



## Newsletter n. 5 del 23 gennaio 2024

*Newsletter redatta dall'Avv. Enrico Pintus, avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica. Svolge attività di formazione e assistenza sia consulenziale che giudiziale, in favore di privati e numerosi Enti pubblici sia in materia di diritto amministrativo che con particolare riferimento al tema di appalti pubblici.  
La newsletter è redatta nell'ambito del servizio "Help@ppalti", di Anci Sardegna.*

### **APPALTI. ISCRIZIONE CAMERA DI COMMERCIO**

**Il Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 10974 del 2023** ha ribadito il principio secondo il quale "Ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 – ora art. 100 del d.lgs. n. 36 del 2023 – l'iscrizione nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali è un requisito di idoneità professionale, distinto dal requisito di capacità tecnico-professionale". Ma è interessante perché si occupa di una fattispecie dove l'operatore economico era di nuova costituzione e l'adeguamento dell'oggetto sociale \ attività prevalente è avvenuto post dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande alla gara.

### **APPALTI PNRR. QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI**

L'ufficio di supporto legale del Mit conferma (con il **parere n. 2189/2023**) che agli appalti, finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc non si applica l'attuale dinamica di qualificazione delle stazioni appaltanti prevista nel nuovo codice dei contratti (in particolare le disposizioni di cui agli artt. 62 e 63). Da notare che la questione del "congelamento" delle disposizioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti risulta anche dal comma 8 dell'articolo 5 del DL 215/2023 che ha prorogato, sempre in relazione agli appalti Pnrr/Pnc, le disposizioni contenute nell'art. 1, comma 1 (e comma 3) del DI 32/2019 convertito con legge 55/2019, fino al 30 giugno 2024.

Questa proroga comporta che fino alla data ultima citata (del 30 giugno 2024) i comuni non capoluogo di provincia che intendessero avviare la procedura di affidamento di appalti finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc devono delegare l'aggiudicazione alla stazione appaltante di un ente sovracomunale (ed in particolare dell'unione dei





comuni, provincia, città metropolitana o del comune capoluogo di provincia) anche qualora quest'ultima non risultasse, quindi, qualificata. La particolarità della fattispecie sottesa al quesito è che il comune non capoluogo (interessato all'appalto) risultava già in possesso della qualificazione prevista con il nuovo codice mentre la Cuc (dell'unione dei comuni) non risultava qualificata.

Il Mit, con il parere in commento, conferma che per gli appalti Pnrr non si applica l'attuale sistema. Aggiunge che se il comune non capoluogo risultasse qualificato e la Cuc risultasse priva di qualificazione, in caso di contratti Pnrr/Pnc di importo pari o superiori alle soglie del DL76/2020, l'aggiudicazione deve essere delegata alla stazione appaltante, in questo caso, dell'unione dei comuni anche se non risultasse qualificata (ai sensi del nuovo codice).

Soluzione che **lascia perplessi** e appare contraria all'art.226 del Codice.

### **APPALTI. CLAUSOLA TERRITORIALE**

*Il Codice Appalti del 2023 prevede la possibilità di introdurre clausole territoriali (clausole relative alla vicinanza delle sedi dell'operatore economico con il luogo di esecuzione del servizio) solo quali criteri premiali da valorizzare nell'offerta tecnica (art. 108) e non anche quale requisito di partecipazione, deponendo in tal senso sia i principi codicistici (artt. 3, 4 e 10) sia le disposizioni sui requisiti di partecipazione (art. 100) che richiedono di tenere conto della necessità di garantire la massima apertura al mercato. Delibera ANAC del 10 gennaio 2024 (parere contenzioso), dove si legge anche che i requisiti di partecipazione sarebbero tassativi, potendosi prevedere requisiti ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati dal Codice solo per favorire la concorrenza e non per restringerla.*

### **ANAC. INDICAZIONI PER L'ASSOLVIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI PUBBLICITÀ LEGALE DEI BANDI DI GARA IN AMBITO NAZIONALE**

**In allegato** il comunicato del 10 gennaio 2024 relativo all'oggetto.

### **DECADENZA DALL'AGGIUDICAZIONE. ONERI PROCEDIMENTALI**

Riporto la massima di un ricorrente orientamento giurisprudenziale. Sollecito, quindi, le S.A. a non appesantire l'iter procedimentale con adempimenti non dovuti e che, spesso, sono forieri di complicazioni.

*"...il "provvedimento di "decadenza" dall'aggiudicazione (detto anche di "revoca" dell'aggiudicazione o di "esclusione" dell'operatore economico, anche se sopravvenuto all'espletamento della gara)" è adottato nei confronti*





dell'aggiudicatario "per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione (cfr., tra le tante, già Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 844) emersa dopo l'aggiudicazione, in occasione della verifica ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5354 e id., 2 agosto 2019, n. 5498) o per mancata attuazione di altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto (...) (cfr. in senso analogo, ex multis, Cons. St., V, n. 722/2022; id., IV, n. 629/2017); – "l'esclusione non costituisce comunque avvio di un procedimento distinto, sebbene sviluppo eventuale della procedura concorsuale nella quale essa si iscrive senza alcuna autonomia procedimentale nel relativo ambito, rappresentandone un mero segmento e, come tale, non abbisogna di una separata comunicazione di avvio (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 629/2017, che chiarisce altresì l'inapplicabilità "in subiecta materia" del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della L. n. 241 del 1990)"

## **SOPRALLUOGO E NUOVO CODICE.**

Pare essersi creato un contrasto giurisprudenziale sul tema.

Infatti, con la recente sentenza 140 del 2024, il TAR Lazio, sez. II-bis, afferma che nel Codice Appalti del 2023 nessuna norma prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione delle offerte, con conseguente nullità (per evidente violazione della regola della "tassatività") della clausola che faccia discendere dalla sua omissione l'esclusione del concorrente dalla procedura. Nel dettaglio, il Tar capitolino precisa che l'articolo 92, - nel citare la possibilità della «visita dei luoghi» nel caso in cui ciò sia necessario per la preparazione dell'offerta -, non può essere interpretato, nel senso di ammettere che il Rup possa prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione. Il dettato della disposizione, invece, deve essere inteso «semplicemente come precetto» che riguarda la sola stazione appaltante «al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta».

Di contro, il TAR Sicilia, Catania, che con sentenza 12.12.2023 n. 3738 ha ritenuto del tutto legittima la previsione della sanzione espulsiva per mancata effettuazione del sopralluogo prescritto dalla Stazione Appaltante.

Vedremo quale orientamento prevarrà. Mi riservo, magari nel corso della prossima news, di fare il punto sulla posizione del TAR Sardegna.





## **ILLECITO PROFESSIONALE. VALUTAZIONE DELLA S.A.**

Il Tar Campania, con la sentenza n.7032 del 2023, consente di ripercorrere l'iter valutativo e poi motivazionale nel caso di esclusione per illecito professionale pregresso.

*“l'illecito professionale è rinvenibile ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante; tale valutazione, pertanto, è soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (cfr., Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936). Nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362; id 8 gennaio 2021, n. 307; id. 13 maggio 2021, n. 3772). La valutazione "in astratto" dell'affidabilità ed integrità dell'operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata "in concreto", tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di self cleaning nel frattempo assunte dall'operatore economico” (Cons. St. n.4669 del 2023).*

*Di fronte alla valutazione compiuta dalla S.A., il Collegio ha ritenuto corretta la decisione di esclusione, in quanto “non connotata da evidenti elementi di illogicità, irragionevolezza o erroneità né da profili di omissione o carenza istruttoria” (i soli che potrebbero essere censurati in questa sede): le deduzioni di parte ricorrente si risolvono nel sollecitare “un non consentito riesame delle risultanze istruttorie esaminate dalla stazione appaltante con sovrapposizione di una nuova – e, in tesi, difforme – valutazione giudiziale a quella operata dall'Amministrazione, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che connota quest'ultima e della conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale alla semplice "non pretestuosità" degli elementi valorizzati ai fini dell'espressione del relativo giudizio (Cons. Stat 21 aprile 2022 n.3051; 27 ottobre 2021 n.7223; 3 giugno 2021 n.4248)”.*





## **APPALTI DI VIGILANZA.**

TAR Lazio, 29.12.2023 n. 19943

*L'ordinamento italiano consente agli operatori attivi nel settore della vigilanza, già titolari di licenza prefettizia ex art. 134 TULPS per un determinato territorio provinciale, di partecipare a gare per l'affidamento del servizio in territori diversi da quello per il quale si è autorizzati, a condizione che sia presentata istanza per l'estensione dell'autorizzazione in altra Provincia e purché, in caso di aggiudicazione, l'estensione del titolo sia ottenuta prima della stipula del contratto.*

## **Altri argomenti di interesse per gli Enti Locali**

### **URBANISTICA. PIANIFICAZIONE. TUTELA DELL'AFFIDAMENTO**

*Sussiste un affidamento tutelabile in capo al privato, e dunque l'obbligo in capo al comune di motivare la scelta pianificatoria, qualora sia concluso un contratto di vendita di un immobile comunale che, al tempo della stipulazione, aveva una più favorevole disciplina urbanistica, mentre, subito dopo, ha visto mutata quella disciplina in senso deteriore, per l'effetto dell'attività pianificatoria del medesimo ente locale, il quale aveva però impostato le trattative sul presupposto del più favorevole regime urbanistico. Infatti, benché il contratto non abbia ad oggetto l'attività di conformazione e trasformazione del territorio, nondimeno l'affidamento del privato può considerarsi sorto e qualificabile come "legittimo", in quanto maturato in presenza di una serie di concomitanti circostanze che si reputano idonee a far sorgere e consolidare "la fiducia", "il convincimento", "l'aspettativa" del privato sulla persistenza di quel regime urbanistico che disciplinava il compendio immobiliare.*  
**Cons. St., sez. IV, 10976/2023**

### **ABUSO EDILIZIO. PROVVEDIMENTO ACQUISITIVO**

*Di recente il TAR Campania (sent.142 del 2024) si è occupato di un provvedimento comunale che, a valle di una ordinanza di demolizione e ripristino, ha disposto*



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA  
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ASSESSORADU DE SOS ENTES LOCALES, FINÀNTZIAS E URBANÌSTICA  
ASSESSORATO DEGLI ENTI LOCALI, FINANZE E URBANISTICA

Segreteria Organizzativa  
Viale Trieste 6 - 09123 Cagliari  
070 6670115 - 070 3481015  
helpappalti@ancisardegna.it





*l'acquisizione al patrimonio comunale del bene abusivo e delle sue pertinenze. Proprio su queste ultime si incentrava il contenzioso. I Giudici hanno precisato che «per costante giurisprudenza l'individuazione di tale area ulteriore va motivata, volta per volta, con l'esplicitazione delle modalità di delimitazione della stessa, proprio perché il legislatore non ne ha predeterminato, se non nel massimo, l'estensione, ma ha indicato il criterio per addivenirvi, rapportato alla normativa urbanistica rilevante nel singolo caso. Viene dunque delineato un procedimento di determinazione della c.d. pertinenza urbanistica da condurre in relazione ad ogni caso sulla base di criteri di individuazione che tengano conto di quanto previsto dalle vigenti disposizioni urbanistiche per la realizzazione di opere analoghe a quelle abusive (Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2013, n. 1881; Cons.Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3097; TAR Campania, Napoli, II, 26 gennaio 2022 n. 515), limitandosi l'effetto acquisitivo ex lege solo all'area di sedime delle opere abusive (Cons. Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16); peraltro, è stato osservato anche che «la disciplina dell'acquisizione, infatti, in quanto atto che incide sulla proprietà privata dei beni, in base all'art. 42 della Costituzione deve essere interpretata in maniera tassativa. Non risulta dunque sufficiente il richiamo alla circostanza che si sia rispettato il limite massimo (10 volte la superficie delle opere abusive), atteso che esso non configura l'elemento fondamentale che deve essere tenuto presente per determinare l'area da acquisire (cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 1988 del 2018)» (Cons. Stato, sez. II, 21 luglio 2023, n.7160)». (Tar Campania Napoli, sezione II, 28 dicembre 2023 n. 7305).»*

## **ONERI URBANISTICI. PRESCRIZIONE**

*Il consiglio di stato (sent. 11022 del 2023) ricorda che «la prescrizione del diritto di credito sotteso alla riscossione degli oneri concessori è decennale, con la differenza che il diritto diventa esigibile e pertanto il termine di prescrizione inizia a decorrere: i) per gli oneri urbanizzazione, dal momento in cui viene rilasciato o comunque si forma il titolo edilizio; ii) per il costo di costruzione, dalla comunicazione al comune della fine dei lavori, giusta il disposto dell'art. 16, comma 3, d.P.R. 380/2001». La stessa sentenza precisa che le tariffe da prendere in considerazione sono quelle «vigenti al momento della comunicazione di fine lavori»*

