

NEWSLETTER N. 9 ANNO IX

1°-15 maggio 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, 9 maggio 2023, n. 4669 – Appalti pubblici
– *Sul provvedimento di esclusione per gravi illeciti professionali*– Il Consiglio di Stato, confermando l’orientamento del primo giudicante, ha affermato che la moralità professionale dell’operatore economico può essere compromessa qualora fatti di rilevanza penale, benché non accertati definitivamente, abbiano coinvolto un procuratore speciale dell’impresa concorrente.

Nello specifico, è stato ritenuto legittimo un provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante che ha vagliato adeguatamente l’incidenza negativa sulla moralità professionale dell’operatore economico dell’illecito professionale commesso da un soggetto avente un ruolo apicale nella società concorrente.

I giudici hanno inoltre ritenuto del tutto legittima la valutazione compiuta dalla stazione appaltante in ordine alle misure di *self cleaning* adottate dalla concorrente, misure che sono state ritenute inidonee a far venir meno la valutazione negativa sull’affidabilità dell’operatore economico.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto della stazione appaltante)

CONSIGLIO DI STATO, 2 maggio 2023, n. 4363 – Appalti pubblici
– *Sull’operatività del principio dell’autovincolo rispetto a quanto fissato dalla S.A. negli atti di gara* – I giudici del Consiglio di Stato hanno affermato che una Stazione appaltante, a meno che non eserciti il potere di autotutela, non può modificare in via interpretativa le prescrizioni contenute negli atti di gara e ciò anche nel caso in cui l’interpretazione letterale della disposizione non è la più ragionevole rispetto al generale tenore del disciplinare.

L’amministrazione che indice una procedura selettiva è, in effetti, vincolata non meno dei partecipanti al rispetto delle previsioni della relativa *lex specialis*, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, anche in presenza di eventuali errori compiuti nella redazione degli atti della procedura.

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

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 8 maggio 2023 n. 4584 - Appalti pubblici
– *Sull’interesse al ricorso dell’impresa terza classificata*. Secondo i Giudici del Consiglio di Stato l’impresa che è risultata terza in graduatoria per avere interesse alla proposizione di un ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione deve avanzare censure nei confronti tanto della prima classificata quanto nei confronti della seconda.

Al contrario, è inammissibile per carenza di interesse il ricorso per l’impugnazione degli atti di gara, con il quale la terza classificata lamenti profili di illegittimità limitatamente alla posizione dell’aggiudicatario, in quanto l’accoglimento delle suddette censure determinerebbe uno scorrimento della graduatoria a favore dell’impresa seconda classificata, senza recare una concreta utilità al ricorrente, non essendo ravvisabile in capo al medesimo soggetto neppure un interesse

strumentale all'annullamento degli atti ai fini della rinnovazione della gara, nella misura in cui i vizi dedotti non si caratterizzano per una generalità tale da determinare l'illegittimità e il travolgimento dell'intera procedura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 8 maggio 2023 n. 4624 – Appalti pubblici – *Sul principio di equivalenza nelle gare d'appalto* – I Giudici di Palazzo Spada con la pronuncia in rassegna hanno ulteriormente ribadito che il principio di equivalenza, introdotto dall'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 in attuazione dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE, permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V, 5 maggio 2023, n. 4559 - Appalti pubblici - *Sulle dichiarazioni ex art. 80 riferite al socio unico persona giuridica* - Con la pronuncia in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito il prevalente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la disposizione dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica. Pertanto, l'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione riferita al socio unico persona giuridica, neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto non rientra nell'ambito soggettivo individuato dal terzo comma dell'art. 80. Tale statuizione si pone in linea con il principio di tassatività delle clausole di esclusione e con l'inequivoca portata della disposizione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui possono assumere rilevanza eventuali gravi illeciti professionali soltanto se riferiti direttamente all'operatore economico oppure ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3.

TAR LOMBARDIA, MILANO, SEZ. IV, 15 maggio 2023 n. 1124 - Appalti pubblici – *Sull'istituto del subappalto necessario*. Con la pronuncia in rassegna i Giudici hanno evidenziato come nel caso in cui l'operatore economico che si è avvalso di altra impresa al fine di subappaltare dei lavori/servizi per cui non è qualificata, la Stazione appaltante non può esercitare alcun controllo circa la sussistenza dei requisiti di ammissione in capo al subappaltatore.

Il subappalto, sia esso facoltativo o necessario, opera ed ha una sua valenza soltanto in fase esecutiva, sicché nei confronti del subappaltatore va controllata, dopo la stipula del contratto principale, la sola sussistenza della qualificazione per le prestazioni ad esso affidate; in difetto della quale, sussiste inadempimento contrattuale dell'appaltatore.

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 12 maggio 2023, n. 2897 – Appalti pubblici – *Sull'operatività dell'istituto del c.d. cumulo alla rinfusa*. I Giudici del TAR Campania hanno ribadito il più recente orientamento secondo cui non è condivisibile l'affermazione per cui l'art. 47, comma

1, d.lgs. 50/2016 avrebbe ridotto l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi ed all'organico medio annuo.

Il TAR Campania inoltre ritiene che questa interpretazione trovi conferma anche nel codice dei contratti pubblici del 2023, che ammette il cumulo alla rinfusa illimitato. La tesi dell'ammissibilità del cumulo alla rinfusa senza limitazioni si ritiene preferibile anche per ragioni logiche, di coerenza ordinamentale e di certezza del diritto.

TAR SICILIA, CATANIA, SEZ. III, 12 maggio 2023 n. 1566 – Appalti pubblici – *Sulla discrezionalità della S.A. nell'attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.* Con la sentenza in commento i Giudici del TAR Catania hanno ribadito l'orientamento secondo cui rientra nell'ambito della discrezionalità amministrativa la scelta della Stazione appaltante di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 97 del Codice.

In ragione di ciò, la decisione dell'Amministrazione di verificare la congruità di un'offerta economica non può essere soggetta alla sindacabilità del giudice amministrativo se non nelle eccezionali ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza.

TAR SARDEGNA, SEZ. II, 5 maggio 2023 n. 326 – Appalti pubblici – *Sul contratto di avvalimento con clausola di pagamento anticipato* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha statuito in ordine alla validità della clausola del contratto di avvalimento con cui l'impresa avvalente, ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto, si obbliga ad erogare preventivamente il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria. Il Giudice ha infatti ritenuto che tale clausola non fa venir meno la solidarietà tra ausiliaria ed ausiliata.

TAR LOMBARDIA, SEZ. II, 2 maggio 2023 n. 1042 – Appalti pubblici – *Sull'applicabilità del soccorso istruttorio a irregolarità riguardanti l'offerta tecnica* – I Giudici del TAR Lombardia hanno ritenuto illegittima l'esclusione di un concorrente dalla gara che era stata motivata dalla Stazione Appaltante sulla mancata sottoscrizione di parte della documentazione relativa all'offerta tecnica.

Il Collegio ha, in particolare, rilevato che nel caso in cui la mancata sottoscrizione riguardi unicamente documenti (certificazioni o manuali d'uso) che, seppur presenti nella busta tecnica, sono stati inseriti dal concorrente unicamente a corredo della documentazione tecnica principale, tale irregolarità è sanabile tramite soccorso istruttorio.

Il divieto di soccorso istruttorio per le carenze afferenti al contenuto sostanziale dell'offerta tecnica è, in effetti, circoscritto ai soli elementi dell'offerta che impegnano il concorrente e che consentono alla stazione appaltante l'attribuzione del punteggio tecnico all'offerta.

**Edilizia &
Urbanistica**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VII, 4 maggio 2023 n. 4524 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla presunzione di demanialità di un'area*

del territorio comunale – Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha statuito come non possa desumersi con certezza la natura demaniale di un'area ubicata nel territorio comunale per il solo fatto che la medesima area è attigua ad una via pubblica, ove, peraltro, non sia stato prodotto in giudizio dall'Ente locale neanche l'inventario dei beni appartenenti all'amministrazione comunale. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, in tal caso, non è applicabile la presunzione di demanialità del bene, ai sensi della legge 22 marzo 1865, n. 2248, art. 22, all. F), non essendo sufficiente che il suolo oggetto di causa sia adiacente ad una via pubblica. E ciò a maggior ragione nel caso in cui, indipendentemente dal riparto dell'onere probatorio, da una parte non sia stato dimostrato che la stessa area sia inserita nel tessuto viario cittadino e sia destinata ad uso pubblico da parte della generalità dei cittadini, dall'altra risulti, viceversa, un principio di prova per il quale l'area in questione non è mai transitata in proprietà del Comune, potendo essere, tuttora, nella disponibilità di una società privata.

TAR SICILIA, CATANIA, SEZ. II, 12 maggio 2023 n. 1551 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla scadenza dei vincoli preordinati all'esproprio e obbligo di ritipizzazione* – con la pronuncia in commento il TAR ha ricordato come la scadenza del vincolo espropriativo comporti l'obbligo dell'Amministrazione di reintegrare la disciplina urbanistica dell'area interessata dal vincolo decaduto con una nuova pianificazione, che definisca le condizioni di utilizzabilità del bene e non lasci il bene stesso privo di una concreta disciplina urbanistica.

TAR PIEMONTE, SEZ. II, 4 maggio 2023 n. 418 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla bonifica dei siti inquinati ordinata dalla P.A.* – Con la pronuncia in rassegna il TAR ha statuito che gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino di siti inquinati possano essere imposti dalla pubblica amministrazione esclusivamente al responsabile della contaminazione, cioè su colui che l'abbia cagionata, in tutto o in parte, tramite un proprio comportamento commissivo od omissivo legato all'inquinamento da un preciso nesso di causalità. Il TAR chiarisce poi che, ove tale soggetto non provveda, gli interventi necessari devono essere adottati dall'amministrazione competente, senza possibilità di trasferire tali oneri a carico del proprietario dell'area.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I, 2 maggio 2023 n. 555 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla conoscenza del permesso di costruire tramite un cartello di cantiere* – Con la pronuncia in argomento il TAR ha statuito essere irricevibile, in quanto tardivo, un ricorso tendente ad ottenere l'annullamento in s.g. di un permesso di costruire, nel caso in cui: a) il cartello previsto dall'art. 20 comma 6 d.p.r. n. 380 del 2001, recante gli estremi del titolo edilizio e la chiara e compiuta indicazione della tipologia di lavori assentiti, sia stato apposto presso il cantiere tempestivamente, o, comunque, contestualmente all'inizio dei lavori in modo chiaramente visibile dall'esterno; b) l'impugnazione sia stata proposta a distanza di oltre un anno dall'inizio dei medesimi lavori. In tal caso, infatti, in ragione della descrizione dei lavori indicata nel cartello di cantiere (che poteva essere agevolmente percepita nella sua potenziale lesività ed illegittimità), e della conseguente piena conoscenza dell'intervento progettato, nonché della possibilità di valutarne l'eventuale incidenza lesiva sulla propria sfera giuridica da

parte del controinteressato, deve ritenersi che il termine per la proposizione del ricorso è iniziato a decorrere, sostanzialmente, dall'apposizione stessa del cartello.

Enti Locali

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VII, sentenza 2 maggio 2023 n. 4413 – Concessioni demaniali marittime – *Sulla conversione della concessione demaniale marittima da stagionale in annuale* – Con la pronuncia in rassegna il Consiglio di Stato ha statuito che le strutture amovibili degli stabilimenti balneari in concessione a carattere stagionale, ove le condizioni territoriali lo consentano e su richiesta dell'interessato, possono, anche in assenza di un Piano comunale di spiaggia, essere mantenute per l'intero anno, mediante il rilascio di una concessione demaniale marittima suppletiva. I Giudici di Palazzo Spada hanno così chiarito che è consentito il mantenimento delle strutture amovibili stagionali per l'intero anno laddove richiesto dal concessionario ed autorizzato dal Comune, sempre che le condizioni territoriali lo consentano, essendo all'uopo necessario il rilascio di un'apposita concessione demaniale marittima suppletiva da parte dell'Amministrazione concedente. Quest'ultima è, dunque, chiamata ad una valutazione discrezionale che tenga conto di tutte le circostanze pertinenti, ivi inclusa anche la condotta serbata dall'interessato durante il rapporto.