

NEWSLETTER N. 20 ANNO IX

16-30 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

In evidenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza del 28 novembre 2023, n. 10203 – Appalti pubblici – *Sull’intermediazione illegittima di manodopera* - Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ribadito l’orientamento secondo cui l’indicazione analitica da parte del committente dei tempi e delle modalità operative del servizio concesso in appalto non configura di per sé intermediazione illegittima di manodopera. La descrizione dettagliata delle condizioni dell’appalto finalizzata al raggiungimento degli obiettivi di qualità del servizio e l’osservanza delle previsioni contenute nel capitolato non esclude, infatti, l’autonomia organizzativa della ditta appaltatrice che abbia una struttura imprenditoriale propria, né esclude l’assunzione del rischio per la corretta esecuzione del servizio, cui è correlato anche l’esercizio del potere direttivo, di controllo e disciplinare nei confronti del personale impiegato nell’appalto.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto del controinteressato)

TAR LAZIO, SEZ. III-Quater, ordinanza 24 novembre 2023, n. 17543 – *ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale della normativa in tema di c.d. Payback sui dispositivi medici* - Il TAR Lazio ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, che ha introdotto nel nostro ordinamento il meccanismo del c.d. payback sui dispositivi medici, in base al quale le aziende fornitrici di dispositivi medici sono state chiamate a contribuire in misura variabile a seconda delle annualità (pari al 40 per cento nell’anno 2015, al 45 per cento nell’anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dall’anno 2017), al ripiano della spesa in eccesso effettuata dalle Regioni e Province Autonome, rispetto ai tetti di spesa a queste ultime imposti a livello centrale e regionale per l’acquisto di dispositivi medici.

I Giudici hanno, in particolare, rilevato un possibile contrasto della suddetta normativa con gli artt. 3, 23, 41 e 117 Cost. e hanno, dunque, ritenuto necessario sottoporre la questione al vaglio della Corte costituzionale.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto della Società ricorrente)

TAR TOSCANA, SEZ. I, sentenza 24 novembre 2023, n. 1087 – Appalti pubblici – *Sul possesso del requisito di partecipazione tecnico-professionale relativo al c.d. “contratto di punta”* – Con la pronuncia in commento, il TAR fiorentino ha chiarito come la richiesta del requisito di partecipazione del c.d. contratto di punta riferito alle medesime attività oggetto dell’appalto sia funzionale a dimostrare la capacità del concorrente di realizzare tutte le prestazioni che il servizio oggetto dell’appalto presuppone, in maniera pianificata e contestuale. Per tale ragione, la pregressa esecuzione soltanto di alcuni servizi tra quelli che compongono il complesso oggetto dell’affidamento non è idonea a soddisfare il requisito. Né può assumere rilievo ai fini del possesso del requisito che l’operatore ha dimostrato di aver eseguito dei “servizi analoghi” a quelli oggetto dell’appalto, posto che la legge di gara richiedeva un contratto di punta relativo specificamente ai servizi oggetto dell’appalto. Alla luce di ciò, il TAR ha accolto il ricorso proposto dal secondo in graduatoria, annullando l’aggiudicazione disposta in favore di un concorrente che non aveva soddisfatto il requisito di capacità

tecnico-professionale, avendo indicato un contratto di punta relativo a servizi diversi da quelli oggetto della commessa.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto del ricorrente)

TAR LOMBARDIA, SEZ. III, sentenza 21 novembre 2023, n. 2741 - Appalti pubblici – *Sul potere dell’Ente comunale di sciogliersi da una società mista* – Il TAR Lombardia ha ribadito qual è la finalità pubblica perseguita mediante la costituzione di una società mista, vale a dire la possibilità di dotarsi del patrimonio di esperienza, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturate dal privato, il quale, con il proprio apporto organizzativo e gestionale, deve contribuire all’arricchimento del "Know how" pubblico, mentre con il proprio apporto finanziario deve concorrere ad alleggerire gli oneri economico finanziari che l’ente territoriale sopporta nella gestione dei servizi pubblici. Chiarita la funzione operativa svolta dalla società privata, i Giudici hanno considerato legittimità la scelta dell’Amministrazione di scioglimento della società mista a fronte del venire meno del ruolo operativo del socio privato.

(Giudizio seguito dallo Studio AOR per conto dell’Amministrazione resistente)

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 23 novembre 2023, n. 10057 - Appalti pubblici – *Sull’onere motivazionale in caso di suddivisione in lotti* – I Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, anche in caso di suddivisione della gara in lotti, incombe sulla Stazione appaltante un onere motivazionale in ordine alla conformazione qualitativa e alla dimensione degli stessi lotti.

Infatti, al pari di qualsiasi scelta della pubblica amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa, e ciò ancorché l’incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all’amministrazione in questo ambito conduca a circoscrivere tale sindacato nei consueti limiti rappresentati dai canoni generali dell’agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I, sentenza 29 novembre 2023, n. 6567 – Appalti pubblici - *Sul contrasto tra l’importo da calcolare sulla base della percentuale di ribasso offerto e l’importo netto indicato nel CME* - Con la sentenza in commento, il TAR ha ritenuto che la sussistenza di un contrasto tra l’importo da calcolare sulla base della percentuale di ribasso offerto e l’importo netto indicato nel CME non inficia l’offerta dell’operatore economico.

Inoltre, laddove tale contrasto sia frutto di un mero errore materiale, deve attribuirsi portata prevalente al ribasso percentuale, atteso che lo stesso funge da parametro di riferimento per attribuire al valore economico dell’offerta uno specifico punteggio. Ciò in quanto, nell’ambito del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio costituisce l’unico dato, relativo all’offerta economica, rilevante per determinare la posizione in graduatoria e la conseguente aggiudicazione.

TRGA TRENTO, SEZ. I, sentenza 29 novembre 2023, n. 195 – Appalti pubblici - *Sull’esclusione per mancanza delle caratteristiche*

indefettibili - Con la pronuncia in commento, il Tribunale Amministrativo ha ribadito che le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva. Pertanto, le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a essi legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, in quanto determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo, necessario per la stipula del contratto e, quindi, l'incertezza assoluta o l'indeterminatezza del suo contenuto.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I-Ter, sentenza 24 novembre 2023, n. 17474 - Appalti pubblici – Sulla giurisdizione in caso di risoluzione del contratto per irregolarità del contratto di avvalimento – Il TAR ha ritenuto che rientri nella giurisdizione del Giudice ordinario la controversia che abbia ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di risoluzione contrattuale avvenuto in fase esecutiva anche laddove si fondi sull'irregolarità del contratto di avvalimento.

Ed infatti, la fattispecie in questione rientra tra i casi di “*risoluzione di natura privatistica*” ammessi dal Codice dei contratti pubblici, oltre a quelli disciplinati in via generale dal codice civile, in particolare per gravi inadempimenti da parte dell'appaltatore, tali da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, accertati dal direttore dei lavori o dal responsabile dell'esecuzione del contratto.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. V, sentenza 23 novembre 2023, n. 6475 – Appalti pubblici – Sull'obbligo dichiarativo che incombe sui concorrenti in ordine alle vicende penali interessanti i vertici aziendali - Con la sentenza in rassegna, il TAR ha ritenuto che il termine triennale dell'obbligo di dichiarazione delle vicende penali interessanti i vertici dell'operatore economico inizi a decorrere da qualunque obiettiva “vicenda” processuale (es.: richiesta di rinvio a giudizio o adozione di misure cautelari), in grado di dare evidenza, sia pure in via non definitiva, al fatto imputato.

Al contrario, il *dies a quo* non può essere considerato né il giorno in cui avviene il passaggio in giudicato della sentenza di condanna né il momento di pubblicazione della sentenza, ancorché non definitiva, né - ancora - il momento della commissione del fatto storico.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II-Bis, sentenza 21 novembre 2023, n. 17322 - Appalti pubblici – Sulla verifica del costo della manodopera in sede di sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta – Con la sentenza in commento, il TAR ha ritenuto legittimo l'operato della Stazione appaltante che abbia provveduto alla verifica della congruità del costo della manodopera all'interno del sub-procedimento sede di verifica dell'anomalia.

Se così non fosse, infatti, si determinerebbe un'inutile proliferazione di adempimenti, che determinerebbero la violazione dei principi di economicità, efficacia e tempestività, a cui debbono essere ispirate le procedure di appalto secondo l'art. 30 D.Lgs 50/2016.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I, sentenza 21 novembre 2023, n. 17320 – Appalti pubblici – Sull'importo della garanzia provvisoria al di una concessione – Non è irragionevole la clausola del bando che

Edilizia & Urbanistica

parametri l'importo della cauzione al valore totale della concessione (inteso come fatturato del concessionario) - anziché, al valore dei canoni -, poiché tale valore è espressamente preso in considerazione dall'art. 167 D.Lgs 50/2016 in ordine al metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni.

Inoltre, attraverso tale parametro si garantisce adeguata rilevanza alla peculiarità del fenomeno concessorio in cui il principale vantaggio conseguito dal concessionario è costituito dai proventi derivanti dall'utenza.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I, sentenza 21 novembre 2023, n. 6417 - Appalti pubblici – *Sull'avvalimento tecnico e operativo negli appalti di lavori* – Il TAR ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori ad un operatore economico che ha fatto ricorso all'avvalimento tecnico e operativo, ove l'indicazione dettagliata dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria sia contenuta soltanto nella dichiarazione di impegno resa dall'ausiliaria all'Amministrazione e non anche nel contratto di avvalimento.

In tali circostanze, il contratto, infatti, non ha i requisiti minimi di cui all'art. 89 D.Lgs 50/2016 e sussiste soltanto l'assunzione di un impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, la quale non vale a sanare, neppure in via interpretativa, le carenze del contratto di avvalimento che difetta di specificità.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I, sentenza 27 novembre 2023, n. 2753 – Edilizia & Urbanistica – *Sul cambio di destinazione d'uso di un solaio di copertura* - Il TAR ha ritenuto legittima l'ordinanza di demolizione emessa da un Ente locale per l'assenza del permesso di costruire con riferimento al cambio di destinazione d'uso di un solaio di copertura in terrazzo.

In tali circostanze, infatti, non è sufficiente una semplice SCIA né una CILA, poiché la trasformazione di un tetto di copertura in terrazzo calpestabile modifica gli elementi tipologici formali e strutturali dell'organismo preesistente - risolvendosi in ultima analisi in una alterazione di prospetto e sagoma dell'immobile - e, quindi, non rientra nella categoria del restauro e risanamento conservativo, bensì in quella della ristrutturazione edilizia, con conseguente necessità di rilascio di apposito permesso di costruire.

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. II, sentenza 23 novembre 2023, n. 2704 – Edilizia & Urbanistica – *Sull'archiviazione di una SCIA in sanatoria* - Con la pronuncia in commento, il TAR ha ritenuto illegittimo il provvedimento di archiviazione di una SCIA in sanatoria, laddove non preceduta dal preavviso di rigetto ex art. 10-bis L. 241/1990.

A giudizio del Collegio, nel caso di specie, tale omissione inficia inevitabilmente il provvedimento di archiviazione, trattandosi di atto a natura discrezionale, per il quale il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi determina l'annullamento del provvedimento discrezionale senza che sia consentito all'Amministrazione dimostrare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello in concreto adottato.