

NEWSLETTER N. 8 ANNO IX

16-30 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 GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, 18 aprile 2023 n. 285 – Appalti pubblici – *Sulla possibilità di integrare le schede tecniche descrittive dei prodotti offerti in gara con una relazione tecnica* – Con la pronuncia in rassegna il Consiglio di Stato, riformando la sentenza del Giudice di prime cure, ha ritenuto illegittimo l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture statuendo che le carenze di informazioni delle schede tecniche descrittive dei dispositivi sono superabili ove sopperite da prospetti illustrativi e relazioni aggiuntive. In tal senso, il Collegio ha precisato che sarebbe dunque irragionevole, se non a detrimento della concorrenza e del principio del *favor participationis*, ritenere che un prodotto, che abbia le caratteristiche necessarie, non possa essere utilizzato da un'impresa offerente sol perché non vi è perfetta coincidenza tra il contenuto della scheda tecnica della casa produttrice e il contenuto richiesto nel disciplinare di gara, fermo restando, ben inteso, l'onere dell'impresa di rappresentare a latere della scheda e con immediatezza le informazioni mancanti.
(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto dell'operatore economico appellante)**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ IV, 18 aprile 2023 n. 3893/2023 – Giustizia amministrativa- *Sulle cause di inammissibilità del giudizio di revocazione* – Il Consiglio di Stato in S.G. ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione di una sentenza del medesimo Collegio che aveva statuito in ordine alla legittimità di un provvedimento di diniego espresso da una amministrazione provinciale per la rielaborazione progettuale e ripristino ambientale di una cava. L'inammissibilità rileva per non avere parte ricorrente formulato, in ordine alla domanda di annullamento del provvedimento, alcun motivo di censura a sostegno della richiesta rassegnata nelle conclusioni del ricorso per revocazione e per non aver neppure articolato, nel corpo dei motivi di impugnazione, possibili profili di censura a sostegno della tesi dell'illegittimità dell'atto. Più in particolare, il Collegio, in accordo con granitica giurisprudenza, ha ricordato che il vizio revocatorio di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile.
(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto della Provincia resistente)**

TAR PIEMONTE, SEZ I, 26 aprile 2023 n.391/2023 – Appalti pubblici – *Sulla legittimità dell'istanza di accesso agli atti dell'o.e. secondo in graduatoria* – Con la pronuncia in argomento il TAR ha ricordato come il diritto di accesso agli atti di una gara d'appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza; infatti, la partecipazione alle gare di appalto comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza e imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici.

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

TAR LAZIO, SEZ. III TER, 24 aprile 2023 n. 7009/2023 – Energy - *Sulla necessaria restituzione al GSE degli incentivi indebitamente percepiti per l'installazione di un impianto fotovoltaico* - Con la sentenza in commento, il TAR, a seguito della conferma della legittimità del provvedimento decadenziale emesso dal Gestore in quanto carente di titolo edilizio autorizzatorio, ha conseguentemente statuito la legittimità del provvedimento di quantificazione e richiesta avanzata dal Gestore medesimo per la restituzione degli incentivi indebitamente percepiti, poiché la predetta restituzione ha natura strettamente dipendente e meramente consequenziale rispetto al primo provvedimento di decadenza dal diritto alle tariffe medesime.

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

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 24 aprile 2023 n. 4115 – Appalti pubblici – *Sulla revisione prezzi in un appalto di servizi* – Il Consiglio di Stato ha chiarito come la pubblica amministrazione in sede di revisione dei prezzi debba attenersi all'indice Istat, affinché le operazioni di revisione stesse siano conformi a criteri oggettivi anche quanto alla soglia massima, al fine di scongiurare squilibri finanziari nel bilancio, alla stregua della riconosciuta *ratio* dell'istituto che è volta a tutelare la prosecuzione e la qualità della prestazione ma, prima ancora, l'esigenza della Pubblica Amministrazione di non sconvolgere il proprio quadro finanziario.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 20 aprile 2023 n. 4014 – Appalti pubblici – *Sul principio del risultato di cui all'art. 1 del nuovo Codice Appalti* – Con la pronuncia in rassegna il Consiglio di Stato si è espresso sul c.d. "principio del risultato" introdotto all'art. 1 del nuovo d.lgs. 36/2023 chiarendo come quest'ultimo in verità non rappresenti un'innovazione, bensì una codificazione di un principio già espresso dalla giurisprudenza amministrativa denominato quale "principio di strumentalità delle forme". Il Giudice ha dunque osservato come dal principio di proporzionalità derivi il corollario della "strumentalità delle forme" ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione di cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto costante applicazione e che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice appalti di cui al d.lgs. n.36 del 31 marzo 2023.

TAR PIEMONTE, SEZ. II, 28 aprile 2023 n. 134 – Appalti pubblici – *Sul grave illecito professionale* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha statuito in tema di partecipazione alle gare d'appalto, e, in particolare, di partecipazione di Consorzi, chiarendo che non appare automaticamente integrata la fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016, nel caso in cui l'elemento sintomatico dell'inaffidabilità del concorrente sia rappresentato dall'applicazione di una penale nell'ambito di un contratto eseguito da una consorziata estranea alla gara in questione e con differente oggetto.

TAR SICILIA, CATANIA, SEZ. IV, 24 aprile 2023 n. 1352 – Appalti pubblici – Sulla revoca in autotutela degli atti di gara – Con la sentenza in rassegna il TAR ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la S.A. ha stabilito di revocare in autotutela gli atti di una gara indetta per l'affidamento di un servizio, motivato con riferimento alla necessità di tutelare il pubblico interesse consistente nella sostanziale assenza di un confronto concorrenziale. Il Giudice ha così chiarito che la facoltà della S.A. di non dar corso alla procedura concorrenziale, nel caso di specie espressamente richiamata dalla *lex specialis* ed a cui fa riferimento anche la disposizione *ex art.* 95, comma 12, del D.lg. 18 aprile 2016, n. 50, ha natura largamente discrezionale e non implica necessariamente l'accertamento della carenza assoluta dei requisiti richiesti nelle offerte o l'evidenziazione di profili di illegittimità della procedura, e può basarsi anche su valutazioni di opportunità che possono essere scrutinate in sede di legittimità solo ove manifestamente illogiche, irragionevoli, o poggianti su erronei presupposti di fatto.

TAR VENETO, SEZ. I, 21 aprile 2023 n. 531 – Appalti pubblici – Sui criteri da osservare per la corretta interpretazione della c.d. clausola sociale – Con la sentenza in rassegna il TAR ha chiarito che la c.d. clausola sociale inserita nei bandi delle gare di appalto va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art. 41 Cost. In tale prospettiva, fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze, il nuovo gestore del servizio può collocare alcuni in altri contratti da esso eseguiti (e anche ricorrere agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero), quando nell'organizzazione prefigurata per il servizio in contestazione, gli stessi risultino superflui. Il TAR ha poi ricordato come la clausola sociale funga quindi da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, così ottenendo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento.

TAR SICILIA, PALERMO, SEZ. I, 20 aprile 2023 n. 1306 – Appalti pubblici – Sulle informazioni fuorvianti nelle gare d'appalto – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha statuito che, nel caso in cui un operatore economico abbia fornito alla P.A., in sede di partecipazione ad una gara di appalto, una informazione fuorviante, tale circostanza non può determinare un automatismo espulsivo dalla procedura, essendo invece indispensabile che la stazione appaltante effettui una valutazione in concreto, al fine di stabilire se l'informazione sia effettivamente fuorviante, se la stessa sia in grado di sviare le valutazioni e, infine, se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità.

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 19 aprile 2023 n.2390 –Appalti pubblici – Sull'operatività del cumulo alla rinfusa per tutti i requisiti anche nel nuovo codice appalti 2023 – Il TAR Campania torna sul contrasto giurisprudenziale dell'operatività del cd. Cumulo alla rinfusa alla luce del nuovo codice appalti, statuendo come nella gara di appalto con oggetto lavori, è il consorzio stabile e non le singole imprese

consorziate che deve dimostrare i requisiti partecipativi come le attestazioni SOA per categorie e classifiche indicate nel bando di gara. Il Giudice ha così chiarito che il nuovo Codice dei contratti pubblici sembra ammettere il cumulo alla rinfusa all'art. 67, il cui comma 4 riproduce il contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della *voluntas legis* di consentire ai “consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate”. Il TAR, dunque, conferma il principio per cui nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. II, 17 aprile 2023 n. 500 – Appalti pubblici – *Sull'omessa presentazione dell'attestazione del sopralluogo* – Con la sentenza in commento il TAR ha ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la S.A. ha escluso un concorrente da una gara di appalto di servizi, motivato esclusivamente con riferimento al fatto che la società avesse omesso di presentare l'attestazione di avvenuto sopralluogo, nel caso in cui il medesimo concorrente, avvalendosi della facoltà espressamente prevista dal disciplinare di gara, avesse comunque dichiarato, con apposito modulo predisposto dalla S.A., di aver preso visione autonomamente dello stato dei luoghi.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 17 aprile 2023 n. 2342 – Appalti pubblici - *Sull'ambito applicativo del principio di equivalenza nelle gare di appalto di forniture* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha chiarito che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste e risponde al principio del *favor participationis*, costituendo altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione. Il Giudice ha inoltre evidenziato che tale principio trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 26 aprile 2023 n. 4173 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla insufficienza del criterio della vicinitas per l'impugnazione del titolo edilizio in sanatoria* – Il Consiglio di Stato ha ritenuto inammissibile un ricorso giurisdizionale proposto al fine di ottenere in s.g. l'annullamento di un permesso di costruire in sanatoria e la conseguente demolizione dei manufatti abusivamente realizzati, nel caso in cui parte ricorrente abbia dedotto esclusivamente di essere confinante con i medesimi manufatti (criterio della c.d.

Edilizia & Urbanistica

vicinitas), senza allegare elementi probatori in ordine al *vulnus* effettivamente subito in conseguenza della costruzione dei manufatti, ovvero in ordine al vantaggio che potrebbe conseguire dalla relativa demolizione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 19 aprile 2023 n. 3957 – Edilizia&Urbanistica – *Sui presupposti per la configurabilità della lottizzazione abusiva* – Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiarito che l’illecito rappresentato dalla lottizzazione abusiva si consuma in ipotesi di qualsiasi tipo di edificazione idonea in concreto a stravolgere l’assetto del territorio preesistente ed a realizzare un nuovo insediamento abitativo; tale edificazione, pertanto, deve essere idonea a determinare un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione del territorio dell’amministrazione. Il Collegio ha inoltre precisato che la fattispecie lottizzatoria può manifestarsi innanzitutto nella veste “materiale”, attraverso l’avvio non autorizzato di opere finalizzate alla trasformazione urbanistica di terreni in zona non adeguatamente urbanizzata in violazione della disciplina a quest’ultima impartita dalla legislazione e dagli strumenti pianificatori. Siffatti interventi devono risultare globalmente apprezzabili in termini di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, di aggravio del relativo carico insediativo e, soprattutto, di pregiudizio per la potestà programmatica attribuita all’amministrazione; devono, cioè, valutarsi alla luce della *ratio* dell’art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001, il cui bene giuridico tutelato risiede nella necessità di salvaguardare detta potestà programmatica, nonché la connessa funzione di controllo, posta a garanzia dell’ordinata pianificazione urbanistica, del corretto uso del territorio e della sostenibilità dell’espansione abitativa in rapporto agli standards apprestabili.

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. I, 26 aprile 2023 n. 546 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla natura espropriativa delle “zone a viabilità”* – Con la sentenza in rassegna il Tar ha chiarito che non sussiste nessun dubbio sulla natura espropriativa del vincolo costituito dalla destinazione urbanistica “Zona a viabilità”, ricorrendo, in tal caso, una localizzazione lenticolare della strada, incidente su specifici beni privati, dovendo escludersi, pertanto, che si sia al cospetto di un vincolo di zonizzazione.