



Newsletter n. 9 del 19 aprile 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.*

GARA TELEMATICA. ERRONEA INDICAZIONE DELLA FORMA DI PARTECIPAZIONE. IRRILEVANZA

Una ditta, interessata a partecipare a una gara telematica, si registra sulla piattaforma spendendo la propria partita iva e dichiarando di partecipare come operatore singolo; nel presentare i documenti di gara invece da atto, e produce conseguente documentazione, di partecipare in RTI con altro soggetto.

La stazione appaltante non la esclude e il ricorso di un altro operatore viene rigettato. Il TAR Calabria (sentenza 497 del 2024), nel qualificare l'accaduto come un errore formale, richiama la recente giurisprudenza del consiglio di stato, a mente della quale "va comunque sempre data sostanziale prevalenza, rispetto alla mera procedimentalizzazione formale, alla garanzia della piena concorrenzialità e massima partecipazione alle gare, cui la stessa digitalizzazione è preordinata. In altri termini la gara telematica e la digitalizzazione della procedura che essa presuppone (digitalizzazione che, come noto, è prevista dalla legge- ex artt. 40, comma 2, e 58 del d.lgs. 50/2019- salvo casi eccezionali dal 18 ottobre 2018) non è il fine ultimo della disciplina in materia di pubblici affidamenti: fine ultimo è e resta sempre quello di attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante. Altrimenti opinando, la gara telematica, da mezzo strumentale ad assicurare tali fondamentali finalità, si presterebbe a diventare una modalità restrittiva di partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici contratti, in frontale contrasto con l'interesse unitario di massima partecipazione e concorrenzialità che, nella ponderata gerarchia degli interessi tutelati dall'ordinamento in subiecta materia, è a fondamento dell'intero sistema normativo in materia di pubbliche gare di appalto" (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 68 del 3.1.2023,





peraltro richiamata ex adverso).

WITHE LIST. REQUISITO DI PARTECIPAZIONE

Giova ricordare ...

“... È noto il prevalente orientamento giurisprudenziale, cui il Collegio intende aderire, secondo cui l’iscrizione dell’impresa nella cd. white list prefettizia è un requisito obbligatorio di partecipazione alle gare (cfr. TAR Cagliari, sez. II, 20 aprile 2022, n. 259; TAR Piemonte, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 19; TAR Lazio, Roma, sez. II, 28.02.2023, n. 3385) e, come tale, eterointegrabile in caso di lacuna nella lex specialis (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1412.2022, n. 10935; Consiglio di Stato, Sez. V, sent. del 6 ottobre 2022, n. 8558; Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903). Trattasi infatti di requisito generale attinente alla moralità professionale...”

Così TAR Torino, 299 del 2024

ESECUZIONE ANTICIPATA DELL’APPALTO

Andate e rileggere l’art.17 del nuovo Codice: solo dopo la verifica dei requisiti l’aggiudicazione diventa efficace e si può contrattualizzare.

Il comma 8 dispone che “Fermo quanto previsto dall’articolo 50, comma 6, l’esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L’esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d’urgenza di cui al comma 9”.

Prima della stipula ma non prima della positiva verifica dei requisiti????!! ... come la mettiamo con il principio di risultato?

Discorso a parte per gli appalti PNRR, dove resta in piedi il DL 76 del 2020

RISOLUZIONE CONSENSUALE. RILEVANZA COME ILLECITO PROFESSIONALE.

Interessante, e franca, pronuncia del Tar Salerno (n.722 del 2024) che sposa l’orientamento maggioritario, secondo il quale «nel perimetro degli obblighi dichiarativi del concorrente e valutativi dell’Amministrazione anche le ipotesi di risoluzione consensuale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708, Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7709 e, in senso contrario, Consiglio di Stato, Sez. III, 8 agosto 2022, n. 6997). Infatti, è possibile che le parti giungano ad un accordo circa lo scioglimento del rapporto contrattuale a seguito dell’inadempimento delle obbligazioni gravanti sulla parte privata e al solo fine di evitare i tempi e i costi di un giudizio nonché l’incertezza dei relativi esiti».





Aggiungo che, la soluzione consensuale consente di “saltare” il balzello dell’interpello agli altri o.e. in graduatoria.

GARA. PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

E’ utile leggere la sentenza del Tar Marche, 333 del 2024.

«non sono concepibili confusioni tra equivalenza e conformità della fornitura. Il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta; lo stesso presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante quale 'conformità sostanziale' con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato III, 6 settembre 2023 , n. 8189). L'equivalenza quindi va intesa come conformità sostanziale. Ovviamente tale conformità acquista caratteri diversi (e, conseguentemente, diversi livelli di prova e documentazione tecnica a supporto) a seconda dell'entità e della natura dell'eventuale difformità dalle specifiche tecniche a base di gara.

1.3 L'equivalenza è un principio fondamentale in materia di gare pubbliche. Un prodotto di cui viene provata la conformità sostanziale alle specifiche di gara non può essere escluso, pena la violazione di tale principio. Ciò implica come la prova dell'equivalenza non possa che essere elastica. Se, come nel caso in esame il Capitolato prevede che l'equivalenza venga provata tramite specifica documentazione tecnica, in tutta evidenza tale documentazione deve essere funzionale a detta prova. La prova può quindi consistere una lunga relazione tecnica o, semplicemente, risultare dalla semplice scheda tecnica o addirittura dall'etichetta del prodotto. Del resto, per costante giurisprudenza, la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis (tra le tante Cons. Stato III 9 giugno 2022 n. 4721)»

GARA. TERMINE PRESENTAZIONE OFFERTE. PROROGA AUTORESPONSABILITA' DELL'O.E.

In allegato (All. 1) una interessante sentenza del TAR Campania su una vicenda particolare.

Una SA, sulla base di mere segnalazioni di malfunzionamento del sistema, proroga il





termine di presentazione delle offerte, dopo che due imprese non avevano avuto problemi e una terza invece aveva iniziato il procedimento a tre minuti dalla scadenza: proprio questa ultima impresa è stata l'unica a presentare una offerta nel nuovo termine.

Scelta non ammessa dal TAR.

COSTI DELLA MANODOPERA. OMISSIONE. POSSIBILITA' DI ESSERE SOCCORSI. LIMITI

Il Tar Catania (1071 del 2024) conferma la tesi rigoristica.

<<Come evidenziato correttamente dal Comune l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che "nell'all'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"

Nel caso che ci occupa, seppure con alcune difficoltà, non è predicabile un'oggettiva impossibilità di indicare tali costi da parte delle imprese escluse poiché – a prescindere dal chiarimento reso dalla stazione appaltante sul portale MEPA, nella sezione "documenti di gara", avente il seguente tenore: "Poiché il portale non permette l'inserimento nella busta economica dei costi della sicurezza aziendale né dei costi della manodopera, tali informazioni possono essere inserite nella documentazione amministrativa con apposita lettera firmata digitalmente" – emerge come 21 concorrenti abbiano regolarmente indicato i predetti costi in seno all'offerta economica e 44 concorrenti – seguendo i chiarimenti della stazione appaltante – siano riusciti a regolarizzare l'offerta.

In tali casi, il giudice comunitario (Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18) ha indicato quale condizione legittimante il soccorso istruttorio proprio la materiale impossibilità dell'indicazione degli importi relativi ai costi sopraindicati che spetta al giudice nazionale vagliare (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

Sul punto, con riferimento al concetto di "impossibilità materiale", s'impone un'interpretazione restrittiva delle ipotesi derogatorie, limitate solamente alle ipotesi in cui nessun operatore abbia avuto quantomeno la possibilità di inserire tali costi (Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2020, n. 1974)>>

DOCUMENTI DI GARA E LORO RILEVANZA ESCLUDENTE.

Siamo al cospetto di un concorso di progettazione.

Il ricorrente ritiene che il controinteressato meritava l'esclusione perché la sua





proposta progettuale avrebbe violato il Documento di indirizzo alla progettazione. Non la pensa così il TAR che, dopo aver chiarito cosa deve intendersi per “documenti di gara” (richiamando l’attuale art. 82 del d.lgs. 36 del 2023: i) il bando, l’avviso di gara o la lettera d’invito; ii) il disciplinare di gara; iii) il capitolato speciale; iv) le condizioni contrattuali proposte), argomenta ... *«Orbene, il ricorrente asserisce che, in considerazione della presunta non piena conformità tra la proposta progettuale presentata dal RTP controinteressato e quanto previsto dal Documento di Indirizzo alla Progettazione, l’aggiudicatario avrebbe dovuto, fin dal principio, essere escluso dalla procedura. Affinché tale non conformità potesse esplicare effetti escludenti, tuttavia, sarebbe stato necessario che ciò venisse espressamente stabilito dal bando di concorso di progettazione o dal correlato disciplinare di gara, i quali avrebbero dovuto prevedere una specifica causa escludente, peraltro correlandola alla “non conformità” con quanto previsto da un documento, quale è il D.I.P., che non rientra espressamente nel perimetro dei documenti di gara sopra riportato e che ne costituisce, quindi una integrazione, assumendo – come emerge anche a livello letterale – il peso di atto di “indirizzo”».*

RESPONSABILITA' PER MANCATA AGGIUDICAZIONE

Il Tar Catania, oltre a ricordare come la responsabilità per danni conseguenti all’illegittima aggiudicazione in favore di un altro concorrente da parte della Stazione Appaltante non richiede la prova dell’elemento soggettivo della colpa, trattandosi di una responsabilità di carattere oggettivo coerente con l’esigenza di assicurare l’effettività del rimedio risarcitorio; precisa che “Il risarcimento del danno può essere determinato in via equitativa in mancanza della possibilità di fornire una precisa prova sull’ammontare del danno e va determinato in ragione del ribasso offerto dalla ricorrente”.

Altri argomenti di interesse per gli Enti Locali

CONSIGLIERI COMUNALI. LEGITTIMAZIONE A IMPUGNARE DELIBERE CONSIGLIERI.

Il TAR Campania (1433 del 2024, All. 2) si occupa di una vertenza dove alcuni consiglieri di minoranza impugnavano la delibera di adozione del DUP, adottata in violazione delle norme sulla necessaria previa informazione sui contenuti delle



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





deliberazioni. Accoglie il ricorso previa verifica della legittimazione ad impugnare da parte dei consiglieri: “i singoli consiglieri possono impugnare le deliberazioni consiliari quando vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all’ufficio dei medesimi e, quindi, su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere, dovendosi escludere che ogni violazione di forma o di sostanza nell’adozione di una deliberazione, che di per sé può produrre un atto illegittimo impugnabile dai soggetti diretti destinatari o direttamente lesi dal medesimo, si traduca in una automatica lesione dello ius ad officium”; specifica che il rispetto “dei termini procedurali non è un adempimento formale ma è funzionale, e quindi incomprimibile, per assicurare il completo esercizio delle prerogative dei consiglieri comunali (cfr. consolidata e condivisa giurisprudenza: TAR Campobasso, sentenza n.162 del 2018, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 2844 del 2017; TAR Lombardia, sez. III, n. 1330 del 2017; TAR Sardegna, sez. II, n. 387 del 2016; TAR Reggio Calabria, sez. I, n. 997 del 2016).

ACCERTAMENTO DI CONFORMITA’. DISTRIBUZIONE DELL’ONERE DELLA PROVA TRA PRIVATO E COMUNE.

Nel decidere un ricorso straordinario, il CGRS precisa che se è vero che l’onere di provare l’epoca di realizzazione dell’abuso edilizio e la sua consistenza originaria spetta al privato interessato, trattandosi di circostanze che rientrano nella sua disponibilità, nell’ipotesi in cui quest’ultimo fornisca sufficienti elementi di prova, come nel caso di specie, l’onere della prova contraria si trasferisce in capo all’Amministrazione (Consiglio di Stato, VI sezione, sentenza n. 7395/2023).



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

