

# NEWSLETTER N. 16 ANNO IX

15-30 settembre 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. III, sentenza 27 settembre 2023 n. 14325 – Energy– *Sulla decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti*– Con la pronuncia in rassegna, il TAR Lazio ha ribadito la legittimità del provvedimento di decadenza dalle tariffe incentivanti -con riferimento ad un impianto fotovoltaico- qualora il GSE rilevi la violazione delle disposizioni di cui al D.M. 19.02.2007 (Secondo Conto Energia) per non aver la richiedente provato il tempestivo deposito della comunicazione di fine lavori al Comune, trattandosi di violazione di per sé ostativa alla concessione degli incentivi.**

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

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 29 settembre 2023, n. 8592 – Appalti pubblici- *Sul cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili*- In tale occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile -e non ciascuna delle singole consorziate- ad assumere la qualifica di concorrente e a dover dimostrare il possesso dei requisiti partecipativi. Tale dimostrazione può legittimamente effettuarsi tramite il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano o meno designate per l'esecuzione del contratto.**

In altre parole, i consorzi stabili ben possono integrare i requisiti previsti dalla lex specialis mediante quelli posseduti dalle proprie consorziate non esecutrici.

**TAR LAZIO, SEZ. III quater, sentenza 27 settembre 2023 n. 14297 –Appalti pubblici – *Sulla proroga tecnica del contratto*. Con la pronuncia in commento, i giudici hanno dichiarato l'illegittimità della proroga poiché disposta oltre la conclusione del contratto stesso.**

Per costante orientamento giurisprudenziale, infatti, poiché la proroga modifica la durata del contratto, la stessa presuppone che il contratto sia ancora in corso di esecuzione e dunque efficace.

Trattandosi di un rimedio eccezionale, deve essere finalizzato ad assicurare la prosecuzione del contratto senza soluzione di continuità nelle more del subentro del nuovo affidatario.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ.III, sentenza 26 settembre 2023 n. 8512 – Appalti pubblici – *Sulle clausole relative all'attribuzione di un punteggio premiale* – Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la clausola della lex specialis attributiva di un punteggio premiale al concorrente che avesse offerto un prodotto recante una specifica tecnica migliorativa rispetto al requisito minimo richiesto nel bando (nello specifico, si trattava della fornitura di dispositivi medici e, in particolare, di aghi per insulina).**

I giudici di Palazzo Spada hanno infatti affermato che, lungi dal costituire l'introduzione di una clausola escludente o violativa del principio di concorrenza sul libero mercato, tale scelta premia un aspetto migliorativo del prodotto, valorizzando in maniera adeguata e proporzionata le offerte che aumentassero i livelli di *confort* per i fruitori del servizio, così da garantire il raggiungimento del fine di erogare cure adeguate e

senza inutili fastidi e sofferenze ai pazienti destinatari del dispositivo medico.

**TAR LAZIO, SEZ. IV, sentenza 26 settembre 2023 n. 14255 –Appalti pubblici – *Sulla possibilità di consultazione delle banche dati ANAC per comprovare il criterio di valutazione dell’esperienza pregressa.*** In mancanza della esibizione dei Certificati di Esecuzione Lavori (CEL) a dimostrazione del possesso della specifica esperienza del concorrente, dichiarata in fase di partecipazione alla gara, non è possibile affermare un dovere della Stazione Appaltante di consultazione, in via officiosa, della banca dati ANAC, per avvallare l’esecuzione della commessa dichiarata dal concorrente.

Infatti, ciò avrebbe sostanziato una condotta discriminatoria tra i concorrenti, in considerazione del fatto che la *lex specialis* imponeva l’allegazione di documentazione a comprova della effettiva esecuzione delle commesse precedenti.

Il TAR Lazio ha altresì concluso ritenendo ampiamente giustificata l’elaborazione delle specifiche previsioni della *lex specialis* sulla prova documentale, dal momento che la disciplina sulla digitalizzazione dei contratti pubblici è ancora in attesa di concreta attuazione.

**TAR LAZIO, SEZ. IV, sentenza 21 settembre 2023 n. 13877 –Appalti pubblici– *Sull’impugnazione delle clausole immediatamente escludenti*–** I giudici hanno dichiarato il ricorso irricevibile in relazione alla tardiva impugnazione della *lex specialis*, ritenendo immediatamente lesive quelle previsioni che a) configuravano e commisuravano i punteggi previsti per l’offerta tecnica e b) prevedevano una soglia minima di punteggio afferente la valutazione di quest’ultima, il cui mancato raggiungimento era preclusivo ai fini del prosieguo della procedura selettiva, con effetto di arresto procedimentale.

**TAR SICILIA, SEZ. II, CATANIA, sentenza 21 settembre 2023 n. 2777 –Appalti pubblici – *Sul risarcimento del danno da mancata aggiudicazione*** – Con la sentenza in commento il TAR Sicilia ha accolto la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal ricorrente, per non aver vinto la gara a causa di un errore in cui è caduta la stazione appaltante (nello specifico, si trattava della presenza di discrasie nell’applicazione del criterio di aggiudicazione), ed essendo i lavori ormai interamente eseguiti.

Applicando l’art. 34 comma 4 c.p.a. si è stabilito che il Comune dovrà proporre alla società ricorrente l’importo che, in base all’offerta formulata, risulti in concreto imputabile all’utile che sarebbe stato conseguito dalla società stessa.

**TAR SICILIA, CATANIA, SEZ. V, sentenza 20 settembre 2023 n. 2774 –Appalti pubblici – *Sulle misure di self cleaning adottate in corso di procedura*** – Sul solco tracciato dalla recente giurisprudenza, i giudici siciliani hanno ribadito come l’istituto del self cleaning debba essere interpretato conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ed anche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 36/2023.

Nello specifico, deve attribuirsi rilevanza alle misure di self cleaning adottate in corso di procedura dalla società concorrente; la valutazione della loro idoneità, tuttavia, rientra nel prudente apprezzamento della Stazione Appaltante.

**TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, sentenza 20 settembre 2023 n.5155 - Appalti pubblici – *Sul potere discrezionale di stabilire i criteri di attribuzione del punteggio*– Il TAR Campania ha ritenuto legittima, in quanto finalizzata a tutelare l'interesse pubblico, la clausola del bando di un appalto di servizi che attribuiva un punteggio premiale ai concorrenti che avrebbero garantito il riassorbimento del maggior numero (superiore ai minimi di legge) di risorse umane dal contraente uscente, mantenendo le medesime condizioni e trattamenti contrattuali. Infatti, la conservazione delle risorse umane, seppure non obbligatoria ma in via opzionale, è funzionale alla migliore esecuzione dell'appalto, tale per cui l'Amministrazione ha ritenuto utile non modificare la composizione dei precedenti gruppi che avevano prestato la propria attività nel corso della precedente esecuzione.**

**TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II, sentenza 20 settembre 2023 n.1068 – Appalti pubblici – *Sul recupero da parte dell'amministrazione di somme erroneamente corrisposte in applicazione delle determinazioni comunali annullate in autotutela* – Il recupero delle somme indebitamente erogate dalla pubblica amministrazione ha carattere di doverosità; si tratta infatti di atti vincolati, rispetto ai quali non sono di ostacolo né l'affidamento del percipiente né il decorso del tempo. Nel caso di specie, il Giudice ha dunque ritenuto del tutto legittimo il diritto soggettivo dell'ente comunale al recupero delle somme erogate a titolo di certificati di pagamento straordinari, inizialmente riconosciuti in favore della ditta a titolo di adeguamento dei prezziari regionali per l'aumento straordinario dei costi dei lavori pubblici. Tuttavia, la disciplina introdotta dall'art. 26 del d.l. n. 50/2022 è circoscritto agli appalti le cui offerte siano presentate entro il 31.12.2021, tra le quali non rientrava l'offerta in esame.**

**TAR CAMPANIA, SEZ. I, sentenza 19 settembre 2023 n. 2014 – Appalti pubblici – *Sull'avvalimento premiale* – Il TAR Campania ha stabilito che in forza della finalità solidaristica che caratterizzava il contratto di avvalimento nel caso di specie (concluso tra due organizzazioni di volontariato), ben può giustificarsi una determinazione del corrispettivo del contratto di avvalimento in misura apparentemente inferiore rispetto a quello che normalmente viene praticato in un rapporto strettamente commerciale. Ed infatti, se è vero che l'adeguatezza del corrispettivo previsto dal contratto può comprovare la effettività dell'operazione negoziale e quindi l'affidabilità della relazione tra le parti, è altrettanto vero che occorre tenere conto anche dell'interesse che ispira la collaborazione tra le parti, oltre alle risorse messe a disposizione nel contratto e dei relativi costi.**

## **Edilizia & Urbanistica**

**TAR CAMPANIA, SEZ. VIII, sentenza 20 settembre 2023 n.5143 - Edilizia &Urbanistica – *Sull'annullamento in autotutela del permesso a costruire in sanatoria*. È illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela di un permesso di costruire in sanatoria, adottato dal Comune a distanza di quattordici anni dal rilascio del**

provvedimento che si intende annullare, non rispettando le previsioni dell'art. 21 *nonies* L. 241/90.

I giudici campani hanno concluso affermando che, anche a voler ritenere l'illegittimità del permesso di costruire per mancanza della c.d. doppia conformità, il Comune non poteva attendere 14 anni per farla valere, anche in considerazione del legittimo affidamento che si era ormai radicato in capo all'interessato.

## Enti locali

**TAR CAMPANIA, SEZ. VI, sentenza 26 settembre 2023 n. 5213 – Appalti pubblici – Sulle concessioni demaniali** – Il TAR Campania ha disposto l'annullamento di un'aggiudicazione di concessione demaniale marittima e noleggio delle attrezzature balneari poiché gli arredi da porsi sulla spiaggia interessata dal progetto, e oggetto di proposta, non rispondevano all'esigenza di amovibilità richiesta ma piuttosto rendevano impossibile la libera fruizione della spiaggia, comprimendo l'interesse della collettività ad usufruire in modo completo e senza vincoli del bene demaniale in questione realizzando un'arbitraria occupazione del bene demaniale marittimo.

**TAR MOLISE – SEZ. I, sentenza 15 settembre 2023 n. 227 – Enti locali – Sul principio di pari opportunità nella composizione della Giunta Comunale** – Nella sentenza in commento si è chiarito che in attuazione del principio di pari opportunità, il Sindaco deve garantire la presenza di entrambi i sessi nella nomina dei componenti della Giunta e che un'eventuale impossibilità di assicurare i due generi debba essere adeguatamente provata sia mediante la effettuazione di un'accurata e approfondita istruttoria, sia fornendo una corrispondente, puntuale motivazione del provvedimento sindacale di nomina degli assessori.