



*TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA CAMPANIA*

RASSEGNA MENSILE

Massime

NOVEMBRE E DICEMBRE 2023



*Ufficio del processo per il
Tribunale Amministrativo Regionale Per la Campania
Sede di Napoli*

La giurisprudenza amministrativa
Anno 2023

Sommario

ACCESSO	8
TAR CAMPANIA, SEZ. V., 11 DICEMBRE 2023, N. 6814- PRES. ED EST. ABRUZZESE	8
ACCESSO – CERTIFICATI DI INCENERIMENTO PET- ART. 5 DLGS.N. 33/2013- CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ SULL’ESERCIZIO DEL PUBBLICO POTERE.	8
AMBIENTE	9
TAR CAMPANIA, SEZ. V, 24 OTTOBRE 2023, N. 04283/2023 – PRES. ABBRUZZESE, EST. DE VITA	9
AMBIENTE- ISTANZA DI PROROGA DELL’ESCLUSIONE DALLA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE – DINIEGO DI ESCLUSIONE DI PROGETTO PER STOCCAGGIO E TRATTAMENTO RIFIUTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ILLEGITTIMITÀ	9
APPALTI	10
TAR CAMPANIA, SEZ. V., 11 NOVEMBRE 2023, N. 6475- PRES. ABRUZZESE, EST. MAFFEI.	10
APPALTI PUBBLICI- ILLECITI PROFESSIONALI - ART. 80 CO.5 DLGS. N. 50/2016- ONERE VALUTATIVO DELLA STAZIONE APPALTANTE.	10
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 21 NOVEMBRE 2023, N. 6417 – PRES. SALAMONE, EST. DE FALCO	10
APPALTO – PROCEDURA TELEMATICA APERTA – CRITERIO DELL’OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – ART. 120, CO. 5 C.P.A – CONTRATTO DI AVVALIMENTO – ATTESTAZIONE SOA – ACCOGLIMENTO	10
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 29 NOVEMBRE 2023, N. 6557/2023, PRES. SALAMONE, EST. ESPOSITO.	12
APPALTO – AGGIUDICAZIONE DELLA GARA INDETTA PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE – RIMODULAZIONE DEL MONTE ORARIO – RIALLOCAZIONE DELLE VOCI DI COSTO – RELAZIONE RUP – PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ DELL’OFFERTA – ESAME SULLA CONGRUITÀ E ATTENDIBILITÀ DELL’OFFERTA – RIGETTO.	12
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 29 NOVEMBRE 2023, N.6559, PRES. SALOMONE, EST. SANTISE.	13
APPALTI – INFORMATIVA ANTIMAFIA – CONTROLLO GIUDIZIARIO - ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA DI GARA PER SOPRAVVENUTA CARENZA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE – INAMMISSIBILITÀ PER DIFETTO DI INTERESSE AD AGIRE.	13
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 30 NOVEMBRE 2023, N. 6580/2023 – PRES. PALLIGGIANO, EST. ESPOSITO.	14
	4

APPALTI – INTERESSE ALL’AGGIUDICAZIONE DEL TERZO CLASSIFICATO – PRINCIPIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA – CAUSE DI ESCLUSIONE PER ILLECITI PROFESSIONALI – RICHIESTA DI RINVIO A GIUDIZIO – GIUDIZIO DI AFFIDABILITÀ E DI INTEGRITÀ DELL’OPERATORE.	14
TAR CAMPANIA, SEZ. V., 4 DICEMBRE 2023, N. 6670- PRES. ABRUZZESE, EST. DI VITA.	15
APPALTI PUBBLICI - COSTO DELLA MANODOPERA - ART. 95 DLGS N.50/2016 - GIUDIZIO DI CONGRUITÀ DELL’OFFERTA.	15
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 6 DICEMBRE 2023, N.6752/2023 – PRES. PALLIGGIANO, EST. ESPOSITO.	16
APPALTI – REQUISITO DELLA REGOLARITÀ FISCALE – FALSITÀ DELLA DICHIARAZIONE – RESIDUO DEBITO NON ASSOLTO – ROTTAMAZIONE-QUATER – CAUSA DI ESCLUSIONE – PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DEI REQUISITI – ACCOGLIMENTO.	16
TAR CAMPANIA, SEZ. I, 7 DICEMBRE 2023, N.6781/2023 – PRES. SALAMONE, EST. DE FALCO.	17
APPALTI – ESCLUSIONE PER INCONGRUITÀ DELL’OFFERTA – CLAUSOLA SOCIALE – APPLICAZIONE CCNL – OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DEGLI ELEMENTI ACCESSORI DEL TRATTAMENTO ECONOMICO – ESCLUSIONE 14ESIMA MENSILITÀ – INTEGRITÀ CONTRADDITTORIO – RIGETTO.	17
<u>ARMI</u>	<u>19</u>
TAR CAMPANIA, SEZ. V, 25 OTTOBRE 2023, N. 04571/2023 – PRES. ABRUZZESE, EST. DE VITA	19
DIVIETO DI DETENZIONE DI ARMI – REVOCA DEL DECRETO DI NOMINA A GUARDIA GIURATA – RIESAME – DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – PERICOLO DI ABUSO DELL’ARMA	19
<u>CONCESSIONI</u>	<u>20</u>
TAR CAMPANIA, SEZ. III, 25 OTTOBRE 2023, N. 1866/2023 – PRES., EST. PAPPALARDO	20
ATTIVITÀ ECONOMICHE – PUBBLICITÀ E RELATIVI IMPIANTI – ASSEGNAZIONE IN CONCESSIONE DI SPAZI PUBBLICITARI SU SUOLO PUBBLICO – INSUSSISTENZA DI PREGIUDIZIO ARRECATO ALLA REMUNERATIVITÀ DELL’OFFERTA – ECCESSIVA SUDDIVISIONE DEI LOTTI – VINCOLO DI AGGIUDICAZIONE RISTRETTO AD UN SOLO LOTTO – INSUSSISTENZA DI ANTIECONOMICITÀ – RISPETTO DEI PRINCIPI DI LIBERO MERCATO E CONCORRENZA – INDISPENSABILITÀ DELL’INDIZIONE DI GARA – NATURA GIURIDICA DEL BENE OFFERTO IN CONCESSIONE	20
T.A.R. CAMPANIA, SEZ. IV, 23 NOVEMBRE 2023, N. 6464 – PRES. P. SEVERINI; EST. G. LO SAPIO	20
CONTRATTI PUBBLICI – CONCESSIONE - CONTRATTO – CONTRATTO DI COMODATO – RINNOVO TACITO	20
<u>CONCORSI</u>	<u>22</u>
TAR CAMPANIA, SEZ.V , 16 NOVEMBRE 2023, N. 6303- PRES. ABRUZZESE, EST. MAFFEI.	22

PUBBLICO IMPIEGO - EDUCATORI PROFESSIONALI SOCIO-PEDAGOGICI - L. N. 145/2018- INSERIMENTO IN PRESIDI SOCIO - SANITARI. 22

T.A.R. CAMPANIA, SEZ. IV., 20 NOVEMBRE 2023, N. 2126, PRES. SEVERINI, EST. LUCE. 22

CONCORSI PUBBLICI – PREVISIONI DEL BANDO – PREVISIONI SULLE MODALITA’ DI COMPILAZIONE DELLA PROCEDURA ONLINE 22

CONTRIBUTI E FINANZIAMENTI PUBBLICI 24

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 22 NOVEMBRE 2023, N. 06428/2023 – PRES. PAPPALARDO, EST. CAPRINI 24

ATTIVITÀ ECONOMICHE – CONTRIBUTI E FINANZIAMENTI PUBBLICI – TERMINE PER LA PROPOSIZIONE DELLE DOMANDE – DOMANDA AMMISSIBILE MA NON FINANZIABILE – ESAURIMENTO DOTAZIONE FINANZIARIA – PROGRAMMA DI SVILUPPO RURALE CAMPANIA 2014-2020 – CARENZA DI INTERESSE AD AGIRE – ILLEGITTIMITÀ ATTI DI PROROGA – ILLEGITTIMO AMPLIAMENTO PLATEA PARTECIPANTI – AMMISSIBILITÀ DELLA DOMANDA DELLA RICORRENTE BASATA SU ULTERIORE ILLEGITTIMITÀ DI ALTRE PROROGHE – CADUCAZIONE EX TUNC DELLE CONDIZIONI DELL’AZIONE – SCRUTINIO DI MERITEVOLEZZA – DIVIETO DI ABUSO DEL PROCESSO 24

EDILIZIA E URBANISTICA 25

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 25 OTTOBRE 2023, N. 1869 – PRES. A. PAPPALARDO, EST. R. GIANANTE 25

EDILIZIA E URBANISTICA – ACQUISIZIONE AL PATRIMONIO DEL COMUNE – NON NECESSITÀ DI NOTIFICA DI UN FORMALE E DISTINTO ATTO DI ACCERTAMENTO DI INOTTEMPERANZA AL PRIVATO – PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE GRATUITA – EFFETTO ACQUISITIVO EX LEGE – INUTILE SCADENZA DEL TERMINE FISSATO NELL’ORDINE DEMOLITORIO – ORDINANZA DI DEMOLIZIONE ANCORA EFFICACE – ASSENZA DI INTERESSE AD AGIRE 25

TAR CAMPANIA, SEZ. III, 30 NOVEMBRE 2023, N. 06587/2023 – PRES. PAPPALARDO, EST. CAVALLO 25

EDILIZIA E URBANISTICA – ACQUISIZIONE OPERA ABUSIVA E RELATIVA AREA DI SEDIME – D.LGS. 67/2004 – TUTELA PAESAGGISTICA – TUTELA URBANISTICA – INDIPENDENZA DEI PROFILI PAESAGGISTICI E URBANISTICI AI FINI DELL’ACQUISIZIONE – ISTANZA DI CONDONO EDILIZIO – LEGGE N. 47/1985 – ART. 38 COMMA 1 LEGGE N. 47/1985 – SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO – DOVERE DI RIDETERMINAZIONE DELL’AMMINISTRAZIONE – NECESSITÀ DI NUOVO ORDINE DI DEMOLIZIONE AI FINI DELL’ACQUISIZIONE – IRRILEVANZA DEL SOPRAVVENUTO RIGETTO DELL’ISTANZA DI CONDONO – ILLEGITTIMITÀ ORDINE DI DEMOLIZIONE – ILLEGITTIMITÀ PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE 25

ESPROPRIAZIONI 27

TAR CAMPANIA, SEZ. V., 1 DICEMBRE 2023, N. 6614- PRES. ABRUZZESE, EST. DI VITA.	27
ESPROPRIAZIONI- ACQUISIZIONE SANANTE- ART. 42 BIS D.P.R.N. 327/2001- OCCUPAZIONE DI PARTI DI SUOLO ECCEDENTI- VICINANZA DELLA PROVA.	27
<u>SANITÀ</u>	28
TAR CAMPANIA, SEZ. V , 17 NOVEMBRE 2023, N. 6352- PRES. ABRUZZESE, EST. D’ALTERIO.	28
SANITÀ – PIANO DI ERADICAZIONE DELLE MALATTIE INFETTIVE DELLA SPECIE BOVINA E BUFALINA- ART. 9 REG.UE N. 689/2020- ADEGUATEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA.	28
<u>STRANIERI</u>	30
TAR CAMPANIA, SENT. 14 NOVEMBRE 2023, N. 6242 – PRES. SCUDELLER, EST. SPATUZZI	30
TAR CAMPANIA, SENT. 14 NOVEMBRE 2023, N. 6243 – PRES. SCUDELLER, EST. FONTANA	31
<u>FOCUS DI APPROFONDIMENTO (A CURA DI EGIDIA ANASTASIO)</u>	33
<u>IL CONTRATTO DI AVVALIMENTO PRIMA E DOPO IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI</u>	33

TAR Campania, sez.V., 11 Dicembre 2023, n. 6814- Pres. ed Est. Abruzzese

ACCESSO – CERTIFICATI DI INCENERIMENTO PET- ART. 5 DLGS.N. 33/2013- CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ SULL'ESERCIZIO DEL PUBBLICO POTERE.

L'istanza di accesso civico generalizzato volta ad ottenere l'ostensione, da parte della competente Asl, dei certificati di incenerimento degli animali di affezione e le corrispondenti annotazioni sul registro mensile, non incontra i limiti dettati dall'art. 5 commi 1 e 2 del Dlgs n. 33/2013 potendosi qualificare, al contrario, come richiesta finalisticamente orientata ad una logica di controllo della legittimità sull'esercizio del pubblico potere.

Nota: *con la sentenza in commento il Collegio ha accolto il ricorso proposto avverso il diniego implicito serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione di un'istanza di accesso civico con cui un'operatrice del settore aveva domandato l'ostensione, mediante la consegna di copia, dei certificati di incenerimento "dei cani da compagnia, randagi smarriti sulla pubblica via, ospitati nei canili pubblici e privati", redatti dalla resistente ASL dall'entrata in vigore della L. Reg. 3/19, nonché copia del registro mensile su cui dovevano essere annotate le certificazioni di avvenuto incenerimento.*

Rammentando che mediante l'istituto dell'accesso civico generalizzato è possibile per i cittadini accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nonché ritenendo che l'accoglimento dell'istanza di accesso formulata da parte ricorrente non avrebbe arrecato alcun pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati presidiati dai commi 1 e 2 dell'art. 5 Dlgs. n33/2013, la Sezione ha decretato il mancato assolvimento dell'obbligo, gravante sull'amministrazione sanitaria, di esame dell'istanza di accesso. Invero, essendo la domanda di ostensione volta a controllare il corretto svolgimento dei compiti rimessi dalla legge ai servizi sanitari territorialmente competenti senza, tuttavia, sfociare in un'inammissibile istanza dalla finalità esplorativa, il Collegio ha accertato la fondatezza della pretesa avanzata con ricorso, ordinando all'amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti entro i successivi 30 giorni.

TAR Campania, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 04283/2023 – Pres. Abbruzzese, Est. De Vita

AMBIENTE- ISTANZA DI PROROGA DELL'ESCLUSIONE DALLA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE – DINIEGO DI ESCLUSIONE DI PROGETTO PER STOCCAGGIO E TRATTAMENTO RIFIUTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ILLEGITTIMITÀ

È illegittimo in quanto viziato da difetto di motivazione il provvedimento che nega l'esclusione dalla valutazione di impatto ambientale di impianto per lo stoccaggio e il trattamento di rifiuti non pericolosi, in quanto non dà conto della natura delle difformità rilevate rispetto al progetto originariamente assentito e della loro eventuale incidenza sul piano ambientale. Conseguentemente il decreto va sospeso.

Nota: *nel caso in esame il Collegio ha ritenuto che il diniego impugnato sia basato su una valutazione meramente formale, ancorata alla realizzazione di opere edilizie in difformità senza che si sia proceduto ad appurare se dette opere abbiano fatto venir meno i presupposti giustificativi dell'originaria valutazione.*

Tar Campania, Sez. V., 11 Novembre 2023, n. 6475- Pres. Abruzzese, Est. Maffei.

APPALTI PUBBLICI- ILLECITI PROFESSIONALI - ART. 80 CO.5 DLGS. N. 50/2016- ONERE VALUTATIVO DELLA STAZIONE APPALTANTE.

L'inaffidabilità dell'operatore economico, desunta dalla commissione di gravi illeciti professionali, deve essere sempre oggetto di un concreto ed effettivo apprezzamento da parte della stazione appaltante che ha l'onere di soppesare nel merito i singoli e pregressi episodi dei quali il soggetto vagliato si è reso protagonista e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre o meno fiducia nella professionalità del concorrente.

Nota: *con la sentenza in commento, il Collegio ha accolto il ricorso con cui la con cui la ricorrente principale ha contestato l'omessa ed illogica valutazione dell'affidabilità professionale dell'aggiudicataria operata dalla stazione appaltante in palese violazione dell'art. 80 comma V lett. C), c bis), c ter) ed f bis) del D.lgs. 50/2016.*

In specie, l'istante ha stigmatizzato la reticenza informativa tenuta dall'impresa aggiudicatario che non avrebbe, in corso di gara, dichiarato i commessi precedenti penali evidenziando, al contempo, che il procedimento di verifica svolto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80 co. 5 Dlgs 50/2016 doveva ritenersi viziato da un evidente difetto istruttorio nonché inficiato da una motivazione contraddittoria ed insufficiente.

La Quinta Sezione, rammentando in limine la sussistenza dell'obbligo giuridico incombente sugli operatori economici di dichiarare la sottoposizione a giudizi penali per reati che possono avere incidenza sulla valutazione di affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità, ha rimarcato l'onere di valutativo gravante sulla stazione appaltante evidenziando che la stessa debba sì apprezzare la condotta dichiarativa (compendiata in termini di omissione, reticenza o mendacio), ma, nel fare ciò, non è esente dal soppesare i singoli precedenti gravanti sull'operatore economico partecipante alla gara.

Per le ragioni illustrate, il Collegio ha ritenuto fondati i motivi di doglianza scrutinati, atteso che la stazione appaltante, nel formulare il giudizio di affidabilità professionale, non aveva proceduto a valutare la gravità delle vicende storiche oggetto dell'omesso onere dichiarativo imputato all'aggiudicataria.

TAR Campania, sez. I, 21 novembre 2023, n. 6417 – Pres. Salamone, Est. De Falco

APPALTO – PROCEDURA TELEMATICA APERTA – CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – ART. 120, CO. 5 C.P.A – CONTRATTO DI AVVALIMENTO – ATTESTAZIONE SOA – ACCOGLIMENTO

È ammissibile l'avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo, invece, necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti. Inoltre, occorre che il contratto di avvalimento osservi i requisiti di specificità prescritti, a pena di nullità, all'ultima parte del comma 1 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016.

Nota: *Nella pronuncia in esame, il Collegio analizza, in primo luogo, la tipologia e l'oggetto dell'avvalimento che viene in rilievo nel caso sottoposto alla sua attenzione, chiarendo che trattasi di avvalimento tecnico-operativo; viene precisato che, laddove quest'ultimo abbia ad oggetto l'attestazione SOA, oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074). Relativamente alla correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento, la stessa ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA, dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante; ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria.*

Nella controversia sottoposta al TAR Campania, i Giudici ritengono che non sussistono dubbi sul fatto che l'avvalimento che viene in rilievo rientra nel novero dell'avvalimento 'tecnico e operativo', poiché l'ausiliaria ha messo a disposizione dell'ausiliata il requisito di qualificazione OS 7 di cui è carente per l'esecuzione. Nel caso in esame, il contratto di avvalimento difetta di specificità, in quanto l'accordo negoziale, in virtù del quale l'ausiliaria mette a disposizione del concorrente e della stessa Amministrazione i propri requisiti, risulta irrimediabilmente pregiudicato, in assenza di un richiamo espresso alla dichiarazione recante l'elencazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione. L'indicazione dettagliata dei mezzi messi a disposizione, infatti, è contenuta nella dichiarazione resa dall'ausiliaria all'Amministrazione che però non fa parte del contratto e non è da esso richiamato, sicché tale elenco non è parte del contratto di avvalimento, con la conseguenza che esso implica solo l'assunzione di un impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante. Trattasi di documenti che operano su piani diversi: il contratto di avvalimento su quello negoziale tra l'ausiliaria e l'ausiliata e deve osservare i requisiti di specificità prescritti, a pena di nullità, all'ultima parte del comma 1 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016; la dichiarazione di impegno riguarda, invece, l'assunzione diretta della responsabilità dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e, in buona sostanza, presuppone l'efficacia e validità del contratto di avvalimento.

Nella fattispecie, il contratto di avvalimento si limita genericamente ad individuare quale oggetto del prestito le risorse necessarie all'esecuzione, senza però individuarle e incorrendo nella segnalata genericità invalidante ai sensi dell'art. 89, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016.

APPALTO – AGGIUDICAZIONE DELLA GARA INDETTA PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE – RIMODULAZIONE DEL MONTE ORARIO – RIALLOCAZIONE DELLE VOCI DI COSTO – RELAZIONE RUP – PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ DELL’OFFERTA – ESAME SULLA CONGRUITÀ E ATTENDIBILITÀ DELL’OFFERTA – RIGETTO.

Relativamente ai limiti entro i quali il concorrente può limitarsi a modificare, ovvero a rimodulare l’elemento indicato in sede di gara, è ammissibile la modificazione delle voci di costo, che non conducano al risultato di ritenere l’offerta antieconomica nel suo complesso, potendosi procedere in sede di giustificazioni a quegli aggiustamenti che appaiono plausibili. Il principio di immodificabilità della stessa opera, infatti, è interpretato dalla giurisprudenza nel senso di vietarne la radicale modificazione della composizione dell’oggetto, così da alterare l’equilibrio economico.

***Nota:** nel caso sottoposto all’attenzione della I Sezione del T.A.R. Napoli, la società ricorrente, rimarcando il notevole divario delle componenti dell’offerta economica, censura che è stata disattesa la richiesta del RUP di comprovare l’invariabilità del costo della manodopera e violata la regola che preclude la modificazione dell’offerta. La principale questione controversa è costituita dall’approdo finale cui è pervenuto il RUP nelle proprie valutazioni, esternate nelle relazioni di congruità e sul costo della manodopera.*

Sul punto, il Collegio ha ritenuto la valutazione della stazione appaltante coerente con l’esercizio della discrezionalità ad essa rimessa, conforme ai principi che dettano i criteri in base ai quali va condotto l’esame sulla congruità e attendibilità dell’offerta. I Giudici Amministrativi, nel caso in esame, ritengono che non si rinviene uno stravolgimento dei costi della manodopera, restandone immutato il costo orario corrispondente ai trattamenti salariali inderogabili. Non può, quindi, ravvisarsi il vizio della verifica di congruità e attendibilità dell’offerta, la quale abbia compiutamente e motivatamente valutato la rilevanza e l’incidenza degli scostamenti operati dal concorrente, reputandoli giustificati e in linea con la proposta economica.

Inoltre, come di recente ribadito nella giurisprudenza del TAR Napoli a proposito della possibilità per il concorrente di modificare alcuni aspetti economici dell’offerta in sede di verifica di anomalia rispetto a quella presentata in sede di confronto concorrenziale “il principio di immodificabilità della stessa opera va declinato nel senso di vietarne la radicale modificazione della composizione dell’oggetto, così da alterare l’equilibrio economico” (sentenza della sez. II dell’11/10/2023 n. 5538). Ne deriva che è ammissibile “l’aggiustamento delle singole voci di costo, ferma restando l’entità dell’originaria offerta economica” [...] costituendo le stesse mera diversa qualificazione nominativa di costi rimasti nella sostanza immutati, al fine di una più coerente e logica rappresentazione degli stessi in categorie omogenee per dimostrare l’attendibilità dell’operazione economica proposta”.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ha rigettato il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale.

TAR Campania, sez. I, 29 novembre 2023, n.6559, Pres. Salomone, Est. Santise.

APPALTI – INFORMATIVA ANTIMAFIA – CONTROLLO GIUDIZIARIO - ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA DI GARA PER SOPRAVVENUTA CARENZA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE – INAMMISSIBILITÀ PER DIFETTO DI INTERESSE AD AGIRE.

La circostanza che l'operatore economico sia stato colpito dall'interdittiva antimafia gli impedisce di partecipare a qualunque gara in corso, in quanto, il sopravvenuto provvedimento prefettizio interdittivo, si pone come clausola obbligatoria di esclusione ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 commi 2 e 6 del D.lgs. 50/2016.

Né rileva la circostanza che l'operatore economico sia stato ammesso al controllo giudiziario previsto dall'art. 34 bis d.lgs. n. 159 del 2011 dal momento che, l'ammissione al controllo giudiziario, valendo per le gare future, non può operare e incidere retroattivamente sulle gare già in corso.

Sicchè l'efficacia paralizzante del controllo giudiziario non sana il difetto del requisito di partecipazione.

Nota: *Con la sentenza in commento il Collegio ha dichiarato inammissibili il ricorso e i relativi motivi aggiunti, proposti dalla società ricorrente per l'annullamento della determina dirigenziale di aggiudicazione della gara d'appalto indetta dal Comune.*

La società aggiudicataria, costituendosi in giudizio, ha presentato ricorso incidentale chiedendo l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per difetto di interesse ad agire, considerato che quest'ultima, il 23 febbraio 2023, era stata attinta da interdittiva antimafia con la quale era stata anche respinta l'istanza di iscrizione nella cd. white list.

Il collegio, nell'accogliere l'eccezione mossa dall'aggiudicataria, ha dichiarato inammissibile il ricorso de quo per difetto di interesse ad agire. In particola il Tar Campano ha appurato che la circostanza che la ricorrente sia stata colpita dall'interdittiva antimafia le impedisce di partecipare a qualunque gara, in quanto il sopravvenuto provvedimento prefettizio interdittivo si pone come clausola obbligatoria di esclusione ai sensi e per gli effetti dell'art 80 commi 2 e 6 del D.Lgs 50/2016 e, quindi, la ricorrente, al momento in cui è decisa la presente controversia, non potrebbe partecipare comunque, né rendersi aggiudicataria, alla gara in contestazione.

Inoltre, è altresì irrilevante sotto tale profilo il fatto che la ricorrente sia stata ammessa al controllo giudiziario previsto dall'art. 34 bis d.lgs. n. 159 del 2011. A supporto di tale ultima statuizione il Collegio ha richiamato consolidata giurisprudenza volta ne ritenere che "La sospensione degli effetti dell'interdittiva antimafia cagionata dall' ammissione alla misura del controllo giudiziario, come previsto dall' art. 34-bis, comma 7, d.lgs. n. 159/2011 non ha carattere retroattivo, in assenza di una espressa disposizione di legge che ciò preveda, e pertanto non può applicarsi alla procedura selettiva rispetto alla quale sia preventivamente intervenuta la stessa informativa antimafia. Difatti, il

congelamento degli effetti di tale informativa conseguente all' ammissione al controllo giudiziario, costituisce un rimedio volto a consentire all' impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure di appalto successivamente indette, ma non anche a sanare la partecipazione dell' operatore economico non degno di entrare in contatto con la Stazione appaltante per il possibile condizionamento criminale a cui potrebbe essere condizionata la sua offerta contrattuale, atteso che, in caso contrario, si darebbe paradossalmente ingresso, nel mercato degli appalti pubblici, all' apprezzamento di una proposta contrattuale predisposta precedentemente all' insediamento dell' amministratore giudiziario, cioè prima dell' avvio di quel controllo a cui l' art. 34-bis, d.lgs. n. 159/2011 subordina la sospensione degli effetti interdittivi (cfr., Cons. Stato, Ad. plen. 13 febbraio 2023, n. 13, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 14 marzo 2023, n.166).

TAR Campania, sez. I, 30 novembre 2023, n. 6580/2023 – Pres. Palliggiano, Est. Esposito.

APPALTI – INTERESSE ALL' AGGIUDICAZIONE DEL TERZO CLASSIFICATO – PRINCIPIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA – CAUSE DI ESCLUSIONE PER ILLECITI PROFESSIONALI – RICHIESTA DI RINVIO A GIUDIZIO – GIUDIZIO DI AFFIDABILITÀ E DI INTEGRITÀ DELL' OPERATORE.

Ai fini dell'esclusione del concorrente per illecito professionale, non è sufficiente addurre l'esistenza di una richiesta di rinvio a giudizio (o di un decreto di citazione diretta a giudizio), qualora non emergano elementi che riportino quei fatti al contesto nel quale sono suscettibili di essere discrezionalmente valutati quali indici di inaffidabilità professionale del concorrente. Inoltre, l'operato della stazione appaltante, discrezionalmente tenuta alla propria valutazione, non è suscettibile di essere influenzato dalla diversa decisione adottata da altra Amministrazione relativamente ai medesimi fatti e in relazione ad altro contratto di appalto.

***Nota:** diversi i principi enucleati dalla I Sezione del TAR Campania nella pronuncia in esame. In primo luogo, essendo stato il ricorso presentato dalla società classificatasi al terzo posto in graduatoria, il Collegio ribadisce l'orientamento sostenuto dal Consiglio di Stato (sez. III, 8/5/2023 n. 4584), secondo cui in tal caso l'interesse all'aggiudicazione sussiste solamente ove risultino fondate le censure nei riguardi di entrambi i concorrenti. In secondo luogo, nel fissare l'ordine di trattazione delle questioni, i Giudici della I Sezione applicano il principio della "ragione più liquida", procedendo ad esaminare dapprima la censura contenuta nei motivi aggiunti, essendo quella che si presta a una pronta soluzione e la cui risoluzione è idonea a determinare l'esito del giudizio. Sul punto, come evidenziato dalla Corte di Cassazione (ord. 20 marzo 2015 n. 5724), la ragione più liquida è quella "che non segue l'ordine logico-giuridico delle questioni, ma quello per così dire "economico" del risparmio di energie processuali, cioè dell'uso della ratio decidendi già pronta e di per sé sufficiente.*

Ciò posto, nel merito, viene in rilievo la questione dell'ampio margine di discrezionalità attribuito alla stazione appaltante nel valutare le cause di esclusione per illeciti professionali. Nel caso di

specie, la ricorrente rappresenta ragioni di esclusione dell'aggiudicatario, a causa del coinvolgimento dei membri del Consiglio di amministrazione del Consorzio in vicende penali, diffidando il Comune a dichiarare la decadenza del contratto.

Nella sentenza in esame, la I Sezione ha ritenuto che la natura delle condotte in questione non appare automaticamente riconducibile a situazioni configurabili un illecito professionale in cui sia incorso l'operatore economico in precedenti contratti; correlativamente, non rileva l'omessa dichiarazione dell'operatore economico, stante l'impossibilità di riconnettersi un automatico effetto espulsivo (cfr. TAR Sicilia, cit.: "l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti può costituire un grave illecito professionale, che conduce all'espulsione del concorrente, solo se la stazione appaltante - e non altri - lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore").

Per tale ragione, il Collegio conclude ritenendo che i rilievi manifestati non determinano l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta e del successivo operato dell'Amministrazione che ha rigettato la richiesta di ritiro del contratto, poiché essi non assumono alcuna incidenza viziante, una volta ritenuta insussistente la prospettata causa di esclusione.

TAR Campania, Sez. V., 4 dicembre 2023, n. 6670- Pres. Abruzzese, Est. Di Vita.

APPALTI PUBBLICI - COSTO DELLA MANODOPERA - ART. 95 DLGS N.50/2016 - GIUDIZIO DI CONGRUITÀ DELL'OFFERTA.

Pur restando fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione -pena la violazione della par condicio tra i concorrenti- ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia, così come quella di congruità, la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Ne deriva che l'eventuale riconducibilità del rimborso del costo dei lavoratori volontari alle spese generali -anziché al costo della manodopera-, resa in sede di giustificazioni, non conduce ad una modifica sostanziale dell'entità economica dell'offerta, traducendosi unicamente in una diversa imputazione degli oneri.

Nota: *con la sentenza in commento, il Collegio ha respinto il ricorso proposto avverso la delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 683 del 13.6.2023 con la quale è stata disposta la aggiudicazione definitiva, in favore del raggruppamento controinteressato, dell'accordo quadro per l'affidamento del servizio di noleggio di automediche dotate di autista e infermiere con posizionamento sul territorio aziendale, di durata pari a 48 (quarantotto) mesi.*

A sostegno dell'esperito gravame l'istante (seconda classificata) ha lamentato violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili.

In particolare, è stata censurata l'inclusione, nel costo della manodopera dei costi economici attinenti al personale volontario.

La ricorrente, nell'atto introduttivo del presente giudizio, ha a tal proposito evidenziato che nel costo della manodopera ex art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016 potrebbero rientrare solo le retribuzioni degli impiegati assunti con contratto di lavoro subordinato, con esclusione, dunque, del personale volontario i cui oneri economici confluirebbero nelle spese generali. Si è rilevato, poi, che in sede di giustificazioni rese nel subprocedimento di valutazione di anomalia dell'offerta ex art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016, il raggruppamento controinteressato avrebbe illegittimamente incluso in tale importo anche il rimborso delle spese sostenute per il personale volontario che, per la ragione illustrata, non avrebbe potuto essere computato, con conseguente inammissibilità dello ius variandi dell'offerta economica.

La quinta Sezione, rammentando il costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui il giudizio di congruità non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta, ha rilevato come, nel caso in esame, non fosse stata comprovata una complessiva incongruenza dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario né, in sede di giustificazione, fosse emerso uno scostamento dell'importo indicato come costo della manodopera in sede di offerta.

È stato quindi riaffermato il principio, già emerso in seno al Consiglio di Stato, secondo cui le giustificazioni fornite dall'operatore possono risolversi anche nell'indicazione di una diversa stima di un costo già indicato in precedenza, sempre che la modifica e/o la diversa stima del costo non si risolvano in un espediente elusivo delle regole di gare poste a pena di esclusione oppure nella violazione della par condicio e sempre che si giunga ad un giudizio di attendibilità della dichiarazione resa e di congruità dell'offerta.

TAR Campania, sez. I, 6 dicembre 2023, n.6752/2023 – Pres. Palliggiano, Est. Esposito.

APPALTI – REQUISITO DELLA REGOLARITÀ FISCALE – FALSITÀ DELLA DICHIARAZIONE – RESIDUO DEBITO NON ASSOLTO – ROTTAMAZIONE-QUATER – CAUSA DI ESCLUSIONE – PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DEI REQUISITI – ACCOGLIMENTO.

In ossequio al principio, immanente alle gare di appalto, della “continuità dei requisiti”, che preclude che questi ultimi possano essere persi e recuperati, occorrendo conservarli senza cesura alcuna, la presenza di un carico definitivamente accertato derivante da una determinata cartella di pagamento, quale attestato dall'Agenzia delle Entrate – il cui contenuto non può essere sindacato dalla stazione appaltante – determina la perdita del requisito della regolarità fiscale, la cui valutazione non può essere omessa ai fini dell'aggiudicazione.

Nota: nella pronuncia in commento, la I Sezione del T.A.R. Napoli evidenzia la rilevanza dell'esistenza di un carico tributario definitivamente accertato del provvedimento impugnato nei confronti del concorrente, in cui favore non poteva, dunque, essere disposta l'aggiudicazione. In presenza, infatti, di un carico definitivamente accertato derivante da una cartella di pagamento, quale attestato dall'Agenzia delle Entrate, il cui contenuto non può essere sindacato dalla stazione appaltante, la società ha perso il requisito della regolarità fiscale.

Sul punto, la legge di bilancio 2023 ha introdotto una nuova edizione dello strumento della c.d. "pace fiscale" (art. 1, commi da 231 a 252, della cit. legge n. 197/2022), comunemente definita "rottamazione-quater" dei carichi affidati all'Agente della riscossione dal 1° gennaio 2000 al 30 giugno 2022. È favorita l'estinzione agevolata dei debiti (senza interessi, sanzioni, somme aggiuntive e aggio), versando la somma capitale e le spese di rimborso delle procedure esecutive e per la notificazione della cartella di pagamento (co. 231), effettuando il pagamento in unica soluzione entro il 31 ottobre 2023, ovvero nel numero massimo di diciotto rate, con interessi al 2% annuo (co. 232-233).

Il debitore è tenuto a manifestare la propria volontà di aderire alla definizione agevolata (co. 235), per effetto della quale gli obblighi di pagamento derivanti da precedenti dilazioni in essere sono sospesi fino alla scadenza della prima o unica rata delle somme dovute (co. 240, lett. b)). È da ritenere che, anche nel caso di successive richieste di definizione agevolata, si sia in presenza di una novazione oggettiva dell'obbligazione, sostituendosi la nuova obbligazione, con oggetto o titolo diverso (art. 1230 c.c.), all'obbligazione inerente alla precedente richiesta di definizione agevolata.

Si evidenzia che, al pari dell'ipotesi di sostituzione dell'originaria obbligazione tributaria, allorché il contribuente è ammesso alla rateizzazione del debito a mezzo di definizione agevolata, il beneficio "comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria" (Ad. Plen. n. 20/2013). In questi casi, l'effetto che si produce è duplice: estintivo della precedente obbligazione e costitutivo della nuova.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Sezione, dal certificato emerge la definitività dell'accertamento per carichi tributari eccedenti la misura ex art. 80, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016 e che non possono dirsi assoggettati a definizione agevolata poiché, come detto, oggetto di una nuova richiesta in corso di gara che ha sostituito la misura precedente, con gli effetti favorevoli che ne derivavano. Ne consegue che la Regione non avrebbe potuto trascurare la rilevanza dell'esistenza di un carico tributario definitivamente accertato nei confronti del concorrente, in cui favore non poteva, dunque, essere disposta l'aggiudicazione. Per tale ragione, il Collegio ha accolto il ricorso.

TAR Campania, sez. I, 7 dicembre 2023, n.6781/2023 – Pres. Salamone, Est. De Falco.

APPALTI – ESCLUSIONE PER INCONGRUITÀ DELL'OFFERTA – CLAUSOLA SOCIALE – APPLICAZIONE CCNL – OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DEGLI ELEMENTI ACCESSORI DEL TRATTAMENTO ECONOMICO – ESCLUSIONE 14ESIMA MENSILITÀ – INTEGRITÀ CONTRADDITTORIO – RIGETTO.

È noto che il CCNL garantisce le condizioni minime senza escludere che in sede di contrattazione decentrata si applichino condizioni migliori. Ne consegue che l'impegno assunto dalla ricorrente di garantire a tutti i lavoratori assorbiti in base alla clausola sociale lo stesso livello retributivo ha, di fatto, reso irrilevante la diversa fonte disciplinare individuata in sede di giustificazioni. Nel caso di specie, l'esclusione della 14esima mensilità contrasta con quanto dichiarato dall'impresa in sede di giustificazioni e a cui l'Amministrazione si è riferita al fine di compiere la valutazione di congruità dell'offerta.

Nota: nella sentenza in esame, relativamente alla censura circa la lesione del contraddittorio anche in dipendenza del negato accesso agli atti di gara, essa non è considerata dal Collegio meritevole di positivo apprezzamento, dal momento che lo stesso si è svolto in maniera articolata.

In secondo luogo, in relazione alla contestazione sull'attendibilità della valutazione formulata dalla stazione appaltante in ordine alla sostenibilità economica dell'offerta economica, con particolare riguardo al costo per la mano d'opera, la I Sezione ha ritenuto che, diversamente da quanto indicato nel ricorso, l'oggetto del giudizio non è rappresentato dalla clausola sociale, ma dall'applicazione della stessa secondo quanto indicato dalla ricorrente. Sul punto, il disciplinare di Gara, in piena conformità con i principi unionali e l'art. 50 D.Lgs. 50/2016, ha disposto che "Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'operatore economico uscente, come previsto dall'articolo 50 del Codice, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81". Nel caso di specie, la società ricorrente lamenta l'erronea applicazione del CCNL, ritenendo sussistente un obbligo di conservazione degli elementi accessori del trattamento economico, tra cui la 14esima mensilità che in base al CCNL indicato dalla ricorrente non spetterebbe, così come diversamente calcolati sarebbero gli scatti stipendiali e non sarebbe stata scomputata la decontribuzione per le assunzioni al SUD. Infine, parte ricorrente si duole dell'errato conteggio del monte ore annuale e, più in generale, che le giustificazioni fornite siano considerate complessivamente scarse, contraddittorie e poco puntuali.

Ciò posto, i Giudici della I Sezione rigettano il ricorso, dal momento che il CCNL garantisce le condizioni minimi, ma non è esclusa la possibilità di applicare condizioni migliori in sede di contrattazione decentrata. Inoltre, l'esclusione della 14esima mensilità contrasta frontalmente con quanto dichiarato dall'impresa in sede di giustificazioni e a cui l'Amministrazione si è riferita al fine di compiere la valutazione di congruità dell'offerta.

Circa le ulteriori censure relative all'incongruenza sul monte ore e sulle valutazioni generali in ordine alle giustificazioni fornite sono ritenute irrilevanti, a fronte di una discrepanza tra l'offerta proposta e quella calcolata.

Tar Campania, sez. V, 25 ottobre 2023, n. 04571/2023 – Pres. Abbruzzese, Est. De Vita

DIVIETO DI DETENZIONE DI ARMI – REVOCA DEL DECRETO DI NOMINA A GUARDIA GIURATA – RIESAME – DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – PERICOLO DI ABUSO DELL'ARMA

I provvedimenti che recano – a carico di un soggetto che svolge l'attività professionale di guardia giurata - il divieto di detenere armi, munizioni e materiali esplosivi e/o la revoca della nomina a guardia giurata, il libretto e la relativa licenza di porto d'armi a tassa ridotta, non possono essere emanati senza aver prima svolto un'adeguata istruttoria, della quale dar conto in motivazione, al fine di accertare ed evidenziare le concrete circostanze che farebbero ritenere il soggetto pericoloso o capace di abusi. Conseguentemente i decreti vanno sospesi per ottenere un riesame ad opera dell'amministrazione intimata che dovrà rideterminarsi con un nuovo provvedimento.

Nota: *nel caso in esame il Collegio ha ritenuto che il provvedimento impugnato incida sull'attività professionale svolta dal ricorrente costituente fonte di sostentamento. Inoltre, contesta il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine al concreto e attuale pericolo di abuso dell'arma in quanto il divieto di detenzione per sopravvenuta inaffidabilità del titolare dell'autorizzazione di polizia in ordine al corretto uso dell'arma richiede una valutazione complessiva della personalità del soggetto destinatario. Pertanto, la domanda cautelare trova accoglimento ai fini del riesame ad opera dell'amministrazione intimata che dovrà rideterminarsi con un nuovo provvedimento.*

CONCESSIONI

TAR Campania, sez. III, 25 ottobre 2023, n. 1866/2023 – Pres., Est. Pappalardo

ATTIVITÀ ECONOMICHE – PUBBLICITÀ E RELATIVI IMPIANTI – ASSEGNAZIONE IN CONCESSIONE DI SPAZI PUBBLICITARI SU SUOLO PUBBLICO – INSUSSISTENZA DI PREGIUDIZIO ARRECATO ALLA REMUNERATIVITÀ DELL’OFFERTA – ECCESSIVA SUDDIVISIONE DEI LOTTI – VINCOLO DI AGGIUDICAZIONE RISTRETTO AD UN SOLO LOTTO – INSUSSISTENZA DI ANTIECONOMICITÀ – RISPETTO DEI PRINCIPI DI LIBERO MERCATO E CONCORRENZA – INDISPENSABILITÀ DELL’INDIZIONE DI GARA – NATURA GIURIDICA DEL BENE OFFERTO IN CONCESSIONE

La remuneratività di un’offerta per l’assegnazione in concessione di spazi pubblicitari su suolo pubblico non è pregiudicata dalla eccessiva suddivisione dei lotti né dal vincolo di aggiudicazione ristretto ad un solo lotto. Tali condizioni, infatti, previste dal bando di gara non rappresentano un’antieconomicità in assoluto, ma sono in linea con i principi, di matrice eurounitaria, tesi a favorire il libero mercato e la concorrenza.

Inoltre, anche laddove l’indizione di una gara sia diretta a disciplinare il solo periodo necessario alla redazione di un nuovo Piano generale degli impianti pubblicitari, di durata biennale, essa si rende sempre fondamentale con riferimento alla natura giuridica del bene offerto in concessione.

Nota: il Collegio ha ritenuto non sussistenti i presupposti cautelari e ha quindi rigettato il ricorso, con contestuale domanda di sospensione del provvedimento, con cui si impugnava il bando di gara pubblicato dal Comune di Napoli “per l’affidamento in concessione a titolo oneroso di 23.028 mq di superficie pubblicitaria su suolo pubblico nell’area cittadina per l’installazione di impianti pubblicitari privati di tipo permanente destinati ad affissione diretta per la durata di anni 2 (due)”. La società ricorrente riteneva che il provvedimento contenesse clausole lesive per i soggetti già titolari di autorizzazione, in quanto preclusive della possibilità di aggiudicarsi più lotti. Infatti, si contestava l’eccessiva suddivisione in lotti e il vincolo di aggiudicazione ristretto ad un solo lotto, lamentando un pregiudizio alla remuneratività. I Giudici hanno ritenuto non sussistenti i presupposti cautelari per l’accoglimento dell’istanza di sospensione, rigettandola. Essi hanno inoltre ribadito il principio sancito dall’Adunanza Plenaria nella sent. n. 5 del 2013, secondo cui l’indizione di una gara è ineludibile con riferimento alla natura giuridica del bene offerto in concessione, seppur nel caso di specie essa sia diretta a disciplinare il solo periodo necessario alla redazione di un nuovo Piano generale degli impianti pubblicitari.

T.A.R. Campania, Sez. IV, 23 novembre 2023, n. 6464 – Pres. P. Severini; Est. G. Lo Sapia

CONTRATTI PUBBLICI – CONCESSIONE - CONTRATTO – CONTRATTO DI COMODATO – RINNOVO TACITO

Non può essere qualificato quale “contratto di comodato” quello intervenuto tra l’amministrazione scolastica e il privato, avente ad oggetto alcuni locali di una scuola e soggetto al rinnovo tacito (“salvo disdetta da recapitarsi almeno due mesi prima della scadenza”).

Infatti, nel caso di istituto scolastico sono sussistenti entrambi i requisiti (soggettivo e oggettivo) richiesti dal Codice civile (art. 826 c.c.) ai fini dell’applicazione del regime speciale di beni pubblici, ossia la manifestazione di volontà dell’ente titolare del diritto reale pubblico e l’effettiva attuale destinazione del bene al pubblico servizio.

Pertanto, è indubbia la natura dell’immobile quale bene pubblico e tale natura afferisce all’immobile nella sua interezza e non è consentita una selezione delle parti dello stesso.

Accertata la configurazione giuridica dell’edificio scolastico come bene patrimoniale indisponibile, è opportuno rilevare che su tale *prius* logico si fonda anche la qualificazione giuridica del rapporto bilaterale, a titolo gratuito, che la Dirigente scolastica e l’associazione ricorrente hanno avviato, per l’utilizzo a favore di quest’ultima di alcuni locali della scuola, essendo irrilevante il *nomen iuris* utilizzato dalle parti.

Nello specifico, se il bene appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato, in quanto destinato a svolgere un servizio pubblico, il rapporto tra l’amministrazione, alla quale appartiene il bene, e il privato rientra nel paradigma della concessione – contratto.

Inoltre, qualificato il rapporto quale “concessione – contratto”, è da ritenersi nulla per violazione di norme imperative la clausola che prevede il rinnovo tacito dello stesso, in ossequio al generale divieto, attuativo di vincoli comunitari, operante per la generalità dei contratti pubblici e, quindi, estensibile anche alla concessione di beni pubblici.

Nota: *la parte ricorrente, un’associazione di volontariato, ha impugnato l’ordinanza con la quale è stato ordinato lo sgombero di “tutti i locali occupati” dell’immobile di proprietà del Comune di Napoli, destinato ad istituto scolastico.*

Alcuni locali della scuola erano stati occupati sine titulo dalla parte ricorrente; in relazione ad altri locali, invece, l’associazione ricorrente aveva stipulato con la precedente Dirigente scolastica un “contratto di comodato” della durata triennale, rinnovabile salvo disdetta da recapitarsi almeno due mesi prima della scadenza.

A seguito della prima intimazione di sgombero da parte degli agenti della polizia locale, rimasta inottemperata, la Dirigente dell’istituto scolastico ha comunicato all’associazione la disdetta del “contratto di comodato”. Tale disdetta, sarebbe stata illegittima, a dire del ricorrente, poiché tardiva.

A fondamento del ricorso, parte ricorrente ha dedotto il vizio di eccesso di potere, perché l’ordinanza di sgombero aveva ad oggetto non solo i locali occupati sine titulo, ma anche quelli oggetto di “comodato”, ancora efficace, in quanto la disdetta formulata dalla Dirigente era stata tardiva.

Dopo aver individuato la natura giuridica dei locali oggetto del “contratto di comodato” e, di conseguenza, la natura del rapporto giuridico insorto tra amministrazione scolastica e privato, il ricorso è stato dichiarato infondato. Infatti, l’ordinanza di sgombero, quale esercizio dell’autotutela esecutiva ex art. 823 c.c., è pienamente legittima e ampiamente motivata.

CONCORSI

TAR Campania, sez. V , 16 novembre 2023, n. 6303- Pres. Abruzzese, Est. Maffei.

PUBBLICO IMPIEGO - EDUCATORI PROFESSIONALI SOCIO-PEDAGOGICI - L. N. 145/2018- INSERIMENTO IN PRESIDI SOCIO - SANITARI.

È legittimo il bando di concorso che preveda la possibilità per gli educatori socio pedagogici di essere inseriti in contesti socio- sanitari. Plurime disposizioni di legge, invero, prescrivono la competenza, limitata agli aspetti socio-educativi, dei suddetti educatori ad operare nei servizi e nei presidi socio-sanitari, declinandone le relative funzioni al fine di promuovere e sviluppare le potenzialità cognitive, affettive, ludiche e relazionali dei pazienti.

Nota: *con la sentenza in commento il Collegio ha respinto il ricorso con cui l'istante ha contestato la legittimità del bando di concorso pubblico per titoli ed esami volto alla copertura, a tempo indeterminato, di n. 20 posti di CPS – Educatore Professionale socio-pedagogico, da assegnare alla U.O.C. Neuropsichiatria Infantile.*

Il suddetto atto generale aveva delimitato la selezione ai soli educatori socio- pedagogici, con esclusione degli educatori socio- sanitari in possesso di un diploma di laurea in scienze sanitarie.

La Federazione ricorrente, dunque, ha stigmatizzato la scelta operata dalla Asl asserendo che l'inserimento lavorativo in presidi sanitari sarebbe dovuto spettare esclusivamente agli educatori socio-sanitari, non potendo gli operatori pedagogici erogare alcuna prestazione di tipo medico.

Il Collegio, ricostruito il quadro normativo vigente in materia, ha ritenuto infondata la tesi attorea secondo cui nel descritto ambito l'educatore professionale competente ad operare sarebbe unicamente quello socio- sanitario, prevedendo la stessa legge (in particolare art. 1, comma 157 L.n. 145/2018) la possibilità per gli educatori socio-pedagogici di svolgere le proprie funzioni, oltre che nell'area socio- assistenziale, anche nei servizi e nei presidi socio-sanitari e della salute, limitatamente agli aspetti socio educativi.

Va, dunque, esclusa qualsiasi "usurpazione" della funzione o qualsiasi "sovrapposizione" degli educatori professionali socio-pedagogici rispetto agli educatori professionali ex D.M. n. 520/1998, stante la diversità di formazione e di funzioni delle due figure professionali.

T.A.R. Campania, Sez. IV., 20 novembre 2023, n. 2126, Pres. Severini, Est. Luce.

CONCORSI PUBBLICI – PREVISIONI DEL BANDO – PREVISIONI SULLE MODALITA' DI COMPILAZIONE DELLA PROCEDURA ONLINE

Non appaiono illogici né irragionevoli le previsioni del bando di concorso, le quali prescrivono che il titolo di studi già dichiarato e documentato in sede di domanda di partecipazione al bando debba essere – a pena di mancata valutazione – inserito nuovamente nella procedura on-line.

Nota: *in ossequio a tale principio, l'istanza cautelare – volta alla sospensione della graduatoria finale di merito del concorso “per l'ammissione ai Corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno (D.M. 30 settembre 2011) - Anno Accademico 2022/2023” – non appare suscettibile di positiva valutazione non avendo la ricorrente dichiarato il possesso del titolo della laurea magistrale secondo le modalità prescritte dal bando. Pertanto, il T.A.R. ha respinto l'ordinanza cautelare.*

TAR Campania, sez. III, 22 novembre 2023, n. 06428/2023 – Pres. Pappalardo, Est. Caprini

ATTIVITÀ ECONOMICHE – CONTRIBUTI E FINANZIAMENTI PUBBLICI – TERMINE PER LA PROPOSIZIONE DELLE DOMANDE – DOMANDA AMMISSIBILE MA NON FINANZIABILE – ESAURIMENTO DOTAZIONE FINANZIARIA – PROGRAMMA DI SVILUPPO RURALE CAMPANIA 2014-2020 – CARENZA DI INTERESSE AD AGIRE – ILLEGITTIMITÀ ATTI DI PROROGA – ILLEGITTIMO AMPLIAMENTO PLATEA PARTECIPANTI – AMMISSIBILITÀ DELLA DOMANDA DELLA RICORRENTE BASATA SU ULTERIORE ILLEGITTIMITÀ DI ALTRE PROROGHE – CADUCAZIONE EX TUNC DELLE CONDIZIONI DELL'AZIONE – SCRUTINIO DI MERITEVOLEZZA – DIVIETO DI ABUSO DEL PROCESSO

In materia di finanziamenti pubblici, ai fini della finanziabilità della domanda ammissibile, è carente di interesse ad agire il ricorso fondato sull'illegittimità di atti di proroga per la proposizione delle domande, quando l'ammissibilità della domanda finanziabile è stata determinata, a sua volta, dalla illegittimità di altri atti di proroga (sempre inerenti al differimento del termine ultimo per la proposizione delle domande), peraltro accertata in sede giudiziaria, e della quale, pertanto, parte ricorrente ha beneficiato.

Quest'ultima illegittimità, infatti, oblitera ex tunc la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso. Tale scrutinio di meritevolezza, come anche affermato da giurisprudenza consolidata, costituisce espressione del più ampio divieto di abuso del processo.

Nota: con la sentenza in commento, il Collegio si è pronunciato sull'inammissibilità del ricorso presentato da un'azienda agricola nell'ambito di una procedura di finanziamenti pubblici, ricompresi nel Programma di Sviluppo Rurale Campania 2014-2020, per carenza di interesse ad agire. Più specificamente, la domanda della ricorrente veniva ricompresa dall'Amministrazione tra quelle "ammissibili ma non finanziabili", per esaurimento della dotazione finanziaria. Tra i motivi del ricorso, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità di due proroghe per la proposizione delle domande, le quali avrebbero determinato la sua esclusione dal finanziamento. Il Collegio, pur riconoscendo l'illegittimità dei provvedimenti richiamati, ha rilevato la carenza di interesse ad agire della ricorrente, poiché l'ammissibilità della domanda di quest'ultima alla procedura di finanziamento si è basata, a sua volta, su una proroga riconosciuta illegittima dal Consiglio di Stato, all'interno di altro giudizio.

I Giudici evidenziano come l'illegittimità della proroga riconosciuta dal Consiglio di Stato, e della quale ha inizialmente beneficiato la ricorrente, obliteri ex tunc la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso all'interno del presente procedimento, ritenendo che, in questo caso, si effettui un giudizio di meritevolezza, riconducibile al più ampio divieto di abuso del processo.

Tar Campania, sez. III, 25 ottobre 2023, n. 1869 – Pres. A. Pappalardo, Est. R. Giansante

EDILIZIA E URBANISTICA – ACQUISIZIONE AL PATRIMONIO DEL COMUNE – NON NECESSITÀ DI NOTIFICA DI UN FORMALE E DISTINTO ATTO DI ACCERTAMENTO DI INOTTEMPERANZA AL PRIVATO – PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE GRATUITA – EFFETTO ACQUISITIVO EX LEGE – INUTILE SCADENZA DEL TERMINE FISSATO NELL'ORDINE DEMOLITORIO – ORDINANZA DI DEMOLIZIONE ANCORA EFFICACE – ASSENZA DI INTERESSE AD AGIRE

Ai fini dell'acquisizione al patrimonio del Comune non è necessaria l'intermediazione di un formale e distinto atto di accertamento di inottemperanza debitamente notificato al privato, essendo tale accertamento già contenuto nel finale provvedimento di acquisizione gratuita. L'effetto acquisitivo, infatti, come da giurisprudenza consolidata, si determina *ex lege* a seguito dell'inutile scadenza del termine fissato nell'ordine demolitorio. Inoltre, la notifica dell'accertamento di inottemperanza si rende ancor più superflua in presenza di un'ordinanza di demolizione ancora efficace e in assenza di interesse ad agire.

Nota: *con l'ordinanza in commento la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, ritenendo non sussistenti i presupposti cautelari. Il Collegio ha fatto richiamato un orientamento della Sezione, in base al quale, l'effetto acquisitivo è automatico e si determina ex lege per l'inutile scadenza del termine fissato nell'ordine demolitorio, senza la necessità, ai fini dell'acquisizione al patrimonio comunale, della notifica del provvedimento di accertamento dell'inottemperanza. Peraltro, nel caso di specie, vi era un'ordinanza di demolizione ancora efficace e i ricorrenti facevano riferimento a particelle di altro proprietario, per le quali non avevano interesse.*

TAR Campania, sez. III, 30 novembre 2023, n. 06587/2023 – Pres. Pappalardo, Est. Cavallo

EDILIZIA E URBANISTICA – ACQUISIZIONE OPERA ABUSIVA E RELATIVA AREA DI SEDIME – D.LGS. 67/2004 – TUTELA PAESAGGISTICA – TUTELA URBANISTICA – INDIPENDENZA DEI PROFILI PAESAGGISTICI E URBANISTICI AI FINI DELL'ACQUISIZIONE – ISTANZA DI CONDONO EDILIZIO – LEGGE N. 47/1985 – ART. 38 COMMA 1 LEGGE N. 47/1985 – SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO – DOVERE DI RIDETERMINAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE – NECESSITÀ DI NUOVO ORDINE DI DEMOLIZIONE AI FINI DELL'ACQUISIZIONE – IRRILEVANZA DEL SOPRAVVENUTO RIGETTO DELL'ISTANZA DI CONDONO – ILLEGITTIMITÀ ORDINE DI DEMOLIZIONE – ILLEGITTIMITÀ PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE

Non è possibile invocare una prevalenza del regime di tutela paesaggistica sulla normativa di tutela urbanistico-edilizia allo scopo di far valere l'illegittimità di un provvedimento di acquisizione di opera abusiva e della relativa area di sedime, poiché i profili paesaggistici e quelli urbanistici sono

indipendenti ai fini dell'acquisizione di un bene abusivo la cui ordinanza di demolizione sia stata inottemperata.

Tuttavia, l'illegittimità del provvedimento di acquisizione si ha nel caso in cui l'ordinanza di demolizione su cui esso si fonda, anche laddove non sia stata impugnata, sia successiva alla presentazione di un'istanza di condono edilizio da parte del ricorrente. L'istanza di condono, infatti, ai sensi dell'art. 38, comma 1, legge n. 47/1985, sospende il procedimento sanzionatorio, e da essa discende, per l'Amministrazione, un dovere di rideterminarsi, tramite un nuovo ordine di demolizione.

A nulla vale la circostanza che l'istanza di condono venga in seguito definita negativamente dall'amministrazione con provvedimento di rigetto. Pertanto, il provvedimento di acquisizione, emanato sulla base di un ordine di demolizione illegittimo, successivo alla presentazione di istanza di condono e quindi in pendenza del connesso procedimento, non può costituirne atto di esecuzione consequenziale.

***Nota:** il Collegio ha accolto un ricorso avverso un provvedimento di acquisizione di opera abusiva e della relativa area di sedime, in area sottoposta a vincolo paesaggistico. Nel caso di specie, riguardo alle due censure articolate dai ricorrenti, i Giudici hanno rigettato il primo motivo di ricorso, sostenendo che la mancata contestazione delle illegittimità di tipo edilizio, contenute nell'ordine di demolizione, non può essere giustificata da una presunta prevalenza dei profili di tutela paesaggistica sui profili di tutela urbanistica, i quali, ai fini dell'acquisizione dell'opera abusiva, sono del tutto indipendenti. È stato invece accolto il secondo motivo, riconoscendosi l'illegittimità del provvedimento di acquisizione, basato su un illegittimo ordine di demolizione emanato dall'amministrazione, nonostante la pendenza di un procedimento di condono edilizio, il quale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, legge n. 47/85, sospende il procedimento sanzionatorio. In questo caso, ai fini dell'acquisizione, non ha assunto nemmeno rilevanza la circostanza che, in un secondo momento, l'istanza di condono fosse stata rigettata, poiché essa era stata comunque presentata prima dell'ordine di demolizione su cui si fondava il provvedimento di acquisizione.*

Tar Campania, Sez. V., 1 dicembre 2023, n. 6614- Pres. Abruzzese, Est. Di Vita.

ESPROPRIAZIONI- ACQUISIZIONE SANANTE- ART. 42 BIS D.P.R.N. 327/2001- OCCUPAZIONE DI PARTI DI SUOLO ECCEDENTI- VICINANZA DELLA PROVA.

In ossequio al criterio della cd. “vicinanza della prova”, spetta al privato comprovare, mediante specifica documentazione, l’avvenuta apprensione e detenzione di una porzione immobiliare eccedente a quanto risulti dal provvedimento emesso ex art.42 bis. L’inosservanza di tale onere probatorio determina l’inevitabile rigetto delle domande di restituzione e di risarcimento del danno all’uopo proposte.

Nota: *con la sentenza in commento il Collegio ha respinto i ricorsi, previamente riuniti, presentati, nei limiti di seguito indicati.*

Con specifico motivo di doglianza, il privato ricorrente ha lamentato l’illegittimità dell’acquisizione sanante operata dall’amministrazione in quanto, a suo dire, l’occupazione sine titolo operata dalla pubblica autorità investiva una porzione di fondo eccedente rispetto a quanto risultante dal provvedimento emesso ai sensi dell’art. 42 bis del DPR n. 327/2001.

Il Comune resistente ha, tuttavia, dimostrato in giudizio di aver appreso una porzione minore rispetto all’area a suo tempo individuata mediante le delibere consiliari attestando, altresì, che l’occupazione operata fosse strumentale alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria.

A fronte dei rilievi del Comune, la quinta Sezione ha chiarito che sarebbe spettato al privato, in virtù del criterio della “vicinanza della prova” documentare l’effettiva e persistente occupazione, da parte dell’amministrazione, di una ulteriore porzione di terreno (pari a 9.544 mq) riveniente dalla differenza tra quella originaria contemplata nel decreto di occupazione d’urgenza e quella poi concretamente acquisita. In assenza di tale prove è stato decretato, dunque, che le domande di restituzione e di risarcimento non possono trovare accoglimento.

TAR Campania, sez. V, 17 novembre 2023, n. 6352- Pres. Abruzzese, Est. D’Alterio.

SANITÀ – PIANO DI ERADICAZIONE DELLE MALATTIE INFETTIVE DELLA SPECIE BOVINA E BUFALINA- ART. 9 REG.UE N. 689/2020- ADEGUATEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA.

È legittima la delibera della Giunta Regionale della Campania n. 104/2022 recante approvazione del “Programma obbligatorio di eradicazione delle malattie infettive della specie bovina e bufalina in Regione Campania” avendo la stessa, conformemente alla normativa unionale, adottato proporzionate misure di contenimento del contagio fondate su corrette metodiche diagnostiche, tenendo conto del contesto epidemiologico territoriale, delle varie malattie considerate e delle concrete prospettive di eradicazione, logicamente e razionalmente valutate sulla base dell’andamento e della concentrazione della curva epidemiologica cristallizzatasi nelle singole zone.

Risulta, dunque, adeguata la scelta di definire i casi confermati, con conseguente graduazione delle misure di controllo e sorveglianza, a seconda che i controlli siano posti in essere in “zone non indenni e negli stabilimenti presenti nelle aree cluster d’infezione” ovvero “nelle zone non indenni e negli stabilimenti non presenti nelle aree cluster” ovvero nelle “zone indenni”.

Nota: *con la sentenza in commento, il Collegio ha respinto il ricorso proposto avverso la delibera della Giunta Regionale della Campania n. 104/2022 con il quale parte ricorrente lamentava l’illegittimità, per violazione di legge ed eccesso di potere, del piano regionale di eradicazione delle malattie infettive di specie bovina e bufalina.*

Il punto focale delle censure proposte all’ esame del Collegio ha riguardato le prescrizioni contenute nella parte generale del Piano regionale, con specifico riferimento alle disposizioni comuni dettate per il contrasto alla BRC e alla TBC, criticandosi, in particolar modo, la contrarietà all’art. 9 del Regolamento UE n. 689/2020 delle previsioni dedicate sia alla definizione di “caso confermato” e di “caso sospetto” individuate dal Piano, sia all’individuazione dei metodi diagnostici contemplati per individuare i capi infetti, sia, infine, alla predisposizione delle misure di contrasto adottate per arginare ed eradicare la diffusione del contagio.

La quinta Sezione ha ritenuto, con la decisione in commento, che la Regione Campania, nel predisporre il contestato piano di eradicazione, abbia correttamente dato attuazione alla normativa unionale, esercitando, nella predisposizione dell’atto generale in questione, la discrezionalità riconosciutale senza infrangere i limiti posti e senza incorrere in alcun eccesso di potere, in termini di irrazionalità, difetto di istruttoria e di proporzionalità delle metodiche diagnostiche predisposte e delle misure di contenimento del contagio.

L’impianto operativo dell’adottato piano regionale, infatti, si fonda, per un verso, su un approccio strategico diversificato nei vari territori, suddivisi in base ad una puntuale analisi del rischio di contagio e di persistenza dell’infezione nonostante le misure adottate negli anni precedenti, per l’altro, sulla distinzione delle aziende agricole a seconda che le stesse, al momento del controllo veterinario, siano o meno titolari della qualifica di “stabilimento indenne”.

Secondo il Collegio, l'amministrazione regionale, disponendo in tal modo, ha dato corretta attuazione alle disposizioni normative unionali, articolando, sulla base dei principi di proporzionalità e precauzione, scelte operative graduate alla condizione epidemiologica sia dello stabilimento che dell'ambito del territorio regionale interessato.

Tar Campania, Sez. VI, 14 novembre 2023, n. 6242 – Pres. Scudeller, Est. Spatuzzi

STRANIERI – REVOCA PERMESSO DI SOGGIORNO PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO – PERICOLOSITÀ SOCIALE DELLO STRANIERO – DIMOSTRAZIONE IN CONCRETO

L'esistenza di una misura cautelare a carico dello straniero non giustifica di per sé solo la revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo, essendo necessario che sia dimostrato in concreto che egli è socialmente pericoloso e che tale pericolosità è tale da rendere necessario il suo allontanamento dal territorio nazionale, risultando in concreto l'interesse alla tutela della sicurezza pubblica prevalente sull'interesse della ricorrente alla integrità del suo nucleo familiare.

Nota: *il ricorrente ha impugnato il decreto con il quale è stata disposta la revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo- rilasciato in favore suo e dei figli minori - sul rilievo che il cittadino straniero veniva trattato in arresto, sottoposto alla misura della custodia cautelare presso la Casa Circondariale di Santa Maria Capua Vetere e che tale condotta era oggettivamente incompatibile con le finalità di integrazione sociale poste a fondamento della legislazione vigente in materia di immigrazione, configgendo con l'interesse pubblico primario alla pacifica e civile convivenza sociale.*

Il Collegio ha accolto il ricorso, per l'effetto annullando il provvedimento impugnato, ritenendo tale provvedimento privo della necessaria motivazione in punto di pericolosità sociale del ricorrente e di prevalenza dell'interesse pubblico al suo allontanamento (in ragione della sua pericolosità sociale) sulle esigenze di tutela dell'integrità del suo nucleo familiare.

A ben vedere, il provvedimento, infatti, recherebbe una motivazione stereotipica e astratta, limitandosi ad affermare che la revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo è possibile e consentita ove il suo titolare sia giudicato socialmente pericoloso e che l'esistenza di legami familiari non è di ostacolo poiché le esigenze familiari non “possono prevalere sulle esigenze di sicurezza”.

Al riguardo è stato osservato che, se pur appaiano in linea teorica condivisibili le affermazioni del provvedimento, esse tuttavia presuppongono che sia dimostrato in concreto che lo straniero sia socialmente pericoloso e che – parimenti in concreto – sia persuasivamente dimostrata la prevalenza delle ragioni di sicurezza pubblica su quelle di tutela del nucleo familiare. Nel caso in esame, al contrario, il provvedimento si limiterebbe soltanto ad affermare che il ricorrente è attualmente sottoposto alla misura della custodia in carcere, pendendo a suo carico un procedimento penale per ipotesi di reato gravi; tuttavia, la mera esistenza di questa accusa non sarebbe sufficiente a giustificare la revoca in assenza di una dimostrazione persuasiva, basata su puntuali circostanze di fatto relative alla condotta del ricorrente, della sua effettiva pericolosità

STRANIERI – ISTANZA DI EMERSIONE DAL LAVORO IRREGOLARE EX ART. 103, CO. 1, D.L. N. 34/2020 – LIMITAZIONI ALL'ACCESSO ALLA PROCEDURA DI REGOLARIZZAZIONE – IPOTESI DI PENDENZA DI UN PRECEDENTE RAPPORTO DI LAVORO IRREGOLARE CON ALTRO DATORE

La pendenza di un precedente rapporto di lavoro irregolare con altro datore di lavoro, poi cessato nelle more del procedimento di emersione da lavoro irregolare avviato su istanza di un successivo datore di lavoro in possesso dei requisiti di legge, non può costituire causa di diniego di tale istanza, alla luce delle disposizioni contenute nella norma di rango primario e delle finalità di rilievo sociale che essa persegue. La previsione di una tale limitazione di accesso alla procedura di regolarizzazione in ragione della pendenza di un precedente rapporto di lavoro con altro datore risulta, infatti, palesemente in contrasto con la *ratio* ispiratrice della normativa introdotta con le disposizioni di cui all'art. 103 del d.l. 34 del 2020.

Nota: *il ricorrente, lavoratore straniero, ha impugnato il provvedimento con il quale è stata respinta l'istanza di emersione, ritenendosi vincolante, da parte della Prefettura, la previsione del decreto interministeriale del 24 luglio 2020 secondo cui “atteso che la procedura di cui al comma 1 dell'art.103 riguarda l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare o l'avvio di un nuovo rapporto di lavoro, la norma non consente l'accesso al procedimento per la conversione del permesso di soggiorno di cui si tratta nel caso di un rapporto di lavoro full-time, anche se in uno dei settori di cui al comma 3”.*

Nel merito, il ricorrente ha dedotto che, dalla lettura dell'art. 5 del decreto del Ministro dell'Interno del 27/05/2020, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente nell'impugnato provvedimento, non si rinverrebbe tra i requisiti di ammissibilità dell'istanza “l'assenza di altro lavoro”. Tale precisazione sarebbe in effetti contenuta nel decreto interministeriale del 24 luglio 2020 che, tuttavia, data la sua natura di atto con mera portata interpretativa della legge, non potrebbe integrare il contenuto della norma primaria.

Il Collegio ha accolto il ricorso, sulla scorta della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 149 del 18 luglio 2023, ha precisato che “ L'emersione del lavoro svolto “in nero” – che nel caso di cittadini stranieri si intreccia alla regolarizzazione della loro presenza in Italia – persegue uno scopo socialmente apprezzabile, a tutela, oltre che delle parti del singolo rapporto di lavoro, dell'interesse pubblico generale, in particolare della regolarità e trasparenza del mercato del lavoro (in tal senso, seppur con riferimento al generale fenomeno del lavoro “nero” o “sommerso”, sentenza n. 173 del 2020)”. Sulla base di tale considerazione, la Corte ha, difatti, ritenuto, in questo contesto di principi, in contrasto con la ratio ispiratrice della normativa introdotta con le disposizioni di cui all'art. 103 del d.l. 34 del 2020 la previsione di una limitazione di accesso alla procedura di regolarizzazione in ragione della pendenza di un precedente rapporto di lavoro con altro datore risultasse palesemente. Difatti, laddove si desse applicazione al portato della citata circolare, si perverrebbe alla conseguenza che il cittadino straniero, impiegato in un rapporto di

lavoro irregolare, ove messo in condizione di emergere dallo stato di clandestinità per mezzo di una assunzione da parte di datore di lavoro in possesso dei requisiti di legge, vedrebbe sempre e comunque respinta la istanza di emersione presentata a suo favore con ciò annientando gli obiettivi perseguiti dallo stesso legislatore, coincidenti con “la più ampia emersione del lavoro nero”. cfr. Corte Costituzionale che nella sentenza n. 149 del 18 luglio 2023

Il contratto di avvalimento costituisce uno strumento teso a incrementare la partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, in quanto consente alle imprese, seppur prive di alcuni requisiti richiesti dal bando, di parteciparvi; viene, così, consentito l'ingresso nel mercato anche delle piccole e micro imprese.

Si tratta di un istituto di derivazione europea, che ha trovato origine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹, successivamente recepita da quella nazionale; costituisce un'eccezione – nell'ottica del *favor participationis* – al principio generale secondo cui i concorrenti di una gara pubblica debbano possedere in proprio i requisiti di qualificazione.

Essendo, come poc'anzi chiarito, l'istituto in esame introdotto con lo scopo di consentire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, in conformità al diritto dell'Unione Europea, giova, sul punto, richiamare il principio consolidato secondo cui l'operatore nazionale deve interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme agli obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (c.d. criterio dell'interpretazione conforme), senza introdurre, in relazione ad essi, vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno, in omaggio ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

Nel nostro ordinamento, tale istituto è stato disciplinato per la prima volta dall'art. 49 d.lgs. 163/2006, che al primo comma prevedeva che *“il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”*. Tale disciplina risultava particolarmente stringente, in quanto ammetteva la possibilità dell'impresa ausiliata di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, e stabiliva che il bando di gara potesse ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie, in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, ma, in tale ipotesi, per i lavori non fosse, comunque, ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria.

Il carattere fortemente limitante dell'articolo 49 determinò l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, ai sensi dell'articolo 226 Trattato CE, per incompleta trasposizione del codice appalti nell'ordinamento interno, con riferimento, in particolar modo, ai commi 6 e 7 dell'art. 49 d.lgs. 163/2006, in quanto riduceva la possibilità di avvalersi della capacità di altri soggetti.

Successivamente, a disciplinare, in maniera più dettagliata, l'istituto è intervenuto il d.lgs. 50/2016 che all'articolo 89, primo comma, riconosceva la possibilità per un operatore economico – singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45 – per un determinato appalto, di soddisfare la richiesta

¹ CGCE, 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast*: la Corte di Giustizia consentì a una holding di avvalersi dei requisiti di partecipazione desunti da una società del gruppo, ovvero sia una controllata, sebbene non partecipante alla gara.

relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare a una procedura di gara, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In punto di oggetto, si richiedeva che il contratto di avvalimento specificasse in modo chiaro le risorse relative al requisito di capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale apportate dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata. La norma precisava che *“il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

Oggi, il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 36/2023 disciplina l'istituto dell'avvalimento all'articolo 104, ma è possibile rinvenire nel codice anche altre disposizioni sul tema, come l'articolo 101 che, in relazione al soccorso istruttorio, stabilisce la necessità di una data certa del contratto di avvalimento antecedente al termine di presentazione delle offerte; l'articolo 67 c.7 relativamente ai requisiti avallabili da parte del consorzio; l'articolo 26 dell'allegato II.12 circa i requisiti specifici del contratto di avvalimento avente ad oggetto la SOA, l'articolo 45 del medesimo allegato in relazione all'attestazione del contraente generale; l'articolo 132 che prevede il divieto di ricorrere all'istituto nel settore dei beni culturali.

L'articolo 104 del nuovo codice contiene una definizione puntuale del contratto in questione mediante il quale *“una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. È normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”*.

Al secondo comma, prevede che *“qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”*. Il comma 7 stabilisce che l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

Prima di procedere con l'individuazione delle principali novità contenute nel d.lgs. 36/2023, occorre analizzare la distinzione elaborata dalla giurisprudenza² tra:

² Consiglio di Stato, Sez. V, 3 agosto 2018, n.4798; Sez. VI, 26 novembre 2018, n. 6693 e 28 febbraio 2018, n. 1216.

- Avvalimento di garanzia, mediante il quale l'impresa ausiliaria garantisce con il proprio patrimonio l'esatto adempimento delle obbligazioni che la società concorrente dovrà affrontare per eseguire l'appalto, facendo così sorgere un'ipotesi di responsabilità solidale tra i due soggetti. In tal caso, non è necessario che nel contratto siano indicati specificamente i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza;
- Avvalimento tecnico-operativo, in cui l'impresa ausiliaria mette direttamente a disposizione della concorrente le proprie risorse materiali (strutture, strumentazione, risorse umane) e immateriali (know how) per consentire la corretta esecuzione dell'appalto. Nell'avvalimento operativo, diversamente da quello di garanzia, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (TAR Marche - sez. I, 5/5/2023 n. 276)³. Laddove abbia ad oggetto il prestito di personale, la giurisprudenza richiede la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari ("potenzialmente ingannevoli", Consiglio di Stato, Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953).

Il comma 4 dell'art. 104 precisa che l'operatore economico debba allegare alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- di essere in possesso dei requisiti di ordine generale;
- di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 (requisiti di ordine speciale) per i servizi e le forniture;
- di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Nonostante il *favor* del Legislatore per le forme di partecipazione, l'avvalimento non può essere utilizzato per supplire alla carenza di qualsiasi requisito in capo al concorrente, essendo il suo ambito applicativo limitato ai requisiti oggettivi di ordine speciale, economico-finanziari e tecnico-organizzativi, inclusa l'attestazione SOA per i lavori pubblici, purché tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria sussista un rapporto di controllo. Tra i limiti di operatività dell'istituto, rientra anche il divieto di avvalimento a cascata, come chiarito dal Consiglio di Stato nella pronuncia n.13/2020. Nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che il progettista, al fine di avvalersi dei requisiti di altro professionista per eseguire la prestazione professionale, non rientra nella figura di concorrente né in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla

³ TAR Marche, Sez. I, 5/5/2023 n. 276: "Il contratto di avvalimento tecnico-operativo si riassume nella "concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente".

normativa interna e da quella dell'Unione Europea; in ragione di ciò, non può ricorrere all'avvalimento.

Nella definizione della natura e dei limiti del contratto di avvalimento, il Supremo Consesso ha ritenuto che i requisiti di esperienza possono essere oggetto di avvalimento ordinario, perché l'esperienza in sé può essere richiesta tra i requisiti di carattere tecnico-professionale.

La principale innovazione prevista dall'articolo 104 consiste nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi, ma per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica. Siffatto cambio di impostazione determina l'abrogazione del divieto di avvalimento premiale. La *ratio* della precedente tesi giurisprudenziale negativa si fondava sul rilievo che il mero prestito di requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara, rischiava di alterare la *par condicio* fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

Ancor prima dell'approvazione del nuovo codice, alcune pronunce della giurisprudenza sono intervenute nell'ottica di superare tale orientamento negativo, ammettendo cautamente la possibilità di far ricorso all'avvalimento "premiare", purchè ricorrano specifiche condizioni. Il T.A.R. Lazio, sulla scia della precedente sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n.2526/2021, ha distinto l'avvalimento "premiare" da quello "puro"; il primo, ad avviso del T.A.R., si caratterizza per il prestito di requisiti da parte dell'impresa ausiliaria per il riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica. L'avvalimento "puro", invece, concerne il caso in cui il prestito dei requisiti sia volto a consentire la partecipazione alla gara di un soggetto che ne sia privo, nell'ottica dei principi di concorrenzialità e di *favor participationis*. In ciò risiederebbe la *ratio* del divieto di avvalimento "premiare", risultando dirimente la circostanza che il concorrente debba essere privo dei requisiti che gli vengono prestati dall'impresa ausiliaria. In caso contrario, infatti, verrebbe meno la funzione proconcorrenziale dell'avvalimento, che si trasformerebbe in un mero artificio per incrementare il punteggio attribuito all'offerta tecnica, non aggiungendo alla stessa nulla di concreto (T.A.R. Lazio n.3929/2021).

È proprio dalla concretezza dell'apporto fornito dall'ausiliaria, però, che sia il Consiglio di Stato sia il T.A.R. Lazio, pur nella consapevolezza della funzione dell'istituto, riconoscono degli spazi anche al cd. avvalimento "premiare", da ritenere non del tutto escluso alla luce del dictum dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016. Le due pronunce non accolgono né la tesi più favorevole e permissiva (cfr. C.G.A.R.S., sez. I, 15 aprile 2016, n. 109) né quella più rigida e preclusiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881), bensì optano per una posizione intermedia, escludendo l'avvalimento "premiare" quando il prestito riguardi soltanto requisiti soggettivi o curriculari e ammettendolo in caso di avvalimento "operativo" volto al concreto prestito di mezzi, risorse e personale. Secondo l'orientamento sostenuto dal T.A.R. Lazio, quando l'apporto dell'impresa ausiliaria sia concreto – e consista cioè nel prestito di mezzi, attrezzature, risorse e personale – è evidente che la valutazione dell'offerta debba tener conto di ciò nell'attribuzione dei relativi punteggi, «nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione».

Ne deriva che le sentenze in parola non ammettono *tout court* l'avvalimento "premiale", ma consentono solo che l'effettivo prestito di mezzi e risorse venga valutato per quello che è, a prescindere dalla qualificazione formale del contratto.

Il nuovo codice, all'articolo 104, superando il previgente orientamento, sembra ammettere l'avvalimento premiale, puntualizzando all'ultimo comma che, nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse messe a disposizione. In tal modo, il Legislatore ha confermato l'apertura verso un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell'interesse della stazione appaltante.

Il T.A.R. Napoli, nella pronuncia n.4756/2023, riconosce il carattere innovativo di tale disposizione e ne esclude l'interpretazione retroattiva alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti. Una soluzione contraria, come si legge nella pronuncia in esame, determinerebbe una lesione alla par condicio dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara con riferimento espresso nella *lex specialis* all'art. 89 d.lgs. 50/2016 e ai connessi limiti con cui è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta.

Il codice, inoltre, interviene sull'annosa questione affrontata in giurisprudenza circa l'onerosità del contratto di avvalimento. L'articolo 104 comma 1 del d.lgs. 2023 prevede espressamente il carattere oneroso del contratto, "*salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria*".

Sul punto, la giurisprudenza ha, in più occasioni, affermato che "qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve, comunque, emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità" (Cfr. Cons Stato, V Sez., n.1074/2020; n.2953/2018). La giurisprudenza amministrativa sposa, quindi, una concezione sostanziale di onerosità, temperando, in questo modo, la funzione pratica del contratto con l'orientamento che negava la possibilità di contemplare un avvalimento gratuito, in quanto inaffidabile e instabile.

La questione della possibilità di riconoscere un contratto di avvalimento gratuito si è, in passato, intersecata con la tematica del carattere tipico o atipico del contratto di avvalimento. La dottrina maggioritaria ritiene che l'avvalimento sia sufficientemente tipizzato, dal momento che l'articolo 89 del d.lgs. 50/2016 disciplinava in maniera compiuta la fattispecie; secondo questa impostazione, il modello delineato dal Legislatore non può essere alterato dalle parti. Un'altra tesi minoritaria, invece, ha riconosciuto il carattere atipico del contratto di avvalimento, imponendo il vaglio di meritevolezza previsto dall'articolo 1322 comma 2 c.c.

Un orientamento giurisprudenziale aveva ammesso, prima dell'intervento del Legislatore, la possibilità di configurare un contratto di avvalimento a titolo gratuito. Tale impostazione è stata criticata da quella dottrina che ha ritenuto che un avvalimento siffatto non fosse presidiato da interessi meritevoli di tutela, per l'oggettivo squilibrio tra le prestazioni.

Recentemente, in un caso caratterizzato da un corrispettivo palesemente incongruo a fronte della messa a disposizione di una notevole quantità di attrezzature e personale, è stato affermato che "la concreta struttura economica dell'accordo fa configurare il contratto come pressoché gratuito, o

simbolicamente oneroso, tenuto conto dell'enorme sproporzione che si registra tra le prestazioni contemplate a carico delle due parti" e che "la non remuneratività del contratto di avvalimento costituisce indice sintomatico della scarsa attendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'ausiliaria".

Definito l'orientamento proprio della giurisprudenza amministrativa antecedente all'entrata in vigore del Codice, si discute se la disposizione abbia codificato tale posizione, dalla quale sembra discostarsi nella parte in cui nella clausola di salvezza (*salvo che risponde anche a un interesse dell'impresa ausiliaria*) non precisa il carattere economico dell'interesse dell'impresa ausiliaria.

Non risulta, pertanto, chiaro se il Legislatore abbia voluto ammettere una forma di avvalimento gratuito, che presupponga un interesse generico e anche diverso da quello patrimoniale, o abbia codificato l'indirizzo giurisprudenziale vigente con una disposizione ritenuta da Alcuni "mal formulata".

Redattori massimario:

Funzionari U.P.P.: Carlo Barba; Cristina Iacone.

Redazione massime:

Tirocinanti ex art. 73 d.l. 69/2013: Elettra Papaccio, Marika Madonna, Giusy Mirone; Concetta Ferro; Egidia Anastasio; Erasmo Trano; Emanuela Ippolito; Maria Vittoria Minopoli; Piera Tuccillo;

Funzionari UPP: Giacomo Esposito, Gabriele Marasco, Martina Pesole, Carlo Barba, Cristina Iacone, Valentina Pennarola, Mariachiara Golia; Carlotta Maresca.