

NEWSLETTER N. 11 ANNO IX

1-16 giugno 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. III, 16 giugno 2023, n. 5963 - Appalti pubblici- *Sull'anomalia dell'offerta e sul giudizio di congruità* – I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto immune da vizi il sindacato di legittimità del giudice di primo grado in relazione al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, tenuto conto dei principi che individuano il perimetro del sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

Ed infatti, tale giudizio deve essere svolto nell'ambito di una valutazione complessiva, non atomistica e parcellizzata dell'offerta economica, in modo da far emergere eventuali profili della sua inattendibilità, e, dunque, di inaffidabilità dell'impresa per l'esecuzione dell'appalto.

(Giudizio seguito dallo studio AOR Avvocati per conto della controinteressata)

Appalti pubblici

TAR CAMPANIA, SEZ. II, 16 giugno 2023 n. 3643 -Appalti pubblici- *Sull'interesse a ricorrere del terzo classificato*- Premesso che l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla prospettazione di una lesione concreta e attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultima dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato, il Collegio ha ritenuto inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso principale promosso dal terzo classificato in una gara d'appalto e volto all'aggiudicazione della stessa, dal momento che le censure proposte avverso la posizione della concorrente giunta seconda graduata sono state respinte.

Invero, il possibile scorrimento della graduatoria per effetto della estromissione dell'aggiudicatario si arresterebbe comunque alla posizione della seconda graduata, che resterebbe ferma per effetto del mancato accoglimento delle censure proposte avverso di essa, impedendo alla concorrente terza classificata di collocarsi in una posizione utile per il conseguimento dell'aggiudicazione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 15 giugno 2023, n. 5897 – Appalti pubblici- *Sulle misure di self cleaning*- Il Consiglio di Stato ha richiamato l'orientamento della più recente giurisprudenza nazionale in tema di misure di ravvedimento operoso secondo cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante, anche laddove siano poste in essere in corso di gara, qualora relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta.

Tale interpretazione è infatti maggiormente conforme alla *ratio* dell'istituto del *self cleaning* e altresì agli arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (C-387/19), la quale ha chiarito che le misure di self cleaning possono essere poste in essere in qualunque fase della procedura che preceda l'aggiudicazione.

TAR LOMBARDIA, SEZ. II, 14 giugno 2023, n. 1484 -Appalti pubblici- *Sull'applicabilità della disciplina sull'accesso ai soggetti di diritto privato*- La disciplina sull'accesso agli atti di gara contenuta nel Codice dei contratti e nella legge 241/90 si applica anche ai soggetti di

diritto privato la cui attività è di pubblico interesse ed è disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto applicabile la disciplina sull'accesso nei confronti di una società a partecipazione pubblica, divenuta concessionaria della gestione di un servizio pubblico, che ha a sua volta indetto una gara di appalto il cui oggetto era strumentale all'attività di gestione del pubblico servizio.

Da ciò ne deriva il diritto di accesso agli atti di gara da parte dell'operatore economico escluso dalla procedura di appalto.

TAR CAMPANIA, SEZ. I, 14 giugno 2023 n. 3617 -Appalti pubblici- *Sui requisiti di moralità in pendenza di un procedimento penale.* Secondo il TAR Campania nella pronuncia in commento non vi sono profili di illegittimità nel provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore di una ditta, la quale ha dichiarato in sede di partecipazione che il suo rappresentante legale era sottoposto ad un procedimento penale per reato colposo di cui all'art. 589 c.p., ove tale procedimento non è sfociato in alcun provvedimento di condanna esecutivo.

In tale circostanza, dunque, non vi è alcuna omissione né nel comportamento dell'aggiudicatario né in quello dell'amministrazione che ha svolto gli adeguati controlli non trovando elementi atti a dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I, 10 giugno 2023 n. 414-Appalti pubblici- *Sul sopralluogo obbligatorio nelle gare di appalto di lavori*- Richiamando la costante giurisprudenza formatasi sul tema, il TAR ha rammentato che l'obbligo di sopralluogo riveste un ruolo sostanziale e non meramente formale, consentendo ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto, dato che è strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e, conseguentemente, funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare.

Alla luce della funzione riconosciuta al sopralluogo, dunque, le clausole che definiscono i termini per il suo espletamento devono essere interpretate in modo da evitare effetti espulsivi correlati al tempo dell'espletamento dell'incombente e, a più forte ragione pertanto, non è ammissibile un'interpretazione che faccia discendere effetti espulsivi dalla mera violazione del termine entro cui il sopralluogo deve essere richiesto.

TAR LAZIO, LATINA, SEZ. I, 9 giugno 2023, n. 410- Appalti pubblici – *Sulla configurabilità del subappalto.* Con la pronuncia in rassegna, i Giudici hanno affermato che non può configurarsi come subappalto l'affidamento, da parte dell'aggiudicatario ad una società terza, di attività marginali ed eventuali rispetto all'oggetto dell'appalto. Per questo motivo non è necessario farne menzione nell'atto di partecipazione ai sensi dell'art. 105 del D.lgs. 50/2016.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, l'appalto aveva ad oggetto la fornitura di dispositivi medici, configurando mera attività marginale la formazione e il supporto tecnico del personale ospedaliero, affidati ad altra società.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 9 giugno 2023, n. 5665 – Appalti pubblici- Sulla facoltà di ribasso dei costi della manodopera- La clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera è illegittima in quanto contrasta con l'art. 97 comma 6 del d.lgs. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche. Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera provocherebbe, tra gli altri, la standardizzazione dei costi verso l'alto e la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante.

I giudici, inoltre, hanno richiamato quale supporto interpretativo, il nuovo art. 41 comma 1 d.lgs. 36/2023 che ha previsto la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale.

TAR LIGURIA, SEZ. I, 7 giugno 2023 n. 559 -Appalti pubblici- Sul principio di equivalenza- Il Collegio ha rammentato che, per stabilire se il principio di equivalenza sia o meno applicabile con riguardo ai parametri dimensionali del prodotto oggetto di fornitura, è necessario verificare se la legge di gara abbia declinato le dimensioni in modo che le stesse qualificano il bene in termini essenziali o se ricorrano ragioni di ordine scientifico tali da far ritenere le misure quali elementi inderogabili.

Dunque, il prodotto con caratteristiche dimensionali difformi da quelle previste nel capitolato può partecipare al confronto competitivo se la *lex specialis* non abbia configurato le dimensioni come qualità fondamentali e, in base ad un giudizio di equivalenza, il bene risulti idoneo a soddisfare le esigenze manifestate dall'Amministrazione negli atti di gara.

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 5 giugno 2023, n. 3420 – Appalti pubblici- Sugli elementi idonei a giustificare l'offerta anomala- Con la sentenza in commento i giudici hanno chiarito che gli elementi idonei a giustificare l'attendibilità dell'offerta devono essere attuali, dovendo sussistere sin dal momento della presentazione dell'offerta. Da ciò ne deriva che la Stazione Appaltante non può tenere conto in sede di verifica di anomalia degli incentivi e delle agevolazioni il cui conseguimento non sia sicuro per l'essere legati ad eventi futuri e incerti.

TAR VENETO SEZ. I, 5 giugno 2023, n. 773 – Appalti pubblici- Sul contratto di avvalimento e sul soccorso istruttorio. Il Collegio si è pronunciato sull'istituto dell'avvalimento, chiarendo come non possa ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare l'apporto dell'ausiliaria nell'esecuzione del servizio.

Inoltre, è chiarito come non sia possibile ricorrere al soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento connesso all'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata, nemmeno nel caso in cui ausiliaria e ausiliata appartengano al medesimo gruppo societario.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 16 giugno 2023 n. 5926 – Edilizia&Urbanistica – *Sulla procedura di variante semplificata ai sensi dell’art. 8 del d.P.R. 160/2010* – Il Collegio, giudicando in materia di variante urbanistica semplificata ex art. 8 del d.p.r. n. 160 del 2010, ha chiarito che la Regione è contitolare del potere urbanistico. Da ciò ne deriva che il perfezionamento urbanistico della variante semplificata si ha a seguito sia del parere positivo del Consiglio Comunale sia della Regione. La Regione, intervenendo nella procedura di adozione della variante semplificata, esercita un potere di controllo intrinseco volto primariamente a valutare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità della procedura stessa. Diversamente opinando, ne risulterebbe vulnerata la competenza regionale in materia urbanistica.

TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I, 16 giugno 2023 n. 210-Edilizia&Urbanistica – *Sul permesso di costruire un dehor su suolo pubblico*- In materia edilizia il Comune, prima di rilasciare il permesso di costruire, ha sempre l’onere di verificare la legittimazione del richiedente, accertando che questi sia il proprietario dell’immobile oggetto dell’intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l’attività edificatoria. Nel caso di specie, la concessione di suolo pubblico rilasciata a favore della ricorrente era limitata al solo posizionamento di ombrelloni, tavolini, sedie e altri arredi. La richiesta del rilascio del permesso di costruire per ivi realizzare il dehor (in sostituzione degli ombrelloni e tavolini) si pone pertanto al di fuori dei limiti in cui è riconosciuto alla ricorrente “il diritto di eseguire le opere” in virtù della concessione di suolo pubblico stipulata. I giudici hanno dunque ritenuto legittimo il provvedimento con il quale il Comune ha opposto un diniego in ordine all’istanza per il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione di un dehors su area pubblica, per carenza del titolo di legittimazione alla presentazione della richiesta.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II STRALCIO, 12 giugno 2023 n. 9912 -Edilizia&Urbanistica- *Acquisizione al patrimonio comunale del manufatto abusivo*. Il Collegio ha rammentato che, nel caso di acquisizione di superficie ulteriore rispetto al bene abusivo, l’Amministrazione comunale deve giustificare volta per volta le ragioni che rendono necessario disporre l’ulteriore acquisto (che deve risultare funzionale e strumentale rispetto all’acquisto del bene abusivo e della relativa area di sedime) nonché indicare con precisione l’ulteriore area di cui viene disposta l’acquisizione.

