

# NEWSLETTER N. 3 ANNO X

1-15 febbraio 2024



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. V, sentenza 14 febbraio 2024 n. 1496 -Appalti pubblici- *Sull'applicabilità dell'incremento del quinto, quale requisito di partecipazione, al di fuori degli appalti di lavori*- Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'incremento del quinto per la qualificazione nelle gare di appalto vale solamente per i lavori e non anche per servizi e forniture.**

Ed è proprio l'interpretazione sistematica del primo e del secondo comma dell'art. 61 del DPR 207/2010 a dimostrare che l'incremento convenzionale trova applicazione solo per i lavori e non anche per i servizi, in quanto – una volta fissata dal legislatore la regola generale (nel primo comma) della qualificazione in base alla esatta classifica posseduta, la previsione di un regime derogatorio nel secondo – *id est*, l'incremento automatico del 20% – non può che riferirsi, in ragione del suo carattere eccezionale, ai soli casi ivi espressamente contemplati, ossia i “lavori”.

Invero, concludono i giudici, dall'eccezionalità del regime derogatorio necessariamente discende che, ove il legislatore avesse inteso estendere l'incremento convenzionale anche ai servizi di progettazione, avrebbe dovuto prevederlo espressamente.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 13 febbraio 2024 n. 1434 -Appalti pubblici- *Sui requisiti di capacità tecnica e finanziaria richiesti per un appalto di lavori*- I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che la legge di gara può introdurre -accanto all'ordinario sistema di qualificazione caratterizzante gli appalti di lavori- requisiti ulteriori quali contenuti dell'offerta tecnica, purchè siano congrui con l'oggetto dell'appalto.**

Inoltre, il Consiglio di Stato, respingendo l'appello, ha chiarito come la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

**TAR SARDEGNA, SEZ. I, 12 febbraio 2024, n. 105 -Appalti pubblici- *Sul cumulo alla rinfusa alla luce del Nuovo Codice Appalti*- Con la pronuncia in rassegna, si è chiarito che il consorzio stabile può, in virtù del meccanismo del cumulo alla rinfusa, indicare per l'esecuzione dei lavori una consorziata esecutrice priva dei requisiti di qualificazione necessari (nel caso di specie si trattava di qualificazione SOA).**

Se il Consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori.

Ed infatti l'art. 47 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 deve essere interpretato alla luce del nuovo art. 225 comma 13 d.lgs. 36/2023, che consente ai consorzi stabili di far ricorso in modo generalizzato al cumulo alla rinfusa. La disposizione *de qua* ha, infatti, valenza di norma di interpretazione autentica che assume efficacia retroattiva.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 12 febbraio 2024 n. 1365 – Appalti pubblici- *Sulla cauzione provvisoria e sulla possibilità di attivare il soccorso istruttorio* – Come affermato da costante giurisprudenza, in tema di cauzione provvisoria, il soccorso istruttorio è attivabile laddove le ragioni di invalidità della stessa integrino ipotesi di carenze di elementi formali della domanda ovvero di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale della documentazione allegata alla domanda di partecipazione.**

Pertanto, il soccorso istruttorio è ammesso qualora la cauzione provvisoria in sanatoria, trasmessa all'esito della comunicazione della stazione appaltante, sia di data anteriore al termine della presentazione delle domande di partecipazione.

**TAR LAZIO, SEZ. II, sentenza 9 febbraio 2024 n. 2617 – Appalti pubblici – *Sulla natura della campionatura nell'offerta tecnica di gara*- Con la sentenza in commento, i giudici hanno affermato l'illegittimità di un'aggiudicazione in favore di un concorrente che ha messo a disposizione della stazione appaltante un veicolo campione (nella specie, si trattava della fornitura di autobus) privo delle caratteristiche tecniche previste dalla *lex specialis* e ritenute essenziali. Seppure infatti il campione non costituisce un elemento costitutivo dell'offerta tecnica, la concreta funzione della campionatura va esaminata in relazione alle caratteristiche della singola gara, sicché nel caso in cui la gara preveda l'attribuzione di un punteggio tecnico sulla base della valutazione dei campioni, secondo i giudici del Tar Lazio, questi rappresentano un elemento costitutivo dell'offerta tecnica.**

**TAR REGGIO CALABRIA, sentenza 8 febbraio 2024, n. 119 - Appalti pubblici – *Sul ribasso dei costi della manodopera nella disciplina del Nuovo codice*– In tale occasione i giudici hanno chiarito che la previsione di cui all'art. 41 del d.lgs. 36/2023 vieta che i costi della manodopera siano inclusi nell'importo assoggettato al ribasso e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori implicati nell'esecuzione della commessa.**

Questo tuttavia, precisa il TAR, non esclude che ciascun concorrente possa, in via separata rispetto all'importo assoggettato al ribasso, esporre una cifra a titolo di costi della manodopera inferiore rispetto a quella prevista dalla stazione appaltante, sempre che tale cifra sia coerente con una più efficiente organizzazione aziendale che l'operatore economico dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia.

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III, sentenza 7 febbraio 2024, n. 478 -Appalti pubblici- *Sul principio della fiducia* – Con la sentenza in commento, il Collegio ha rilevato che la scelta compiuta dalla Stazione Appaltante di non procedere al giudizio discrezionale di anomalia dell'offerta, visto il ribasso offerto dal concorrente, sia illogica e risulti sintomatica di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario al principio di buon andamento, determinando l'intervento caducatorio del giudice.**

Ciò, in particolare, alla luce del principio della fiducia, introdotto all'art. 2 d.lgs. n. 36/2023, il quale amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della PA in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile e delimita, con maggior forza rispetto al passato, il

perimetro della discrezionalità amministrativa sottoposta al vaglio dell'Autorità giurisdizionale.

**TAR CALABRIA, SEZ. II, sentenza 6 febbraio 2024 n. 190 - Appalti pubblici- *Sulla validità della garanzia provvisoria sottoscritta dal solo garante***-E' da considerarsi valida la garanzia provvisoria presentata in sede di gara anche se sottoscritta dal solo garante. Ciò in quanto la fideiussione produce l'effetto di obbligare il garante nei confronti del soggetto a cui è stata prestata la garanzia, a prescindere dalla sottoscrizione del debitore garantito, ex art. 1936 c.c.

## Enti locali

**TAR SICILIA, SEZ. I, 8 febbraio 2024 n. 486 -Concessioni demaniali -*Sulla revoca della concessione demaniale marittima***-L'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere di dichiarare la decadenza della concessione è di tipo vincolato, dovendosi dall'Amministrazione limitare al riscontro dei presupposti fattuali come stabiliti dalla normativa di cui all'art. 47 del Codice della Navigazione. Sulla base di tali premesse, dunque, il TAR ha ritenuto legittimo il provvedimento di decadenza di una concessione demaniale marittima (finalizzata alla gestione di una struttura balneare) adottato nei confronti del titolare, il quale aveva proceduto alla cessione dello stabilimento balneare a terzi, senza aver preventivamente chiesto e ottenuto dall'amministrazione competente l'autorizzazione, in violazione degli artt. 45 bis e 46 del codice della Navigazione.

## Edilizia ed Urbanistica

**TAR SICILIA-CATANIA, SEZ. IV, 14 febbraio 2024, n. 520 - Edilizia&Urbanistica- *Sulla nozione di pertinenza urbanistica diversa da quella civilistica***- La pertinenza a fini urbanistici ed edilizi ha un significato del tutto diverso rispetto alla nozione civilistica e si fonda sull'assenza di un'autonoma destinazione del manufatto pertinenziale e di qualsivoglia sua incidenza sul carico urbanistico e sull'assetto del territorio.

Tale qualificazione può essere, quindi, attribuita soltanto ad opere accessorie di modesta entità che, per dimensioni e funzione, si caratterizzano per una totale assenza di autonomia rispetto all'opera principale; di tal che non ne risulti possibile una diversa e autonoma utilizzazione economica.

I giudici hanno dunque escluso che possano qualificarsi come pertinenze due vani (un deposito e uno stenditoio) in considerazione delle non trascurabili dimensioni di ciascuno e dell'aumento complessivo dell'immobile che avrebbe dovuto essere preventivamente fatto oggetto di titolo autorizzativo.

**TAR PUGLIA, SEZ III, sentenza 14 febbraio 2024 n. 175 - Edilizia&Urbanistica -*Sulla illegittimità della scia depositata da un solo comproprietario***. In caso di pluralità di proprietari del medesimo immobile, la domanda di rilascio del titolo edilizio dovrà

necessariamente provenire congiuntamente da tutti i soggetti vantanti un diritto di proprietà sull'immobile.

Pertanto, è legittimo il diniego del permesso di costruire nel caso in cui l'amministrazione ha verificato che il richiedente non ha titolo sul piano civilistico per eseguire le opere descritte in progetto, in quanto l'area di interesse è in parte in comproprietà con soggetti che non hanno prestato il consenso all'esecuzione delle opere.

## Servizi di interesse

### Economico

### Generale

**TAR MARCHE, SEZ. II, sentenza 9 febbraio 2024 n. 135 -Servizi di interesse economico generale -*Sull'istituzione della farmacia succursale***- L'istituzione di una farmacia succursale è frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione ed è legata essenzialmente all'afflusso della popolazione non residente in determinate stagioni dell'anno nelle località definite come 'stazioni di cura'.

Come chiarisce il TAR, la scelta di mantenere o meno la farmacia succursale nel territorio comunale è connotata da discrezionalità e la modifica della pianta organica con l'ampliamento delle sedi farmaceutiche non costituisce in automatico il presupposto per la chiusura della sede succursale, soprattutto laddove l'incremento del dato demografico dovuto all'afflusso turistico nella stagione estiva rende comunque insufficiente il servizio erogato dalla rete farmaceutica ordinaria.

**TAR LOMBARDIA, SEZ. I, sentenza 5 gennaio 2024 n. 293 -Servizi di interesse economico generale - Servizio idrico- *Sul carattere perentorio del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio in materia di servizio idrico integrato*.**

Con la pronuncia in rassegna, il TAR per la Lombardia ha affermato che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio in materia di servizio idrico integrato deve considerarsi di tipo perentorio, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo sanzionatorio, per il quale "la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica" (Corte costituzionale n. 151/2021).

Per l'effetto, è stata annullata la delibera ARERA sanzionatoria assunta oltre il termine originariamente stabilito per l'adozione del provvedimento finale.