



Newsletter n. 12 del 22 ottobre 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.*

INCENTIVI FUNZIONI TECNICHE

Si segnalano (e si allegano) alcuni pareri del Ministero sull'argomento:

- Allegato 1, sulla incentivabilità delle prestazioni a contenuto amministrativo;
- Allegato 2, sugli incentivi nel sottosoglia e sulla sorte degli incentivi erogati in assenza di un Regolamento comunale a monte

VERIFICA ANOMALIA. PROCEDIMENTO

Il Consiglio di Stato si occupa del procedimento connesso alla verifica dell'anomalia dell'offerta.

Nella sentenza il giudice d'appello ricorda che la disciplina dettata dall'articolo 110 del D.lgs. 36 relativa all'iter procedurale da seguire in sede di verifica di anomalia dell'offerta prevede che, a fronte di un'offerta sospetta di anomalia, la stazione appaltante richieda per iscritto al concorrente le spiegazioni ritenute necessarie, assegnando allo stesso un termine non superiore a quindici giorni per produrre la relativa documentazione giustificativa. Ricevuta tale documentazione, la stazione appaltante procede all'esclusione qualora la stessa non sia ritenuta idoneità a comprovare la congruità dell'offerta. Tale disciplina individua quindi una tempistica procedimentale in cui il contraddittorio con il concorrente è articolato in una sola richiesta istruttoria, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per fornire le giustificazioni richieste. Tale termine ha natura acceleratoria, e risponde all'esigenza di accorciare il più possibile il procedimento di verifica dell'anomalia. Deve ovviamente essere stabilito in una misura congrua in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste, ma comunque entro la misura massima di quindici giorni.

Fatte queste premesse, tenuto conto del fatto che il ricorrente si lamentava della



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





mancata concessione di un ulteriore termine a suo favore, il Consiglio di Stato (sent.7114 del 2024) giunge alla conclusione secondo cui il concorrente non può avanzare alcuna pretesa affinché la stazione appaltante assegni un ulteriore termine, dopo il primo, per la produzione della documentazione giustificativa in un'ottica di supplemento istruttorio, specie laddove il concorrente non abbia fornito alcuna evidenza in merito a eventuali difficoltà di reperimento della documentazione richiesta.

PRINCIPIO DI TASSATIVITA' MOTIVI DI ESCLUSIONE. GIUSTA INTERPRETAZIONE.

Leggete quanto statuito dalla V^a sez del Consiglio di Stato.

« 10.1. La legge di gara stabilisce che:

- il plico telematico è composto dalle “buste interne relative alla documentazione amministrativa ed all’ offerta economica” (par. 1.2 del disciplinare);
- “l’inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella “Busta economica”, costituisce causa di esclusione” (par. 1.2 del disciplinare); - “nel caso vi sia all’interno della Busta Amministrativa, elementi o riferimenti ad aspetti economici riguardante l’offerta, gli operatori economici verranno esclusi dalla procedura di gara” (capo 3 del disciplinare).

Entrambe le clausole da ultimo richiamate comminano l’esclusione per l’inserimento di elementi dell’offerta economica nella “busta amministrativa”.

10.2. Il Tar le ha ritenute invalide per violazione del principio di tassatività di cui all’art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, dal momento che non trovano riscontro negli art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023. 10.3. Le suddette clausole del bando non violano il principio di tassatività di cui all’art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Con l’art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023 si dispone che:

- “I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice” (comma 1);
- “Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte” (comma 2);
- “Fermi i necessari requisiti di abilitazione all’esercizio dell’attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto, tenendo presente l’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da





acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese” (comma 3).

La disposizione non stabilisce che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica per mancanza dei requisiti generali, nel senso che queste esauriscono il novero delle possibili cause di esclusione.

Osta a una tale interpretazione lo stesso decreto, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100), che sono richiamati per relationem nel comma 1 (“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”).

In tale contesto va inquadrato il comma 2, in base al quale “Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative”. La previsione, riferita, anche quanto a formulazione letterale, alle sole cause escludenti di cui all'art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, vuole significare che detti articoli contengono la completa attuazione dell'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE (al quale si riferisce la relazione), inibendo la previsione di ulteriori cause escludenti e la diversa configurazione delle stesse a presidio dei requisiti di ordine generale. E ciò in coerenza con il divieto di gold plating di cui all'art. 1 comma 2 lett. a) della legge di delega n. 78 del 2022, attuata dal d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale, fra gli obiettivi del decreto legislativo di attuazione, è previsto quello del “perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”.»

PROCEDURE PNRR e simili. REGIME NORMATIVO APPLICABILE.

Il Consiglio di Stato, sez. V, relatore il cons. Rovelli, prova a dire la parola fine ai dubbi intertemporali.

Ecco il punto essenziale:

Cons. Stato, sez. V, 9.9.2024 n. 7496

19. Quanto al primo punto è da premettere che il TAR ha affermato che, siccome la determina a contrarre è stata adottata il 17 agosto 2023 e il bando è stato pubblicato in data successiva, la gara avrebbe dovuto essere disciplinata dal d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici).





19.1. La statuizione, pur sostanzialmente ininfluenza per l'esito della presente controversia, non persuade poiché è frutto di una non condivisibile interpretazione degli artt. 229 comma 2, 226 comma 2 lettera a), e 225 comma 8 del d.lgs. n. 36/2023, interpretazione che in questa sede il Collegio intende fornire.

19.2. Come noto, le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, con i relativi allegati, hanno acquistato efficacia il 1° luglio 2023, ai sensi dell'art. 229 comma 2. Dal 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 hanno continuato ad applicarsi ai procedimenti in corso, vale a dire le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si è indetta la procedura di scelta del contraente sono stati pubblicati prima del 1° luglio 2023.

19.3. La questione apparentemente più complessa era quella di stabilire quali regole applicare alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse. 19.4. Per queste procedure, l'art. 225 comma 8 del Codice ha previsto, anche dopo il 1° luglio 2023, l'applicazione delle "disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018".

19.5. L'art. 226 del Codice del 2023 (Abrogazioni e disposizioni finali) al comma 5 dispone: "Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso". 19.6. Contrariamente a quanto affermato dal TAR è certa la perdurante vigenza delle disposizioni speciali in materia di appalti PNRR che contengono rinvii fissi a precise disposizioni del d.lgs. n. 50/2016. 19.7. Come noto, il rinvio a un testo normativo (o ad una singola disposizione) contenuto in un diverso testo (o anche in una diversa parte del testo medesimo) non può essere definito "statico" o "dinamico" di per sé, ma, deve essere esaminato caso per caso. 19.8. Nel rinvio fisso non si fa riferimento a una fonte, ma a una precisa disposizione, vigente in quel dato momento. Ne segue che la fattispecie di cui si tratta resta disciplinata da quella disposizione anche nel caso in cui essa dovesse poi essere sostituita da un'altra successiva. In altre





parole, tenuto conto anche delle indicazioni della migliore dottrina, il rinvio a una specifica disposizione o norma determinata, vigente in quel momento, non può che ritenersi statico o recettizio. 19.9. Quel che in questo caso rileva, è che le disposizioni del d.l. 77/2021 (atto rinviante) non fanno pressoché mai riferimento alla fonte in sé, bensì a specifiche disposizioni del d.lgs. n. 50 2016. La struttura linguistica delle disposizioni contenute nel d.l. 77/2021 non fa intravedere alcun rinvio dinamico bensì tutti rinvii statici.

19.10. La Corte costituzionale nella nota sentenza 28 ottobre 2004, n. 315, resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14 della legge 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), e dell'art. 3 della legge 12 giugno 1962, n. 567 (Norme in materia di affitto di fondi rustici) ha ricordato che in presenza di un rinvio ricettizio il contenuto della disposizione richiamata diviene “parte del contenuto della norma richiamante” e che le “vicende della norma richiamata” restano “prive di effetto ai fini della esistenza ed efficacia della norma richiamante”. 19.11. In definitiva, l'interpretazione fornita dalla Circolare del MIT del 12 luglio 2023 è corretta laddove afferma la specialità, assicurata per mezzo dell'art. 225 comma 8 del d.lgs. n. 36 del 2023, delle disposizioni di cui al d.l. n. 77 del 2021 inclusi i rinvii operati al d.lgs. n. 50 del 2016.

ALLEGATO II.2 AL CODICE. SOGLIA DI ANOMALIA. METODO DI CALCOLO. CRITICITA' APPLICATIVE

In allegato (All_3) la sintesi di una sentenza del Tar Catania che tocca l'argomento.

GARA. ANOMALIA. GIUDIZIO DI VERIFICA.

In allegato (All_4) una recentissima sentenza del Tar Sardegna che serve a fare il punto sulla natura e sul giudizio del giudizio di verifica sull'anomalia dell'offerta e, conseguentemente, sui poteri di intervento del Giudice in caso di impugnazione.

Altri argomenti di interesse per gli Enti Locali

CONCORSO vs SCORRIMENTO GRADUATORIE.

Il Tar Sardegna pubblica una sentenza (582\2024) che dichiara illegittima la scelta (concorsuale) di un Comune nella copertura del posto di Dirigente Polizia Locale.



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





Secondo i Giudici non ha fatto buon uso delle regole che disciplinano, ormai, la materia.

«Si è detto infatti che nel motivare l'opzione preferita l'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favor per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso. 14. L'Amministrazione Comunale resistente nel caso in esame non ha invece esplicitato alcuna ragione volta a giustificare, ferme le sopracitate premesse, il ricorso alla procedura concorsuale in luogo della scelta dell'utilizzo mediante scorrimento della graduatoria - valida ed efficace - vigente presso il Comune di Olbia malgrado, come detto, la regola del favor per lo scorrimento della graduatoria costituisca ormai espressione di un principio di carattere generale (da ultimo: Consiglio di Stato, Sezione VII, n. 3855 del 29 aprile 2024). 15. Come evidenziato dalla diffusa giurisprudenza, dunque, in presenza di una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti mediante l'indizione di un nuovo concorso deve, a pena di illegittimità, indicare, con apposita motivazione, le ragioni per le quali ha ritenuto di non utilizzare la graduatoria (così Consiglio di Stato, Sezione V, 27 maggio 2022, n. 4278)».

RESPONSABILITA' DELLA P.A.

Un ente pubblico, proprietario di un'area aperta alla collettività, è responsabile oggettivamente per i danni causati ai terzi dall'omessa manutenzione di un bene soggetto al proprio dominio. Ed è irrilevante, ai fini della responsabilità dell'ente, la colpa dei dipendenti: la responsabilità, essendo oggettiva, prescinde dalle condotte dei singoli. Tanto che è possibile l'assoluzione dei dipendenti nel giudizio penale e la condanna dell'ente a risarcire il danno in quello civile.

È quanto è accaduto nel giudizio deciso dalla **Cassazione con la sentenza 25200 del 19 settembre** scorso. Il procedimento è scaturito da una vicenda molto grave, che aveva riguardato un giovane morto folgorato a causa di un lampione della rete pubblica che presentava dei fili scoperti. Il ragazzo stava giocando a pallone in un'area pubblica vicino alla scuola e si era appoggiato al lampione per recuperare il pallone finito fuori dalla recinzione.





EDILIZIA. INTERVENTI EDILIZI. BARBECUE. DISTANZE.

In allegato (All_5) una interessante pronuncia della cassazione civile che, dissentendo dai due precedenti gradi di giudizio, qualifica il barbecue posto in giardino come un intervento edilizio che, necessariamente, deve rispettare le distanze dai confini.

EDILIZIA. ABUSI. PROVA DATAZIONE DELLA COSTRUZIONE

Nella pronuncia n.2906/2024 dello scorso 23 agosto, i giudici del tar Napoli ricordano, come affermato dal Consiglio di Stato, che *«secondo giurisprudenza consolidata, “spetta al ricorrente l’onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità e spetta al soggetto che ha commesso l’abuso edilizio l’onere di provare la data di realizzazione e la consistenza originaria dell’immobile abusivo e, in mancanza di tali prove, l’amministrazione può negare la sanatoria dell’abuso”»*.

La sentenza da atto anche del fatto che questo principio soffre comunque una eccezione, affermata dal Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia: *«solo l’esibizione (da parte di chi ha commesso l’abuso) di concreti elementi a sostegno delle proprie affermazioni, trasferisce il suddetto onere in capo all’Amministrazione»*.

