

Deloitte.
Legal



The Public and Administrative Newsletter

febbraio 2025



Indice

T.a.r. Liguria, sez. I, 25 febbraio 2025, n. 203
in materia di project financing

T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2025, n. 527
in tema di concessioni di spazi pubblicitari

T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 17 febbraio 2025, n. 607
in tema di completezza dell'offerta e malfunzionamento della
piattaforma telematica

T.a.r. Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 6 febbraio
2025, n. 94
in materia di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione

T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 31 gennaio 2025, n. 861
in tema di modifiche soggettive prima dell'offerta

Corte dei conti, sez. giurisdizionale per la Regione Sardegna,
13 gennaio 2025, n. 6
in tema di colpa grave del RUP per mancata esclusione
dell'operatore economico

T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 30 gennaio 2025, n. 329
in tema di valore complessivo dell'appalto

Autorità nazionale anticorruzione
parere in funzione consultiva n. 4 del 12 febbraio 2025

Agenzia per l'Italia digitale
linee guida per l'adozione dell'intelligenza artificiale nella
pubblica Amministrazione del 18 febbraio 2025

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti
parere n. 3261 del 30 gennaio 2025

Giurisprudenza

T.a.r. Liguria, sez. I, 25 febbraio 2025, n. 203
in materia di project financing

T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2025, n. 527
in tema di concessioni di spazi pubblicitari

T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 17 febbraio 2025, n. 607
in tema di completezza dell'offerta e malfunzionamento della
piattaforma telematica

T.a.r. Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 6 febbraio
2025, n. 94
in materia di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione

T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 31 gennaio 2025, n. 861
in tema di modifiche soggettive prima dell'offerta

Corte dei conti, sez. giurisdizionale per la Regione Sardegna,
13 gennaio 2025, n. 6
in tema di colpa grave del RUP per mancata esclusione
dell'operatore economico

T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 30 gennaio 2025, n. 329
in tema di valore complessivo dell'appalto

T.a.r. Liguria, sez. I, 25 febbraio 2025, n. 203

Project financing – concessione di beni demaniali marittimi – d.lgs. 31 marzo 2023, n.36 (a cura di Matteo Di Lodovico)

Massima

È legittimo il ricorso al *project financing* di cui all'art. 193 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per l'affidamento in concessione e gestione di aree portuali. Tale istituto può infatti essere utilizzato nelle ipotesi in cui all'affidamento del bene si affianchi anche la gestione dello stesso, con effettuazione di lavori di valorizzazione e/o dei servizi connessi allo sfruttamento del bene. In questi casi, si configura una concessione di lavori e/o di servizi soggetta alla disciplina della direttiva 2014/23/UE e, pertanto, suscettibile di assegnazione mediante finanza di progetto.

Caso di specie

Un'amministrazione comunale ha avviato, in vista della scadenza, una procedura di project financing per l'affidamento in concessione della costruzione e gestione di un porto turistico.



Avverso tale determina comunale è insorta la società affidataria uscente, la quale ha sostenuto che difetterebbe in capo al Comune una norma attributiva del potere volto all'affidamento in concessione dell'area portuale mediante finanza di progetto "in quanto tale istituto, ai sensi del considerando 15 della Direttiva 2014/23/UE, sarebbe riferito unicamente alle concessioni di servizi e non a quelle di beni demaniali marittimi".

Nell'ambito del giudizio, il Comune ha sollevato le seguenti eccezioni di rito:

- a) l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione degli atti presupposti;
- b) l'inammissibilità del ricorso per aver la ricorrente partecipato al procedimento comparativo di *project financing* senza apporre alcuna riserva di impugnazione e prestando dunque acquiescenza sostanziale;
- c) l'irricevibilità dei motivi aggiunti per tardività e, in ogni caso, la loro inammissibilità in via derivata.

Il T.a.r., ritenendo le eccezioni pregiudiziali fondate, ha dichiarato inammissibile il ricorso e irricevibili i motivi aggiunti.

Motivi della decisione



Il T.a.r. ha anzitutto ritenuto fondata la censura *sub a)*. Al riguardo, il giudice amministrativo ha rilevato come la ricorrente avesse omesso completamente di impugnare gli atti con cui il Comune ha avviato la procedura e richiesto la presentazione di proposte di project financing, limitandosi a richiedere la declaratoria di nullità dei soli atti consequenziali.

Il T.a.r. ha poi accolto anche l'eccezione *sub b)*, ribadendo – in linea con la costante giurisprudenza – che la partecipazione ad una procedura di gara senza che siano sollevate riserve o contestazioni al riguardo determini una forma di *"acquiescenza all'indizione della procedura, con preclusione della possibilità di impugnarla successivamente, una volta conosciutone l'esito negativo"*. Infine, con riferimento alla doglianza di cui *sub c)*, il T.a.r. ha confermato la tardività del ricorso per motivi aggiunti. Ciò in quanto i vizi dedotti erano in realtà già conoscibili al momento della proposizione del ricorso introduttivo e, per tale motivo, avrebbero dovuto essere sollevati in quella sede.

Dopo aver scrutinato le eccezioni di rito, il giudice amministrativo nel merito ha poi chiarito che *"nel caso in esame il Comune ha correttamente fatto ricorso al project financing per l'affidamento in concessione e gestione del Porto turistico atteso che tale istituto può essere utilizzato quando l'affidamento del bene preveda anche la gestione dello stesso, con effettuazione di lavori di valorizzazione e/o dei servizi connessi allo sfruttamento del bene, configurandosi in tali ipotesi una concessione di lavori e/o di servizi soggetta alla disciplina della Direttiva 23/2014/UE e, quindi, suscettibile di assegnazione mediante project financing"*.

E ancora, che per i porti turistici la tipologia di concessione utilizzata *"è quella di lavori e servizi, in quanto essa «si caratterizza per il fatto che, accanto alla concessione di beni demaniali marittimi, impone la prestazione di servizi funzionali all'esercizio della nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, etc.)»"*.

In altre parole, tale schema si caratterizza per la coesistenza di profili in tema di concessione di beni pubblici con aspetti attinenti all'affidamento di servizi pubblici. In definitiva, nel caso di specie, il T.a.r. ha ritenuto sussistente questo peculiare modello di concessione, avendo la procedura ad oggetto sia *"l'esecuzione di lavori di «rigenerazione-riqualificazione urbana della sovrapietra del Porto Turistico di Lavagna» che lo svolgimento di plurimi servizi, tra cui quelli connessi alla messa a disposizione del Comune di «un determinato numero di posti barca».*

Ulteriore elemento a supporto della tesi sostenuta dal T.a.r. è la circostanza per cui il Comune è titolare, ai sensi dell'art. 10 della legge regionale Liguria n. 13/1999 e s.m.i., del potere di affidamento delle concessioni di beni del demanio marittimo in ambito portuale.



T.a.r. Lombardia, sez. III, 17 febbraio 2025, n. 527

Concessione di spazi pubblicitari – concessione di beni demaniali – rischio operativo – prestazione aggiuntive (a cura di Maria Chiara Rinaldi)

Massima



La concessione di spazi pubblicitari, in mancanza di rischio operativo in capo all'affidatario e senza l'erogazione, da parte dello stesso, di un servizio pubblico o di utilità in favore della collettività, non costituisce una concessione di servizi bensì una concessione di beni demaniali che, come tale, è soggetta ai soli principi generali applicabili ai contratti esclusi, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Caso di specie



Una società attiva nel settore pubblicitario ha trasmesso al Comune di Carate Brianza due istanze, aventi rispettivamente ad oggetto: (i) l'autorizzazione per l'installazione sul territorio comunale di settanta transenne parapedonali pubblicitarie; (ii) l'autorizzazione alla trasformazione delle targhe di fermata autobus in impianti pubblicitari di servizio – paline di fermata autobus. Il Comune ha riscontrato negativamente le suddette istanze rappresentando che il servizio di installazione, manutenzione e gestione degli impianti pubblicitari su aree pubbliche era già stato affidato, a seguito di una procedura

di gara, ad un'altra società che, in sede di gara, ha offerto ulteriori migliorie relative all'arredo urbano, tra cui transenne pubblicitarie e pensiline per fermate autobus. Pertanto, la società istante ha adito il T.a.r. lamentando l'illogicità della motivazione contenuta nei provvedimenti di diniego del Comune, nonché l'illegittimità della selezione, conclusasi in favore dell'altra società.

In particolare, la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità della selezione: (i) sia in ragione della violazione degli artt. 30 e 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che rendono applicabili i principi generali previsti in materia di affidamento delle concessioni di servizi anche sottosoglia; (ii) sia per la violazione dell'art. 35 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come conseguenza dell'ulteriore affidamento della fornitura di arredo urbano, costituente un oggetto diverso rispetto a quello affidato mediante gara e determinante un corrispettivo maggiore, tale da alterare il valore della concessione.

Il T.a.r. ha respinto il ricorso, confermando la legittimità della procedura espletata dal Comune.

Motivi della decisione



Il T.a.r., in via preliminare, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sul tema, ha qualificato l'affidamento contestato come concessione di beni demaniali e non già come concessione di servizi.

In particolare, il giudice amministrativo, richiamando una pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ha confermato che, nel caso di specie, la concessione di spazi pubblicitari non rientra nel novero delle concessioni di servizi in quanto il concessionario non eroga alcun servizio pubblico né assume direttamente un rischio operativo e, pertanto, l'affidamento è sottoposto solo al rispetto dei principi generali applicabili ai contratti esclusi, quali i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Il Collegio, quindi, ha chiarito il perimetro del proprio sindacato, ovvero a verificare se il Comune, che ha indetto ed aggiudicato alla controinteressata il servizio di installazione, manutenzione e gestione degli impianti pubblicitari su aree pubbliche, poteva anche affidare alla medesima la fornitura di arredo urbano, ovvero un oggetto diverso e aggiuntivo rispetto a quello affidato tramite gara.

Sul punto, il T.a.r. ha rilevato che l'affidamento è stato preceduto da un avviso pubblico e che tra i criteri di aggiudicazione enunciati nella lettera d'invito era prevista espressamente l'assegnazione di 10 punti per la fornitura di elementi aggiuntivi non comportanti oneri a carico dell'ente. Pertanto, ad avviso del giudice amministrativo, la procedura è stata espletata in maniera legittima e nel rispetto dei principi sopra richiamati.

Il T.a.r. ha, inoltre, chiarito che l'importo della concessione è stato determinato avendo riguardo al canone unico di occupazione da versare in favore del Comune che, ai fini dell'aggiudicazione, ha anche tenuto conto delle predette prestazioni aggiuntive.

Alla luce di ciò, il giudice amministrativo ha affermato che *"la concessione del bene (o anche, per mera ipotesi, del servizio) non ha costituito un espediente per aggirare la gara con riferimento a prestazioni ulteriori che avrebbero necessitato di gara separata, poiché l'amministrazione si è limitata, in conformità al bando, ad accettare modesti servizi migliorativi, che la controinteressata ha offerto in ragione del punteggio supplementare assicurato per essi dal bando"*. In altre parole, e in definitiva l'amministrazione non ha in alcun modo limitato artificialmente la concorrenza ma ha, anzi, valutato le offerte in conformità ai criteri stabiliti dalla *lex specialis*.

Sul punto, il T.a.r. ha rilevato che l'affidamento è stato preceduto da un avviso pubblico e che tra i criteri di aggiudicazione enunciati nella lettera d'invito era prevista espressamente l'assegnazione di 10 punti per la fornitura di elementi aggiuntivi non comportanti oneri a carico dell'ente. Pertanto, ad avviso del giudice amministrativo, la procedura è stata espletata in maniera legittima e nel rispetto dei principi sopra richiamati.

Il T.a.r. ha, inoltre, chiarito che l'importo della concessione è stato determinato avendo riguardo al canone unico di occupazione da versare in favore del Comune che, ai fini dell'aggiudicazione, ha anche tenuto conto delle predette prestazioni aggiuntive. Alla luce di ciò, il giudice amministrativo ha affermato che *"la concessione del bene (o anche, per mera ipotesi, del servizio) non ha costituito un espediente per aggirare la gara con riferimento a prestazioni ulteriori che avrebbero necessitato di gara separata, poiché l'amministrazione si è limitata, in conformità al bando, ad accettare modesti servizi migliorativi, che la controinteressata ha offerto in ragione del punteggio supplementare assicurato per essi dal bando"*.

In altre parole, e in definitiva l'amministrazione non ha in alcun modo limitato artificialmente la concorrenza ma ha, anzi, valutato le offerte in conformità ai criteri stabiliti dalla *lex specialis*.



T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 17 febbraio 2025, n.607

Indicazione dei costi di manodopera – piattaforma telematica – eterointegrazione del bando di gara (a cura di Beatrice Genco)

Massima



L'operatore economico è tenuto a indicare, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza, anche in assenza di una specifica previsione della *lex specialis*, poiché tale obbligo discende direttamente dall'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36/2023. L'esclusione può essere evitata solo in presenza di documenti di gara ambigui o di moduli predisposti che rendano impossibile l'inserimento di tali voci, circostanze queste che comunque non ricorrono laddove la stazione appaltante abbia predisposto, a causa di problemi tecnici della piattaforma, delle FAQ per indicare modalità alternative di presentazione dell'offerta.

In tale contesto, il disciplinare di gara prevedeva che ciascun concorrente avrebbe dovuto produrre l'offerta economica generata in formato *pdf* dalla piattaforma telematica, e che la stessa avrebbe dovuto essere completa di ogni dettaglio.

Tuttavia, a seguito della difficoltà riscontrata dagli operatori economici a procedere con tali modalità, la stazione appaltante, mediante specifica FAQ, ha chiarito che alla redazione dell'offerta avrebbero dovuto provvedere autonomamente i singoli concorrenti. Inoltre, in riscontro ad una richiesta di chiarimenti pervenuta dalla società, l'azienda ha altresì specificato la necessità di formulare l'offerta secondo quanto prescritto dal disciplinare di gara.

Caso di specie



Una società ha partecipato ad una gara-ponte bandita dall'azienda servizi pubblici di Siracusa per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti sanitari.

La stazione appaltante, con riferimento alla posizione della società, ha rilevato la mancata indicazione dei costi della manodopera e, per l'effetto, l'ha esclusa in applicazione dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023.

Avverso la determina di esclusione è insorta la società dinanzi al T.a.r., sostenendo che la piattaforma telematica non consentiva di generare automaticamente l'offerta e che la stazione appaltante aveva modificato le modalità di presentazione delle offerte tramite una FAQ, senza aggiornare formalmente la *lex specialis* né riaprire i termini di partecipazione.

Il T.a.r. ha ritenuto il ricorso infondato e, per l'effetto, ha rigettato le censure proposte dalla ricorrente

Motivi della decisione



Il T.a.r. ha confermato la legittimità dell'esclusione della società poiché l'obbligo di indicare i costi della manodopera è stabilito dalla legge e si applica indipendentemente da una previsione esplicita nella *lex specialis*, grazie al consolidato principio dell'eterointegrazione normativa.

Il giudice amministrativo ha, inoltre, escluso che la FAQ dell'azienda avesse un contenuto ambiguo o fuorviante, rilevando che la società ricorrente aveva comunque inserito gli oneri per la sicurezza, dimostrando così di aver compreso almeno in parte gli obblighi previsti.

Il T.a.r. ha infine rilevato che non ricorrevano nel caso di specie neppure i presupposti per l'applicabilità del soccorso istruttorio. Il ricorso a tale strumento sarebbe stato, infatti, legittimo se, a seguito del malfunzionamento della piattaforma, la stessa non avesse permesso l'indicazione di costi obbligatori *ex lege*. Nel caso di specie, invece, la stazione appaltante si era adoperata per rimuovere gli ostacoli riscontrati dagli operatori economici nella formulazione dell'offerta con la corretta modalità.

Difatti, sul piano procedurale, il Tribunale ha riconosciuto la legittimità della modifica operata dall'azienda nella modalità di presentazione delle offerte, in quanto necessaria per superare un problema tecnico della piattaforma e, comunque, rispettosa del principio del risultato e della *par condicio*.



T.a.r. Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 6 febbraio 2025, n. 94

Annullamento d'ufficio – revoca – vizi genetici – aggiudicazione (a cura di Francesca Rocchi)

Massima



È legittimo l'esercizio del potere di autotutela per l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto qualora emergano vizi originari che ne inficiano la legittimità, come l'indisponibilità delle aree oggetto della procedura di gara e l'assenza dei necessari pareri autorizzativi. In tali casi, il provvedimento non si configura come revoca per motivi di opportunità, bensì come annullamento in autotutela *ex art.21-nonies l. 241/1990*.

Di contro, la stazione appaltante ha sostenuto l'infondatezza della pretesa, evidenziando come le criticità poste alla base della "revoca" fossero presenti *ab origine*, ma emerse con maggior chiarezza solo successivamente. Tra queste, l'amministrazione ha annoverato la mancata acquisizione delle aree oggetto della procedura di gara, la presenza di vincoli ambientali e urbanistici nella suddetta area e l'assenza dei nulla osta necessari a realizzare l'intervento oggetto di affidamento.

Caso di specie



L'aggiudicataria della gara indetta per la realizzazione di un centro comunale di raccolta in un Comune ha impugnato la determinazione con cui quest'ultimo ha disposto la revoca del provvedimento di aggiudicazione

La ricorrente ha sostenuto, *inter alia*, l'illegittimità della revoca in quanto asseritamente adottata al solo fine di evitare l'adempimento dei propri obblighi contrattuali o comunque eludere l'obbligo al pagamento del dovuto, per come previsto dalla normativa in materia di recesso nei contratti pubblici.

Il T.a.r. ha rigettato il ricorso.



Motivi della decisione



Il giudice amministrativo si è anzitutto pronunciato sulla natura giuridica della determinazione adottata dalla stazione appaltante. In particolare, secondo il T.a.r., l'amministrazione ha agito in autotutela ritirando *ab imis* la procedura di gara, per aver rinvenuto la carenza di alcuni presupposti essenziali per il legittimo avvio della stessa, presupposti costituiti, nello specifico, dall'indisponibilità della proprietà delle aree su cui realizzare il centro di raccolta di rifiuti oggetto dell'affidamento, nonché della carenza di pareri prescritti dalla legge, necessari in considerazione ai vincoli esistenti su dette aree. deve qualificarsi come annullamento in autotutela e non come revoca.

In altri termini, difettavano *ab origine* i presupposti giuridici perché potesse essere legittimamente bandita la gara, essendo all'evidenza non consentito all'amministrazione realizzare un centro di raccolta di rifiuti su un'area su cui non aveva alcun potere di intervenire.

Ciò comporta necessariamente che *"il provvedimento impugnato non ha carattere di revoca, che opera per motivi di opportunità, ma di annullamento ex art. 21-nonies della L. 241/1990, poiché sono emersi vizi originari che hanno reso la gara illegittima sin dall'inizio"*. Infatti *"non si indicano circostanze fattuali sopravvenute (essendo la situazione in essere già preesistente) né vengono evidenziati nuovi interessi pubblici ovvero la rivalutazione di un interesse pubblico originariamente considerato e dunque non si opera in termini di opportunità–bensì esercizio del potere di annullamento ai sensi dell'art. 21-nonies della l. n.241 del 1990, giustificato appunto dalla necessità di rimuovere delle criticità che inficiavano ab imis, in termini di legittimità originaria, l'intera procedura di gara"*.

Il collegio ha, pertanto, osservato che "è possibile, in presenza di vizi genetici, l'annullamento dell'aggiudicazione anche in caso di sopravvenuta stipulazione del contratto, diverso essendo l'ambito del recesso di cui all'art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016, da un lato, e quello dell'annullamento di cui all'art. 21-sexies della legge n. 241 del 1990, d'altro lato, operanti in relazione a fatti sopravvenuti. Non è infatti contestabile, in via generale, il potere di annullamento ex officio dell'aggiudicazione in presenza di un'illegittimità significativa, da ciò derivando la caducazione o privazione degli effetti negoziali del contratto, stante la stretta consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto stesso".

Facendo applicazione dei principi sopra riportati, il T.a.r. ha escluso l'applicabilità della disciplina del recesso contrattuale invocata dal ricorrente e ha, conseguentemente, respinto il ricorso.



T.a.r. Campania, sez. I, 31 gennaio 2025, n. 861

Modifica soggettiva prima dell'offerta – offerta congiunta (a cura di Lydia Martucci)

Massima



In tema di gare per l'affidamento di un servizio non è preclusa l'offerta congiunta per gli operatori che abbiano presentato una manifestazione di interesse separata, essendo ammessa la modifica soggettiva dell'operatore prima della presentazione dell'offerta.

Caso di specie



I ricorrenti hanno manifestato separatamente il proprio interesse a partecipare ad una gara per l'affidamento del servizio di consulenza per la redazione di un bando di gara finalizzato all'affidamento del servizio di *"Sviluppo e realizzazione di interventi mirati al restauro di manufatti archeologici carbonizzati e di teche innovative per la loro conservazione e valorizzazione sul sito di Ercolano"*.

A seguito della manifestazione di interesse, solamente due dei soggetti tra quelli che ne avevano fatto richiesta, erano stati invitati; pertanto, i ricorrenti hanno formulato un'unica offerta manifestando la volontà di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.). Tuttavia, la stazione appaltante ha revocato in autotutela gli atti relativi alla gara, ritenendo che la presentazione di un'unica offerta violasse i principi di concorrenza e trasparenza, impedendo un libero confronto tra due offerte diverse.

Pertanto, i ricorrenti hanno proposto ricorso per l'annullamento della revoca degli atti relativi alla gara disposta dalla stazione appaltante, contestando:

a) la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 5 della Lettera di Invito che afferma come l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti;

b) la violazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo i quali le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito;

c) la violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 richiamato dalla lettera di invito, il quale consente di procedere mediante affidamento diretto nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;

d) la violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, nonché dell'art. 3 della medesima legge per carenza di motivazione della scelta di revoca fondata sull'erroneo presupposto che l'offerta non potesse essere presentata in forma congiunta da due soggetti che avevano separatamente chiesto di essere invitati.

Le giustificazioni della stazione appaltante si fondano sulla necessità di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e buon andamento dell'amministrazione attraverso la presentazione di due offerte costituite come separate piuttosto che come una congiunta. A sostegno di tali osservazioni il RUP non ha proceduto all'esame dell'offerta presentata ritenendola una limitazione della libertà di scelta della stazione appaltante.

Il T.a.r. Campania ha accolto il ricorso, ritenendo ritenute le censure della stazione appaltante infondate.



Motivi della decisione



Il T.a.r. ha rilevato, *in primis* l'assenza di norme che vietano la partecipazione di due operatori, che, dopo essere stati invitati a partecipare alla gara separatamente, abbiano successivamente presentato un'offerta in forma congiunta. È da ritenersi, pertanto, ingiustificato il comportamento della stazione appaltante e la conseguente revoca degli atti di gara. Ed invero, anche la giurisprudenza ammette la modifica soggettiva dell'operatore prima della presentazione dell'offerta, mentre l'immutabilità della stessa si costituisce solo dopo l'offerta come indicato anche dall'art. 48, comma 9, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 "*Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, (...) qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*". Questo lascia intendere che il divieto si concretizza solo in sede di offerta e non antecedentemente alla stessa.

Alla luce di tali considerazioni, ad avviso del T.a.r., è da ritenersi infondata la tesi della stazione appaltante, secondo cui solo attraverso la presentazione di due offerte indipendenti sarebbe garantito il soddisfacimento del criterio di aggiudicazione prescelto, ossia quello del prezzo più basso, è da considerarsi infondata. Infatti, la scelta del criterio di aggiudicazione non può precludere l'aggiudicazione se l'unica offerta presentata risulta valida. In tal senso la *lex specialis* non precludeva lo svolgimento della procedura in presenza di una sola offerta valida, come previsto espressamente nell'art. 15 della lettera d'invito che consentiva alla stazione appaltante di procedere con l'aggiudicazione anche con un unico offerente.

Fermo restando che, in caso di inadeguatezza dell'offerta, la stazione appaltante aveva comunque la facoltà di non aggiudicare il contratto, come espressamente previsto all'art. 15 della lettera d'invito.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Sardegna, 13 gennaio 2025, n.6

Mancata esclusione dell'operatore – Colpa grave del RUP – Danno erariale (a cura di Alexander Pizzinini)

Massima



Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'omessa indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica determina l'automatica esclusione dell'operatore economico, senza possibilità di sanare tale irregolarità. La mancata esclusione, ove comporti la soccombenza dell'ente in un successivo contenzioso, configura una condotta gravemente colposa e foriera di danno erariale.

Il secondo classificato, ritenendosi lesa dalla mancata esclusione del vincitore, ha impugnato l'aggiudicazione innanzi al T.a.r., che ha annullato l'aggiudicazione per tale motivo. Successivamente, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado.

Detta controversia ha comportato ingenti esborsi per la stazione appaltante che, in quanto soccombente, ha dovuto sostenere sia le proprie spese legali che quelle liquidate in favore della controparte vittoriosa.

Caso di specie



La vicenda nasce da una procedura di gara indetta da una stazione appaltante per l'affidamento di servizi di supporto alla gestione della medesima amministrazione, alla quale hanno partecipato due operatori economici. La Commissione di gara, composta dal RUP e da due commissari esterni, ha aggiudicato il contratto a un concorrente, nonostante detto soggetto avesse omesso di specificare, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e gli oneri relativi al rispetto delle normative sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, come prescritto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla gara in questione.

Alla luce di ciò, la Procura contabile competente ha citato in giudizio il RUP e i commissari esterni contestando di aver agito con colpa grave nell'espletamento della procedura di gara, causando così un danno patrimoniale all'ente di appartenenza.

Motivi della decisione



La sentenza in esame assume particolare rilievo poiché il regime di limitazione della responsabilità erariale (il c.d. scudo erariale) previsto dall'articolo 21, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020 cesserà di trovare applicazione dal 1° maggio 2025 in poi. Com'è noto, tale disposizione ha circoscritto la responsabilità di amministratori, dipendenti pubblici e privati nella gestione di risorse pubbliche ai soli danni derivanti da condotte dolose. Tuttavia, in assenza del suddetto scudo, tornerà ad operare la disciplina ordinaria, che contempla la responsabilità anche per danni cagionati con colpa grave.

Trattandosi di una gara indetta anteriormente a detta disciplina derogatoria, i giudici contabili hanno ravvisato la colpa grave dei convenuti in relazione, consistente in una condotta inescusabile e connotata da profili di massima negligenza a fronte della mancata esclusione dell'impresa aggiudicataria che non aveva indicato il costo della manodopera nell'offerta economica

Più precisamente, gli elementi che hanno condotto all'accertamento della colpa grave risiedono, in primo luogo, nella palese violazione di una disposizione di carattere imperativo. Infatti, l'obbligo, per l'operatore economico, di indicare i costi della manodopera nell'offerta economica emerge chiaramente dall'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016. Pertanto, la loro omissione avrebbe dovuto comportare, in via automatica, l'esclusione della società concorrente. La Corte ha ribadito che tale obbligo, per la sua natura cogente, non si prestava ad alcuna interpretazione alternativa, come invece sostenuto dalla difesa, che aveva invocato l'esistenza di un'incertezza ermeneutica.

In secondo luogo, i convenuti hanno dato luogo a un'irregolarità procedimentale di particolare gravità, violando i principi di diligenza, perizia e prudenza che presiedono all'azione amministrativa. Infatti, la Commissione ha tentato di sanare il vizio mediante un'attività interpretativa del tutto estranea al dettato normativo, ricostruendo *ex post* i costi della manodopera sulla base dell'offerta tecnica presentata dal concorrente.

Tale condotta ha determinato una lesione dei principi di trasparenza e imparzialità della gara, come puntualmente rilevato sia dal T.a.r che dal Consiglio di Stato, che hanno censurato l'operato dei funzionari coinvolti.

Un ulteriore elemento determinante per l'affermazione della responsabilità è stato poi rinvenuto nella qualifica professionale e dall'esperienza dei soggetti condannati. Trattandosi di funzionari di elevata specializzazione, con specifiche competenze in materia di contrattualistica pubblica, la Corte ha escluso qualsiasi possibilità di errore scusabile. Gli imputati avrebbero dovuto possedere una conoscenza approfondita della normativa di settore e delle sue implicazioni, con la conseguenza che l'inosservanza di un obbligo tanto chiaro e inderogabile non può che essere ricondotta a una condotta gravemente negligente e imprudente.

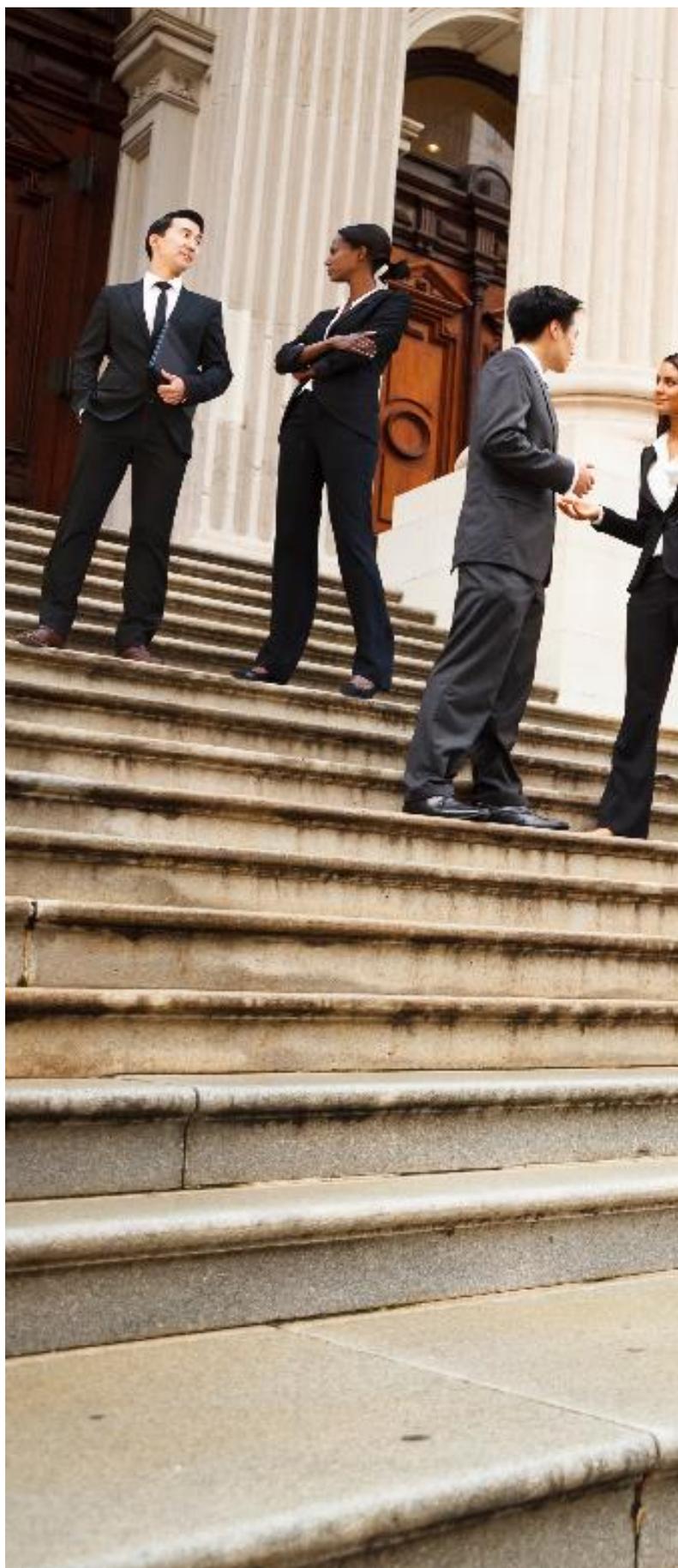
Nella sentenza, i giudici contabili affrontano poi il tema del principio del risultato, ribadendo che esso non può mai porsi in contrasto con i criteri di legittimità che governano l'azione amministrativa. In particolare, i convenuti avevano tentato di giustificare la loro condotta invocando la necessità di definire tempestivamente la procedura di gara, al fine di evitare ritardi nell'affidamento del servizio.

Tuttavia, la Corte ha chiarito che tale esigenza non può in alcun modo legittimare la violazione di disposizioni imperative, come quella che imponeva l'indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica.

A tal proposito, i giudici contabili hanno evidenziato che, se la Commissione avesse escluso immediatamente l'operatore economico inadempiente, l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore secondo classificato, consentendo l'immediata esecuzione del contratto e garantendo comunque la continuità del servizio. Ne consegue che l'obiettivo di una rapida conclusione della procedura non avrebbe subito alcun pregiudizio e, anzi, sarebbe stato meglio garantito attraverso il rispetto rigoroso delle regole di gara.

La sentenza conferma, quindi, che il principio del risultato, pur essendo un criterio fondamentale nell'azione amministrativa, non può mai tradursi in una compressione dei principi di legittimità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, né giustificare il superamento di vincoli normativi posti a presidio della regolarità delle procedure di evidenza pubblica.

Ciò considerato, la Corte ha condannato i convenuti al risarcimento del danno erariale, addossandone il 70% al RUP in considerazione del suo ruolo preponderante nella procedura di gara.



Massima



Il quinto d'obbligo e la proroga tecnica, estendendo rispettivamente il perimetro delle obbligazioni contrattuali in senso quantitativo e temporale, impongono alla stazione appaltante l'onere di prevedere specificamente tali aspetti nella *lex specialis*, quantificarne il valore economico e includere i relativi importi nel valore contrattuale complessivo stimato ai sensi dell'art. 14, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023.

Senonché, durante le fasi preliminari alla stipula del contratto, la stazione appaltante ha rilevato come i poteri del procuratore della mandataria fossero insufficienti, essendo l'importo delegato inferiore al valore dell'appalto in questione (30 milioni invece di 37,7 milioni). Nonostante il r.t.i. avesse fornito una ratifica dell'incarico, la stazione appaltante ha comunque escluso il r.t.i. dalla gara.

Avverso la determina di esclusione, il r.t.i. è insorto dinnanzi al T.a.r. chiedendone l'annullamento, previa concessione di misure cautelari, sulla base di due motivi di censura.

Caso di specie



Una stazione appaltante ha bandito una gara pubblica nell'ambito del P.N.R.R. per un valore totale di 37,7 milioni di euro, comprensivo di base d'asta (29 milioni), incremento del quinto d'obbligo (5,8 milioni) e valore della proroga tecnica (2,9 milioni). Un operatore economico, in qualità di mandatario di un raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.), ha presentato un'offerta di 24,2 milioni di euro, con un ribasso del 16,57%. L'offerta è risultata la migliore in graduatoria.

Con il primo motivo, ha sostenuto che il limite di rappresentanza del procuratore doveva riferirsi esclusivamente "*al valore economico degli atti che comporterebbero l'assunzione di obbligazioni certe e definite*" e non anche agli importi derivanti dal quinto d'obbligo e dalla proroga tecnica, ovvero che la *lex specialis* non specificava che i poteri dovessero essere commisurati all'importo complessivo dell'appalto.

Con il secondo motivo, il ricorrente ha evidenziato che la stazione appaltante non avrebbe potuto ignorare la ratifica del potere rappresentativo ex art. 1399 c.c., prodotta durante il soccorso istruttorio, poiché l'eventuale errore non incideva sulla validità ma sull'efficacia del potere stesso. L'atto, pur essendo successivo alla scadenza delle offerte, avrebbe effetto retroattivo e sarebbe stato tempestivamente adottato prima dell'aggiudicazione.

Il T.a.r. ha accolto parzialmente il ricorso proposto dal r.t.i., con riguardo al solo secondo motivo di ricorso.

Motivi della decisione



Anzitutto, il Collegio ha rigettato il primo motivo di censura perché infondato, atteso che il valore economico della procura della mandataria avrebbe dovuto coprire l'intera partecipazione del RTI ex art. 68, comma 6 del d.lgs. n. 36/2023, non solo quindi il valore economico stimato dell'appalto ma anche gli importi del quinto d'obbligo e della proroga tecnica.

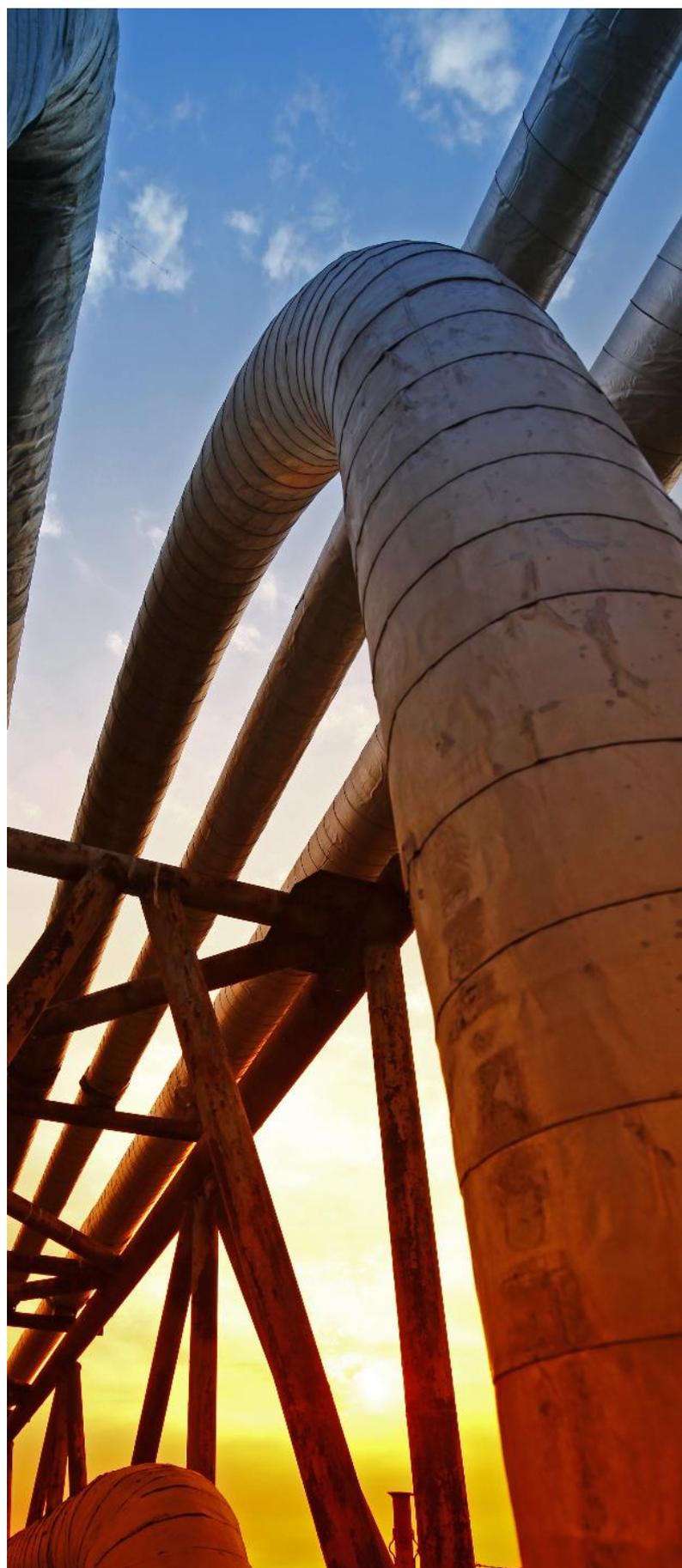
In particolare, dopo l'introduzione del d.lgs. n. 36/2023, il quinto d'obbligo ha assunto la natura di una vera e propria "*opzione contrattuale*" esercitabile dalla stazione appaltante purché prevista nella *lex specialis*, mentre, la proroga tecnica, avendo carattere di temporaneità, rappresenta uno strumento utilizzabile "*solo in casi eccezionali, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, soprattutto, senza possibilità alcuna di modifica dei prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto per l'ultimazione della commessa*".



Sicché, tanto il quinto d'obbligo tanto la proroga tecnica, estendendo il perimetro delle obbligazioni contrattuali previste dall'appalto sia in senso quantitativo sia temporale, devono essere calcolati *ex art. 14, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023* nell'importo massimo stimato dell'appalto, a patto che siano precipuamente previsti nella *lex specialis*.

Quanto al secondo profilo di censura, il giudice amministrativo, preso atto dell'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale che non ammette lo strumento della ratifica quale metodo per sanare vizi relativi all'offerta in una procedura ad evidenza pubblica (in quanto la sottoscrizione dell'offerta deriverebbe da un soggetto privo di potere), ha statuito che la procura munita di sottoscrizione ma incompleta nell'estensione quantitativa dei poteri di rappresentanza non produce l'invalidità del negozio, bensì la mera inefficacia nei confronti della sola società falsamente rappresentata, la quale soltanto è legittimata ad eccepirla.

Pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto ammettere la ratifica della *ex art. 1399 c.c.* del potere rappresentativo della mandataria, atteso che, trattandosi di un requisito di ordine generale esso è assolutamente soccorribile ai sensi dell'*art. 101, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023*.



Novità normative e altre segnalazioni di interesse

Autorità nazionale anticorruzione

Parere in funzione consultiva n. 4 del 12 febbraio 2025

Agenzia per l'Italia digitale

Linee guida per l'adozione dell'intelligenza artificiale nella pubblica Amministrazione del 18 febbraio 2025

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Parere n. 3261 del 30 gennaio 2025

Autorità nazionale anticorruzione

Parere in funzione consultiva n.4 del 12 febbraio 2025 (a cura di Matteo Di Lodovico)

L'autorità nazionale anticorruzione (Anac), con il parere in funzione consultiva n. 4 del 12 febbraio 2025, ha chiarito che il meccanismo di adeguamento dei prezzi dei contratti di appalto basato sull'aggiornamento infrannuale dei prezzi regionali di cui all'art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 – volto a fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione – opera anche nel caso di variazioni in diminuzione.

In linea con i chiarimenti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con la lettera della norma, l'Anac ha ribadito che, al ricorrere delle condizioni fissate dall'art. 26 del d.l. n. 50/2022 e anche in assenza di una specifica istanza dell'appaltatore, *"la stazione appaltante deve procedere all'adeguamento dei prezzi secondo le modalità ivi stabilite e tale adeguamento riguarda sia il caso della variazione dei prezzi in aumento, sia il caso della variazione dei prezzi in diminuzione"*.

In tale ultima ipotesi, l'Anac ha inoltre precisato che i minori importi derivanti dall'applicazione dei prezzi rimangono nella disponibilità della stazione appaltante, per essere utilizzati nell'ambito del medesimo intervento, fintanto che non venga effettuato il collaudo o emesso il certificato di regolare esecuzione.

Agenzia per l'Italia Digitale

Linee guida per l'adozione dell'intelligenza artificiale nella pubblica Amministrazione del 18 febbraio 2025 (a cura di Matteo Di Lodovico)

In data 18 febbraio 2025, l'Agenzia per l'Italia digitale (AgId) ha pubblicato, con determinazione n. 17, le linee guida per l'adozione dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione ed ha contestualmente avviato l'usuale *iter* di consultazione e informazione previsto dall'art. 71 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e s.m.i., c.d. "codice dell'amministrazione digitale". Il documento – avente ad oggetto le modalità di adozione dei sistemi di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento agli aspetti di conformità normativa e di impatto organizzativo – è dunque disponibile per commenti e suggerimenti fino al 20 marzo 2025.

Le Linee guida identificano 20 principi chiave che le pubbliche amministrazioni. sono tenute ad applicare nell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, articolandoli in cinque macro-categorie:

- conformità e *governance*;
- etica e inclusione;
- qualità e affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale;
- innovazione e sostenibilità;
- formazione e organizzazione.

Il documento definisce, inoltre, gli ambiti prioritari per l'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, individuandoli nel potenziamento dell'efficienza operativa, nel miglioramento dei servizi per cittadini e imprese, nonché nella salvaguardia della sicurezza e della protezione dei dati.

In continuità con quanto previsto dall'IA Act, le linee guida sottolineano poi l'importanza di condurre una valutazione d'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio" e, a tal fine, l'allegato C fornisce uno strumento di supporto che identifica i principali aspetti da monitorare prima dell'introduzione di strumenti di intelligenza artificiale.

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Parere n.3261 del 30 gennaio 2025 (a cura di Matteo Di Lodovico)

Con parere del 30 gennaio 2025, n. 3261, il supporto giuridico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Mit) ha affrontato un quesito relativo all'applicabilità del principio di rotazione nell'ambito del subappalto. Nello specifico, l'interrogativo riguardava la possibilità di autorizzare il subappalto nei confronti di una ditta già affidataria in precedenza di un appalto analogo.

Ebbene, con il parere in commento il Mit ha chiarito che la scelta relativa all'impresa subappaltatrice spetta all'appaltatore ed è insindacabile dalla stazione appaltante al di fuori dei limiti di cui all'art. 119 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (tra cui non rientra l'ipotesi in cui un subappaltatore sia stato previamente appaltatore della stazione appaltante).

Key Contacts

Francesco Paolo Bello

Head of Public and Administrative Law

Mail: fbello@deloitte.it

Giacomo Gargano

Partner – Public and Administrative Law

Mail: ggargano@deloitte.it

Piergiuseppe Otranto

Senior Of Counsel – Public and Administrative Law

Mail: potranto@deloitte.it

Research & Editorial

Sebastiano Santarelli

Danilo De Benedittis

Francesca Rocchi

Emanuele Tanzarella

Matteo Di Lodovico

Maria Chiara Rinaldi

Beatrice Genco

Lydia Martucci

Alexander Pizzinini

Clicca [qui](#) per scaricare l'e-book
«L'attuazione del principio
del risultato e della fiducia
nel nuovo codice dei
contratti pubblici. Il modello
del collegio consultivo
tecnico»



Deloitte.

Legal

Il nome Deloitte si riferisce a una o più delle seguenti entità: Deloitte Touche Tohmatsu Limited, società a responsabilità limitata di diritto inglese ("DTTL"), le member firm aderenti al suo network e le entità a esse correlate. DTTL (denominata anche "Deloitte Global") e ciascuna delle sue member firm sono entità giuridicamente separate e reciprocamente indipendenti. DTTL non fornisce servizi ai clienti. Si invita a leggere l'informativa completa relativa alla descrizione della struttura legale di Deloitte Touche Tohmatsu Limited e delle sue member firm all'indirizzo www.deloitte.com/about.

Deloitte Legal individua le entità del network Deloitte che forniscono consulenza legale professionale. In Italia, tale entità è denominata Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata.

La presente comunicazione contiene unicamente informazioni a carattere generale che possono non essere necessariamente esaurienti, complete, precise o aggiornate. Nulla di quanto contenuto nella presente comunicazione deve essere considerato esaustivo né alla stregua di una consulenza professionale o legale. A tale proposito Vi invitiamo a contattarci per gli approfondimenti del caso prima di intraprendere qualsiasi iniziativa suscettibile di incidere sui risultati aziendali. È espressamente esclusa qualsivoglia responsabilità in capo a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, alle sue member firm o alle entità ad esse a qualsivoglia titolo correlate, compreso Deloitte Legal - Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata, per i danni derivanti a terzi dall'aver, o meno, agito sulla base dei contenuti della presente comunicazione, ovvero dall'aver su essi fatto a qualsiasi titolo affidamento.