

# NEWSLETTER N. 10 ANNO IX

16-31 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](mailto:segreteria@aoerre.com)

## In evidenza

**TAR LAZIO, SEZ. V, 25 maggio 2023, n. 8899 – Appalti pubblici – *Sul giudizio di anomalia dell’offerta***– In tale occasione, il Tribunale ha ricordato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in tema di congruità dell’offerta, la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, sindacabile unicamente per macroscopica erroneità o irragionevolezza.

A fronte di una censura sull’incongruità incentrata su quattro specifici aspetti dell’offerta dell’aggiudicataria, il Collegio ha ribadito come un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è precluso al giudice amministrativo, che non può evidentemente sostituirsi ad una attività rimessa unicamente all’Amministrazione procedente.

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

## Appalti pubblici

**TAR LAZIO, SEZ.II BIS, 30 maggio 2023, n. 9167 -Appalti pubblici- *Sul potere di differimento della scadenza del termine del contratto***- Una volta disposta la proroga dell’affidamento di un servizio pubblico in appalto ai sensi e nei limiti di cui all’art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016, fino alla scadenza del termine a tale scopo previsto già nel disciplinare e nel contratto, il termine può essere differito ancora, laddove ciò sia strettamente necessario al completamento della gara (indetta nella pendenza della proroga originaria) secondo buona fede e ragionevolezza; in tal caso, il rapporto prosegue tra le parti agli stessi patti, salvo ricorrano le condizioni in presenza delle quali è possibile modificare i prezzi a mente dello stesso art. 106.

Ciò è quanto affermato dal Tribunale amministrativo per il Lazio nella sentenza in commento, ove muovendo da tali premesse, dichiara la legittimità di una serie di proroghe contrattuali imposte dall’amministrazione al fine di assicurare la copertura del servizio, nelle more della conclusione della nuova gara d’appalto.

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I, 27 maggio 2023, n. 187 -Appalti pubblici- *Sull’apposizione di limiti al subappalto***- E’ legittima l’apposizione di limiti quantitativi al subappalto da parte delle stazioni appaltanti, le quali hanno la facoltà di valutare, con elasticità, le caratteristiche della situazione concreta, non potendo far discendere dalla pronuncia della CGUE C-63/18 un generalizzato divieto assoluto di previsione di limiti quantitativi al subappalto nella documentazione di gara.

È quanto affermato dai giudici del TAR che hanno ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha respinto l’istanza avanzata dall’affidataria, in corso di esecuzione del contratto, di autorizzazione al subappalto, motivata con riferimento al fatto che il valore delle opere da subappaltare indicato dalla richiedente fosse superiore rispetto a quello massimo stabilito dal bando di gara.

Inoltre, i giudici hanno ritenuto che le contestazioni mosse dall’impresa solo in fase esecutiva risultavano incompatibili con la precedente condotta tenuta dalla stessa, poiché aveva precedentemente accettato il

limite imposto dall'amministrazione, che pure avrebbe avuto la possibilità di contestare tempestivamente.

**TAR TOSCANA, SEZ. I, 27 maggio 2023, n. 512 - Appalti pubblici – *Sull'onere motivazionale della rilevanza dell'illecito professionale sull'affidabilità del concorrente.*** Con la pronuncia in rassegna, i Giudici hanno rammentato come, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, incombe sulla stazione appaltante uno specifico e puntuale obbligo motivazionale circa la rilevanza dell'illecito professionale sull'affidabilità del concorrente nel solo caso in cui la stessa pervenga alla determinazione di esclusione del concorrente. Al contrario, tale onere non sussiste nell'ipotesi di ammissione dell'impresa, ove la motivazione può anche essere implicita o desumersi dal fatto concludente della non estromissione dell'impresa dalla gara.

Tuttavia, un moderato temperamento si impone nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque valutato l'impresa affidabile.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 26 maggio 2023, n. 5177 – Appalti pubblici – *Sull'interpretazione funzionale delle disposizioni della lex specialis*** – Il Collegio ha chiarito che, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara, va applicato, oltre al criterio letterale e quello sistematico, anche quello funzionale.

Ciò significa che le disposizioni di gara, ove il dato testuale presenti delle ambiguità, devono essere interpretate, in via suppletiva, alla stregua della finalità perseguita dalla stazione appaltante, ossia valutando anche la specifica esigenza che per mezzo delle previsioni del bando l'Amministrazione intendeva soddisfare.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 25 maggio 2023, n. 5145 – Appalti pubblici – *Sulla garanzia provvisoria a corredo dell'offerta*** – I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che ai sensi dell'art. 93 del Codice dei contratti, l'obbligo di corredare l'offerta con una garanzia provvisoria è una prescrizione che opera in via generalizzata a carico di tutti gli operatori economici concorrenti, per la quale non è prevista alcuna differenziazione su base soggettiva.

Nel caso di specie, infatti, il ricorrente, sottoposto ad una procedura di amministrazione straordinaria, aveva richiesto una dilazione temporale per la prestazione della garanzia, per il tempo necessario alla definizione della lite pendente avverso la prima esclusione dalla gara.

Il Collegio, tuttavia, ha affermato che non solo non esiste alcuna disposizione che possa legittimare l'auspicato trattamento differenziale, ma una simile disparità risulterebbe, per sé, contraria al principio di "non discriminazione" tra gli operatori economici e al correlato canone di "libera concorrenza".

Infine, si è evidenziato come la garanzia vada acquisita come parte essenziale e integrante dell'offerta, con il corollario che la sua mancata presentazione rappresenta di per sé legittima causa di esclusione dalla gara.

**TAR EMILIA-ROMAGNA, SEZ. I, 22 maggio 2023, n. 318 – Appalti pubblici – *Sul soccorso procedimentale*** – In tale occasione, il

Collegio ha ribadito che la stazione appaltante ha la possibilità di attivare il c.d. soccorso procedimentale (distinto dal c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016) per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità.

Dunque, risulta legittima l'attribuzione di un punteggio pari a zero da parte della Commissione in merito ad un aspetto ambiguo dell'offerta, ove ben due richieste di chiarimenti non abbiano consentito di chiarire l'aspetto e non potendo la stazione appaltante attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta.

**TAR PUGLIA, SEZ. III, 19 maggio 2023, n. 790- Appalti pubblici – *Sull'avvalimento riguardante capacità tecniche e professionali-***

Il Tribunale, sulla base del quadro normativo di riferimento, ha valutato che l'operatore economico ricorrente era stato legittimamente escluso dalla gara per aver prodotto in gara un contratto di avvalimento privo dell'indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliata e carente della specificazione dell'ampiezza del dovere di collaborazione e di assistenza tra le ditte interessate.

Nel caso di avvalimento riguardante le capacità tecniche e professionali (le "esperienze professionali pertinenti" di cui al comma 1 dell'art. 89) le risorse messe a disposizione della società partecipante alla gara devono, infatti, essere specificate, nel senso che l'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara.

**TAR MOLISE, SEZ. I, 19 maggio 2023, n. 166 Appalti pubblici – *Sul principio dell'equivalenza* – Il Collegio, affrontando il tema del principio di equivalenza ex art 68 del Codice dei contratti, ha inteso distinguere la sua applicazione a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto in concreto dall'Amministrazione.**

Nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il parere dei giudici, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non devono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, con la conseguenza che la stazione appaltante è facoltizzata ad operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti attenendosi ai criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte.

Viceversa, la lettura delle specifiche tecniche fissate dal bando di una gara da assegnarsi secondo il criterio del prezzo più basso richiede un metro di particolare rigore, alla luce dell'esigenza, propria del confronto competitivo incentrato sul solo elemento del prezzo, di una stretta omogeneità tra le offerte delle concorrenti.

**TAR LOMBARDIA, SEZ. II, 17 maggio 2023, n. 1150- Appalti pubblici- *Sulle clausole immediatamente escludenti-* In tale occasione il Tribunale ribadisce che qualora la legge di gara è tale da impedire la presentazione di un'offerta, in quanto la stessa sarebbe necessariamente esclusa, è onere dell'operatore partecipante impugnare immediatamente la *lex specialis* o quanto meno le disposizioni della stessa preclusive.**

## Edilizia & Urbanistica

Nel caso di specie, la formulazione della legge di gara era chiara nel non ammettere la fornitura di un farmaco generico o equivalente rispetto a quello indicato nella *lex specialis* con il nome commerciale, brevettato e commercializzato da una specifica azienda.

L'operatore economico avrebbe dovuto quindi impugnare immediatamente le disposizioni di gara, tanto più se si considera che la diligenza richiesta nell'interpretazione degli atti di gara a una importante impresa del settore farmaceutico non è quella ordinaria di cui al comma 1 dell'art. 1176 cc. bensì quella specifica degli operatori professionali di cui al comma secondo dell'art. citato.

**TAR PIEMONTE, SEZ. I, 16 maggio 2023, n. 450 – Appalti pubblici- Sui criteri ambientali minimi**- Il TAR Piemonte ha chiarito che la regolazione dei CAM va rinvenuta nella legge di gara. Se sono richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento della partecipazione comporta rispettivamente l'esclusione o la mancata attribuzione del punteggio.

Se sono richiesti per la stipulazione del contratto, invece, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o alla fase di verifica e comporta la decadenza dell'aggiudicazione per impossibilità di stipulazione del contratto.

In ogni caso, la verifica dei CAM si inserisce in una fase prodromica alla stipulazione del contratto.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 31 maggio 2023, n. 5399 – Edilizia&Urbanistica – Sulla legittimazione ad agire avverso il silenzio serbato sull'istanza ex art. 19 comma 6 ter l. 241/90** – Con la sentenza in commento i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che -in maniera del tutto simile a quanto accade per l'impugnazione del permesso di costruire rilasciato a un terzo- il soggetto che ha sollecitato l'esercizio dei poteri di cui all'art. 19 comma 6 ter l. 241/90 su una data SCIA non ha interesse a presentare ricorso sul silenzio serbato, qualora non dimostri di avervi un concreto interesse, nel senso di una lesione alla sua sfera giuridica che deriverebbe dall'attività oggetto della SCIA. Ed infatti, se ciò vale per l'impugnazione di un permesso di costruire - che in ipotesi potrebbe corrispondere ad un intervento edilizio illegittimo- a più forte ragione i giudici ritengono che ciò valga anche nel caso di contestazione di un titolo minore, come la SCIA.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II, 18 maggio 2023, n. 4934 - Edilizia&Urbanistica- Sulla realizzazione di una serra agricola come attività ad edilizia libera**- Con la pronuncia in commento, i giudici hanno chiarito le condizioni per cui un manufatto qualificabile come "serra" possa rientrare nell'attività di edilizia libera:  
-assenza di opere in muratura, la cui rimozione ne implicherebbe la demolizione  
-la stagionalità, cioè la sua effettiva periodica rimozione con la conseguenza che lo stato dei luoghi non può dirsi definitivamente modificato.

## Servizi di interesse economico generale

**TAR SICILIA -CATANIA, 17 maggio 2023, n. 1640 – Espropriazione per pubblica utilità – Sulla giurisdizione delle controversie in tema di indennizzo ex art 42 bis DPR n. 327/2001** – Il Collegio, dopo aver dichiarato il ricorso inammissibile, ha ribadito che, come affermato dalle SSUU n. 20691/2021, in tema di espropriazione per pubblica utilità, sono devolute al giudice ordinario e alla corte di Appello, in unico grado, le controversie sulla determinazione e corresponsione dell'indennizzo ex art. 42 bis del DPR n. 327/2001 (espropriazione per pubblica utilità), in ragione della natura indennitaria del credito vantato dal proprietario del bene.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II, 19 maggio 2023, n. 5016 – Servizio farmaceutico – Sulla competenza del Comune nel modificare la perimetrazione delle farmacie** – Il Collegio ha chiarito che il Comune conserva una potestà ampiamente discrezionale in ordine alla pianificazione del servizio farmaceutico reso sul territorio, anche con riferimento agli specifici bacini di utenza delle varie farmacie. Ciò significa che nell'attività riservata al Comune di revisione biennale delle farmacie, l'ente non deve necessariamente rispettare le indicazioni stabilite nel piano regionale.

## Enti Locali

**CGA REGIONE SICILIANA, SEZ. GS, 22 maggio 2023, n. 350 - Concessioni demaniali marittime- Sugli effetti della scadenza della concessione e sulle modalità di affidamento-** Il Collegio ha ritenuto legittima l'ingiunzione di sgombero adottata nei confronti del concessionario alla scadenza della concessione demaniale marittima, affermando che la stessa scadenza rende *sine titulo* l'occupazione degli immobili, e ciò a prescindere dall'avvenuta individuazione o meno del nuovo soggetto destinatario della concessione. I giudici del Collegio siciliano hanno infatti chiarito che, in ragione della scadenza della concessione, lo sgombero è provvedimento immediatamente obbligatorio e vincolato. L'individuazione del nuovo concessionario non è condizione necessaria per l'adozione dello sgombero, in ragione del fatto che, in linea astratta, potrebbe perfino non esserci mai, nel caso in cui l'amministrazione si determini per la gestione diretta dell'area o per la sua devoluzione all'uso pubblico generale.

**TAR PUGLIA -LECCE, SEZ. III, 18 maggio 2023, n. 257 – Enti Locali- Sulle ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 TU Enti Locali-** Il Collegio ha stabilito che la mera potenzialità di un pericolo grave per l'incolumità pubblica è sufficiente a giustificare il ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente, anche qualora tale pericolo sia noto da tempo o si protragga per un periodo senza cagionare il fatto

temuto, nonché persino quando il pericolo stesso non sia imminente, sussistendo comunque una ragionevole probabilità che possa divenirlo. Per l'esercizio del potere *extra ordinem* da parte del Sindaco, dunque, non è necessario attendere l'attualizzarsi della minaccia.