



Newsletter n. 7 del 29 febbraio 2024

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

APPALTI. PAGAMENTO CONTRIBUTO ANAC

Con un avviso pubblicato sul proprio sito l'Autorità si rivolge agli operatori economici interessati agli appalti pubblici chiarendo che a causa delle difficoltà riscontrate sulle piattaforme digitali in questa fase oltre ai consueti pagamenti tramite «Pago Pa» saranno accettati anche pagamenti effettuati tramite bonifico e addirittura oltre i termini di scadenza per le offerte. « Si avvisano gli operatori economici - si legge nell'avviso - che sono stati riscontrati dei problemi nell'acquisizione dei dati da parte della Piattaforma contratti pubblici per il tramite delle piattaforme di approvvigionamento digitale certificate. Tale situazione potrebbe dar luogo alla temporanea impossibilità di procedere alla generazione dell'avviso di pagamento pagoPA tramite il sistema di Gestione dei Contributi Gara e al successivo pagamento del contributo dovuto da parte degli Operatori Economici. Dell'avvenuta risoluzione di tali problematiche sarà data tempestivo avviso sul Portale di Anac. Nelle more della risoluzione di quanto sopra evidenziato, se in prossimità della scadenza dovesse persistere l'impossibilità ad effettuare il pagamento mediante avviso pagoPA, gli Operatori Economici possono effettuare il versamento del contributo tramite bonifico bancario». Nel documento è indicato anche l'Iban (IT92E0103003200 000005748153). «Nella causale del bonifico - si legge ancora - dovrà essere indicato il codice CIG della gara cui si intende partecipare, il nominativo e il codice fiscale del debitore». La ricevuta del pagamento dovrà essere inviata alla casella di posta elettronica ufficio.urf@anticorruzione.it avendo cura di specificare:

- codice fiscale del debitore
- nominativo del debitore



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





- indirizzo mail del debitore

«Viste le circostanze eccezionali derivanti dalla fase di avvio del nuovo sistema di gestione degli appalti - conclude l'Anac -, si invitano le stazioni appaltanti ad accettare attestazioni del versamento della contribuzione dovuta per la partecipazione alle gare anche se avvenute con data successiva a quella di scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta».

CLAUSOLA SOCIALE. ESATTA PORTATA

Il Consiglio di Stato (sent. n. 807/2024), ricorda che dall'applicazione della clausola sociale non sorge alcun obbligo di integrale riassorbimento del personale del pregresso affidatario. Tale clausola, infatti, deve essere letta come contemperamento tra un «bilanciamento delle tutele del lavoro con l'art. 41 Cost.» ed il «principio, tipicamente pubblicistico, di buon andamento dell'azione amministrativa».

In casi del genere si parte sempre dalla legge di gara che non può certo prevedere l'esclusione nel caso in cui l'o.e. non si impegni al completo riassorbimento del personale uscente. Si legge in sentenza: «il grado di vincolatività della clausola sociale si desume dalla regola di compatibilità espressamente declinata nel disciplinare, che richiede l'armonizzazione con l'organizzazione aziendale, rendendola attuabile con elasticità, in ragione appunto delle prerogative imprenditoriali». L'obbligo del nuovo gestore, quindi, è solo quello di procedere **prioritariamente**, in caso di necessità di manodopera, nell'assorbimento «nel proprio organico» del «personale già operante alle dipendenze del fornitore uscente». Ed è proprio l'uso dell'avverbio «prioritariamente», spiega il giudice, sta a significare che «l'esigenza di assumere personale deve essere soddisfatta attingendo prioritariamente al personale alle dipendenze del gestore uscente, non obbligando invece ad acquisire personale proveniente dal gestore uscente se non necessario, così declinando l'obbligo in modo da renderlo compatibile con le scelte organizzative dell'impresa». La clausola sociale, quindi, deve essere intesa in senso elastico non imponendo in nessun caso «la riassunzione di tutta la forza lavoro utilizzata dal gestore uscente».

AFFIDAMENTI SOTTO I 5MILA EURO. TABELLA RIASSUNTIVA ANAC

Vedasi Allegato 1.

INCENTIVI TECNICI

La Corte dei Conti della Toscana (del. 3 del 2024), detta alcune importanti precisazioni sul tema.





In particolare, troverete un interessante passaggio sulla possibilità di estendere la ripartizione dell'incentivo anche a prescindere dall'inquadramento "tecnico" del personale coinvolto.

In allegato la Deliberazione n. 3/2024/PAR, Corte dei Conti della Toscana (Allegato 2).

VERSAMENTO POSTUMO DEL CONTRIBUTO ANAC

Con il recente **parere (n. 30/2024)**, l'autorità Anticorruzione risponde sulla questione della possibilità o meno di sanare il mancato versamento del contributo di gara oltre i termini di scadenza per presentare la domanda di partecipazione tramite il soccorso istruttorio.

In questa sede l'Autorità sposa una posizione restrittiva, *«ritenendo ammissibile il soccorso istruttorio solo per dimostrare l'avvenuto pagamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte e non già per effettuare tardivamente il pagamento dovuto (delibera n. 212/2022; delibera n.765/2021; delibera n. 151/2023)»*. Secondo Anac, tale rigorosa soluzione risulta (forse meglio dire "risulterebbe") declinata anche nel nuovo bando tipo n. 1/2023 (affermazione espressa con la Faq n. 1.2) in cui si è affermato che se il pagamento non risultasse «dal sistema, la stazione appaltante può richiedere, mediante soccorso istruttorio, la regolarizzazione tramite inserimento nel Fvoe della ricevuta di avvenuto pagamento avente data anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte».

Ma a ben vedere le cose non sono lineari già in casa Anac.

Infatti, la relazione illustrativa che accompagna il bando tipo in argomento contiene una lettura diversa tanto da consentire una apertura verso un soccorso istruttorio di completamento (che ammette quindi anche un versamento postumo). Nella relazione in parola (paragrafo 17) si legge che *«il mancato pagamento è sanabile mediante soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l'offerta è dichiarata inammissibile»*. L'inciso "termine assegnato" non può che riferirsi al termine del soccorso istruttorio (art. 101) che, ovviamente, è successivo alla scadenza dei termini per presentare l'offerta.

Al RUP l'ardua sentenza.

Altri argomenti di interesse per gli Enti Locali



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





SCUDO ERARIALE

Arriva una nuova proroga di sei mesi dello scudo erariale che solleva gli amministratori pubblici da responsabilità contabili in caso di colpa grave: la misura resta infatti in vigore **fino al 31 dicembre 2024**.

La corte dei Conti si è mostrata contraria a una estensione più duratura.

GESTIONE DEL VERDE PUBBLICO. CHIARIMENTI

In allegato il relativo parere: “Chiarimenti in materia di deposito temporaneo di sfalci e potature” (All3).

EDILIZIA. CONDONO. TEMPO DELL’ABUSO. PROVA

Il Consiglio di Stato - con la pronuncia n.853/2024 – ribadisce il giusto riparto dell’onere di prova e di allegazione nel caso in cui si discuta di “sanabilità” o meno di un abuso. Nel farlo ricorda che «per giurisprudenza consolidata grava sul richiedente l’onere di provare l’esistenza dei presupposti per il rilascio del provvedimento di sanatoria, tra cui, in primis, la data dell’abuso». «Solo il privato - prosegue la sentenza - può, infatti, fornire, in quanto ordinariamente ne dispone, inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell’epoca di realizzazione dell’abuso, mentre l’amministrazione non può materialmente accertare quale fosse la situazione all’interno del suo territorio».

ABUSI E PARERE DELLA COMMISSIONE EDILIZIA

Nonostante siano rimasti veramente in pochi i Comuni che ne hanno mantenuto l’esistenza, ritengo interessante accennare al rapporto tra parere della CE Comunale e il procedimento connesso agli abusi edilizi. Nel farlo riporto quanto di recente stabilito dal Consiglio di Stato (sentenza n.10871 del 2023): *l’omessa acquisizione del parere della commissione edilizia comunale non inficia l’adozione di provvedimenti sanzionatori di opere abusive, neppure in sede di rigetto di istanze di condono o sanatoria, atteso che tale parere non è obbligatorio. Milita in tal senso l’ articolo 4, comma 2, del Testo unico edilizia, che attribuisce ai comuni la «facoltà» di istituire la commissione edilizia, e che assegna ad essa il ruolo di « organo consultivo». Ciò fermo restando che l’ articolo del 34 (Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire) del suddetto decreto non prevede l’acquisizione del parere della commissione prima dell’emissione della sanzione pecuniaria in luogo del ripristino.*





ATTI DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA E DOVERE DI ASTENSIONE.

Variante urbanistica: ci sono anche terreni della mamma e della nonna, ma la consigliera comunale partecipa lo stesso alla deliberazione. In primo grado fila tutto lisci, ma il Consiglio di Stato ritiene fondato il ricorso di un cittadino.

La sentenza (652 del 2024), ricorda una serie di indicazioni che è utile tenere a mente:

2.4. *Nella fattispecie viene in rilievo una disposizione di carattere speciale, oggi compendiata nell'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico enti locali, t.u.e.l.) ma che, nel suo nucleo essenziale, è anteriore alla stessa Costituzione, risultando enunciata già nel r.d. n. 148 del 1915 (art. 290). Essa sancisce espressamente l'obbligo per gli amministratori locali di astenersi dal prendere parte alla discussione e alla votazione di delibere riguardanti interessi propri e di parenti e affini sino al quarto grado. Tale obbligo "non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado".*

2.5. *La giurisprudenza ha da tempo affermato che l'obbligo di astensione "è espressione di una regola generale ed inderogabile, di ordine pubblico, applicabile quindi anche al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge" (Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 2826 del 2003).*

2.6. *Le condizioni più stringenti sancite dalla disposizione contenuta nell'art. 78, comma 2, del t.u.e.l. per i regolamenti e gli atti generali – essendo richiesta una "correlazione immediata e diretta" con l'interesse in conflitto – rispondono tuttavia ad un'esigenza di carattere pratico poiché, in un contesto geografico delimitato, è evenienza molto frequente che gli amministratori locali abbiano un qualche generico interesse nelle fattispecie sulle quali sono chiamati a deliberare.*

2.7. *Sussistendo una obiettiva situazione di conflitto, è poi ininfluyente che l'amministratore, o il funzionario, abbiano proceduto in modo imparziale ovvero che non sussista prova del condizionamento eventualmente subito (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3744; successivamente, sez. V, sentenza n. 5465 del 2014.)*

2.8. *Inoltre (cfr., Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 2970 del 2008):*

a) *l'obbligo di astensione ricorre per il solo fatto che i membri del collegio amministrativo siano portatori di interessi divergenti rispetto a quello generale affidato alle cure dell'organo di cui fanno parte, risultando irrilevante, a tal fine, la circostanza che la votazione non avrebbe potuto avere altro apprezzabile esito, che la scelta sia stata in concreto la più utile e la più opportuna per lo stesso interesse pubblico, ovvero che non sia stato dimostrato il fine specifico di realizzare l'interesse*





privato o il concreto pregiudizio dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2826);

b) i soggetti interessati alle deliberazioni assunte dagli organi collegiali di cui fanno parte devono evitare di partecipare finanche alla discussione, potendo condizionare nel complesso la formazione della volontà assembleare, sicché è irrilevante l'esito della prova di resistenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291);

c) l'atto assunto in violazione dell'obbligo di astensione è annullabile in toto e non solo per la parte eventuale del provvedimento che riguardi il solo componente incompatibile (cfr. sez. IV, 21 giugno 2007, n. 3385);

d) a tutela dell'immagine dell'amministrazione, rileva anche il conflitto di interessi potenziale, come evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale e civile (cfr. Corte cost. 28 maggio 1975, n. 129; Cass. 16 settembre 2002, n. 13507).

EDILIZIA LIBERA. CASSETTA IN LEGNO

La casetta in legno ancorata a terra e con impianto elettrico e grondaie non può essere considerata edilizia libera. È quanto emerge dalla sentenza emessa dal **Tar del Veneto, la numero 158/2024.**

«Considerati nel loro complesso, infatti, i singoli elementi caratterizzanti la struttura – la fondazione in cemento, l'ancoraggio al suolo, l'installazione di una gronda, la chiusura laterale con tamponamenti in legno, la configurazione del pergolato come un portico, la copertura unica, le dimensioni, il posizionamento ai margini dei confini con altra proprietà – inducono a valutare diversamente il manufatto la cui realizzazione ha determinato un volume edilizio». Risultato: «In breve, il manufatto in questione – avendo una superficie pari ad 11 mq. e una altezza massima di mt. 2,48 ed essendo stabilmente connesso al suolo tramite una fondazione a platea – è assimilabile, piuttosto che a un ripostiglio, a un locale adibito a deposito funzionalmente autonomo e dal carattere permanente. Queste ultime caratteristiche sono indirettamente confermate dalla presenza dell'impianto elettrico e delle grondaie per il deflusso di acqua piovana, aspetti che rendono oltremodo difficoltoso sostenere la precarietà della struttura costituente un magazzino piuttosto che un semplice ripostiglio per attrezzi». Nel ricorso c'è anche un aspetto che riguarda le distanze. Per i giudici, «il fabbricato in questione, non potendo configurarsi come un elemento di arredo esterno bensì come locale funzionalmente autonomo destinato a deposito o magazzino, deve ritenersi assoggettato alla normativa edilizio-urbanistica che disciplina le distanze».

