulle misure atte a scongiurare discriminazioni fondate su ragioni di genere deve ritenersi legittima anche nelle gare non concernenti appalti PNRR, alla luce della disposizione contenuta all'art. 95, comma 6 lett. a) del Codice, che fa rientrare nei criteri di valutazione, tra gli altri, "le caratteristiche sociali".

TAR PUGLIA, BARI, SEZ. III, 7 marzo 2023 n. 440 – Appalti pubblici – *Sull'obbligo di effettuare il sopralluogo* – La sentenza in commento ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori nei casi in cui: a) il bando di gara, anche in ragione della tipologia, contenuto e complessità dei lavori da eseguire, preveda espressamente, a pena di esclusione, l'onere a carico dei concorrenti del sopralluogo obbligatorio, b) l'aggiudicazione sia stata disposta in favore di una ditta che non ha effettivamente svolto detto sopralluogo. Il TAR ha così chiarito che, ove la visita sia prevista nella *lex specialis* a pena di esclusione, e non sia contestato il termine per la sua effettuazione, il mancato previo sopralluogo comporta l'esclusione dell'offerta dalla gara.

TAR UMBRIA, SEZ. I, 6 marzo 2023 n. 106 – Appalti pubblici - *Sulla regola della immutabilità soggettiva dei concorrenti, di cui all'art. 48, comma 9, del Codice dei Contratti* – Con la sentenza in commento il TAR Umbria ha osservato che nella eventualità in cui alcuni operatori economici decidano di partecipare ad una gara ricorrendo al modello dell'ATI mista, tale circostanza non fa venir meno il necessario rispetto delle quote di qualificazione richieste dalla disciplina di gara e che la Stazione appaltante debba tener conto di quanto dichiarato in sede di domanda di ammissione alla gara. Infatti, il Giudice ha chiarito come l'art. 48 del d.lgs. n.50/2016 vieti espressamente qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei, rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta ed escluda, in ogni caso, la modifica soggettiva del raggruppamento se finalizzata ad eludere la mancanza originaria di un requisito di partecipazione alla gara a nulla rilevando che si tratti di una ATI mista.

TAR LIGURIA, SEZ. I, 3 marzo 2023 n. 280 – Appalti pubblici – *Sull'obbligo del rispetto dei canoni di clare loqui, lealtà e correttezza* – Il TAR Liguria, con la sentenza in rassegna, ha ribadito come i fondamentali canoni di *clare loqui*, lealtà e correttezza, costituiscano una "stella polare" dell'azione amministrativa; di conseguenza la P.A. appaltante non può derogarvi neppure in sede di affidamento diretto in quanto, altrimenti, l'esercizio del potere discrezionale trasmoderebbe in arbitrio.

Edilizia & Urbanistica

TAR EMILIA ROMAGNA, PARMA, SEZ. I, 2 marzo 2023 n. 85 – Appalti pubblici – *sulla clausola sociale* – Con la sentenza in rassegna il TAR Emilia ha ritenuto legittima l’aggiudicazione di un appalto di servizi in favore di un operatore economico che, con riferimento all’osservanza della c.d. clausola sociale ed al piano di riassorbimento del personale, espressamente previsti dal bando di gara, ha dichiarato nella propria offerta tecnica di essere impossibilitato ad assumere tutto il personale del contraente uscente, specificando, in maniera non manifestamente irragionevole, le ragioni del mancato riassorbimento, motivate su una diversa scelta organizzativa nell’esecuzione del servizio.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I quater, 1° marzo 2023, n. 3485 – Appalti pubblici – *Sulla responsabilità delle imprese nei RTI verticali* – Con la sentenza in commento il TAR Lazio, nel richiamare la disciplina di cui all’art. 48, comma 5 del d.lgs. 50/2016, ha ribadito come nel raggruppamento verticale le imprese mandanti assumano la propria responsabilità solo rispetto all’esecuzione delle prestazioni di propria competenza, ferma restando la responsabilità solidale della mandataria.

Di conseguenza è illegittimo il provvedimento con cui l’ANAC ha proceduto all’annotazione nel casellario sia della mandataria che della mandante, nel caso in cui non si sia tenuto conto della circostanza che il grave inadempimento che ha determinato la risoluzione contrattuale fosse addebitabile alla sola mandataria (e non anche alla mandante) che ai sensi della sopra richiamata normativa è l’unico soggetto chiamato a risponderne.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 9 marzo 2023 n. 2487 – Edilizia&Urbanistica - *Sull’inoltro tardivo al Comune, da parte della Soprintendenza, del parere paesaggistico ex art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004* – Il Consiglio di Stato, con la sentenza in rassegna in tema di rilascio del permesso di costruire in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, ha statuito in ordine alle conseguenze che produce la trasmissione tardiva del parere paesaggistico, ex art. 146, del d.lgs. 42/04, da parte della Soprintendenza. In particolare, l’effetto diretto derivante dal ritardo della trasmissione del parere non è la consumazione del potere ma la trasformazione del valore del parere da vincolante a non vincolante, con la conseguenza che l’Autorità procedente potrà prescindere da tale parere e con l’obbligo di motivare qualora invece ritenga di aderirvi.

TAR SICILIA, CATANIA, SEZ. I, 6 marzo 2023 n. 729 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla decadenza di un vincolo preordinato all’esproprio* – Con la sentenza in rassegna il TAR ha sottolineato che la decadenza dei vincoli urbanistici preordinati all’esproprio comporta l’obbligo, per gli enti preposti, di reintegrare la disciplina urbanistica dell’area interessata dal vincolo decaduto con una nuova pianificazione. Di conseguenza, il Giudice ha statuito che qualora a causa del venir meno dei vincoli un terreno sia rimasto privo di regolamentazione, il proprietario possa presentare un’istanza volta ad ottenere l’attribuzione di una nuova destinazione urbanistica ed il Comune sia tenuto ad

esaminarla, anche nel caso in cui la richiesta medesima non sia suscettibile di accoglimento, con l'obbligo di motivare congruamente tale decisione.

Resta in ogni caso fermo l'assunto secondo il quale la decadenza dei vincoli espropriativi precedentemente in vigore non comporta necessariamente che l'area debba conseguire proprio la destinazione urbanistica richiesta dalla parte ricorrente, essendo, in ogni caso, rimessa al potere discrezionale dell'Amministrazione comunale la verifica e la scelta della destinazione, in coerenza con la più generale disciplina del territorio, più idonea e adeguata in relazione all'interesse pubblico al corretto ed armonico suo utilizzo.

Beni e Servizi

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 1° marzo 2023 n. 2192 – Concessioni amministrative –Sulla proroga delle concessioni demaniali marittime – Con la sentenza in rassegna, Il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul tema delle concessioni demaniali marittime statuendo che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, laddove sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è norma *self executing* e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate. Non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della l. n. 145 del 2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. in l. 24 febbraio 2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.