



## Newsletter n. 1 del 21 settembre 2023

*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.*

### OPERAZIONI DI GARA E RUOLO DEL RUP

Una recente sentenza del **TAR Lombardia (1827 del 2023)** mette in luce due aspetti interessanti.

Il RUP, se non è contemporaneamente responsabile del servizio (o comunque in posizione apicale tale da poter "spendere all'esterno" la volontà della S.A.) non può modificare elementi essenziali della legge di gara (men che meno, come nel caso di specie, con l'escamotage dell' "errata corrige"). È altresì irrilevante il fatto che le correzioni/modifiche siano state pubblicizzate e/o portate a conoscenza degli appaltatori, Ciò che rileva, in realtà, è che incidendo «su elementi essenziali dell'operazione negoziale la rettifica avrebbe dovuto essere effettuata dallo stesso soggetto che, in nome e per conto della stazione appaltante, ha adottato la determina a contrarre con i relativi atti della gara».

Altro aspetto toccato dal Giudice Lombardo ha ritenuto illegittima anche la composizione del *seggio di gara* costituito da un componente unico e, nel caso di specie, proprio il Rup. La sentenza ha ritenuto operante, nel caso di specie, l'incompatibilità del responsabile unico per aver predisposto la legge di gara. Nel caso trattato, pur non in presenza di una commissione di gara, si è ritenuta applicabile la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 77 del Codice del 2016 : «la nomina del Rup a membro delle Commissioni di gara deve essere valutata con riferimento alla singola procedura, se certamente non esclude che il Rup possa essere nominato componente della Commissione, altrettanto certamente postula che il Rup non sia l'unico componente della Commissione medesima o del seggio di gara, come invece accaduto nella gara all'esame». Con conseguente illegittimità degli atti adottati.



Attenzione: con il nuovo Codice dei contratti l'incompatibilità per atti endoprocedimentali viene definitivamente soppressa.

## **GARA. NO A GIUSTIFICAZIONI PREVENTIVE**

Un comune prevede nella legge di gara volta all'affidamento dell'asilo nido comunale una clausola che impone, a pena di esclusione, all'OE di inserire, in uno all'offerta economica, anche un ulteriore elaborato contenente l'indicazione dei «costi degli elementi di calcolo del prezzo offerto».

Il soggetto escluso per questa omissione contesta la legittimità stessa di una causa escludente di questo tipo, lamentando che al massimo doveva applicarsi il “soccorso istruttorio”. Il **TAR Catania (sent.2202 del 2023)** si trova davanti a un possibile duplice inquadramento: l'elemento richiesto a pena di esclusione è essenziale all'offerta economica ed in quanto tale «ineludibilmente necessario per qualificarla e informarla e, pertanto, legittimo» o, al contrario, si tratta di «una clausola volta a permettere alla stazione appaltante una calibrata valutazione di congruità dell'offerta presentata dalle partecipanti alla gara» finalizzata a consentire una verifica preventiva in caso di sospetta anomalia? L'analisi della lex specialis ha portato a tale ultima ipotesi. Conseguentemente, siccome tale potere di preventiva verifica non trova conforto in nessuna norma di legge, la clausola è nulla per violazione del noto principio di tassatività delle cause di esclusione. Clausola nulla quindi, con doverosa applicazione del soccorso.

Aggiungo che anche l'attuale Bando Tipo Anac sui servizi prevede una clausola di questo tipo ma senza la sanzione dell'esclusione automatica.

## **GARE TELEMATICHE. OMESSA FIRMA. SANABILITA'**

Nelle gare telematiche la mancata apposizione della firma digitale sull'offerta non costituisce causa di esclusione dalla gara, ma può essere sanata attraverso il ricorso al soccorso istruttorio. Ciò in quanto in caso di utilizzo delle piattaforme informatiche il dato sostanziale – cioè l'effettiva riconducibilità dell'offerta al concorrente - può prevalere sugli aspetti meramente formali. Infatti, le modalità telematiche garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi nella procedura e della relativa tempistica, cosicché garantiscono la



certezza sull'imputabilità delle offerte nonché l'immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle stesse.

**(Tar Campania 4363 del 2023)**

## **GARE. IMPOSTA DI BOLLO**

Si allega la recente circolare esplicativa dell'Agenzia delle Entrate (allegato n. 1)

## **AFFIDAMENTI PNRR. OBBLIGHI ASSUNZIONALI**

*Gli obblighi diretti a favorire la parità di genere e l'occupazione giovanile previsti per i contratti pubblici rientranti nell'ambito degli interventi del Pnrr devono essere assolti esclusivamente dall'offerente in senso proprio, che in caso di aggiudicazione diviene titolare del relativo contratto. Di conseguenza in un appalto integrato di progettazione ed esecuzione tali obblighi non sussistono in capo al progettista indicato in sede di gara – ma non raggruppato – che in questa veste non assume il ruolo di offerente. Si è espresso **Tar Veneto, 25 luglio 2023, n.1115***

## **RESPONSABILITA' DELLA P.A. ANCHE IN CASO DI APPALTO**

Un privato autorizza il Comune a spostare alcuni cassonetti dei rifiuti sul suo fondo per il tempo necessario allo svolgimento di una manifestazione religiosa. Il tempo passa ... i cassonetti rimangono e con loro i rifiuti, tanto che il privato si becca un ben procedimento penale. La reazione è chiamare in giudizio Comune e appaltatore del servizio. Dopo due gradi di giudizio che escludono responsabilità comunali, la Cassazione ribalta tutto: *nel contratto di appalto l'ente committente permane titolare di specifici poteri di autorizzazione, ingerenza e controllo in ordine all'esecuzione dei lavori o servizi affidati all'appaltatore e all'occorrenza ha la facoltà di sospendere il contratto, per cui la Pa non va esente da responsabilità per i danni cagionati ai terzi dall'attività appaltata. Affidare in appalto non significa stare tranquilli ... anzi!!*

**Corte di cassazione, Sezione I, n. 19519/2023.**



## **INCENTIVI FUNZIONI TECNICHE SVOLTE DALLA C.U.C.**

L'Anac, con il **parere n. 37/2023** (allegato n.2), fornisce dei chiarimenti sull'erogazione degli incentivi alle funzioni tecniche spettanti al personale della Cuc che, su richiesta dell'ente interessato, attua la procedura di gara (o altri compiti/funzioni)

## **AFFIDAMENTO SERVIZI SOCIALI SOTTO SOGLIA.**

*“l’obbligo di indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale di cui all’articolo 95, comma 10, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (ora vedasi art.108, comma 9, D.lgs. 36\2023)), deve ritenersi applicabile alle procedure di affidamento di servizi sociali ex articolo 142 dello stesso codice anche se di importo inferiore alle soglie comunitarie”* > il Consiglio di Stato, sent. 7982 del 2023, smentisce un precedente contrario del TAR Catanzaro.

In tale pronuncia è interessante segnalare anche che il Consiglio di Stato precisa che, se è vero che la S.A. non è tenuta a coinvolgere controinteressati nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia (art.97 vecchio Codice), è però vero che nel caso in cui si decida ad agire in autotutela su decisioni già assunte in quella sede, scattano le regole della L.241: *“l’esercizio del diverso e ulteriore potere di autotutela avrebbe dovuto essere compiuto nel rispetto della legge n. 241 del 1990, mediante non solo la verifica delle condizioni previste dall’art. 21 nonies, ma anche degli oneri imposti dall’art. 7, cioè previa comunicazione a tutti i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale avrebbe prodotto effetti.”*

## **GARE PNRR. ERRORE SULLA GARA. SALVI I FONDI**

*In tema di realizzazione di opere pubbliche con fondi Pnrr, il Comune che ha avviato la procedura di gara nei termini prescritti a pena di decadenza non può essere escluso dal competente ministero per aver fatto ricorso a una centrale di committenza (asmel) priva dei requisiti necessari per lo svolgimento delle attività da affidare a terzi.*

Interessante principio da parte di **TAR Lazio, 12998/2023.**