

# NEWSLETTER N. 19 ANNO IX

1-15 novembre 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

## Appalti pubblici

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. I, sentenza del 15 novembre 2023 n. 899 – Appalti pubblici – *Sulla possibilità di una impresa di spendere il contratto di punta eseguito come consorziata esecutrice di un consorzio di cooperative*** - Con la sentenza in commento, il Tribunale piemontese ha respinto il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara in cui era richiesto quale requisito di capacità tecnica e professionale la precedente esecuzione di un contratto di punta. Secondo il ricorrente, se un'impresa ha eseguito un determinato appalto quale consorziata esecutrice di un consorzio di cooperative, è quest'ultimo soggetto a maturare il relativo requisito e non la consorziata stessa, con la conseguenza che a quest'ultima è preclusa la spendita di quel contratto di punta per la partecipazione ad una differente procedura a cui prende parte come consorziata esecutrice di un diverso consorzio.

Il TAR Torino ha respinto la suddetta tesi, condividendo invece l'approdo per cui non può essere preclusa al consorziato esecutore indipendente, anche se in nome del consorzio di cooperative, la spendita del requisito maturato nell'espletamento delle attività rese in tale ultima veste.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto del controinteressato)

**TAR PIEMONTE, SEZ. I, sentenza 14 novembre 2023, n. 893 – Appalti pubblici - *Sulla rilevanza delle indagini penali ai fini dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara*** – Il TAR Piemonte ha ribadito l'orientamento secondo cui l'esclusione di un concorrente da una gara di appalto non può basarsi su generiche notizie di stampa circa presunte condotte di reato, ma richieda che a carico del soggetto della cui affidabilità si dubiti sussistano quantomeno elementi concreti e riscontrabili (quali richieste di rinvio a giudizio e/o misure cautelari) idonei a indurre la stazione appaltante ad una riflessione sull'affidabilità della possibile controparte contrattuale.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto del controinteressato)

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, sentenza 13 novembre 2023, n. 1440 – Appalti pubblici - *Sulla verifica dell'anomalia dell'offerta*** - I Giudici di Palazzo Spada hanno rammentato l'orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte.

La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Solo in tali limiti, il giudice di legittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione, può esercitare il proprio sindacato.

**TAR CALABRIA - CATANZARO, SEZ. I, sentenza 15 novembre 2023, n. 1440 – Appalti pubblici - *Sulla competenza del RUP a disporre l'esclusione dalla gara*** - Con la pronuncia in commento, il TAR ha escluso la competenza del RUP a disporre l'esclusione del concorrente dalla gara, laddove tale determinazione sia frutto di una

rivalutazione dell'offerta tecnica, non considerata difforme dalla commissione dalle specifiche tecniche richieste.

Nel caso di specie, l'offerta tecnica era stata giudicata dalla commissione valutatrice come la migliore; tuttavia, il RUP aveva comunque disposto l'esclusione, ritenendo che la stessa contesse una variante non consentita dalla *lex specialis*.

Pertanto, il TAR, nel richiamare precedenti giurisprudenziali analoghi, ha ribadito che l'attività di valutazione dell'offerta tecnica rientra nelle dirette prerogative della commissione di gara e non del RUP; mentre a quest'ultimo è consentito solo approvare la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione o richiedere a questi chiarimenti e documenti, senza tuttavia sostituirsi all'attività specialistica rimessa ai commissari.

**TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. II, sentenza 13 novembre 2023, n. 3383 - Appalti pubblici – *Sulla proroga tecnica*** – Nell'occasione il TAR ha rammentato che costituisce principio inderogabile dell'ordinamento quello per cui l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica.

La proroga del contratto affidato con gara, infatti, è consentita solo se già prevista *ab origine* e comunque entro termini determinati, mentre una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti (ovvero senza limiti predeterminati ed espliciti), la stessa proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara.

Inoltre, può farsi ricorso alla proroga nei soli limitati ed eccezionali casi in cui - per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione - vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio, nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

**TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. I, sentenza 13 novembre 2023, n. 3332 - Appalti pubblici – *Sul dies a quo dal quale far decorrere la scadenza del triennio per i gravi illeciti professionali*** – Il TAR ha evidenziato come il *dies a quo* dal quale far decorrere la scadenza del triennio per l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, D.Lgs 50/2016, deve per forza di cose essere ancorato ad un provvedimento amministrativo o giudiziario che accerti la sussistenza del fatto e lo faccia emergere in favore di una successiva valutazione da parte della Stazione appaltante.

Quindi, ai fini del computo del termine triennale, non può bastare la ricorrenza dell'accadimento del fatto storico, ma deve in ogni modo basarsi sul compimento di un atto che accerti l'esistenza del fatto e lo ponga formalmente all'attenzione dell'Amministrazione.

Fino a quel momento è comunque indubbio che sussista in capo al concorrente ad una gara un obbligo dichiarativo, proprio al fine di consentire la valutazione dovuta dalla Stazione appaltante, che altrimenti sarebbe illegittimamente omessa.

**TAR PIEMONTE, SEZ. II – sentenza 13 novembre 2023, n. 892 – Appalti pubblici – *Sull'esclusione per mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutti i componenti del costituendo R.T.I.*** – Con la sentenza in commento, il TAR ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla procedura di gara di un concorrente disposta in quanto la sua offerta economica era priva di sottoscrizione da parte di tutti i componenti del costituendo R.T.I.

In particolar modo, il Collegio ha evidenziato che la verifica d'imputabilità dell'offerta alle imprese proponenti richiede una ricostruzione sistematica e complessiva della documentazione che dà forma all'offerta stessa; con la conseguenza che, laddove alcune sue parti siano state sottoscritte e altre no, è comunque possibile presumere che essa sia, nella sua integralità, imputabile ai sottoscrittori.

Nel caso di specie, infatti, tutti i componenti del costituendo R.T.I. avevano sottoscritto sia il modello ex art. 45, comma 2, lett. d), D.Lgs. 50/2016 sia quello del costo della manodopera. E tale circostanza è stata ritenuta significativamente indiziante di una volontà negoziale riferibile a tutti gli operatori in relazione alla complessiva offerta economica, con conseguente illegittimità dell'esclusione.

**TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II – sentenza 9 novembre 2023, n. 1250 – Appalti pubblici – *Sul conflitto di interesse*** - Il TAR ha ritenuto che, al momento dell'adozione bando di gara, il pubblico funzionario non si trovi in nessuna condizione di conflitto di interessi con riferimento all'ipotesi della frequentazione abituale, in quanto la platea di destinatari dell'atto è ancora indeterminata, sicché il conflitto può semmai insorgere soltanto in un momento successivo, ovvero in seguito al momento di presentazione delle offerte, quando si disvelano le identità degli operatori economici partecipanti e si concretizza quindi l'obbligo di astensione del funzionario in posizione di conflitto di interessi.

**TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. IV – sentenza 8 novembre 2023, n. 2580 – Appalti pubblici – *Sul limite dimensionale dell'offerta tecnica*** - Con la sentenza in rassegna, il TAR ha evidenziato come, nell'ambito di una gara in cui sia espressamente prevista l'esclusione del concorrente che abbia superato il limite dimensionale dell'offerta tecnica, l'esclusione è in ogni caso subordinata anche alla prova di un effettivo vantaggio conseguito dal concorrente in danno degli altri proprio per effetto di tale eccedenza dimensionale.

Il Collegio osserva, infatti, che la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all'offerta deve essere interpretata "cum grano salis" e laddove si preveda che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione "ai fini della valutazione dell'offerta", deve essere fornita prova, anche solo presuntiva, che la violazione si sia tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente in danno dell'altro.

## **Edilizia & Urbanistica**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, sentenza 10 novembre 2023, n. 9648 – Edilizia & Urbanistica – *Sul costruire in aderenza*** - I Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che l'esercizio della facoltà di costruire in aderenza postula l'inesistenza sul confine di finestre altrui.

Nel diverso caso di esistenza sul confine tra due mappali di un fabbricato avente il muro perimetrale finestrato, il proprietario dell'area confinante che voglia, a sua volta, realizzare una costruzione sul suo terreno deve mantenere il proprio edificio ad almeno dieci metri dal muro altrui. Ed infatti, l'art. 9, comma 1, lett. 2, D.M. 1444/1968 prevede, in tali casi, in via tassativa e senza ammettere deroghe, una distanza minima di dieci metri.

**TAR PIEMONTE, SEZ. II, sentenza 14 novembre 2023, n. 898 – Edilizia & Urbanistica – *Sul diniego a realizzare una stazione radio base*** - Il TAR ha ritenuto legittimo il diniego opposto dall'Amministrazione sull'istanza del privato volta ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione per la costruzione di una stazione radio base, laddove tale diniego sia motivato con riferimento al fatto che l'area prescelta per realizzazione del manufatto è ubicata in zona soggetta ad "edificabilità nulla" in quanto caratterizzata da elevata instabilità del terreno ed eccessivi costi di sistemazione idrogeologica, di contenimento e consolidamento. Il Collegio ha rilevato che in tali circostanze l'impedimento urbanistico non è legato a ragioni pianificatorie afferenti alla destinazione d'uso della zona, ma ad un radicale vincolo d'inedificabilità ispirato ad esigenze di salvaguardia dell'incolumità pubblica dal rischio di fenomeni idrogeologici; di talché, il diniego deve ritenersi legittimo.

**TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I, sentenza 11 novembre 2023, n. 1321 – Edilizia & Urbanistica – *Sul perfezionamento della SCIA*** - Con la sentenza in commento, il TAR ha ritenuto che, in presenza di una dichiarazione dolosamente o colposamente inesatta, ovvero incompleta, oppure non veritiera o erronea, la SCIA non si perfeziona. Da ciò consegue che ben può l'Amministrazione accertare e dichiarare, in qualunque momento l'inefficacia della segnalazione, considerato che, i presupposti perché la fattispecie possa essere produttiva di effetti giuridici sono, indefettibilmente, la completezza e la veridicità delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione, dovendo l'interessato rappresentare all'Amministrazione tutti gli elementi necessari all'istruttoria procedimentale.

**TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. II, sentenza 8 novembre 2023, n. 2489 – Edilizia & Urbanistica – *Sull'illegittimità del parere negativo di compatibilità paesaggistica*** - Il TAR ha ritenuto illegittimo, per difetto di istruttoria e di motivazione, il provvedimento con il quale la Soprintendenza ha espresso un parere negativo di compatibilità paesaggistica, in ordine alla realizzazione di una canna fumaria a servizio di un esercizio di ristorazione, ubicato in un contesto storico, in zona sottoposta a tutela, nel caso in cui la valutazione negativa si fondi su una mera valutazione complessiva del contesto. Il Collegio ha, infatti, evidenziato come il parere in questione debba essere sorretto da un'ampia e circostanziata motivazione, dalla quale sia possibile ricostruire sia le premesse che l'iter logico seguito nel percorso valutativo che si conclude con il giudizio finale. Nello specifico, occorre una valutazione rigorosa e puntuale del concreto impatto lesivo dell'opera in contestazione rispetto allo scenario paesaggistico circostante. In mancanza, come nel caso di specie, il parere deve, quindi, ritenersi illegittimo.