

NEWSLETTER N. 7 ANNO IX

1-15 aprile 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

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 4 aprile 2023, n. 3465 – Appalti – *Sul monte ore minimo e sui chiarimenti della lex specialis* – I Giudici di Palazzo Spada, confermando la sentenza di primo grado, hanno ribadito come nella specie non fosse presente nella disciplina di gara un chiaro ed espresso riferimento ad un monte ore minimo inderogabile per l'esecuzione dell'appalto, quale elemento essenziale dell'offerta; pertanto, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione scolpito nell'art. 83, comma 8, del d.lgs.50/2016, è stato correttamente ritenuta illegittima l'esclusione originariamente disposta dalla stazione appaltante per difformità da un presunto requisito minimo in realtà non sussistente.

Il Giudice di appello nell'occasione ha altresì ribadito l'orientamento in forza del quale i chiarimenti non possono modificare la *lex specialis*, pena l'illegittima frustrazione dell'affidamento degli interessati ed il principio del *favor participationis* (Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell'operatore economico appellato).

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 7 aprile 2023, n.6081 – Appalti – *Sulla rettifica dei costi della manodopera in sede di verifica di congruità dell'offerta* – In tema di verifica ex artt. 95, co10 e 97, co 5 lett. d) del d.lgs. 50/2016, il TAR ha innanzitutto ricordato come tali norme del Codice dei Contratti pubblici non mirano ad accertare la tenuta complessiva dell'offerta e, con essa, la congruità dei costi dichiarati (inclusi quelli indiretti), di cui la manodopera rappresenta pur sempre il principale valore di conto economico, ma mirano, piuttosto, ad accertare il rispetto dei costi incompressibili del lavoro come rappresentati nelle Tabelle Ministeriali di riferimento. Ciò posto, il TAR si è espresso in senso sfavorevole alla possibile rettifica dei costi della manodopera dichiarati in gara, chiarendo che la predetta rettifica non può ammettersi a posteriori, in sede di verifica, determinandosi altrimenti una modifica di un elemento essenziale dell'offerta che è inammissibile; soprattutto quando, come nel caso di specie, tale modifica si rilevi significativa sia in termini percentuali che in valore assoluto. (Giudizio seguito dallo studio AOR per conto del Comune resistente).

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 7 aprile 2023 n. 3627 – Appalti – *Sulla portata del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica* – Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiarito che il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica ed economica, o divieto di commistione, non va inteso in maniera indiscriminata al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara. I Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito, dunque, che nelle gare pubbliche il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica fa sì che nell'offerta tecnica possano al massimo essere inclusi singoli elementi economici che fanno parte dell'offerta economica o comunque idonei a ricostruire l'offerta.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 6 aprile 2023 n. 3571 – Appalti – *Sulla compatibilità con la normativa euounitaria dell'obbligo di incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza*

automatica dell'esclusione di un operatore economico da una gara –

Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale «se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'art.6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara».

TAR MOLISE, SEZ. I, 11 aprile 2023 n. 103 – Appalti – *Sul principio di unicità dell'offerta* – In tema di procedure ad evidenza pubblica, indette per l'affidamento di un appalto di lavori, il TAR ha ritenuto che si configura la violazione del principio di unicità dell'offerta, idonea a rendere illegittima l'aggiudicazione e ad escludere dalla gara il concorrente interessato, ove quest'ultimo abbia prospettato con la presentazione dell'offerta diverse soluzioni tecniche. In particolare, nel computo metrico non estimativo era stato descritto un prodotto in maniera differente rispetto a quello descritto nella relazione d'offerta; dunque, il Giudice ha chiarito che la differenza tra le due tipologie di prodotto descritte era pacifica e che si trattava quindi di manufatti indiscutibilmente diversi con caratteristiche, nella specie, costruttive e rendimento termico differenti.

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, 7 aprile 2023 n. 781 – Appalti – *Sulla incompatibilità o il conflitto di interesse in una gara pubblica* – Il TAR Campania, con la pronuncia in rassegna, ha chiarito che non si configura, automaticamente, una situazione di incompatibilità e/o di conflitto di interesse, idonea a determinare la illegittimità degli atti di una gara pubblica indetta dalla P.A. per l'affidamento di un appalto di lavori, per il fatto che sia stato nominato Presidente della Commissione giudicatrice il Responsabile della Centrale Unica di Committenza. Più in particolare, è stato chiarito che tale incompatibilità e/o conflitto non si configura nel caso in cui l'interessato non abbia rivestito alcun ruolo e, soprattutto, alcun ruolo determinante ovvero concretamente decisivo ai fini della elaborazione e della conclusiva definizione delle scelte fondamentali della procedura concorrenziale, che risultano pertanto imputabili unicamente ad un Comune della C.U.C.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III, 6 aprile 2023 n. 5944 – Appalti – *Sulla necessaria dichiarazione delle precedenti esclusioni* – Con la Sentenza in rassegna il TAR Lazio ha chiarito che in tema di partecipazione alle gare di appalto ed, in particolare in tema di obblighi dichiarativi dei concorrenti, riguardanti precedenti gravi illeciti professionali ex art. 80 del Codice Appalti, deve ritenersi sussistente in capo al concorrente che ha partecipato ad una gara di appalti di servizi (nel caso di specie erano servizi di sicurezza), l'obbligo di rendere, nei confronti della P.A., la dichiarazione in ordine ai provvedimenti di esclusione del proprio socio unico, persona giuridica, ancorché cessato dalla carica, da una gara per il medesimo servizio svolto presso altre

PP.AA., ove tale provvedimento di esclusione discenda dal fatto che esso risulta correlato ad una sottostante vicenda di carattere penale che può essere compiutamente apprezzata ai fini del giudizio di affidabilità professionale unicamente dalla P.A. appaltante sia dal punto di vista sostanziale che temporale. Il Giudice ha poi precisato che non sussiste, invece, l'obbligo dichiarativo di precedenti esclusioni, in quanto irrilevanti e, pertanto, non integranti gli estremi dell'illecito professionale, nel caso in cui si tratti di esclusioni riguardanti soggetti diversi dal socio unico della società interessata cessato dalla carica, anche annullate dal giudice amministrativo e di esclusioni derivanti da asserita irregolarità fiscale connessa alla revoca di un credito di imposta, annullati dal G.A. con sentenze passate in giudicato.

TAR PIEMONTE, SEZ. I, 6 aprile 2023 n. 317 – Appalti – *Sulla illegittimità della esclusione da una gara telematica per omessa conferma dell'offerta per causa di forza maggiore* – Con la pronuncia in rassegna, il TAR ha ritenuto in contrasto con i principi del *favor participationis* e di proporzionalità dell'azione amministrativa il provvedimento con il quale una S.A. abbia inteso escludere un concorrente, da una gara telematica per l'affidamento di un appalto di servizi, motivato sulla base della omessa conferma, nel termine assegnato dalla S.A., della validità dell'offerta e della garanzia prestata, nel caso in cui il concorrente interessato abbia dimostrato che, a causa di problemi di concessione telematica per un attacco informatico al proprio gestore di rete, non ha mai ricevuto la PEC della P.A. di invito a confermare la medesima offerta. Sul punto, il Giudice ha chiarito che la clausola escludente prevista dal bando, per omessa conferma dell'offerta, può essere in tal caso interpretata come ancorata quantomeno agli effetti legali di una comunicazione individualmente indirizzata ed effettivamente ricevuta, effetti che qui non si sono verificati per pacifica causa di forza maggiore.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 6 aprile 2023 n. 2152 – Appalti – *Sui limiti della rilevanza delle risultanze del computo metrico estimativo negli appalti a corpo* – Il TAR per la Campania ha chiarito come il corrispettivo dell'appalto “a corpo”, sia determinato in forza di quanto previsto dall'art. 59, co. 5-bis del d.lgs. n. 50/2016, per il quale in tali appalti il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti. Ne consegue, continua il Giudice, l'irrelevanza delle questioni che fanno leva su quanto risultante dai computi metrici, che hanno in questo caso valore indicativo delle modalità di formazione del prezzo globale.

TAR MOLISE, SEZ. I, 3 aprile 2023 n. 99 – Appalti – *Sulla omissione di riscontro di plurime richieste di chiarimenti della P.A. sui costi della manodopera* – In tale occasione il TAR ha affermato la legittimità dell'esclusione da una gara di appalto di servizi dell'operatore economico classificatosi primo in graduatoria e la contestuale decisione della P.A. appaltante, su invito del RUP, di disporre lo scorrimento della medesima graduatoria, nel caso in cui la società prima classificata abbia ommesso di dar riscontro, se non tardivamente e in maniera elusiva, alle plurime richieste della S.A. che erano volte ad ottenere chiarimenti sui costi della manodopera e degli oneri della sicurezza ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice dei Contratti pubblici. Nella specie tali richieste riguardavano tutto il

Edilizia & Urbanistica

personale, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di corretta indicazione dei costi della manodopera, è un fatto ex se idoneo a determinare l'esclusione del concorrente dalla gara, senza la necessità di soccorso istruttorio né possibilità alcuna di sanatoria in sede giudiziaria.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 12 aprile 2023 n. 3669 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità dell'ordine di rimozione di una casa mobile (camper) in zona agricola perché installata senza preventivo rilascio del permesso di costruire* – Con la pronuncia in rassegna, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha ordinato la rimozione di una casa mobile (nella specie si trattava di un camper installato su un terreno avente destinazione agricola avente, tra le altre cose, allaccio elettrico ed altri prefabbricati installati). In particolare, il Consiglio di Stato ha statuito sulla legittimità della motivazione dell'ordine di demolizione sulla scorta del fatto che il camper e gli altri elementi erano stati installati e realizzati senza il preventivo rilascio del permesso di costruire, nel caso in cui siano destinati a soddisfare esigenze non transitorie ma durature nel tempo quali quelle residenziali.

TAR CAMPANIA, SALERNO, SEZ. II, 12 aprile 2023 n. 819 – Edilizia&Urbanistica – *Sull'illegittimità di un ordine di demolizione di una torre di raffreddamento acque e servizio di un'attività industriale per il mancato preventivo rilascio del permesso di costruire* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha giudicato illegittimo l'ordine di demolizione di una torre di raffreddamento acque a servizio di un'attività industriale, motivata con esclusivo riferimento al fatto che fosse stata installata senza il preventivo rilascio del permesso di costruire; in tal caso, il Giudice ha chiarito che l'impianto (semplicemente poggiato sul suolo) esplica una funzione condizionata dalla evoluzione della tecnologia del settore per la conservazione e il raffreddamento delle acque a servizio dell'attività industriale di trasformazione e conservazione del pomodoro; pertanto è funzionalmente collegato con l'attività produttiva dell'opificio, rispetto alla quale si pone in chiave tipicamente servente, non ha autonomia strutturale e funzionale e non è suscettibile di autonoma destinazione, in quanto privo di un autonomo valore di mercato.

TAR PIEMONTE, SEZ. II, 5 aprile 2023 n. 315 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla necessità del permesso di costruire per la realizzazione di una piscina di non secondarie dimensioni* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha statuito che è illegittima la realizzazione di una piscina avvenuta in forza di una segnalazione di inizio attività (SCIA) avente tra l'altro dimensioni, nel caso di specie, di 4,00 metri x 5,00 metri e profondità 1,50. Il Giudice ha chiarito, infatti, che la piscina è una struttura di tipo edilizio che incide con opere invasive sul sito in cui viene realizzata, perciò configura una nuova costruzione *ex art. 3, comma 1, lett. e)*, del DPR n. 380/2001 e non una pertinenza urbanistica del fabbricato residenziale; conseguentemente, ai fini della legittima costruzione di una piscina, è necessario il preventivo rilascio del permesso di costruire.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV, 3 aprile 2023 n. 812 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità del diniego di proroga del permesso di costruire* – È legittimo il provvedimento con il quale Comune ha opposto un diniego in ordine ad una richiesta di proroga di un permesso di costruire motivato con riferimento al fatto che l'istanza di proroga dell'atto di assenso edificatorio fosse stata presentata successivamente alla scadenza del titolo edilizio originario. Il Giudice ha chiarito che in tali casi l'Ente locale ha correttamente applicato la previsione di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 15 del T.U. Edilizia, che presuppone la presentazione della richiesta di proroga prima della scadenza del titolo originario.

Enti Locali

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. I, 4 aprile 2023 n. 434 – Concessioni demaniali marittime - *Sulla necessità o meno del preventivo esperimento di una gara per l'ampliamento di una concessione demaniale marittima* – Con la pronuncia il commento il TAR ha chiarito che il rilascio di una concessione demaniale suppletiva, costituendo ipotesi eccezionale e residuale nel contesto di un sistema conformato dalle regole dell'evidenza pubblica, è praticabile nelle limitate ipotesi in cui ricorrano entrambe le seguenti condizioni: *a)* non sia oggettivamente possibile addivenire alla attivazione delle ordinarie dinamiche concorrenziali in ragione delle caratteristiche dell'area oggetto della istanza di ampliamento; *b)* l'area interessata dalla concessione suppletiva sia effettivamente funzionale all'esercizio dell'originario titolo concessorio in termini di strumentalità e accessorietà.