

Rivista mensile - Anno XV, Numero 4

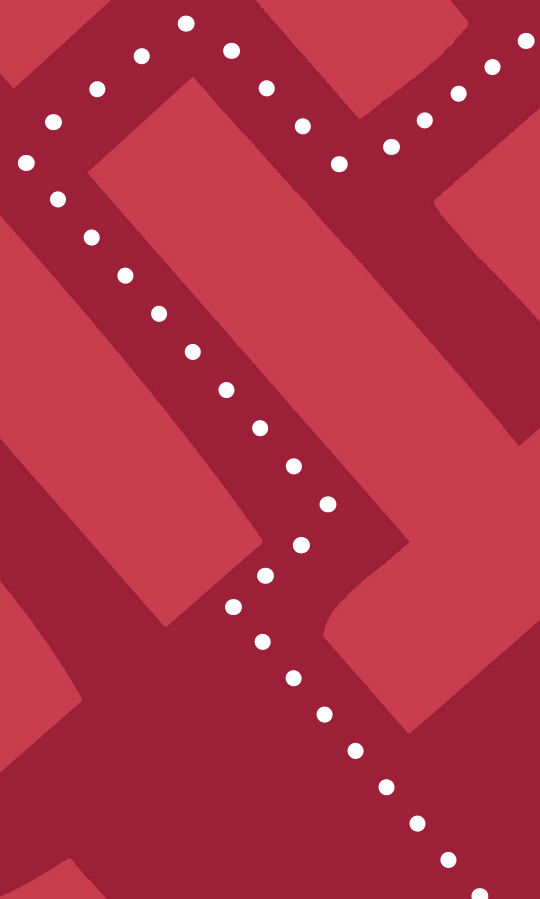
giugno
2025

MEDIA APPALTI

**Qualificazione negli
appalti di lavori:
svolta normativa
o ritorno al passato?**

**La conformità
dell'offerta al capitolato
di gara alla luce della
recente giurisprudenza
amministrativa**

**I reati della fase esecutiva
del contratto pubblico**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**giugno
2025**

2040

EDI
TO
RIALE

La scoperta del metallo fu una vera rivoluzione per il genere umano che fino a quel momento aveva utilizzato la pietra per produrre strumenti e utensili necessari alla vita. Chi aveva padronanza nel forgiare il rame, il bronzo e poi il ferro, divenne l'antenato del fabbro. Siamo sulla linea di confine tra preistorie e storia, circa cinquemila anni fa, ma il meccanismo è ancora valido.

L'insorgere di nuove esigenze e di nuove tecnologie si concretizza con l'avvento di nuove professioni. Chi riesce a coglierne le opportunità ne troverà giovamento, mentre qualcun altro vivrà un irreversibile declino. Fatevelo raccontare dal neolitico che faceva fortuna fabbricando attrezzi di pietra!

Per interpretare le mutevoli esigenze della società e tradurle in termini di opportunità lavorative future, per indirizzare, se non più le proprie, le scelte dei figli verso professioni

più sicure e redditizie, non serve nessuna divinazione o sfera magica. A leggere l'attualità, il futuro dovrebbe essere di chi sarà in grado di gestire l'intelligenza artificiale e di quegli artigiani il cui mestiere non potrà essere soppiantato da un algoritmo. Allo stato attuale, non vedo come una sequenza di uno e di zero possa aiutarmi a sturare un lavandino. Ma, accanto a programmatori e artigiani, un'altra opportunità per il futuro lavorativo dei nostri figli potrebbe essere la terra o, se vogliamo, la Terra.

Lavorare la terra è infatti anche un lavorare per la Terra. Prendendosi cura del proprio orto, del proprio giardino, si contribuisce all'opera di preservazione del pianeta. L'agricoltura potrebbe essere un'opportunità, ma quello a cui si sta pensando non è al nobile mestiere di contadino, di cui avremo sempre bisogno, ma di ingegneri, architetti e, se vogliamo, artisti del verde. Del verde urbano nello specifico.

Per decenni abbiamo asfaltato e cementificato. Ora, si comincia a dare credito a chi ha da sempre sostenuto che questa "politica" è sbagliata, che il verde va riqualificato, tutelato, valorizzato.

In un futuro che speriamo sia il più prossimo possibile ogni amministrazione comunale dovrà essere messa in condizione di poter investire in appalti pubblici dediti allo sviluppo delle aree verdi. Sarà questa tendenza a permettere l'emergere di nuove professioni, come lo fu per il fabbro nel neolitico.

Il cambiamento è già in corso. Ne parla Maria Chiara Voci su *IlSole24Ore* del 26 maggio, scrivendo che "gli architetti paesaggisti sono passati da 537 nel 2021 a 689 nel 2025". Incrementi notevoli anche tra gli agronomi, "aumentano gli iscritti in generale (da 19.585 a 19.667)" e, si registra "la crescita delle donne nella professione, sensibili ai temi del verde".

Inteso che un ambiente sano è fondamentale per il pianeta e per il benessere fisico e psicologico di ognuno di noi, lo sviluppo del verde nelle città dovrebbe diventare prioritario nelle scelte degli amministratori locali. Dovrà essere progettato e cantierizzato sulla scorta di studi multidisciplinari.

Non è più sufficiente stanziare denari per alberare un viale, optare indifferentemente per una pianta o per un'altra, o decidere affidandosi semplicemente a canoni estetici. Le scelte sulle alberature devono essere scientifiche. Devono essere coerenti con le caratteristiche ambientali e climatiche di ogni specifico territorio. L'allocazione delle piante deve essere in perfetta armonia con il paesaggio urbano. Perché le aree verdi siano diffuse in maniera idonea, armoniosa e duratura, è necessario coinvolgere specifiche competenze che non fanno parte del patrimonio professionale delle Pubbliche Amministrazioni.

Dovranno inevitabilmente crescere le gare per l'affidamento di servizi e lavori a professionisti dell'habitat. Qualcuno decide di non aspettare e di provare un approccio diretto, proponendo il proprio intervento. "Se lavori in Comune della Città metropolitana di Milano, o lo amministri, e

ti interessa il progetto Forestami, compila il form [...] Insieme a Forestami, il tuo Comune definirà obiettivi e strategie condivisi per promuovere sistemi di forestazione urbana all'interno del progetto e/o la partecipazione ad altri progetti sinergici, nazionali e internazionali", è la proposta offerta da un progetto di riqualificazione urbana al cui vertice c'è l'architetto Stefano Boeri, inizialmente proposto per l'area metropolitana milanese e, dall'aprile scorso, allargata a tutto il territorio nazionale.

Professionisti della rigenerazione urbana, della biodiversità, della transizione ecologica, sono già in opera, altri si stanno formando nelle scuole e nelle Università. "Tutto ciò [...] che potrebbe condurre il nostro Pianeta a un 2040 migliore, esiste già. Non è una fantasia utopistica, è un esercizio, un sogno fondato sulla realtà", affermava il regista australiano Damon Gameau nel presentare la sua opera con la quale immagina un futuro ecologico.

In questo futuro ci saranno meno automobili e più aree verdi, cambierà il modo di vivere le città, di amministrarle: non avremo bisogno di investire capitali pubblici per strade e parcheggi ma di impiegarli in servizi di giardinaggio e infrastrutture necessarie alla manutenzione del verde.

Come il neolitico, l'uomo del presente deve cogliere il cambiamento. Iniziative come l'agenda 2030 non sono una lista di obiettivi lontana dalla nostra quotidianità. Perché i risultati siano tangibili ogni cittadino, ogni Pubblica Amministrazione deve adeguare il proprio modo di essere. In quegli obiettivi dobbiamo riconoscere le opportunità di una rivoluzione epocale nel modo di vivere, lavorare, progettare le città.

Hollywood ci ha spesso parlato di un futuro devastato, invivibile, grigio e funesto, dobbiamo pensare in positivo e decidere di credere che l'avvenire possa essere quello immaginato da Gameau in 2040.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

2040

4

In evidenza

Qualificazione negli appalti di lavori: svolta normativa o ritorno al passato?

7

Sotto la lente

La conformità dell'offerta al capitolato di gara alla luce della recente giurisprudenza amministrativa

14

Hanno collaborato a questo numero:

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Aldo Areddu
Avvocato penalista, esperto in materia di appalti pubblici

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorea
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacerenza
avv. Alessandro Lattanzio
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Niccolò Grassi
Avvocato esperto in diritto amministrativo con particolare riferimento alla contrattualistica pubblica

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners, già vicepresidente FIEC

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

Antonio Ragazzo
Funzionario dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Logistica e Approvvigionamento - Ufficio Gare per Lavori e Servizi tecnici immobiliari

Editore:
Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Olga Toscano
Esperto Legale presso Agenzia del Demanio

Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

Il Punto

Questioni pratiche in materia di esecuzione contrattuale: termine decadenziale per la richiesta di revisione prezzi (e istituti affini) e non obbligatorietà della sottoscrizione ex art. 1341 cc. della relativa clausola contrattuale

22

I reati della fase esecutiva del contratto pubblico

29

Revisione prezzi nel correttivo al Codice dei contratti pubblici: le novità

37

Whistleblowing - Profili evolutivi, normativi e giurisprudenziali della segnalazione di fenomeni corruttivi negli appalti pubblici-

44

Gli incentivi per le funzioni tecniche dopo il decreto legislativo 204/2024 ed il DL 73/2025 nella lettura della Corte dei Conti, del MIT e dell'ANAC

52

Pareri & Sentenze

60

A Domanda Rispondiamo

67

In pillole

71

Qualificazione negli appalti di lavori: svolta normativa o ritorno al passato?

di Niccolò Grassi

IN
EVIDENZA

1. Il sistema di qualificazione tra vecchie certezze e nuove

La qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori rappresenta uno degli aspetti più rilevanti e controversi del sistema dei contratti pubblici. Essa incide direttamente sulla possibilità degli operatori di accedere al mercato degli appalti e, al tempo stesso, garantisce alle stazioni appaltanti che i soggetti affidatari dei lavori abbiano una adeguata capacità tecnica, organizzativa ed economica. In questo senso, il sistema di qualificazione costituisce un presidio essenziale a tutela della qualità dell'esecuzione e della legalità complessiva della procedura di gara.

Il sistema vigente fino al D.Lgs. n. 36/2023 si è fondato su una distinzione tra categorie generali (OG) e specialistiche (OS), introducendo, tramite l'art. 12 del D.L. n. 47/2014, l'obbligo di qualificazione per alcune categorie di lavori ritenute di particolare complessità o rilevanza strategica. Tale norma ha imposto che l'esecuzione delle relative lavorazioni potesse essere affidata esclusivamente a

operatori in possesso di attestazione SOA specifica, consentendo in alternativa il ricorso al subappalto qualificante.

L'adozione del D.Lgs. n. 36/2023 ha formalmente superato la distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria, limitandosi a prevedere, in via generale, che l'operatore economico debba essere qualificato per la categoria prevalente e, se del caso, per le categorie scorporabili. Tuttavia, in assenza di un'esplicita abrogazione dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014, la prassi e la giurisprudenza hanno continuato a fare riferimento a tale norma per individuare le categorie soggette a qualificazione obbligatoria.

Il D.Lgs. n. 209/2024 (Correttivo) è intervenuto con una modifica dirimente: l'abrogazione espressa, a far data dal 31 dicembre 2024, dell'art. 12. Questo intervento ha generato non poche incertezze, riaprendo il dibattito sulla portata e sulle condizioni per il ricorso al subappalto qualificante e sul concetto stesso di qualificazione obbligatoria.

2. Il sistema preesistente

Alla luce di quanto sopra illustrato, è opportuno rilevare che, anche nel contesto della contrattualistica pubblica, risulta fondamentale comprendere le origini del sistema per cogliere appieno la direzione verso cui si intende procedere. In quest'ottica, il percorso evolutivo della qualificazione negli appalti di lavori pubblici si configura come il prodotto di una stratificazione normativa articolata, volta ad assicurare trasparenza, competenza tecnica e una partecipazione concorrenziale sempre più ampia da parte degli operatori economici qualificati.

Tale processo prende avvio con il D.Lgs. n. 163/2006 e, più precisamente, con l'art. 37, comma 11, che introdusse nel panorama normativo italiano un modello di qualificazione dei lavori pubblici basato su due macro-tipologie, vale a dire le categorie generali (OG) e le categorie specialistiche (OS): *"qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo".* Lo scopo di questo impianto, già evidenziato, era quello di garantire – nel rispetto del principio della più ampia partecipazione possibile – che l'esecuzione delle opere pubbliche fosse affidata a soggetti dotati delle necessarie

capacità tecnico-organizzative, adeguate alla complessità dell'intervento, con particolare riferimento alle lavorazioni caratterizzate da elevata specializzazione tecnica o rilevanza tecnologica.

Un passaggio normativo di particolare rilievo nell'evoluzione di tale sistema è rappresentato dall'art. 12 del D.L. n. 47/2014, che ha individuato una serie di lavorazioni considerate di maggiore complessità o interesse strategico, per le quali è stata prevista la qualificazione obbligatoria.

In dettaglio, secondo la menzionata disposizione, veniva previsto che *"al fine di garantire la stabilità del mercato dei lavori pubblici nell'attuale periodo di difficoltà economica per le imprese del settore, nelle more dell'emanazione, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, delle disposizioni regolamentari sostitutive delle disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, annullate dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, n. 280, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le categorie di lavorazioni di cui all'Allegato A del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 che, in ragione dell'assoluta specificità, strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al notevole contenuto tecnologico, richiedono che l'esecuzione avvenga da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione. Il decreto individua altresì, tra di esse, le categorie di lavorazioni per le quali trova applicazione l'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".*

L'obiettivo di tale intervento era duplice: da un lato, innalzare gli standard qualitativi nell'esecuzione delle opere pubbliche; dall'altro, mantenere un adeguato grado di concorrenza, consentendo la partecipazione alle gare per tali categorie anche in assenza del possesso diretto di tutte le attestazioni SOA richieste,

purché l'operatore si impegnasse ad avvalersi del cosiddetto subappalto qualificante.

Successivamente, il D.P.R. n. 207/2010 ha fornito una regolamentazione di dettaglio delle modalità attuative del sistema di qualificazione, attraverso l'introduzione dell'art. 92, comma 7, che disciplinava le condizioni di ammissione alle gare per gli operatori non in possesso diretto della qualificazione relativa a determinate categorie.

“ **L'art. 12 del D.L. 47/2014 ha introdotto l'obbligo di qualificazione per categorie complesse, valorizzando il subappalto qualificante. Questo meccanismo ha bilanciato qualità e concorrenza, consentendo l'accesso anche senza possesso diretto di tutte le SOA.** ”

La disposizione prevedeva la possibilità di ricorrere al subappalto necessario, subordinatamente alla condizione che l'operatore fosse qualificato nella categoria prevalente e che il subappalto non superasse il 30% dell'importo dei lavori relativi a ciascuna categoria specialistica.

In dettaglio: *“in riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente. Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito. Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o*

più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90”. Tale limite ha svolto una funzione di presidio contro un uso distorto dello strumento del subappalto, assicurando al contempo che le lavorazioni tecnicamente complesse fossero affidate a soggetti adeguatamente qualificati.

3. Le novità del correttivo

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36/2023, il sistema di qualificazione ha subito una significativa revisione. Formalmente, anche in virtù dell'abrogazione del D.Lgs. n. 163/2006 e del D.P.R. n. 207/2010, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha superato la tradizionale distinzione tra categorie soggette e non soggette a qualificazione obbligatoria, stabilendo – in via generale – che *“il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”.*

Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che tale modifica non ha determinato il venir meno del principio secondo cui le lavorazioni cosiddette scorporabili devono essere comunque eseguite da soggetti in possesso di idonea qualificazione.

Sul punto, è utile richiamare la sentenza n. 782 del 26 ottobre 2023 del TAR Calabria, nella quale si afferma che il nuovo impianto normativo introdotto dal D.Lgs. n. 36/2023 estende il principio della qualificazione obbligatoria a tutte le categorie scorporabili.

A ciò si aggiunge il contributo del TAR Piemonte che, in una decisione resa prima dell'approvazione del correttivo al Codice, ha evidenziato che

"entrambe le disposizioni [ndr: il D.P.R. n. 207/2010 e l'art. 30, comma 1, dell'Allegato II.12 al D.Lgs. 36/2023] vanno interpretate alla luce dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014, il quale – in un'ottica di apertura concorrenziale – consente all'operatore economico qualificato nella categoria prevalente di partecipare alla gara anche se privo delle attestazioni relative alle categorie scorporabili, a condizione che affidi le lavorazioni rientranti in tali categorie, ove soggette a qualificazione obbligatoria (come la OG9, classificabile tra le opere generali ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. b), a soggetti in possesso delle necessarie attestazioni SOA". Lo stesso TAR ha infine precisato che la suddetta norma non risulta formalmente abrogata dall'entrata in vigore del D. Lgs. 36/2023: "detta norma non è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (cfr. relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119 e T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782) ed anzi, in base alle prime indicazioni giurisprudenziali in tema, il superamento, nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici, della distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", avrebbe piuttosto l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (cfr. T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782 cit.)" (cfr. TAR Piemonte, Torino, 16 gennaio 2024, n. 23).

In definitiva, il sistema delineato dal nuovo Codice rappresenta l'approdo di un percorso normativo mirato a bilanciare l'accesso competitivo degli operatori con l'esigenza di assicurare elevati standard qualitativi nell'esecuzione delle opere pubbliche.

La rimozione della distinzione formale tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria non ha, di fatto, inciso sulla necessità di un controllo rigoroso della capacità tecnica degli esecutori, come confermato dai più recenti orientamenti giurisprudenziali.

Tuttavia, tale assetto è stato recentemente sottoposto a revisione con l'adozione del D.Lgs. n. 209/2024 – il cosiddetto *Correttivo*

al Codice dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 71 del nuovo decreto ha disposto che "a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione [ndr: 31 dicembre 2024], è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47".

Tale abrogazione riapre inevitabilmente una serie di interrogativi applicativi riguardanti la disciplina della qualificazione nei lavori pubblici, ponendo nuove sfide interpretative per operatori e stazioni appaltanti.

Il nuovo Codice ha formalmente superato la distinzione tra categorie obbligatorie e non, ma ha mantenuto l'obbligo di qualificazione per le scorporabili. Il Correttivo ha abrogato l'art. 12 del D.L. 47/2014, riaprendo interrogativi sulla qualificazione obbligatoria.

4. Prime interpretazioni e conseguenze operative

L'adozione del D.Lgs. n. 209/2024 ha suscitato rilevanti riflessioni sia sul piano giuridico che su quello applicativo, imponendo una revisione critica delle modalità di qualificazione degli operatori economici ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

Da un lato, la formale abrogazione dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014 ha determinato la scomparsa di un riferimento normativo fondamentale nell'assetto previgente; dall'altro, tuttavia, la giurisprudenza e i chiarimenti forniti dal MIT hanno contribuito a delineare un quadro interpretativo che, pur apparendo semplificato, ribadisce la centralità della qualificazione obbligatoria per tutte le categorie scorporabili.

In tale prospettiva, riveste particolare rilievo la sentenza del TAR Calabria n. 782/2023, che – antecedentemente all'abrogazione del citato art. 12 – aveva già chiarito come, nel vigente

contesto normativo, tutte le categorie SOA debbano ritenersi soggette a qualificazione obbligatoria.

In altri termini, l'operatore aggiudicatario di un appalto è tenuto, per poter eseguire lavorazioni rientranti in categorie scorporabili, a possedere direttamente la relativa attestazione SOA oppure a ricorrere necessariamente al subappalto qualificante: *"con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto. Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2 comma 2 del citato allegato II.12, laddove prescrive che "La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto", il che fa dedurre che per "eseguire i lavori" è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione".*

Questa interpretazione, quindi, si allinea con quanto previsto dall'art. 30, comma 1, dell'Allegato II.12 al D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui la qualificazione in una determinata categoria consente la partecipazione e l'esecuzione dei lavori nei limiti della classifica posseduta, incrementata di un quinto: *"il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".*

Ulteriori conferme sul tema della qualificazione obbligatoria in ambito SOA sono giunte in sede amministrativa con il parere n. 3255 del 30 gennaio 2025, reso dalla Direzione Generale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. In tale occasione, il MIT ha ribadito in modo inequivocabile che *"tutte le categorie SOA sono a qualificazione obbligatoria"*, facendo così definitiva chiarezza su un punto che aveva generato in passato interpretazioni non sempre univoche, soprattutto con riferimento alla possibilità di eseguire lavorazioni rientranti in categorie scorporabili prive di specifica attestazione.

Questa affermazione conferma e rafforza un principio già ampiamente consolidato in giurisprudenza: le lavorazioni appartenenti a categorie diverse dalla prevalente, ove indicate come scorporabili dalla lex specialis, non possono essere affidate a operatori economici che non siano in possesso della relativa attestazione di qualificazione SOA.

L'unica eccezione consentita a tale obbligo – in un'ottica di contemperamento tra esigenze di concorrenza e di garanzia della corretta esecuzione – è rappresentata dal ricorso al subappalto necessario, inteso quale strumento per sopperire alla mancanza di requisiti specifici da parte dell'appaltatore principale.

In questa prospettiva, il subappalto qualificante perde definitivamente la connotazione di scelta organizzativa accessoria o residuale, assumendo il ruolo di istituto strutturalmente integrato nel sistema dei requisiti di partecipazione, e quindi nella stessa strategia di gara dell'operatore economico.

A supporto di tale interpretazione, si richiama la pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3180 del 2023, la quale ha chiarito che il subappalto necessario rappresenta una modalità alternativa di dimostrazione della qualificazione, la cui intenzione d'uso – lungi dall'essere meramente eventuale – deve essere espressamente indicata in sede di offerta, a pena di esclusione dalla procedura di gara. Tale vincolo si giustifica in funzione dell'esigenza di assicurare la piena trasparenza della catena

esecutiva sin dal momento della presentazione delle offerte, nonché di consentire alla stazione appaltante un corretto esercizio dei poteri di verifica e controllo.

Le implicazioni di tale assetto sistematico si riflettono concretamente su entrambi i fronti dell'evidenza pubblica: quello delle stazioni appaltanti e quello degli operatori economici.

Per questi ultimi, il possesso diretto delle attestazioni SOA, non solo per la categoria prevalente ma anche per le eventuali categorie scorporabili, costituisce un indubbio fattore di vantaggio competitivo, poiché consente loro di partecipare in maniera più autonoma e flessibile alle procedure, limitando – o addirittura evitando – il ricorso al subappalto qualificante, con conseguente semplificazione operativa, riduzione dei rischi contrattuali e maggiore attrattività nei confronti delle stazioni appaltanti. Tuttavia, tale possibilità impone una puntuale conoscenza delle disposizioni contenute nella lex specialis di gara, nonché una rigorosa predisposizione della documentazione di offerta, affinché siano rispettate tutte le condizioni richieste, comprese le dichiarazioni relative al subappalto necessario ove esso venga invocato.

“ Anche dopo l’abrogazione dell’art. 12, TAR e MIT confermano che tutte le categorie SOA sono soggette a qualificazione. Il subappalto necessario diventa uno strumento essenziale per colmare i requisiti mancanti. ”

Dal canto loro, le stazioni appaltanti sono tenute a recepire coerentemente tali indicazioni nella predisposizione della documentazione di gara, redigendo atti chiari, completi e privi di ambiguità, in cui siano puntualmente individuate le categorie scorporabili e i relativi requisiti di qualificazione obbligatoria. Inoltre, è necessario che venga espressamente richiamata la possibilità di ricorrere al subappalto

necessario, nei limiti e alle condizioni previste dalla normativa vigente, al fine di assicurare parità di trattamento tra i concorrenti e di prevenire contenziosi derivanti da ambiguità interpretative.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, il sistema di qualificazione degli operatori economici, così come ridisegnato dal D.Lgs. n. 36/2023 e successivamente integrato dai consolidati orientamenti giurisprudenziali e dai chiarimenti interpretativi del MIT, si configura come una sintesi evoluta tra la tradizione regolativa del settore e l’esigenza di adeguare il quadro normativo alle dinamiche attuali del mercato dei contratti pubblici.

La scelta del legislatore di eliminare formalmente la distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria non ha comportato un indebolimento del presidio tecnico-organizzativo richiesto agli operatori, bensì ha segnato una trasformazione del modello, orientandolo verso un impianto sistemico più flessibile ma al contempo più esigente in termini di responsabilità e competenze.

L’obbligo di assicurare comunque la qualificazione per le lavorazioni scorporabili, anche attraverso strumenti come il subappalto qualificante, rappresenta la concreta espressione di un principio volto a garantire che ogni segmento dell’appalto pubblico venga eseguito da soggetti dotati delle necessarie professionalità, a prescindere dalla modalità con cui l’affidatario si struttura. In tale prospettiva, il subappalto necessario cessa di essere una mera opzione organizzativa per divenire un istituto giuridico strategico, funzionale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione e alla salvaguardia dell’interesse pubblico.

Le ricadute operative di tale impianto sono significative: da un lato, gli operatori economici sono chiamati a un’attenta analisi dei requisiti richiesti sin dalla fase di studio della lex specialis, curando la predisposizione di offerte tecnicamente coerenti e giuridicamente solide;

dall'altro, le stazioni appaltanti devono dotarsi di strumenti regolatori chiari, puntuali e pienamente conformi ai principi di trasparenza, concorrenza e par condicio.

Questo nuovo paradigma di qualificazione non deve essere interpretato come un mero irrigidimento del sistema, ma piuttosto come un'opportunità per accrescere l'affidabilità complessiva del comparto degli appalti pubblici.

L'innalzamento degli standard richiesti in termini di competenza, pianificazione e accountability, se adeguatamente gestito, può favorire un ambiente competitivo più selettivo, ma anche più meritocratico, favorendo l'emersione di operatori realmente in grado di garantire qualità, sostenibilità e legalità nella realizzazione delle opere pubbliche.

In definitiva, la qualificazione obbligatoria si conferma non solo come un requisito formale, ma come una leva sostanziale per l'effettiva tutela dell'interesse collettivo.

La conformità dell'offerta al capitolato di gara alla luce della recente giurisprudenza amministrativa

di Olga Toscano

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Per lungo tempo si è dibattuto se fosse corretto operare l'esclusione di un operatore da una gara d'appalto, non per l'assenza di requisiti generali o specifici per partecipare alla selezione, ma una mancata conformità dell'offerta rispetto ad una regola specifica del capitolato speciale.

Detta questione controversa, nel solco di un orientamento costante e consolidato, ha visto la giurisprudenza confermare per anni la correttezza dell'esclusione disposta, rilevando che *"la difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la lex specialis non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste"* (in tal senso, *ex multis*, cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260).

Poste tali premesse, i requisiti minimi fissati dagli atti di gara rappresenterebbero una condizione imprescindibile per l'assegnazione del contratto, in quanto un'offerta non conforme a tali requisiti non può essere accettata: dunque, anche se il capitolato non specifica esplicitamente l'esclusione per offerte non

conformi, la giurisprudenza ha chiarito che una difformità rispetto ai requisiti essenziali comporta comunque l'esclusione, trattandosi di un'offerta che non soddisfa le condizioni minime richieste.

La soluzione ermeneutica più recente opera un evidente "cambio di rotta": oggi, *a contrario* rispetto al precedente orientamento, le clausole escludenti devono essere interpretate restrittivamente - e, comunque, nel rispetto del **principio del favor participationis** e della **buona fede contrattuale** - escludendo, quindi, che si possano imporre agli operatori economici oneri non chiaramente esplicitati nella *lex specialis* di gara (in tal senso, di recente, cfr. **Consiglio di Stato, Sez. V, 4/3/2025 n. 1857**).

“ **In assenza di un'espressa previsione nella lex specialis di esclusione per la mancata indicazione analitica di determinati elementi tecnici, l'offerta non può essere automaticamente sanzionata con l'estromissione dalla gara.** ”

1. Sul "principio del risultato"

Da quanto emerge in premessa, in assenza di una esplicita specificazione contraria, la conformità dell'offerta al capitolato è, quindi, imposta dal principio del risultato e del *favor participationis*, come disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 1 e 3 D.lgs. n. 36 del 2023.

Il nuovo codice, di fatti, elenca dall'articolo 1 all'articolo 12 i principi applicabili alle procedure di appalto, considerando i **primi tre principi**, ovvero **risultato, fiducia ed accesso al mercato**, quali criteri interpretativi e applicativi delle disposizioni codicistiche (v. art. 4 del decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36).

I principi contenuti nei primi articoli del Codice dei contratti sono espressione di valori primari che affondano le loro radici nei precetti di cui all'articolo 97 della Costituzione e devono rappresentare la bussola per le stazioni appaltanti durante l'espletamento delle procedure di gara (cfr. sentenza 27 novembre 2024, n. 9510, il Consiglio di Stato).

In particolare, il principio del risultato (già definito dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 132/2024, come "*espressione attuale del principio di buon andamento*"), previsto dall'art. 1 del nuovo codice appalti, costituisce "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*" (v. comma 4) ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", in quanto funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento.

Inoltre, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1924/2024, ha aggiunto che il principio del risultato è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici (inserito, appunto, nell'art. 1), in quanto principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri - quale diretta conseguenza, detto principio diventa il parametro:

- per valutare la legittimità delle decisioni amministrative;

- per interpretare le clausole regolamentari e normative;
- per orientare il bilanciamento tra forma e sostanza;
- per evitare che la rigidità formale sacrifichi ingiustificatamente l'interesse pubblico.

Tale orientamento trova ormai conferma in numerose sentenze e interventi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC): quest'ultima, con delibera 16 dicembre 2024, n. 590, ha altresì confermato che il principio del risultato va inquadrato nel contesto della legalità e della concorrenza.

Dunque, nell'affidamento dell'appalto pubblico, tale criterio pone l'accento su aspetti quali il potere discrezionale e l'auto-responsabilizzazione della Stazione Appaltante: l'obiettivo, in seno alla P.A., è quello di attuare con la massima tempestività e nel migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo - e comunque sempre rispettando i principi di legalità e trasparenza - il principio di rilevanza costituzionale del buon andamento e dei correlati criteri, ormai cristallizzati, di efficacia, efficienza ed economicità.

2. La discrezionalità della P.A. nell'individuazione dei requisiti tecnici e il "favor participationis"

Il cd. "principio del *favor participationis*" (ovvero "principio dell'accesso al mercato" rubricato all'art. 3 del D.lgs. n. 36 del 2023) deve essere temperato con l'esigenza di predisporre regole certe a tutela della concorrenza "nel mercato" che garantiscano **la parità di trattamento tra le imprese concorrenti** in vista della scelta, da parte della stazione appaltante, del miglior affidatario dell'opera o del servizio.

Tale principio risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.

Già nel 2002 la Corte di Giustizia UE tenne a precisare che la **tutela della concorrenza** nel settore dei contratti pubblici *"implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività, secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego"* (cfr. Corte di Giustizia UE, 17 settembre 2002, in causa C-513/99); detto principio è stato successivamente positivizzato dalla direttiva 2014/24/UE, la quale ha previsto, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che *"le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"* (art. 58, paragrafo 4)".

"In materia di partecipazione alle gare di appalto la concorrenza non deve essere intesa come fine ... bensì come mezzo per conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti" (cfr. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2023, n. 8896).

“ La genesi del favor participationis risiede nell'esigenza di garantire l'interesse della Pubblica Amministrazione ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati e che, quindi, siano in grado di garantire elevati standards qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. ”

In tal senso, l'estensione e la portata del principio del *favor participationis* sono strettamente connesse all'ambito di discrezionalità, riconosciuto alla p.a., nella previsione dei requisiti di partecipazione che devono essere posseduti dalle imprese concorrenti e, in assenza, delle correlative cause di esclusione dalla procedura.

È, quindi, proprio la dialettica fra tutela della concorrenza e perseguimento dell'interesse pubblico primario a conferire all'Amministrazione l'ampia discrezionalità nella selezione dell'oggetto e delle caratteristiche tecniche dell'appalto, in funzione degli standards organizzativi e di efficienza delle relative prestazioni), dovendo l'offerta adattarsi alla domanda e non viceversa (cfr. Cons. Stato, III, ordinanza 26 giugno 2020, n. 3757).

Come recentemente rammentato dal Consiglio di Stato (sentenza n. 9398 del 2 novembre 2023), l'Amministrazione è vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10932), nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (sui limiti all'inserimento di requisiti tecnico-professionali dell'impresa, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2023, n. 6826; Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2023, n. 7649).

L'esatto punto di equilibrio, in materia di concorrenza, non è dato, infatti, dal numero degli operatori economici concorrenti alla gara, ma dalla capacità di tali soggetti di offrire il preciso prodotto richiesto, rispettando le esigenze della Committente, le quali ovviamente devono essere ragionevoli e proporzionate (cfr. Corte di Giustizia UE, 17 settembre 2002, in causa C-513/99).

Di conseguenza, quanto più elevato risulterà essere il grado di complessità tecnica e professionale dell'oggetto della gara di appalto, tanto più stringenti risulteranno le competenze richieste agli operatori economici aspiranti aggiudicatari; in ragione di tale impostazione, la giurisprudenza amministrativa ha introdotto un autonomo criterio interpretativo della *lex specialis* delle procedure di gara: il criterio, appunto, del *favor participationis*.

L'interprete deve, dunque, conformare la propria attività ermeneutica a tale principio,

favorendo l'applicazione della disposizione che consenta la massima partecipazione possibile alla procedura (cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 03/12/2020, n.12968; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2020 n. 2400).

Tale impostazione trova riscontro nella ratio pro-concorrenziale dell'ordinamento degli appalti pubblici, che impone di privilegiare la massima partecipazione alle gare, salvo che ricorrano cause ostative chiaramente enucleate nella disciplina di gara.

Il principio della più ampia partecipazione è declinato all'interno del Codice dei Contratti nell'ambito dell'art. 10, comma 3, per cui non è possibile introdurre requisiti speciali, economico-finanziari e tecnico-professionali non attinenti e non proporzionati all'oggetto del contratto da affidare, anche in considerazione del prevalente interesse pubblico ad ampliare il più possibile la platea dei potenziali concorrenti.

Ebbene, **“l'applicazione del principio del favor participationis costituisce un criterio di interpretazione e, come tale, può trovare applicazione solo a fronte di clausole ambigue, suscettibili di plurime interpretazioni. Diversamente, se chiare, nonché ragionevoli e proporzionate, (...) le clausole relative ai requisiti di capacità economica e tecnica non possono essere considerate anticoncorrenziali”**; per tale criterio, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698).

Ciò in ragione della necessità di applicare i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara (così secondo Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186; V, 25 marzo 2020, n. 2090).

“ I requisiti di partecipazione ad una gara sono fissati dall'autorità amministrativa con ampia discrezionalità, sindacabile solo per manifesta arbitrarietà ed irragionevolezza. ”

In base a tali principi, se esistono due diverse possibili interpretazioni della *lex specialis* di gara (ed entrambe risultino astrattamente compatibili con il significato strettamente letterale di quest'ultima), **occorre privilegiare quella che meglio tutela il principio del favor participationis.**

3. L'offerta si può considerare comunque conforme al capitolato in assenza di esplicita difformità?

Per quanto parrebbero chiari i criteri sopra esposti, non è possibile scongiurare l'insorgere di evidenti dubbi circa il *modus* da adottare quando si presenti una difformità dell'offerta tecnica rispetto al capitolato: tale circostanza porterebbe, in automatico, l'operatore economico ad essere escluso dalla gara? E se la *lex specialis* non dovesse prevedere una clausola di esclusione, come tutelare l'impresa senza che la decisione adottata risulti potenzialmente lesiva per il concorrente?

Si è detto che l'applicazione del principio del *“favor participationis”* costituisce un criterio di interpretazione e, come tale, può trovare attuazione solo a fronte di clausole che, per la loro intrinseca ambiguità, siano suscettibili di plurime interpretazioni.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara le specifiche tecniche ed elaborare le clausole contrattuali finalizzate al conseguimento degli obiettivi dell'Amministrazione, ma non è certamente possibile scongiurare ipotesi in cui le dette clausole risultino controvertibili e vi sia confutazione circa l'interpretazione delle stesse

in quanto “ambigue” ovvero, comunque, variamente interpretabili.

Quanto deve essere dettagliata l’offerta? Occorre riportare tutte le prescrizioni del capitolato?

Nel prosieguo si cerca di far luce sull’orientamento interpretativo dominante.

4. Il punto di vista dell’ANAC

Cerchiamo, anzitutto, di comprendere se – e quanto – sia giusta l’esclusione quando l’offerta non corrisponde a quanto richiesto nel Capitolato Speciale di Appalto e negli atti di gara.

Nella Delibera n° 590 del 19 dicembre 2023 l’Autorità Nazionale Anticorruzione tenta di offrire una soluzione chiarificatrice sul punto e, dinanzi all’ipotesi di difformità tra l’offerta e le prescrizioni del capitolato operata dall’operatore economico ha espresso il proprio punto di vista: appare legittimo, secondo l’Anac, il potere in capo alla stazione appaltante di esercitare l’azione di esclusione del concorrente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l’offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste.

Ebbene, il caso di specie disciplinato nella già citata delibera riguardava una procedura aperta telematica per l’acquisizione di sistemi diagnostici e test necessari all’attuazione di un programma di screening da destinare alle strutture sanitarie di una regione, ove l’istante aveva contestato la sua esclusione dalla gara, disposta dalla stazione appaltante perché l’offerta presentata non ottemperava alle indicazioni contenute nel capitolato speciale di appalto.

L’Anac confermava la correttezza dell’esclusione disposta, dal momento che la riscontrata difformità dell’offerta tecnica *“non potrebbe essere corretta o emendata in sede di stipula del contratto, come obiettato dall’appellante, dovendosi applicare, nella fattispecie, il (pacifico) principio secondo cui il regolamento*

contrattuale da stipulare tra aggiudicatario e amministrazione appaltante deve rispecchiare fedelmente contenuti dell’offerta aggiudicataria (e questa, come si è veduto, deve essere conforme alle caratteristiche indefettibili prescritte dalla legge di gara)”.

A contrario, l’istante affermava che non ricorrevano i presupposti fondanti l’esclusione dal momento che non era esplicitata a chiare lettere, “a pena di esclusione”, alcuna sanzione/ violazione nella *lex specialis* di un requisito previsto.

L’ANAC, con la **delibera del 19/12/2023, n. 590**, ha contestato tali assunti svolgendo le seguenti considerazioni:

- l’ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l’amministrazione stessa persegue attraverso l’aggiudicazione del contratto; tale discrezionalità, come noto, non è sindacabile nel merito, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara;
- le difformità dell’offerta tecnica rivelatrici della inadeguatezza del progetto proposto dall’impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l’esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell’offerta nell’attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell’accordo necessario per la stipula del contratto (tra le altre, si veda Sent. C. Stato 04/08/2022, n. 6840);
- con riferimento alle specifiche tecniche, ai sensi dell’art. 79 del D. Leg.vo 36/2023 e dell’Allegato II.5, è previsto che le stazioni appaltanti non possono escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti

funzionali, se vi ottemperano in modo equivalente.

Nel caso di specie, non risultava che l'operatore economico avesse fornito alcun riscontro in tal senso nella propria offerta.

Posto quanto sopra, l'ANAC ha ritenuto corretta l'esclusione dell'istante dalla procedura di gara in oggetto, risultando l'offerta tecnica presentata non sufficientemente dotata di un complesso di caratteristiche definite indispensabili nella *lex specialis*.

In via generale, l'ANAC ha ribadito che la difformità tra l'offerta e le prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste.

I requisiti minimi fissati dagli atti di gara rappresentano, dunque, una condizione imprescindibile per l'assegnazione del contratto, in quanto un'offerta non conforme a questi requisiti non può essere accettata; anche se il capitolato non specifica esplicitamente l'esclusione per offerte non conformi, tale assunto è stato, nel tempo, pure avallato dalla **giurisprudenza dominante, la quale ha chiarito che una difformità rispetto ai requisiti essenziali comporta comunque l'esclusione, trattandosi di un'offerta che non soddisfa le condizioni minime richieste.**

5. La recente rilettura del Consiglio di Stato

La nuova pronuncia della Quinta Sezione del **Consiglio di Stato (n. 1857 del 4/3/2025)**, in linea con un orientamento giurisprudenziale più recente, riafferma il principio secondo cui le **clausole escludenti devono, invece, essere interpretate restrittivamente e in conformità ai canoni della buona fede contrattuale e del *favor participationis*, dovendo escludersi che possano imporre**

agli operatori economici oneri non chiaramente esplicitati nella *lex specialis*.

Da qui il richiamo, operato dal *decisum* in esame, al principio di matrice codicistica di "conservazione del contratto" (art. 1367 c.c.): secondo la Sezione, infatti, l'interpretazione dell'offerta deve avvenire alla luce di tale principio, secondo cui, in caso di dubbio, le clausole devono interpretarsi nel senso in cui possano produrre effetti, piuttosto che in quello che ne comporti l'inefficacia.

Di fatto, le offerte presentate nell'ambito di un appalto pubblico vengono interpretate, come tutti gli atti relativi ad una trattativa, secondo le regole previste dal Codice Civile sull'interpretazione dei contratti.

In ossequio a tale regola, la sentenza ha chiarito come **le offerte dei partecipanti alle gare pubbliche - laddove non contengano esplicitamente elementi di difformità, idonei a tradursi in una inammissibile controproposta - devono interpretarsi come conformi al capitolato.**

Il Consiglio di Stato, nella sentenza indicata, lo afferma chiaramente: il dato lacunoso va inteso come conforme a quanto richiesto dall'ente.

E' qui che la sentenza assume un rilievo di sistema con una innovativa chiusura ermeneutica basandosi sulla buona fede e limiti alle clausole escludenti: in assenza di un'espressa previsione di esclusione per la mancata indicazione analitica di determinati elementi tecnici, l'offerta non può essere sanzionata con l'estromissione dalla gara.

Il criterio di conservazione del contratto, infatti, induce a ritenere che la sanzione di esclusione del concorrente non sia legittimamente automatica ed impone alle stazioni appaltanti di privilegiare **interpretazioni che preservino l'efficacia dell'offerta, salvo evidenti scostamenti, posto che "laddove l'offerta non rechi espliciti elementi di difformità tali da costituire una controproposta inammissibile, essa deve essere presunta conforme al Capitolato, in applicazione congiunta dei principi di cui agli artt. 1 e 3 del**

D.lgs. n. 36/2023 (principio del risultato e favor participationis)“.

In poche parole, ciò sta a significare che, di fronte a clausole ambigue e/o contraddittorie, si impone di privilegiare l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece di quella che determina l'esclusione dell'offerente.

Quale ovvio corollario, l'interesse pubblico correlato alla tutela della concorrenza deve essere percepito per quella che è la sua reale essenza, ossia il suo essere funzionale alla tutela dell'interesse dell'Amministrazione all'acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è attributaria (cfr. Cons. Stato, V, 12 gennaio 2023, n. 441).

6. Conclusioni

Conclusivamente, posto quanto sopra, l'ANAC ha ribadito che la difformità tra l'offerta e le prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste.

Non è dello stesso avviso l'odierna giurisprudenza, la quale è arrivata ad una soluzione esattamente contraria a tale pensiero, volta a garantire – in un'ottica senz'altro più moderna ed "elastica" – la conservazione dell'aggiudicazione (*rectius*, del contratto) piuttosto che la sua inefficacia (e, correlativamente, l'esclusione del concorrente), senza con ciò andare a minare il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione.

In buona sostanza, le offerte dei partecipanti alle gare pubbliche, laddove non contengano esplicitamente elementi di difformità, idonei a tradursi in una inammissibile controproposta, devono interpretarsi come conformi al capitolato, in virtù della regola ermeneutica di conservazione degli effetti, di cui all'art. 1367 c.c., ed in ossequio al principio del risultato e del *favor participationis*.

L'Amministrazione – pur essendo vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea – ben può adottare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia, possano garantire il perseguimento dell'obiettivo finale e siano meglio rispondenti alle esigenze della stazione appaltante.

Alla P.A. è, quindi, garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito.

“Alla luce dei principi giurisprudenziali sopra evidenziati, quindi, affinché un'eventuale difformità dell'offerta da quanto richiesto dalla disciplina di gara possa costituire causa di esclusione, parrebbe necessario che la stessa legge di gara la qualifichi espressamente come requisito minimo essenziale della ovvero, comunque, palesi con incontrovertibile evidenza l'inammissibilità dell'offerta in caso di incongruità della stessa al capitolato.”

Ebbene, parrebbe che il Consiglio di Stato, nel fornire tale rinnovata lettura, voglia sostenere che si debba guardare essenzialmente alla "sostanza" piuttosto che alla "forma": la genericità della clausola di esclusione contenuta nel capitolato di gara (non riferita espressamente a specifici requisiti dell'offerta tecnica) non consentirebbe, infatti, di qualificare automaticamente quale "requisito minimo inderogabile" (con conseguente sanzione espulsiva per il caso di violazione) ogni sua disposizione.

Ne discende che operare poi con un'interpretazione fortemente restrittiva potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio: sia per l'amministrazione (che dovrebbe annullare il contratto e riattivare la procedura di selezione dell'affidatario), che per il concorrente, leso dall'annullamento della sua aggiudicazione.

Ebbene, alla luce della recente formulazione operata dal Supremo Collegio, si può dire che, in caso di genericità della *lex specialis* di gara, la qualificazione dell'offerta può assumersi come "non ambigua" – e, quindi, non contestabile (né, ancor peggio, punibile di esclusione) se "[...] *l'offerta formulata ... non presenta alcun margine di ambiguità relativamente al dato quantitativo, che deve necessariamente intendersi conforme a quello richiesto dalla stazione appaltante*".

Questioni pratiche in materia di esecuzione contrattuale: termine decadenziale per la richiesta di revisione prezzi (e istituti affini) e non obbligatorietà della sottoscrizione ex art. 1341 cc. della relativa clausola contrattuale

di Antonio Ragazzo

IL
PUN
TO

Premessa

La sentenza in commento¹ offre un'utile occasione per riflettere su alcune questioni di diritto strettamente correlate ad implicazioni operative in materia di esecuzione contrattuale di pubbliche commesse.

Al centro della pronuncia si pongono, in particolare, questioni tradizionali e, al tempo stesso, di grande attualità che, passando per alcune puntualizzazioni relative alla corretta collocazione sistematica del c.d. 'termine di decadenza' in ipotesi previsto da una Amministrazione per accedere alla disciplina della revisione dei prezzi – nelle sue differenze con altro istituti di matrice civilistica – si concentra poi sulla applicabilità di tali clausole, per la loro natura potenzialmente vessatoria ai sensi dell' art. 1341 c.c., ai contratti conclusi all'esito di procedure di evidenza pubblica.

Attraverso un articolato percorso motivazionale, il giudice amministrativo ha: i) innanzitutto

affermato la possibilità di configurare validamente termini di decadenza convenzionali anche nei contratti pubblici; ii) riconosciuto la compatibilità di tali clausole con la norma imperativa *ratione temporis* applicabile (*id est*: l'art. 115 del d.lgs. 163/2006); iii) escluso l'applicabilità della disciplina delle clausole vessatorie prevista dall'art. 1341, comma 2 c.c., per le pattuizioni concluse a seguito di evidenza pubblica.

Tali conclusioni, lo si anticipa sin d'ora, pur se svolte con riferimento ad una disciplina oramai 'superata' dall'adozione di nuovi plessi normativi, conservano intatte la loro attualità.

Come pure si avrà meglio modo di evidenziare, infatti, la correttezza delle osservazioni condotte dal giudicante amministrativo restano perfettamente conferenti anche alla luce della 'nuova' disciplina di cui al d. lgs. 36/2023, salvo che – e lo si dirà – per il diverso meccanismo revisionale da questi accolto.

1. Consiglio di Stato, Sezione IV, 25 marzo 2025, n. 2490

1. Il fatto

La vicenda sottoposta all'esame del giudice amministrativo trae origine da un contratto di appalto pubblico stipulato tra un Comune ed una società, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di igiene urbana nel proprio territorio comunale.

Il contratto, di durata quadriennale, prevede(va) in particolare, e per quanto qui rileva, la possibilità di revisione del corrispettivo a partire dal secondo anno di esecuzione della commessa, nel rispetto delle condizioni e dei termini indicati all' art. 23 del diverso capitolato speciale d'appalto.

L'art. 23, a sua volta, "attuativo dell'art. 115 d.lgs. 163/2006, stabilì[va] [...] che la revisione [fosse] operata, decorso il primo anno e con cadenza annuale, sulla base dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (FOI), pubblicato mensilmente dall'ISTAT", specificando che "l'aggiornamento [fosse] effettu[at]o su richiesta dell'appaltatore [e che, la richiesta stessa] [...] [dovesse] pervenire non appena [...] disponibili gli indici ISTAT di riferimento relativi all'anno oggetto di revisione e comunque non oltre il 31 marzo dello stesso anno".

L'appaltatrice, nel quadro delineato dai documenti di gara, presenta(va) quindi una prima istanza di revisione in data 23 gennaio 2020 e chiede(va) l'adeguamento dei corrispettivi per le previsioni rese sulla base delle variazioni dell'indice FOI relativamente agli anni tra l'inizio di erogazione del servizio (2014) ed il 2019.

L'Amministrazione comunale accolse(va) solo parzialmente la richiesta, e riconosce(va) l'aggiornamento esclusivamente per l'annualità 2020, là dove, invece, la domanda veniva respinta con riferimento agli anni precedenti poiché ritenuta tardiva rispetto al termine - di cui si è detto poc'anzi - del 31 marzo previsto dal capitolato.

A fronte di ulteriori richieste formulate dall'operatore economico per le annualità

successive al 2019, in linea con quanto sostenuto in precedenza, l'autorità comunale riconosceva solo ed esclusivamente la pretesa rideterminazione dei corrispettivi per quante delle richieste pervenute si fossero poste in linea con l'indicazione temporale del "31 marzo" di riferimento.

Avverso i dinieghi proponeva più gravami la società appaltante.

La società censura(va) la qualificazione del termine del 31 marzo come termine di decadenza e mette(va) in discussione la validità della clausola sotto il profilo della compatibilità con l'art. 115 del d.lgs. 163/2006; infine, e per semplificare, lamenta(va) la mancata specifica approvazione scritta della clausola stessa, considerata la sua natura, ed in ragione della disciplina di diritto comune prevista all'art. 1341, comma 2 c.c..

Il giudice di primo grado ha respinto entrambi i ricorsi; avverso dette sentenze è stata proposta rituale impugnazione.

Il Consiglio di Stato, riuniti i procedimenti, ha infine respinto gli appelli e confermando le sentenze di primo grado, offrendo un'ampia motivazione sui punti controversi.

2. Termine d'adempimento, termine essenziale e termine decadenziale: differenze

La principale questione interpretativa affrontata dal massimo organo di giustizia amministrativa riguarda la natura del termine fissato dal più volte richiamato articolo 23 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui, lo stesso, prevede(va) che la domanda di revisione dei prezzi, in tesi formulata dall'appaltatore, dovesse essere presentata "non oltre il 31 marzo dello stesso anno".

La censura principale avanzata dalla società ricorrente orbita attorno alla circostanza che detto termine non potesse essere qualificato, come pure sostenuto dalla Stazione Appaltante, quale 'termine di decadenza', poiché, in assenza

di una espressa dicitura qualificante – del tipo, “a pena di decadenza” - dovesse essere piuttosto considerato alla stregua di un semplice termine ordinatorio.

Il giudice, condivisibilmente, respinge la tesi, e valorizza il tenore letterale della disposizione interessata, in linea col consolidato insegnamento giurisprudenziale² a mente del quale il criterio interpretativo letterale “costituisce il criterio principale di ermeneutica degli atti predisposti da un’amministrazione in vista di una gara per l’affidamento di un contratto”.

Un insegnamento, quello appena richiamato, fondato sulla necessità di garantire un’interpretazione dei documenti di gara che prediliga l’affidamento degli operatori economici e garantisca, allo stesso tempo, chiarezza e certezza nei rapporti giuridici.

Ciò posto, ad ogni modo, viene quindi chiarito in motivazione che non residuerebbe alcun dubbio sul fatto che l’art. 23 *de quo*, laddove stabilisce che «[l]’aggiornamento [del prezzo] si effettua su richiesta dell’appaltatore [...] comunque non oltre il 31 marzo dello stesso anno», contiene una inequivocabile “decadenza convenzionale”, tale che, se l’appaltatore non fa pervenire la richiesta di revisione al più tardi entro tale data, perde la pretesa all’adeguamento del corrispettivo.

Secondo il Collegio, ancora meglio, non è necessario che la natura decadenziale del termine sia esplicitata attraverso formule sacramentali particolari.

Invero, per qualificare un termine come perentorio o decadenziale è (solo) sufficiente che il contesto e la *ratio* della disposizione evidenzino chiaramente l’intenzione di imporre un vincolo temporale rigido: nel caso di specie, l’uso dell’espressione “non oltre”, unito al contesto contrattuale che subordina il diritto all’aggiornamento dei corrispettivi a una

tempestiva richiesta da parte dell’appaltatore, evidenzia inequivocabilmente la volontà delle parti di stabilire un termine di tal specie.

Tanto chiarito con riferimento all’accertato carattere decadenziale del termine indicato dalla Stazione Appaltante, la sentenza si distingue pure per le importanti puntualizzazioni giuridiche afferenti – volendo – alle diverse tipologie ‘di termini’ previste dal diritto comune, cui potrebbe essere chiamato a far ricorso un qualunque ‘addetto’ della materia.

Così, in maniera apprezzabile, è data una efficace linea di indirizzo che mette in evidenza le differenze, non sempre facilmente intelleggibili, intercorrenti tra: i) termine decadenziale; ii) termine essenziale; e iii) termine ‘semplice’ di adempimento.

Pertanto, mentre il termine ‘semplice’ di adempimento indica il solo momento entro il quale una prestazione contrattualizzata deve essere eseguita, ed il suo decorso ha l’effetto di costituire il debitore in mora senza comportare alcuna estinzione del diritto; ecco che il (diverso) termine essenziale, invece, costituisce un tipico rimedio risolutorio legale, la cui scadenza determina automaticamente lo scioglimento del contratto ai sensi dell’articolo 1457 c.c., laddove risulti, per volontà espressa delle parti o per la natura del contratto, che l’interesse del creditore non possa essere soddisfatto se non attraverso un adempimento tempestivo.

A differenza di entrambi, il termine decadenziale – come in parte visto – si identifica col momento oltre il quale, alla sua scadenza, il diritto preteso non può più essere fatto valere, precludendone al titolare la possibilità di giovarsene.

È questa la ragione per cui, pertanto, viene riconosciuta la bontà dell’agire dell’Amministrazione comunale: mal ha fatto l’operatore economico ad agire per la richiesta di revisione oltre il momento utile.

2. Per cui si rimanda precipuamente alla sentenza.

Del resto, chiosa il giudice limpidamente, "se si escludesse la presenza del termine decadenziale, la citata previsione contrattuale dell'art. 23 del capitolato speciale non avrebbe portata precettiva, giacché al ritardo nella presentazione della richiesta di revisione del prezzo non si accompagnerebbe alcuna conseguenza per l'appaltatore".

3. La compatibilità del termine di decadenza con l'art. 115 del d.lgs. 163/2006...

La società appellante ha anche tentato di sostenere che la previsione di un termine di decadenza fosse in contrasto con il disposto *ratione temporis* applicabile (*id est*: art. 115 del d. lgs. 163/2006): nel senso che, la previsione di detto termine non si conciliasse con la disciplina revisionale imposta per legge.

Ora, senza considerare che la natura della norma è imperativa e, pertanto, soggetta alla disciplina, ove necessario, di sostituzione prevista dall'art. 1339 c.c., non si manca di chiarire, con la solita pulizia di pensiero in sentenza che, a ben vedere, l'art. 115 in questione non pone alcun divieto di sottoporre a taluni peculiari "adempimenti operativi" ritenuti necessari la richiesta di revisione.

Tale è, senza ombra di dubbio, la pretesa di richiederelaformulazione delle eventuali richieste di revisione entro un termine decadenziale; a maggior ragione se, come pure si legge in sentenza, tale decadenza è assolutamente ragionevole e non ostativa secondo il noto meccanismo di cui all'art. 2965 c.c., per cui "[è] nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto": difatti, "il termine di cui all'art. 23 del capitolato speciale d'appalto non presenta detto profilo di illegittimità, posto che attribuisce all'appaltatore tre mesi dall'inizio dell'anno (entro il 31 marzo) per domandare l'adeguamento del corrispettivo alle variazioni subite dai prezzi medi al consumo nell'anno precedente, [e] dunque gli riconosce uno spatium deliberandi più che adeguato per prendere atto dei dati statistici, i quali vengono

resi pubblici dall'ISTAT ogni mese, e per valutare la convenienza della richiesta di revisione".

A ciò aggiungasi pure, a confutare ancora la legittimità delle scelte comunali, che la "portata precettiva dell'art. 115], come si ricava pienamente dalla sua lettura, è circoscritta alla [sola] necessità che il contratto contempli una clausola di revisione del prezzo e che il correlato adeguamento sia procedimentalizzato, ossia affidato a un'istruttoria dell'amministrazione aggiudicatrice": il che, nel caso di specie, pare assolutamente in linea con quanto accaduto.

Forse, l'unico profilo problematico si sarebbe potuto dare quando mai la pubblicazione degli indici di riferimento non avesse, per ragioni cronologiche, consentito il rispetto del termine decadenziale previsto, non potendosi sottacere la rilevanza da accordare all'impossibilità di rispettare il termine per ragioni non imputabili al titolare della pretesa.

Il punto resta comunque irrisolto nella trama argomentativa del provvedimento giudiziale, dacché, il giudice non ritiene rilevante "indagare, ai fini della decisione della controversia, se sia irragionevole pretendere che la richiesta di revisione sia formulata entro il predetto termine pur nell'eventualità in cui gli indici non vengano pubblicati, giacché, nella fattispecie, non risulta[va] alcuna omissione o ritardo della loro pubblicazione, senza contare che la società appellante [aveva comunque] atteso l'anno 2020 per domandare l'adeguamento del corrispettivo alle variazioni dei prezzi medi intercorse a partire dal settembre 2014, perciò, all'incirca in un quinquennio".

4. ... e l'automaticità della revisione nel d. lgs. 36/2023

Appurato che, nel caso di specie, non è mai stato – e mai avrebbe potuto essere – in discussione che la eventuale variazione dei prezzi della commessa fosse necessariamente conseguente all'istanza di parte tempestivamente formulata, viene da chiedersi però se, ed in che termini, sia (ancora) indispensabile la formulazione di apposita richiesta, ai fini del riconoscimento

della pretesa istanza revisionale, per quanti contratti, all'attualità, siano stati stipulati sotto la vigenza del Codice di nuovo conio ex d. lgs. 36/2023.

L'interrogativo sorge spontaneo se solo si considera la rinnovata sensibilità dimostrata dal Legislatore della Novella che, come ampiamente noto, ha riconosciuto nella parte iniziale del Codice un'attenta regolazione del c.d. 'equilibrio contrattuale'³ e, soprattutto, in maniera dissonante rispetto alla disciplina previgente⁴, ha deciso di dedicare un'autonoma disciplina alla revisione dei prezzi⁵.

La 'nuova' revisione non è più retta, come nella logica del vecchio d. lgs. 50/2016, dal carattere della *possibilità*, ma, per espressa previsione di legge, è oggi ritenuta *obbligatoria*, stante il disposto del primo comma di cui all'art. 60 del d. lgs. 36/2023.

La scelta è la chiara manifestazione della volontà legislativa di garantire una tutela effettiva in favore degli operatori economici che, loro malgrado, nell'esecuzione di una pubblica commessa si trovino nella situazione di non trarre più alcun (giusto) profitto per le prestazioni rese, qualora intervengano particolari condizioni "di natura oggettiva".

Già dalla lettura dell'art. 60, allora, in questa prospettiva, non pare residuo dubbi circa la automaticità del meccanismo revisionale che, non più legato ad oneri in capo all'operatore e ai suoi stretti interessi economici, diventa oggi interesse (anche) della stessa Amministrazione ad una equa ed equilibrata remunerazione del servizio reso, indifferente alle specifiche richieste di parte.

Avalla, del resto, questa impostazione lo stesso allegato II-bis al Codice che, come si legge all'art. 1 ha lo specifico compito di chiarire "le

modalità di attuazione delle clausole di revisione dei prezzi di cui all'articolo 60 del Codice, tenuto conto della natura, del settore merceologico dell'appalto e degli indici disponibili, [...] specifica [ndo pure] le modalità di corresponsione".

Difatti, all'art. 3 dell'allegato viene detto che, in consonanza col contenuto della fonte primaria, "[l]e clausole di revisione dei prezzi introdotte ai sensi dell'articolo 60 sono attivate automaticamente dalla stazione appaltante": ma vi è più, dal momento che, continuando nella sua lettura, ed in risposta all'interrogativo iniziale, si conferma senza mezzi termini che ciò avvenga "anche in assenza di istanza di parte".

Tanto chiarito, è bene solo ricordare, da ultimo, che ciò è possibile qualora vengano integrati, però, tutti i presupposti di legge, poiché è assolutamente indispensabile che le 'condizioni di natura oggettiva' di cui si diceva innanzi, comportanti la variazione che giustifica a sua volta la revisione, diano luogo ad una precipua variazione "del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo", operando, le revisioni, "nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire."

Residua un dubbio per l'interprete, al più, circa la correttezza letterale del disposto di cui all'art. 3, comma 2 dell'allegato, là dove lo stesso pare ricondurre la variazione in parola all'indice di riferimento associato alle modifiche contrattuali; ove, invece, più correttamente, in linea con lo spirito stesso della norma, probabilmente il Legislatore voleva esclusivamente confermare quanto già previsto nella disposizione di livello primario ed ancorare detta variazione – come pure pare logicamente corretto – al valore economico del contratto.

3. Art. 9, D. Lgs. 36/2023.

4. Art. 106, D. Lgs. 50/2016.

5. Art. 60, D. Lgs. 50/2016.

5. L'inapplicabilità della disciplina ex art. 1341 c.c. ai contratti pubblici

Tra i motivi di gravame dedotti dal ricorrente merita attenzione, oltre a quanto detto, quello concernente l'applicabilità dell'articolo 1341, secondo comma, c.c. ad un contratto d'appalto stipulato a valle di una procedura di evidenza pubblica.

Si è discusso, in altri termini, della necessità (o meno) della "specifica approvazione per iscritto" della clausola di decadenza prevista, in ipotesi considerata vessatoria.

Ancora meglio, e per chiarire, secondo l'appellante, la clausola che fissava il termine "del 31 marzo", non avendo ricevuto una separata approvazione scritta come richiesto dalla normativa civilistica per clausole legalmente ritenute particolarmente onerose, sarebbe stata allora improduttività di alcun effetto, con evidenti implicazioni sulla validità del termine previsto.

Il giudice, tuttavia, respinge tale impostazione e, ribadendo un principio ritenuto consolidato e persuasivo della giurisprudenza di legittimità civile⁶, esclude che l'articolo 1341, c.c., si applichi (anche) ai capitolati speciali d'appalto predisposti per la regolamentazione di uno specifico rapporto, quale quello derivante dall'affidamento di un servizio pubblico a seguito di gara.

Le motivazioni che sorreggono tale orientamento, in effetti, si fondano su più considerazioni sistematiche di pregio.

In primo luogo, il capitolato speciale d'appalto disciplina un rapporto specifico e non già una serie indefinita di rapporti, destinato, come è, esclusivamente a regolare il rapporto contrattuale con l'aggiudicatario della gara.

Tra l'altro, l'operatore economico, nel momento stesso in cui partecipa alla procedura selettiva, prende pienamente cognizione delle condizioni contrattuali e ne accetta integralmente il contenuto, eliminando così quella "asimmetria informativa" che, nei contratti predisposti unilateralmente, giustifica l'applicazione dell'articolo 1341, c.c.. A ciò aggiungasi pure che il richiamo nel contratto alle disposizioni del capitolato speciale si atteggia alla stregua, comunque, di materiale trascrizione delle clausole contrattuali nel testo negoziale sottoscritto, rendendo superflua la specifica approvazione scritta delle singole clausole considerate vessatorie.

In definitiva, nei contratti con l'Amministrazione non è necessaria la specifica approvazione scritta delle clausole contenute nel capitolato richiamate, a loro volta, dal contratto e, con specifico riferimento al caso sottoposto all'attenzione qui in commento, quand'anche ritenute vessatorie, le stesse sono da considerarsi pienamente efficaci.

L'approdo interpretativo rafforza la certezza dei rapporti contrattuali pubblici, assicurando il rispetto delle condizioni fissate in sede di gara e tutelando l'affidamento dell'amministrazione e degli altri concorrenti.

6. Brevi notazioni a margine

Dalla pronuncia in commento emergono alcune indicazioni operative rivolte ai principali soggetti coinvolti nel settore dei contratti pubblici di cui è il caso di dare rilievo.

Per le stazioni appaltanti, dapprima, si ricava la assoluta necessità di redigere clausole chiare e inequivoche nei capitolati speciali – e più in generale in tutti gli atti che concorrono a formare la /ex di gara.

6. Per cui si rimanda precipuamente alla sentenza.

Quanto ai termini per l'esercizio di diritti accessori in capo all'operatore economico in particolare, come quello alla revisione dei prezzi (quando necessaria la formulazione di istanza), è indispensabile ricorrere ad una formulazione letterale certa che eviti formulazioni ambigue che potrebbero dar luogo a contenziosi.

Gli operatori economici, dal canto loro, saranno chiamati ad uno scrupoloso esame dei capitoli speciali al momento della partecipazione alla gara (e degli altri documenti, verrebbe da dire), ponendo particolare cura nell'individuare i termini e le condizioni che regolano i diritti accessori in discorso ed i correlativi adeguamenti economici; gli stessi dovranno, inoltre, agire tempestivamente, presentando eventuali richieste (se necessarie alla luce della disciplina applicabile) di revisione prezzi entro i termini stabiliti, onde evitare la decadenza automatica.

In ogni caso, per entrambi, è fatto chiaro l'insegnamento di inoperabilità del meccanismo ex art. 1341 c.c. nella disciplina delle pubbliche commesse.

--

Le opinioni espresse nel presente lavoro sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

I reati della fase esecutiva del contratto pubblico

Aldo Areddu

IL
PUN
TO

Premessa

Con il presente contributo intendiamo soffermare l'attenzione sulle figure di reato che connotano la fase di esecuzione di un pubblico contratto di lavori, servizi o forniture, e dunque sulle responsabilità penali in cui possono incorrere l'esponente della stazione appaltante (o del concedente) e/o i suoi organi qualificati (Responsabile unico di progetto, direttore dei lavori o dell'esecuzione, collaudatori), da un lato, nonché il rappresentante dell'operatore economico affidatario, dall'altro, nella fase in cui, intervenuta la sottoscrizione del contratto o comunque la consegna dei lavori o l'avvio di esecuzione delle prestazioni, esso è chiamato a svolgere le attività per le quali ha in precedenza conseguito l'aggiudicazione.

Le fattispecie di illecito che si evocheranno sono previste e punite (i) dal codice penale – si tratta dei delitti di Inadempimento di contratti di pubbliche forniture e di Frode nelle pubbliche

forniture, di cui, rispettivamente, agli articoli 355 e 356 (collocati, nel titolo II del libro secondo, dedicato ai delitti dei privati contro la pubblica amministrazione) – e (ii) dalla legislazione penale speciale (essenzialmente, la l. 13 settembre 1982, n. 646, che contempla le ipotesi di subappalto non autorizzato e di affidamento della guardiania nei cantieri, il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, a proposito dell'affidamento di contratti e subcontratti a soggetti colpiti da interdizioni antimafia ed il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il testo unico dell'edilizia, in particolare alla realizzazione di lavori).

L'avvertenza, doverosa, è che l'illustrazione non intende in alcun modo "competere" con la manualistica tradizionale e non ha neppure la pretesa di fornire una ricostruzione didascalica ed il più possibile esaustiva delle ipotesi di reato, ma di offrire spunti operativi all'operatore del settore, nel quadro del sistema normativo della contrattualistica pubblica.

1. Il reato di inadempimento nelle pubbliche forniture

L'art. 355 c.p. sanziona penalmente "chiunque" (il riferimento ai nostri giorni è, ovviamente, all'appaltatore, al concessionario o al contraente generale, affidatari – a seconda dei rispettivi ambiti prestazionali - di una pubblica commessa), rendendosi inadempiente al contratto, "fa mancare, in tutto o in parte cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio".

A rigore, il codice parla di "contratto di fornitura", ma il riferimento letterale non tragga in inganno: non si tratta del titolare del contratto pubblico di fornitura nella nozione della vigente normazione europea e nazionale.

Il codice Rocco del 1930 non presupponeva, ovviamente, l'ormai consolidata tripartizione di comparti (lavori, servizi e forniture) ma soltanto una disciplina di contabilità di Stato – ancora vigente – nella quale compare un richiamo generico e sostanzialmente indistinto a "lavori e forniture" (art. 4 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; di "forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori" parla, in senso più ampio, il relativo regolamento di attuazione di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827).

Né, del resto, soccorreva il codice civile, che neppure nella versione attualmente in vigore utilizza il lemma "fornitura" (il contratto tipico che più si attaglia sarebbe quello di somministrazione – artt. 1559 ss. – in cui però si opera un costante ed esclusivo riferimento a "prestazioni"), e nel disciplinare il contratto di appalto si dedica prevalentemente ai lavori, salvo proporre una norma di chiusura (art. 1677) che estende le relative norme (e quelle dell'anzidetto contratto di somministrazione) alle "prestazioni continuative o periodiche di servizi".

Che si tratti, in senso ampio, di un qualsiasi contratto pubblico, come attualmente inteso, è confermato dal costante richiamo testuale, nella configurazione base e nelle circostanze aggravanti, a "cose od opere". Dunque, non solo forniture ma anche lavori.

A ben vedere, sono inclusi, oltre ai lavori, anche i servizi: ciò sia perché – come appena detto – il "contratto di fornitura" va inteso come contratto, di volta in volta, di vendita o somministrazione o appalto (e l'appalto in linea generale – come anzidetto – non è solo di lavori ma è anche di servizi) sia soprattutto perché al legislatore non interessa tanto il "tipo" contrattuale, la veste formale, quanto garantire che l'amministrazione pubblica non resti, anche soltanto parzialmente, priva delle prestazioni ad essa necessarie e promesse (per l'espletamento del servizio pubblico o per la funzionalità dello "stabilimento pubblico", es. carceri, ospedale etc.).

A tal fine, tra l'altro, la punizione penale scatta (ultimo comma dell'art. 355) anche – tra gli altri – per i "subfornitori", dunque per i soggetti della filiera contrattuale diversi dall'esecutore principale, che abbiano comunque il compito di far assicurare, sia pure in via mediata ed indiretta, beni ed opere alla committenza pubblica.

Insomma, non basta l'inadempimento in sé e per sé considerato, costituente solo il presupposto della condotta punibile: si richiede, anche ai fini del dolo (o della colpa, nell'ipotesi del secondo comma), che tale non conforme esecuzione del contratto si riverberi, per rapporto di causa ed effetto ("far mancare"), sulla effettiva disponibilità del risultato atteso dal contratto stesso. Allo stesso modo, non è necessario un (presupposto) inadempimento totale in senso civilistico, potendo bastare un inadempimento parziale o un inesatto adempimento in termini di tempo, rispetto alla scadenza contrattuale prevista.

Il reato è – come per tutte le fattispecie di reati contro la p.a. – procedibile d'ufficio, e non consente le cd. misure pre-custodiali (arresto in flagranza e fermo), pur essendo compatibile con misure cautelari, ad eccezione di quella custodiale.

2. Il reato di frode nelle pubbliche forniture

Il delitto di Frode nelle pubbliche forniture presenta tratti di maggior gravità rispetto al precedente; una più marcata afflittività derivante dal raddoppio della pena detentiva minima (un anno, in luogo dei sei mesi previsti per il delitto di inadempimento, di pena detentiva minima), dalla previsione di cinque anni della pena massima (anziché tre) e dalla decuplicazione della pena pecuniaria, che qui è non inferiore a euro 1.032 (rispetto a euro 103, nell'ipotesi dolosa, dell'art. 355 cit.).

Esso prescinde, inoltre, da un previo inadempimento, punendo chi "commette frode nell'esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente". Dunque, anche una esecuzione, in senso privatistico, conforme al programma contrattuale convenuto determina l'incriminazione, se il fatto materiale è connotato da una condotta fraudolenta dell'operatore economico.

Due gli orientamenti emersi, specie in giurisprudenza di legittimità, sul concetto centrale di "frode": se in passato risultava maggioritario quello che lo identifica nella violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. (prospettazione che dunque ancora il reato all'inadempimento civilistico *tour court*), si fa sempre più largo la tesi (tra le varie, Cass. pen., ud. 6 giugno 2024, n. 31918) che impone il ricorso a qualsiasi espediente malizioso o ingannevole tale da dissimulare eventuali vizi della prestazione, idoneo, cioè, a far apparire artatamente l'esecuzione del contratto come conforme in astratto agli obblighi assunti. Si adempie, in sostanza: ma con il sotterfugio.

Non è, tuttavia, necessario che l'espediente giunga a configurare veri e propri artifici o raggiri, costituenti elementi tipici del reato di truffa, né un danno per l'amministrazione.

In ogni caso, vale anche per questa seconda fattispecie quanto rilevato per la prima in termini di interpretazione evolutiva – non

contrastante con i principi fondamentali della tassatività e determinatezza della fattispecie penale, corollari del canone di legalità (art. 25, capoverso Cost.) - del "contratto di fornitura". Locuzione - vale ancora ribadirlo - non da circoscrivere alla nozione attuale, ma tale da ricomprendere qualsiasi "tipo" negoziale avente come esito il conseguimento, da parte della p.a., delle utilità commesse (siano essi lavori, o beni o prestazioni immateriali, anche solo intellettuali).

“frode” è qualsiasi espediente malizioso/ingannevole, anche non integrante artifici o raggiri tipici della truffa, idoneo a dissimulare eventuali vizi della prestazione.

Nello stesso senso, non vincola la parte di previsione (Stato, altro ente pubblico, impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità) che identifica il possibile fruitore delle attività affidate a terzi: se, difatti, la *ratio* ispiratrice è quella di tutelare l'amministrazione pubblica, anzi preoccupandosi con ciò che il presidio non sia limitato a quello statale, o al più ampio novero degli enti pubblici, ma raggiunga altresì figure imprenditoriali chiamate a prestare servizi pubblici o di pubblica necessità, va da sé che il novero della possibile committenza ricomprenda tutte le figure, a prescindere dalla veste giuridica, che, avendo istituzionalmente la cura e la gestione di un pubblico interesse, ricadono nella nozione ampia di stazione appaltante o concedente, nei settori ordinari o speciali, di cui al codice dei contratti pubblici (art. 1, co. 1 dell'all. I.1 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

3. Il reato di subappalto non autorizzato

Il reato di subappalto non autorizzato è disciplinato dall'art. 21 della l. n. 646/82 cit. (cd. legge Rognoni-La Torre), che, nella sua versione attuale - ad esito, cioè, delle modifiche apportate dall'art. 25, co. 1, lett. a) e b), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132 - viene punito: *"Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente"*.

Il reato è ora, dunque, un delitto e non più una contravvenzione, punito tra l'altro con un massimo edittale (cinque anni) (i) astrattamente compatibile (art. 280 c.p.p.) con l'arresto facoltativo in flagranza di reato e con misure cautelari custodiali (carcere o arresti domiciliari), (ii) preclusivo dell'istituto della sospensione del processo per messa alla prova (art. 168 *bis* c.p.) e tale da prevedere - ferma comunque la competenza del Tribunale in composizione monocratica - la celebrazione dell'udienza preliminare (non essendo prevista la citazione diretta a giudizio da parte del pubblico ministero ex art. 550 c.p.p.).

Alla sanzione detentiva si aggiunge una pena pecuniaria, differenziata - diversamente dalla prima - tra appaltatore e subappaltatore o cottimista, e (previsione inusuale nel diritto penale) ragguagliata, in valore percentuale, agli importi del contratto principale e di quello derivato.

Quanto all'ambito applicativo, la previsione dell'eventualità di un subappalto (o di un cottimo) affidati in concreto (*"di fatto"*) a terzi evidenzia la volontà del legislatore di prescindere dall'esistenza formale o dal nome del sub contratto, e di voler colpire, comunque, l'appaltatore che decida autonomamente di traslare a terzi una parte dell'opera commessagli, così consentendo il reale ingresso in cantiere di soggetti non autorizzati e potenzialmente idonei a determinare infiltrazioni nella commessa pubblica della criminalità organizzata.

Sebbene, poi, la fattispecie operi un esplicito richiamo ad *"opere"*, essa riguarda anche gli appalti di servizi: è rimasta, difatti, isolata la pronuncia della Corte suprema (sez. IV, sent., 14 luglio 2000, n. 8243) che, in rigorosa applicazione dei surricordati principi generali di legalità e tassatività, ed al connesso divieto di analogia sfavorevole al reo (art. 14 delle preleggi al codice civile), aveva circoscritto il perimetro ai soli affidamenti di lavori pubblici.

Anche nella più autorevole prassi amministrativa, tale orientamento per così dire restrittivo, sostenuto inizialmente dal Ministero dei lavori pubblici con la circolare 9 marzo 1983, n. 477/UL, era stato subito superato dapprima dal Ministero della Giustizia (circolare 8 giugno 1983 n. 1/2439 U.L.) e poi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica (circolare del 17 marzo 1984, richiamante due pareri resi dal Consiglio di Stato, sez. III, 29 novembre 1983 n. 870 e 20 gennaio 1984 n. 29, e dall'Avvocatura generale dello Stato).

Si è, difatti, più volte nel tempo affermato - Cass. pen., sez. V, sent. 9 settembre 2009, n. 35057 - che l'esclusione degli affidamenti di servizi tradirebbe la già ricordata finalità della previsione, ossia quella di impedire la penetrazione nelle pubbliche commesse di soggetti legati alle organizzazioni criminali mafiose e assimilate, a prescindere dalla formale tipologia di contratto (ciò proprio al fine di evitare che essa sia sostanzialmente aggirata facendo semplicemente leva sul *nomen iuris* affidato, di volta in volta, al rapporto negoziale).

Più articolato, invece, il tema dei cd. contratti similari. Tali sono, come noto, quelle ipotesi negoziali - tra le altre, il nolo a caldo e la fornitura con posa in opera - non esplicitamente qualificabili subappalto, ma ad esso assimilabili in forza della presenza di una componente *"personalistica"*: l'ausilio assicurato da lavoratori, dipendenti o autonomi, che si aggiungono alla *"neutra"* fornitura di un bene o di un materiale.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione sono emersi nel tempo tre distinti orientamenti:

- 1) un primo, sostenuto da sez. I, 10 febbraio 1995, n. 1383 e 14 marzo 1996, n. 3458, che li esclude dal cono applicativo della norma, nel presupposto che non sussisterebbe un collegamento tra norma penale e normativa antimafia diversa da quella penale (allora costituita dall'art. 18 l. n. 55/90);
- 2) Un secondo - sintetizzato da Cass. pen., sez. III, sent. 12 gennaio 2006, n. 792 - che, invece, li include senz'altro, ricordando che *"ai fini della qualificazione del contratto non si deve avere riguardo al nomen iuris attribuito dalle parti, ma alla funzione economico-sociale che l'atto è destinato a realizzare, posto che lo scopo della norma è quello di vietare l'infiltrazione di associazioni mafiose o comunque criminose nell'esecuzione delle opere pubbliche"*;
- 3) Un terzo (come il precedente, e a differenza del primo, imperniato sul principio per cui la norma penale è nei contenuti integrata dalla legge speciale che definisce il subappalto) - rappresentato da sez. VI, sent. 3 novembre 2005, n. 39913 - a tenore del quale la fattispecie penale riguarderebbe solo i contratti simili di importo superiore a quello normativamente previsto per la definizione di subappalto (ossia, secondo la definizione giunta fino ai nostri giorni, *"il cui valore sia superiore al 2% dei lavori affidati e d'importo superiore ai 100.00 ECU e sempreché il valore del costo della mano d'opera sia pari o superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare"*), con esclusione pertanto di quelli sottosoglia, in quanto *"il legislatore ha voluto escludere dall'ambito della sua operatività quelle attività che, pur astrattamente rientrando nel novero del subappalto o del cottimo, siano così marginali e trascurabili rispetto all'intero appalto da escludere qualsiasi rischio di interessamento da parte di consorterie criminali"*.

E' quest'ultima soluzione mediana a prevalere: la stessa Corte l'ha richiamata espressamente negli anni successivi - sez. III, sent. (ud. 1°

dicembre 2010) 19 gennaio 2011, n. 1551 - *"aggiornandosi"* ai mutamenti normativi frattanto intervenuti (in quest'ultima, difatti, si richiama l'art. 118, co. 11 del d.lgs. 163/06 cit., cd. codice De Lise, il quale aveva confermato il testo dell'art. 18 della l. n. 55/90 cit., nelle modifiche che erano state progressivamente introdotte dalle versioni *ter* e *quater* della legge quadro del 1994).

L'orientamento è dunque sostanzialmente allineato alle indicazioni costantemente fornite dall'ANAC (ed ancor prima dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) - per maggiori approfondimenti rinviamo a precedente contributo su questa rivista, *"Il reato di subappalto non autorizzato e 'il problema' dei contratti simili"*, il 14 ottobre 2024- in materia di subappalto:

- a. è subappalto di lavori qualsiasi sub contratto che preveda l'affidamento di una parte, anche minimale, delle lavorazioni appaltate;
- b. è contratto simile al subappalto di lavori (ad esso assimilato) qualsiasi contratto di fornitura o nolo accompagnato da attività lavorativa, e dunque provvisto di una componente lavoristica prevalente (al 50% rispetto all'importo del subcontratto), se di importo superiore alle più volte ricordate soglie (2%; 100.000 euro);
- c. è sub contratto, dunque non subappalto (o assimilato) - e come tale non richiedente l'autorizzazione (ma soltanto la comunicazione preventiva, oggi stabilita all'art. 119, co. 2, terzultimo periodo d.lgs. n. 36/23) - la fornitura con posa in opera o il nolo a caldo con componente lavoristica inferiore al 50%, oppure quella che, sebbene superiore, non sfiori però gli anzidetti limiti economici, restando cioè al di sotto del 2% dell'importo dell'appalto principale o 100.000 euro.

Seguendo dunque la surricordata tesi prevalente per la quale l'art. 21 l. n. 646/82 attinge direttamente dalla nozione di subappalto dalla normativa pubblicistica, va ritenuto penalmente rilevante, in ambito lavori, il ricorso - non debitamente autorizzato - oltre che al subappalto (nell'ampia accezione civilistica pura

ribadita dagli ultimi due codici del 2016 e del 2023), anche ai contratti simili sopra soglia, risultando invece esclusi dalla punizione sia di quelli di entità inferiore sia – a maggior rilievo – i subcontratti di mero servizio o mera fornitura. Se, infine, l'appaltatore affida un sub contratto nei confronti di un soggetto colpito da interdizioni antimafia (le misure di prevenzione di cui all'art. 57 del codice antimafia), opera il delitto di affidamento non autorizzato a carico del pubblico amministratore, funzionario o dipendente dello Stato o di altro ente pubblico, ovvero del concessionario o del contraente generale che abbia "consentito alla conclusione" dello stesso (e più in generale di "contratti"), previsto e punito dall'art. 74, co. 3 dello stesso codice con la reclusione da due a quattro anni (da tre mesi ad un anno nell'ipotesi colposa del co. 4). Si tratta, difatti, della fattispecie illecita sostanzialmente speculare a quella dell'art. 21, e relativa - stavolta - agli organi della committenza pubblica.

“ il delitto di subappalto riguarda anche gli affidamenti di servizi nonché i contratti simili cd. sopra soglia. ”

4. Il reato di guardiania non qualificata nei cantieri

L'art. 22 della più volte ricordata l. n. 646/82 stabilisce, al primo comma, che l'eventuale custodia dei cantieri installati per la realizzazione di opere pubbliche deve essere affidata a persone provviste della qualifica di guardia particolare giurata.

La norma non obbliga il committente pubblico a garantire la custodia delle aree di sedime, ma ove intenda farlo dovrà ricorrere alle figure qualificate regolamentate dal Titolo IV del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza).

Correlativamente, l'art. 133 di quest'ultimo – che inaugura la serie di previsioni del t.u. dedicate, per l'appunto, alle guardie particolari ed agli istituti di vigilanza e di investigazioni privata – stabilisce, in particolare e per quanto qui interessa, che gli enti pubblici possono destinare guardie particolari alla vigilanza o custodia delle loro proprietà mobiliari od immobiliari.

L'inosservanza della previsione comporta (secondo comma), per l'appaltatore e il direttore dei lavori (trattandosi di reato proprio, ossia con soggetto agente determinato), l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda (nella versione originaria, ovviamente) da lire centomila ad un milione.

Viene così configurato un reato contravvenzionale, con quanto ne consegue in termini – tra l'altro e senza alcuna pretesa di esaustività – di indifferenza, per quanto riguarda l'elemento soggettivo, del dolo e della colpa (art. 42, ult. comma c.p.), dell'esclusione del tentativo (art. 56 c.p.) e della recidiva (art. 99 c.p.), nonché dell'operatività dell'oblazione – qui facoltativa, stante la presenza della pena detentiva (ma vedremo, nel seguito, ipotesi di illecito punite con la sola ammenda e dunque oggetto di oblazione ordinaria, ex art. 162 c.p. - quale causa di estinzione del reato (art. 162 bis c.p.).

Tutte le previsioni che seguiranno nel successivo paragrafo, come la presente, sono parimenti contravvenzioni.

5. Altre previsioni penali in materia di appalti di lavori

Si rassegnano qui le previsioni di natura penale che, come la precedente fattispecie, attengono in via esclusiva al comparto lavori, tutte contenute nel d.P.R. n. 380/01 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia).

In particolare, sono riportate le condotte punite nella realizzazione di opere, o parti di esse, di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso o a struttura metallica, con

indicazione per ciascuna delle relative sanzioni edittali:

art. 71, co. 1: affidare, dirigere ed eseguire gli interventi, in difetto di affidamento della progettazione e della direzione degli stessi a tecnici abilitati, iscritti nel relativo albo e nei limiti delle competenze fissate dalle leggi sugli ordini e collegi professionali (arresto fino a tre mesi o ammenda da 103 a 1032 euro);

art. 71, co. 2: produrre in serie manufatti in violazione delle disposizioni dell'art. 58, che stabiliscono doveri di informazione al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché di fornitura di dati e prescrizioni necessari per il trasporto e montaggio (arresto fino ad un anno o ammenda da 1032 a 10329 euro);

art. 72, co. 1: omettere o ritardare, da parte del costruttore, la denuncia dei lavori di realizzazione allo Sportello unico dell'edilizia prevista dall'articolo 65 (arresto fino a tre mesi o ammenda da 103 a 1032 euro);

art. 73, co. 1: mancata conservazione o non regolare tenuta, da parte del direttore dei lavori, per tutta la durata di esecuzione delle opere, della denuncia dei lavori anzidetta e della relativa attestazione di deposito (ammenda da 41 a 206 euro);

art. 73, co. 2: mancata conservazione o non regolare tenuta, da parte del direttore dei lavori, del giornale dei lavori, anche da vistare periodicamente ed in particolare nelle fasi più importanti dell'esecuzione (ammenda da 41 a 206 euro);

art. 74, co. 1: inosservanza, da parte del collaudatore, dell'obbligo di effettuare il collaudo statico entro 60 giorni dalla comunicazione di avvenuta copertura dell'edificio di cui all'art. 67, co. 5 (ammenda da 51 a 516 euro);

art. 75, co. 1: consentire, da parte di "chiunque", l'utilizzazione delle costruzioni prima del rilascio del certificato di collaudo

(arresto fino ad un mese o ammenda da 103 a 1032 euro).

Infine, rileva l'art. 93, il cui comma 1 punisce chiunque violi le prescrizioni contenute nel capo IV (recante Provvedimenti per le costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche), artt. 83-106, nonché nei decreti interministeriali di cui agli artt. 52 (norme tecniche generali) e 83 (norme tecniche specifiche), con l'ammenda da euro 206 a euro 10.329.

I reati previsti dal t.u. edilizia sono tutte fattispecie contravvenzionali.

6. Conseguenze sulla partecipazione alle procedure selettive

Come già analizzato in un precedente contributo in questa rivista ("Le turbative di gara nel codice penale", marzo 2025 relativo ai delitti di turbativa, anche per i reati della fase esecutiva previsti dal codice penale (inadempimento e frode), compresi quelli tentati, una condanna in via definitiva, oppure un decreto penale di condanna irrevocabile, costituiscono causa di esclusione automatica dalle procedure di affidamento ai sensi dell'art. 94, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/23.

Pure per i due illeciti anzidetti - egualmente alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti), unica tra le tre che riguardano la fase dell'affidamento di un contratto pubblico - opera la pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione prevista dall'art. 32 *quater* c.p., se il delitto sia stato commesso a danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale, o comunque in relazione ad essa. E La pena accessoria in argomento costituisce causa espulsiva automatica ai sensi dell'art. 94, co.1, lett. h) del codice.

Invece, diversamente dai reati di turbativa di gara e del procedimento di selezione del contraente (rispettivamente, artt. 353 e 353

bis c.p.), i delitti di inadempimento o frode non costituiscono "situazioni" da cui desumere un "tentativo di infiltrazione mafiosa" ai sensi dell'art. 84, co. 4 del codice antimafia.

Come ulteriore momento di differenza rispetto ai primi due reati (e a quello di astensione dagli incanti), l'art. art. 323 *ter* c.p. non li annovera tra quelli per i quali può operare la non punibilità in presenza delle ipotesi di ravvedimento ivi previste (auto denuncia; resa di indicazioni utili per la prova del fatto e l'individuazione di correi).

La solo contestata commissione di inadempimento o frode nelle pubbliche forniture costituisce causa di esclusione non automatica dalla procedura di gara, in quanto già la formulazione dell'imputazione, ovvero l'applicazione di una misura cautelare, configura (art. 98, co. 3, lett. g) del codice) elementi al cui verificarsi è possibile desumere l'illecito professionale rilevante ai fini dell'esclusione.

Infine, alcun rilievo escludente diretto, automatico o no, da ultimo, presenta tutte le altre fattispecie illustrate in precedenza, neppure sotto il profilo della legislazione antimafia. Per la sola ipotesi di subappalto non autorizzato, prevedendo l'art. 21 cit. la facoltà per la stazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto, tale esito potrebbe, in linea di principio – profilo civilistico che esula dalla presente illustrazione - costituire fonte di illecito professionale ai sensi dell'art. 98, co. 3, lett. c) del codice dei contratti pubblici, e dunque causa di esclusione non automatica.

Revisione prezzi nel correttivo al Codice dei contratti pubblici: le novità.

di Stefano De Marinis

IL
PUN
TO

Premessa

La revisione prezzi, istituto di fondamentale importanza in materia di contratti pubblici, è stato disciplinato ex novo dal codice del 2023 ed ulteriormente ridefinito dal correttivo in vigore dal 31 dicembre 2024; ciò, dopo la sua temporanea cancellazione, specie per i lavori, ad opera dell'art.26 della legge n. 109 del 1994 ed il progressivo recupero prima a seguito del decreto legislativo n.163 del 2006, poi del decreto n.50 del 2016 e, da ultimo, del decreto legge n.4 del 2022 che ne ha ripristinato in via urgente il carattere obbligatorio.

L'elemento che ha originato l'importante mutamento di approccio legislativo di cui è espressione, a regime, l'art.60 del d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, deriva da alcuni fattori eccezionali che tra il 2020 ed il 2023 hanno gravemente alterato un contesto economico stabile, caratterizzato da basso costo del danaro ed inflazione inesistente, cosa che, salvo limitate eccezioni, generava andamenti prevedibili nelle dinamiche dei prezzi e conseguente ridotta attenzione verso la disciplina revisionale.

La grave perturbazione dei mercati dovuta non solo allo strappo legato alla prepotente ripresa economica dopo il lockdown per la pandemia, ma anche agli effetti del contemporaneo esplicitarsi dell'operazione 110% e, di lì a poco, a quelli conseguenti alla crisi energetica per il conflitto

russo ucraino, hanno imposto interventi urgenti e straordinari, anche sul piano dei principi di diritto, da parte del legislatore per sanare ex post relazioni contrattuali nate in contesti normativi di sostanziale disinteresse per l'istituto.

Le riferite circostanze non sembrano peraltro superate, se è vero che i cambiamenti legati alle più recenti evoluzioni negli assetti del mondo occidentale lasciano intravedere ulteriori momenti di tensione dei mercati destinati a riproporsi nel tempo, aspetti questi che hanno spinto il legislatore ad aggiornare il testo dell'articolo 60 e ad introdurre un nuovo corposo allegato II.2 bis nel codice.

Di alcuni dei principali aggiornamenti recati dal decreto correttivo si intende dare di seguito conto, senza volerne esaurire il quadro né poter escludere nuovi interventi che, anche a breve, potrebbero intervenire sulla materia, come è già possibile leggere all'art.9 del decreto legge n.73 del 21 maggio scorso, ancorché al momento destinati solo a sanare aspetti legati al regime straordinario *ante* nuovo codice.

“ **Revisione prezzi: si completa il recupero dell'istituto con l'aggiornamento dell'art.60 del codice ed un nuovo corposo allegato** ”

1. La delega

Tanto premesso, la scelta di intervenire con modalità totalmente nuove rispetto al decreto 50 la si legge già nella delega alla nuova codificazione, sostitutiva della precedente risalente al 2016, che proprio per il fatto di venir adottata nel pieno delle difficoltà di cui si è accennato, ha espressamente indicato che il nuovo regime avrebbe dovuto prevedere: ***l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa***

1.1 La revisione prezzi come obbligo per lavori forniture e servizi.

Primo importante elemento è la conferma di aver sottratto alle scelte unilaterali della committenza l'operatività della disciplina revisionale com'era viceversa previsto nella precedente disciplina, di cui all'articolo 106, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n.50, che subordinava l'operatività del l'istituto alla sua previsione espressa, peraltro come fatto eventuale (... se ... previste ...), nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili.

Al riguardo, l'articolo 60, comma 1, del nuovo codice, dopo aver giustamente separato la disciplina revisionale da quella delle

modifiche contrattuali nella quale era stata improvvidamente ricondotta, prevede che *nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto.*

Escluse a priori solo le prestazioni ad esecuzione istantanea

L'indicazione, che nella sua generale portata include sia i contratti di lavori che quelli di forniture ed i servizi, espressamente escludendo l'allegato II.2 bis solo le prestazioni *ad esecuzione istantanea*, ricalca quanto già disposto in via emergenziale, ad inizio 2022, dall'art.29 del decreto legge 27 gennaio 2022, n.4; ciò aprendo il campo ad una serie di questioni non secondarie quali, ad esempio, le conseguenze in caso di mancata previsione della stessa, se, quindi, il relativo regime si imponga o meno comunque, rilevando anche in caso di eventuale accettazione di clausole di rinuncia, anche implicite, quali quelle derivanti dal mero rinvio contrattuale ad un capitolato speciale che la escluda.

1.2 Decorrenza revisionale e prestazioni da considerare: le modifiche più significative

Acquisita la conferma del recupero della disciplina revisionale come elemento necessario degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ciò che viceversa è da registrare come radicale modifica rispetto al quadro delle regole storicamente consolidate nella materia, peraltro fin qui mai smentite, riguarda il momento della decorrenza del computo degli incrementi di prezzo rispetto al quale definire il compenso spettante, che non è più quello dell'offerta bensì l'aggiudicazione.

In questo senso depongono i contenuti dell'allegato II bis che, con previsioni sostanzialmente uguali sia per i lavori (art.4) che per forniture e servizi, prevedono che le

variazioni allo scopo rilevanti sono calcolate con decorrenza dal *mese del provvedimento di aggiudicazione*.

Stante l'assoluta novità della scelta operata dal correttivo, che pone a carico dell'appaltatore l'alea legata al tempo che intercorre tra la formulazione dell'offerta e l'aggiudicazione, per altro generando il dubbio fin qui non rilevato di un potenziale conflitto con la delega che sembra valorizzare il momento dell'offerta, l'allegato II.2 bis dispone che i *documenti iniziali di gara* devono prevedere *che, in caso di sospensione o proroga dei termini di aggiudicazione nelle ipotesi previste dal l'Allegato I.3., il valore di riferimento per il calcolo della variazione è quello relativo al mese di scadenza del termine massimo per l'aggiudicazione* ivi previsto, diverso a seconda della tipologia di gara e del criterio di aggiudicazione prescelto.

“ **La revisione prezzi
decorre dall'aggiudicazione
(non più dall'offerta)** ”

Al di là del fatto di chiedersi, anche in questo caso, quale sarà la disciplina applicabile laddove questa previsione manchi o non sia riportata nei documenti iniziali di gara, altro tema riguarda quale sia il significato da attribuire alla previsione, in questo caso già contenuta nella stesura del 2023, per la quale le variazioni degli indici superiori alle soglie previste vengono applicate alle prestazioni *“da eseguire”*.

Sebbene l'art.60 riferisca siffatta modalità tanto per la remunerazione dei contratti di lavori che per quelli di forniture e servizi, l'allegato II.bis legge detta previsione nel senso di *“ancora da eseguire”* solo per forniture e servizi, disciplinando viceversa, i lavori in modo tradizionale con la previsione dell'integrazione degli stati di avanzamento ordinari con quelli revisionali.

1.3. Le condizioni oggettive (soglie di operatività) e non prevedibili (alea); la differenziazione tra diverse tipologie di contratto.

Altro importante profilo che torna in linea di continuità con la disciplina previgente, per lo meno quella emergenziale che risulta così stabilizzata, riguarda le soglie di rilevanza della variazione dei costi della prestazione dedotta in contratto, al superamento delle quali, da misurarsi attraverso appositi **indici sintetici** di riferimento (*indice* per gli appalti di lavori, *sistema ponderato di indici* per servizi e forniture), scattano le condizioni oggettive per l'applicazione della revisione prezzi, da applicare, come testé detto, alle prestazioni da eseguire.

Anche su tale ulteriore aspetto si innestano questioni non di poco momento, conseguenti anzitutto al fatto che il correttivo differenzia in modo importante la disciplina applicabile ai lavori, rispetto alle forniture ai servizi.

Infatti con riferimento ai parametri operativi, per i lavori il comma 2 dell'articolo 60, nella sua più recente formulazione, prevede, alla lettera a), la rilevanza delle variazioni del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiori al 3 % dell'importo complessivo e che la revisione venga riconosciuta nella misura del 90 % del valore eccedente detta variazione dell'indice di costo specificamente individuato; relativamente alle forniture ed ai servizi, la successiva lettera b) mantiene, viceversa, i riferiti valori numerici rispettivamente al 5% e all'80.

Al di là dell'evidente differenziazione, ragione principale su cui si fondano, a fini di riallineamento, le istanze ulteriormente modificative della disciplina in essere (fin qui prive di utile riscontro ma che potrebbero riceverlo alla prima occasione utile), questione del tutto specifica ai lavori riguarda la natura, innovativa o interpretativa della previsione con la quale il correttivo indica che il 90 % dell'incremento da riconoscersi riguarda il valore eccedente la variazione dell'indice.

“ **Disparità di trattamento tra lavori da un lato e forniture e servizi dall'altro?** ”

Nel parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto correttivo (n.1427 del 2024), infatti, si opta per la prima lettura, evidenziando che nella formulazione del 2023 ... *relativamente al quantum, la variazione delle condizioni economiche negoziali è commisurata all'80% "della variazione stessa" (si intende: della intera variazione dei prezzi, purché beninteso superiore alla ridetta soglia)* e che, per contro, nella nuova versione, *l'aumento (o il decremento) si determina nella misura dell'80% della sola variazione eccedente la soglia*. Ciò a differenza di quanto lo stesso parere riporta essere l'avviso del Governo reso nella relazione che accompagna detto schema, avviso che, se confermato, recherebbe l'obbligo di ricalcolare retroattivamente i compensi erogati, o ancora da erogarsi, su tali basi, pur con la diversa soglia del 5% originariamente prevista.

1.4 Gli indici

Allo scopo di rendere autoesecutiva la disciplina revisionale, in coerenza con un principio generale ispiratore del Codice, il comma 3 dell'articolo 60 fin dall'originaria formulazione faceva riferimento all'utilizzo, quale riferimento per la determinazione degli incrementi di costo, ad **indici sintetici** di variazione elaborati dall'ISTAT, tanto relativamente ai contratti di lavori quanto a quelli riguardanti i servizi e le forniture.

Ad ulteriore rafforzamento dell'intendimento di differenziare la disciplina dei lavori da quella delle forniture e dei servizi, la più recente formulazione dell'articolo 60 prevede che solo nel secondo caso rimanga l'aggancio all'ISTAT dei relativi indici, comunque da individuare gara per gara; per i lavori il nuovo comma 4 affida al Ministero delle Infrastrutture, sentito l'ISTAT, la determinazione degli indici di costo relativi alle 20 Tipologie Omogenee definite TOL, elaborate ex novo e corrispondenti ad

altrettante lavorazioni indicate nelle apposite tabelle A.1 e A.2 del corpusso allegato II.2-bis.

Quanto ai servizi ed alle forniture, gli indici ISTAT già operanti dei prezzi al consumo, di quelli alla produzione industriale e dei servizi nonché delle retribuzioni contrattuali orarie vengono articolati e più efficacemente associati nelle tabelle D.1, D.2 e D.3, a ciascuna delle tante tipologie contrattuali che caratterizzano tale comparto, individuate nella tabella D che a tali fini valorizza i corrispondenti codici CPV.

Per gli appalti di servizi e forniture che dispongono, in base alla disciplina settoriale, di specifici indici di determinazione della variazione del prezzo, ai sensi dell'art.10, comma 2, dell'all.II bis, viene poi espressamente disposto che i documenti di gara iniziali, ovvero, in caso di affidamenti diretti, le determine a (*rectius* decisioni di) contrarre possano stabilire che le clausole di revisione dei prezzi operino sulla base dei predetti indici settoriali.

“ **Possibilità per servizi e forniture di prevedere oltre alle clausole revisionali meccanismi ordinari di adeguamento dei prezzi ad indici inflattivi** ”

Ulteriore elemento che, nella più recente formulazione della disciplina codicistica va a differenziare la regolamentazione dei due comparti, riguarda ancora una volta servizi e forniture dove il nuovo comma 2 bis dell'art.60 dispone la facoltà di inserire nel contratto, **oltre** alle clausole revisionali propriamente dette, meccanismi ordinari di adeguamento dei prezzi contrattuali all'indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti, precisando a tali fini che in detta ipotesi, l'incremento così riconosciuto non è considerato nel calcolo della variazione del costo rilevante per l'attivazione delle clausole di revisionali.

Orbene il fatto che la legge parli di meccanismi ordinari **convenzionalmente individuati tra le parti**, per altro da inserire *in contratto* evoca alcune perplessità in ordine al fatto che riferendosi “alle parti” il legislatore sembra evocare attività da svolgersi post gara e solo con l’aggiudicatario secondo uno schema negoziale non in linea con i principi che tuttora presidiano la materia revisionale, ovvero la necessità, ai sensi del comma 1 dell’art.60, che questa sia regolata mediante clausole inserite nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento.

Le disposizioni sull’obbligo di prevedere clausole revisionali non si applicano, ai sensi dell’ultimo periodo del comma 4 ter, dell’art.60, agli appalti di servizi e forniture il cui prezzo è determinato sulla base di una indicizzazione.

1.5 La copertura finanziaria della spesa

Per quanto riguarda la copertura finanziaria dei maggiori costi conseguenti all’applicazione della disciplina revisionale, la disciplina che pone il codice, al comma 5, dell’art.60, appare del tutto in linea con quella precedente anche di natura emergenziale, secondo la quale le stazioni appaltanti utilizzano:

- a) nel limite del 50% le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;
- b) le somme derivanti da ribassi d’asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;
- c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

Sul punto, l’art.15, comma 1, dell’all. II bis, precisa che, tra le somme a disposizione per i lavori, lo specifico accantonamento destinato a coprire la revisione prezzi e le modifiche contrattuali previste all’art. 120, comma 1, lettera a), del codice, non soffre la limitazione del 50%.

“ Obbligo di reintegro delle somme disponibili per il pagamento della revisione prezzi e destinazione delle somme rivenienti dalla sua applicazione in diminuzione ”

Completa la disciplina codicistica il comma 2 stabilendo che, in caso di variazioni del costo dei lavori, dei servizi e delle forniture, in diminuzione, le somme così disponibili sono iscritte negli specifici accantonamenti dei quadri economici riguardanti la revisione prezzi e le modifiche contrattuali.

Importante indicazione aggiuntiva è, infine, quella di cui al comma 4, in forza della quale quando le somme complessivamente disponibili per la revisione prezzi risultano utilizzate o impegnate in una percentuale almeno pari all’80%, la stazione appaltante deve attivare in tempo utile le procedure per il reintegro, nel caso di lavori anche attraverso rimodulazione della programmazione triennale o del l’elenco annuale dei lavori, o con le economie derivanti da possibili varianti in diminuzione dello stesso contratto.

2. Il diritto transitorio

Ulteriori differenze tra lavori da un lato e forniture e servizi dall’altro riguardano l’applicazione temporale del regime definito dal correttivo. Mentre per le forniture ed i servizi la lettera b) dell’art.16, comma 1, dell’all. II.2 bis prevede l’applicazione delle nuove regole a tutte le procedure di affidamento avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.lgs n.209, ovvero il 31 dicembre 2024, per quel che riguarda i lavori la questione è più articolata.

“ **Per i lavori l'operatività delle nuove regole è rinviata alla data di pubblicazione dei TOL** ”

Le nuove regole si applicheranno, infatti, dalla data di pubblicazione del provvedimento da adottarsi dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, per fissare gli indici sintetici di costo delle lavorazioni riferiti alle individuate tipologie omogenee (TOL).

Alle procedure di affidamento avviate fino alla suddetta data continuano viceversa ad applicarsi, in via transitoria, le disposizioni dell'articolo 60, comma 3, lettera a) e 4 del codice, nel testo vigente al 1° luglio 2023.

A decorrere dalla predetta data gli indici di costo pubblicati sul portale istituzionale dell'ISTAT ai sensi dell'articolo 60, comma 3, lettera a), e comma 4, vigente al 1° luglio 2023, potranno essere utilizzati solo a fini statistici.

3. Estensione della clausola revisionale ai subcontratti/subappalti.

Tra le innovazioni più significative da ascrivere ai contenuti del correttivo rilevano senza dubbio le previsioni che estendono ai subappalti ed ai sub contratti i contenuti della disciplina revisionale intercorrente tra stazione appaltante e contraente principale.

In questo senso la disposizione di fonte codicistica si rinviene nel nuovo comma 2 bis dell'art.119 a tenore della quale nei contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante è d'obbligo inserire clausole revisionali riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto, determinate in coerenza con quanto previsto dagli artt. 8 e 14 dell'allegato II.2-bis, che si attivano al verificarsi delle stesse condizioni oggettive dell'articolo 60, comma 2 del codice.

Posto che *i subcontratti comunicati alla stazione appaltante* sono **tutti i subcontratti che non**

sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, l'applicazione della previsione è riconducibile all'all.II bis che, in questo caso con disciplina unitaria per lavori, forniture e servizi, stabilisce che la definizione delle relative clausole avviene tra le parti tenuto conto dei meccanismi revisionali e dei limiti di spesa di cui all'articolo 60 del codice, delle specifiche prestazioni oggetto del contratto di subappalto o del sub-contratto e delle modalità di determinazione degli indici sintetici come indicati nell'allegato.

“ **Obblighi di verifica delle singole clausole da parte delle stazioni appaltanti?** ”

L'appaltatore è responsabile della corretta attuazione dei predetti obblighi.

E' altresì stabilito che, laddove le prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal subcontraente siano pagate direttamente dalla stazione appaltante al titolare del relativo contratto, la determinazione e il pagamento delle somme, in aumento o in diminuzione, dovute a titolo di revisione dei prezzi sono effettuati in coerenza con le corrispondenti modalità di verifica delle variazioni dei costi e termini di pagamento previsti nel contratto principale; diversamente l'appaltatore procede alla determinazione e al pagamento dei compensi revisionali secondo quanto previsto, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 60 del codice e al presente Allegato, nel contratto di subappalto o nel sub-contratto.

4. Conclusioni: ampie tutele degli operatori economici per il riequilibrare del sinallagma contrattuale.

La revisione prezzi non è peraltro l'unico rimedio che il Codice dei contratti mette a disposizione degli operatori economici per il riequilibrio del sinallagma nel caso di disallineamento delle rispettive obbligazioni successivamente alla sottoscrizione del contratto.

A parte la possibilità di optare per clausole di indicizzazione per forniture e servizi, secondo quanto già evocato, l'articolo 2, comma 2, dell'allegato II.2.bis prevede che, laddove l'applicazione delle clausole revisionali non garantisca il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e non sia possibile garantire il medesimo principio mediante rinegoziazione secondo buona fede, è sempre fatta salva, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera b), la possibilità per la stazione appaltante o l'appaltatore di invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto.

Revisione prezzi e rinegoziazione del contratto, ai sensi dell'art.120, comma 8 del codice, trovano infatti origine e ragion d'essere comune nell'articolo 9 del codice, che assicura continuità ai contratti in corso di esecuzione senza, però, eliminare il rischio di impresa.

Ne deriva, quindi, l'esistenza di ben 4 livelli di protezione nel sistema legislativo attualmente fissato dal decreto legislativo n.36 del 2023 per gli operatori economici: revisione prezzi, indicizzazione, rinegoziazione, risoluzione ai sensi 122 c.5, opzione, quest'ultima, fruibile anche lato pubblica amministrazione.

Whistleblowing – Profili evolutivi, normativi e giurisprudenziali della segnalazione di fenomeni corruttivi negli appalti pubblici

di Claudio Beneduce

IL
PUN
TO

Premessa

Il presente contributo si occupa dei profili normativi e giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'istituzione prima e l'evoluzione poi del **"whistleblowing"**.

Si esamina il processo che ha portato, nel panorama contemporaneo, alla definizione del whistleblower quale figura emblematica di un nuovo paradigma etico, in cui il silenzio non è più sinonimo di lealtà, ma di complicità.

Il whistleblower è colui che, rompendo l'omertà organizzativa, segnala comportamenti illeciti, frodi, corruzione, abusi o violazioni di norme. In contesti dove il conformismo e la paura dominano, la sua figura è quella del "disobbediente etico", che agisce non per interesse personale, ma per un bene superiore: la legalità.

L'importanza crescente del whistleblowing ha trovato oggi pieno ed espresso riscontro anche a livello normativo. Con la Direttiva (UE) 2019/1937 e il recepimento in Italia

tramite il D.lgs. n. 24/2023, si rafforza, infatti, la protezione del segnalante, garantendogli anonimato, tutela contro le ritorsioni e canali di segnalazione sicuri.

La normativa impone agli enti pubblici e privati di predisporre procedure trasparenti, coinvolgendo anche gli Organismi di Vigilanza. Si tratta di una svolta lenta ma fondamentale, che istituzionalizza una volta e per tutte la figura del whistleblower come presidio di democrazia organizzativa e integrità.

“ **L'importanza crescente del whistleblowing ha trovato oggi pieno ed espresso riscontro anche a livello normativo con la Direttiva (UE) 2019/1937 e il recepimento in Italia tramite il D.lgs. n. 24/2023 che istituzionalizza la figura del whistleblower come presidio di democrazia organizzativa e integrità.** ”

1. La introduzione dell'istituto del Whistleblowing dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 alla legge 30 novembre 2017 n. 179.

In Italia, l'istituto giuridico del *Whistleblowing* è stato introdotto **dalla legge 6 novembre 2012, n. 190** «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», adottata sulla scorta della spinta eurounitaria ed in ottemperanza agli obblighi convenzionali. In particolare, l'art. 1, co. 51, della richiamata legge ha introdotto **l'art. 54-bis all'interno del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165** «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche». Tale norma prevedeva un regime di tutela del dipendente pubblico che avrebbe segnalato condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Il Legislatore del 2012, pertanto, su pressante sollecitazione delle indicazioni eurounitarie, ha tentato di dare una risposta, seppur ancora embrionale, alle esigenze di tutela e protezione del soggetto che segnalava condotte ed elementi non rispondenti ai modelli di legalità.

La disciplina è stata integrata dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», che ha modificato l'art. 54-bis **introducendo anche l'ANAC quale soggetto destinatario delle segnalazioni di whistleblowing**.

L'ANAC è intervenuta **con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015** recante «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)» per fornire indicazioni alle pubbliche amministrazioni sui necessari accorgimenti tecnici da adottare per dare effettiva attuazione alla disciplina. Con tale importante documento, l'Autorità ha evidenziato gli ambiti in cui riteneva più urgente un nuovo intervento normativo ed in particolare l'ampliamento dell'istituto *de quo*: a) al dipendente che segnala condotte illecite negli enti di diritto privato in controllo pubblico e negli enti pubblici economici; b) ai consulenti e ai

collaboratori a qualsiasi titolo e ai collaboratori di imprese fornitrici della P.A.

Infine, **la legge 30 novembre 2017 n. 179**, «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato», entrata in vigore il 29 dicembre 2017 ha riscritto integralmente l'art. 54-bis d.lgs. 165/2001, prevedendo che:

"1. Il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione. L'adozione di misure ritenute ritorsive, di cui al primo periodo, nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza.

2. Ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

3. L'identità del segnalante non può essere rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

4. La segnalazione è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

5. L'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione.

6. Qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche o di uno degli enti di cui al comma 2, fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro. Qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5, l'ANAC applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Qualora

venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. L'ANAC determina l'entità della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione.

7. E' a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente di cui al comma 2 dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente sono nulli.

8. Il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione e' reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23.

9. Le tutele di cui al presente articolo non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave."

Le novità di maggior rilievo introdotte dalla novella del 2017 riguardavano l'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione; la valorizzazione del ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) nella gestione delle segnalazioni; il sistema generale di tutela e protezione del segnalante, che comprende la garanzia di riservatezza sull'identità, la protezione da eventuali misure ritorsive adottate dalle amministrazioni o enti a causa della segnalazione, nonché la qualificazione della segnalazione effettuata dal whistleblower come "giusta causa" di rivelazione di un segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico o industriale o di violazione del dovere di lealtà e fedeltà.

L'ANAC, nell'esercizio del proprio potere regolatorio era, tra l'altro, direttamente investita dalla novella legislativa del compito di adottare apposite Linee guida relative alle

procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

A tal proposito, **con delibera ANAC 9 giugno 2021, n. 469** sono state approvate le Linee guida, sulle quali si è espresso anche il Consiglio di Stato con parere n. 615 del 4 marzo 2020, reso ai sensi dell'art. 15, l. 21 luglio 2000 n. 205, che superavano le precedenti adottate con Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 (e i relativi allegati). Sono strumenti che rispondono al fondamentale obiettivo di fornire indicazioni sull'applicazione della normativa e sono rivolte alle pubbliche amministrazioni e agli altri enti indicati dalla legge tenuti a prevedere misure di tutela per il dipendente che segnala condotte illecite che attengono all'amministrazione di appartenenza.

Esse contengono, inoltre indicazioni utili anche per i possibili "segnalanti" oltre che volte a consentire alle amministrazioni e agli altri soggetti destinatari delle stesse di adempiere correttamente agli obblighi derivanti dalla disciplina di protezione dei dati personali.

“ **In Italia, l'istituto giuridico del Whistleblowing è stato introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 che ha introdotto l'art. 54-bis all'interno del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 poi integrata dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90. Sul tema, l'ANAC è intervenuta con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 recante «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)» per fornire indicazioni alle pubbliche amministrazioni sui necessari accorgimenti --anche tecnici-- da adottare per dare effettiva attuazione alla disciplina. Infine, la disciplina è stata integralmente riformata dalla la legge 30 novembre 2017 n. 179.** ”

2. Whistleblowing – Caratteristiche delle segnalazioni tutelabili e il caso del dipendente segnalante che svolge funzioni di rappresentanza delle sigle sindacali.

Ricostruita la previgente cornice normativa regolante l'istituto del Whistleblowing, anche al fine analizzare gli effetti concreti che hanno caratterizzato l'applicazione di tale modello di legalità, si richiama a tal proposito la "quaestio iuris" **esaminata dalla I Sez. Quater del TAR per il Lazio Roma con la pronuncia n. 13706 del 8.7.2024** avente ad oggetto *il leading case* di irrogazione delle sanzioni da parte dell'ANAC ai sensi dell'art. 54-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per la natura ritorsiva dei procedimenti disciplinari avviati nei confronti del soggetto segnalante.

Il TAR adito, in primo luogo, ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento evidenziando che *“la normativa (applicata da ANAC e) applicabil ratione temporis alla vicenda oggetto del giudizio è quella di cui all'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001, il quale prevede(va) che «il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ... o denuncia all'Autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione» (comma 1); che «qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie ... fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro» (comma 6); che «è a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente ... dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa» (comma 7, primo periodo) e che «gli atti discriminatori o ritorsivi adottati*

dall'amministrazione o dall'ente sono nulli» (comma 7, secondo periodo)."

Richiama ancora le Linee Guida approvate da ANAC con delibera 9 giugno 2021, n. 469 che hanno precisato:

- che *"ai fini dell'applicazione della disciplina a tutela dei whistleblower sono considerate solamente le segnalazioni di condotte illecite effettuate dai soggetti previsti dall'art. 54-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 165/2001* (tra cui rientrano tutti «i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001») specificando che *«le segnalazioni effettuate da altri soggetti, ivi inclusi i rappresentanti di organizzazioni sindacali, non rilevano comma 1 dell'art. 54-bis»* (cfr. Linee Guida, pag. 5);
- che *«i fatti illeciti oggetto delle segnalazioni whistleblowing comprendono non solo le fattispecie riconducibili all'elemento oggettivo dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione ma tutte le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontrino comportamenti impropri di un funzionario pubblico che, anche al fine di curare un interesse proprio o di terzi, assuma o concorra all'adozione di una decisione che devia dalla cura imparziale dell'interesse pubblico»* e che rientrano tra le segnalazioni tutelabili quelle *relative a fatti da cui sia desumibile «un'alterazione del corretto ed imparziale svolgimento di un'attività o di un servizio pubblico o per il pubblico, anche sotto il profilo della credibilità e dell'immagine dell'amministrazione»* (cfr. Linee Guida, pag. 13);
- che *«non sono meritevoli di tutela le segnalazioni...contenenti informazioni che il segnalante sa essere false»* (cfr. Linee Guida, pag. 15);
- che *«considerato lo spirito della norma – che è quello di incentivare la collaborazione di chi lavora all'interno*

delle pubbliche amministrazioni al fine di far emergere possibili fenomeni corruttivi non è necessario che il dipendente sia certo dell'effettivo accadimento dei fatti denunciati e/o dell'identità dell'autore degli stessi ma solo che ne sia ragionevolmente convinto» e che *«la tutela ex art. 54-bis non si applica, invece, alle ... notizie prive di fondamento e alle c.d. "voci di corridoio"»* (cfr. Linee Guida, pag. 18);

- che il legislatore ha optato *«per un'inversione dell'onere probatorio stabilendo al comma 7 dell'art. 54-bis, che laddove il segnalante dimostri di avere effettuato una segnalazione di illeciti di cui all'art 54-bis e di aver subito, a causa della segnalazione, una misura ritorsiva o discriminatoria, l'onere della prova grava sulla persona che ha posto in essere tale misura», sicché è quest'ultima a essere tenuta a dimostrare che «l'azione intrapresa non è in alcun modo connessa alla segnalazione»* (cfr. Linee Guida, pag. 22);

Rileva che con apposito parere reso sulle Linee Guida ANAC, il Consiglio di Stato ha ritenuto condivisibile quanto affermato nelle stesse in ordine al fatto che le segnalazioni oggetto di tutela possano riguardare *«non solo le fattispecie riconducibili all'elemento oggettivo dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione ma tutte le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontrino comportamenti impropri di un funzionario pubblico che, anche al fine di curare un interesse proprio o di terzi, assuma o concorra all'adozione di una decisione che devia dalla cura imparziale dell'interesse pubblico ma ciò «solo a condizione che si possa configurare un illecito»* (Consiglio di Stato, I, 24 marzo 2020, n. 615). Riconosce, pertanto che *"nell'ottica della massima protezione del lavoratore – che la disciplina di cui all'art. 54-bis, commi 6 e 7, d.lgs. n. 165/2001 si applichi anche ad ipotesi di segnalazioni atipiche/ibride (per le modalità di presentazione o perché volte a perseguire contestualmente sia l'interesse*

pubblico all'integrità dell'amministrazione, sia un interesse privato del lavoratore), purché sia evidente che tali denunce/segnalazioni siano comunque orientate a promuovere «l'integrità della pubblica amministrazione», e possa escludersi (avuto riguardo al loro concreto contenuto e a tutte le circostanze del caso) che le stesse siano meramente strumentali al raggiungimento di finalità estranee alla ratio dell'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001 (cfr. Tar Lazio, I-quater, 7 gennaio 2023, n. 235)."

Tanto ricostruito, il TAR Lazio ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001, anche quand'anche il segnalante ha agito come rappresentante sindacale e per mezzo del sindacato, evidenziando all'uopo che **"la circostanza che un pubblico dipendente rientrante nelle categorie previste dall'art. 54-bis, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 svolga anche attività sindacale o si faccia assistere dal proprio sindacato di appartenenza nella trasmissione delle proprie denunce/segnalazioni agli organi competenti (...) non sia ostativa all'applicazione del regime di tutela previsto dai commi 6 e 7 della citata disposizione.** Sarebbe irrazionale – e contrario alla ratio della normativa in materia di whistleblowing – escludere radicalmente un lavoratore che segnala «condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro» dalle tutele previste dall'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001 sol perché lo stesso svolge attività sindacale o si è fatto assistere dal sindacato. In quest'ottica, la previsione delle Linee Guida del 2021 secondo cui «le segnalazioni effettuate da altri soggetti, ivi inclusi i rappresentanti di organizzazioni sindacali, non rilevano comma 1 dell'art. 54-bis» – per non condurre ad esiti irragionevoli, ovvero non ridurre in maniera illogica l'ambito di tutela della normativa primaria – appare doversi interpretare nel senso che non sono protetti dalla specifica normativa in materia di **whistleblowing i rappresentanti sindacali che trasmettono segnalazioni provenienti di altri lavoratori, ovvero che svolgono un ruolo di mediazione tra il lavoratore (che ha conosciuto gli illeciti**

in ragione del proprio rapporto di lavoro) e le autorità (ANAC, Autorità giudiziaria ordinaria e contabile) che ricevono la segnalazione di illecito."

In sintesi ed in altri termini, la giurisprudenza amministrativa richiamata esprime i seguenti principi a) che per beneficiare della tutela prevista per i whistleblower **non è necessario che le denunce/segnalazioni si rivelino fondate, ma è sufficiente che le persone segnalanti abbiano ragionevoli motivi per ritenere alla luce delle circostanze e delle informazioni di cui dispongono al momento della segnalazione, che i fatti che segnalano sono veri** con conseguente esclusione dal regime di tutela solo per coloro che al momento della segnalazione, hanno fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti; b) che il regime di tutela di cui agli artt. 54-bis, commi 6 e 7, d.lgs. n. 165/2001 si applica anche nei casi in cui il segnalante sia anche rappresentante sindacale o trasmetta le sue denunce per il tramite del sindacato, salva l'ipotesi in cui – per l'inconsistenza delle accuse e per le concrete modalità di utilizzo della segnalazione – possa ragionevolmente affermarsi che la segnalazione non sia in alcun modo orientata a promuovere anche «l'integrità della pubblica amministrazione» ma sia finalizzata solo a generare pressioni sul datore di lavoro al fine di perseguire interessi sindacali, ovvero abbia un carattere del tutto strumentale e non in linea con le finalità dell'art. 54-bis.

Allo stesso modo, l'orientamento pretorio citato, predicando cautela e la necessità di valutare le effettive caratteristiche delle fattispecie che volta per volta vengono all'esame, non ignora tuttavia che tanto la circostanza che il segnalante svolga anche attività sindacale quanto il fatto che le segnalazioni siano state inoltrate dallo stesso con l'ausilio del sindacato medesimo possano tuttavia comportare il rischio che lo strumento della denuncia/segnalazione venga del tutto impropriamente utilizzato in maniera meramente strumentale all'attività sindacale.

“ **La circostanza che un pubblico dipendente rientrante nelle categorie previste dall'art. 54-bis, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 svolga anche attività sindacale o si faccia assistere dal proprio sindacato di appartenenza nella trasmissione delle proprie denunce/segnalazioni agli organi competenti non è ostativa all'applicazione del regime di tutela previsto dai commi 6 e 7 della citata disposizione. Sarebbe irrazionale – e contrario alla ratio della normativa in materia di whistleblowing escludere radicalmente un lavoratore che segnala «condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro» dalle tutele previste dall'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001 sol perché lo stesso svolge attività sindacale o si è fatto assistere dal sindacato.** ”

3. Il D.Lgs 24/2023 e il recepimento della Direttiva (UE) 2019/1937 – Conclusioni

Come già accennato nelle premesse, la nuova disciplina dedicata al *whistleblower* trova, oggi, la sua più compiuta definizione nel **Decreto Legislativo n. 24/2023 adottato in attuazione agli obiettivi fissati dalla Direttiva UE 2019/1937** anche a seguito della procedura di infrazione sul tema attivata in data 15 febbraio 2023 dalla Commissione Europea.

La normativa richiamata tenta di inaugurare una nuova stagione nella lotta all'illegalità introducendo nuovi e più penetranti obblighi di natura organizzativa, gestionale, operativa, di tutela e sanzionatori a carico sia di soggetti del settore pubblico, tra cui rientrano le società controllate dalla Pubblica Amministrazione e quelle *in house*, sia delle società private dotate, e in alcuni casi specifici anche non dotate di Modello ex d.lgs. n. 231/2001.

Il Legislatore italiano tenta di porre un effettivo rimedio alle criticità indicate in sede unionale ed in particolar modo alla circostanza che *"chi lavora per un'organizzazione pubblica o privata o è in contatto con essa nello svolgimento della propria attività professionale è spesso la prima persona a venire a conoscenza di minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito. Nel segnalare violazioni del diritto unionale che ledono il pubblico interesse, tali persone (gli «informatori - whistleblowers») svolgono un ruolo decisivo nella denuncia e nella prevenzione di tali violazioni e nella salvaguardia del benessere della società. Tuttavia, i potenziali informatori sono spesso poco inclini a segnalare inquietudini e sospetti nel timore di ritorsioni..."* (cfr. i considerando della Direttiva UE 2019/1937)

La protezione degli informatori è divenuta necessaria in particolare nel settore degli appalti pubblici sempre più caratterizzato da episodi di frode e corruzione.

Con la direttiva UE richiamata è stato affermato che l'introduzione di una tale disciplina risponde all'esigenza *"non solo di prevenire e accertare le frodi e la corruzione connesse agli appalti pubblici nell'ambito dell'esecuzione del bilancio dell'Unione, ma anche affrontare il rispetto inadeguato delle norme relative agli appalti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nazionali e degli enti aggiudicatori riguardo all'esecuzione di opere, alla fornitura di prodotti o di servizi. Le violazioni di tali norme hanno per effetto di creare distorsioni della concorrenza, aumentare i costi operativi per le imprese, danneggiare gli interessi degli investitori e degli azionisti e, in generale, diminuire l'attrattiva degli investimenti creando disparità di condizioni per le imprese nell'Unione e compromettendo così il corretto funzionamento del mercato interno".*

Si arriva dunque oggi ad una nuova fase caratterizzata in modo emblematico dalla circostanza che la condotta del segnalante non è più considerata e considerabile come una causa di punibilità, soprattutto quando la violazione di informazioni protette o la divulgazione di informazioni altrui a rilevanza reputazionale

è necessaria ai fini della segnalazione stessa. Si può concludere che **"lo Stato ha bisogno del segnalatore per diagnosticare l'anomalia che lo colpisce dall'interno e per perseguire gli obiettivi di interesse generale che stanno alla base del suo regolare funzionamento ma anche che il segnalatore ha bisogno dello Stato per prevenire o curare le conseguenze negative della propria scelta di segnalazione, che possono arrivare ad incidere sulla carriera, sulla reputazione, sugli affetti e sulle finanze del medesimo. In altri termini, la disciplina interna di matrice eurounitaria in materia di whistleblowing si risolve in una legge per il mutuo sostegno — quasi un patto di reciproca lealtà — tra lo Stato e il dipendente pubblico (o, comunque, il soggetto segnalatore generalmente inteso) nella quale, in nome dell'interesse generale e pure accettando di comprimere principi affermati come la trasparenza e la responsabilità personale, l'ordinamento assicura costante protezione all'esercizio del diritto-dovere di segnalazione delle condotte illecite intestato al whistleblower.."** (cfr. Fonte: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.2, 1° GIUGNO 2024, pag. 409 Autori: Patrizio Rubechini).

In conclusione, è dunque evidente che il passaggio dalla cultura del profitto immediato a quella della responsabilità sociale è il fulcro della trasformazione etica che oggi le organizzazioni pubbliche e private devono affrontare e di cui il Legislatore si sta facendo attento (e sornione) ascoltatore.

La cultura utilitaristica, che giustifica i mezzi in funzione del risultato, che è stata una delle principali concause del degrado morale di molte istituzioni, sembra (e ci si augura che sia così) lasciar posto e spazio ad una cultura fondata sull'integrità, sulla sostenibilità e sul rispetto delle regole, nella consapevolezza che solo comportamenti responsabili generano fiducia, sviluppo duraturo e crescita.

“ La nuova disciplina dedicata al whistleblower trova, oggi, la sua più compiuta definizione nel Decreto Legislativo n. 24/2023 adottato in attuazione agli obiettivi fissati dalla Direttiva UE 2019/1937. È normativa richiamata che tenta di inaugurare una nuova stagione nella lotta all'illegalità introducendo nuovi e più penetranti obblighi di natura organizzativa, gestionale, operativa, di tutela e sanzionatori a carico sia di soggetti del settore pubblico, tra cui rientrano le società controllate dalla Pubblica Amministrazione e quelle in house, sia delle società private. ”

Gli incentivi per funzioni tecniche dopo il decreto legislativo 209/2024 ed il DL 73/2025 nella lettura della Corte dei Conti, del MIT e dell'ANAC

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premessa

La recente deliberazione n.128/2025 della sezione regionale della Lombardia della Corte dei Conti, consente di dar conto di una delle recenti modifiche intervenute in tema di incentivi per funzioni tecniche e, segnatamente, in relazione all'art. 45 del codice.

Si allude in particolare alle modifiche apportate ai commi 2.7 e 8 dal decreto legislativo 209/2024 (nel prosieguo solo correttivo) ed in specie la sostituzione del riferimento ai "dipendenti" della stazione appaltante/ente concedente con il nuovo riferimento al "personale".

Secondo le prime letture e con la stessa comunicazione del Presidente dell'ANAC di maggio (contenente indicazioni sull'applicazione dell'articolo in commento dopo il correttivo) la modifica non avrebbe l'effetto di mutare la

tradizionale impostazione ovvero gli incentivi non potrebbero che essere erogati ai dipendenti della stazione appaltante/ente concedente.

Dalla deliberazione sopra citata, in realtà, emerge il senso della nuova previsione (tra l'altro anche condivisibile) ovvero non si può escludere che gli incentivi possano essere erogati al personale comunque utilizzato dalla stazione appaltante/ente concedente purché questo personale sia stato utilizzato nelle attività contrattuali e, in modo particolare, su compiti incentivabili descritti nell'elenco tassativo riportato nell'allegato I.10.

Seguendo questa interpretazione la sezione della Corte dei Conti spiega che anche il personale della società in house della stazione appaltante può essere utilizzato in attività contrattuali che riguardano soggetti terzi (e non l'affidamento alla società in house) e sempre che svolgano appunto le funzioni dell'allegato predetto.

In questo senso, nella deliberazione sopra citata si legge che *“proprio in un’ottica di interpretazione sistematica e di prospettiva funzionale deve ritenersi che l’odierno sintagma sul “proprio personale” vada riferito a tutti i lavoratori ricompresi all’interno del perimetro dell’Ente pubblico, risultandovi perciò inclusi anche i dipendenti delle relative società in house”*.

“ la Corte dei Conti (sezione regionale della Lombardia n. 128/2025)/ spiega che anche il personale della società in house della stazione appaltante può essere utilizzato in attività contrattuali che riguardano soggetti terzi (e non l’affidamento alla società in house) e sempre che svolgano appunto le funzioni dell’allegato predetto. In questo senso, nella deliberazione sopra citata si legge che “proprio in un’ottica di interpretazione sistematica e di prospettiva funzionale deve ritenersi che l’odierno sintagma sul “proprio personale” vada riferito a tutti i lavoratori ricompresi all’interno del perimetro dell’Ente pubblico, risultandovi perciò inclusi anche i dipendenti delle relative società in house”.

L’interpretazione/lettura della sezione appare davvero condivisibile perché altrimenti non si capirebbe il senso della modifica apportata.

È bene annotare infatti che la questione degli incentivi a personale diverso dai dipendenti della stazione appaltante è già operativa visto che nel caso di delega di servizi di committenza, ad esempio, alla stazione appaltante qualificata al personale che si è occupato delle fasi assegnate compete il 25 per cento dell’incentivo totale. Nello stesso modo occorre ragionare nel caso in cui venga individuato un RUP esterno, dipendente pubblico, di altra amministrazione in

caso di carenza di personale come ora prevede il comma 2 dell’articolo 15 del codice di contratti (come modificato dal decreto legislativo 209/2024).

1. Risolta la *querelle* sull’erogazione degli incentivi ai dirigenti

Altra modifica di rilievo, più recente, è quella apportata dall’art. 2, comma 1 lett. a) che introduce un secondo nuovo periodo nel comma 4 dell’art. 45 chiarendo definitivamente la questione dell’erogazione degli incentivi ai dirigenti che si occupano di attività ricomprese nell’allegato I.10.

E’ noto che con il correttivo del 31 dicembre 2024 la possibilità di erogare gli incentivi ai dirigenti viene ripristinata ma restava aperta la questione di chiarire i rapporti tra tale corresponsione ed il principio di onnicomprensività del compenso dei dirigenti.

Con la novità in argomento – nuovo secondo periodo del comma 4 dell’articolo 45 – si spiega che *“L’incentivo di cui al comma 3 è corrisposto al personale con qualifica dirigenziale in deroga al regime di onnicomprensività di cui all’articolo 24, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e alle analoghe disposizioni previste dai rispettivi ordinamenti del personale in regime di diritto pubblico. Le Amministrazioni che erogano gli incentivi al personale con qualifica dirigenziale, in sede di verifica della compatibilità dei costi di cui all’articolo 40-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, sono tenute a trasmettere agli organi di controllo di cui al medesimo articolo le informazioni relative all’ammontare degli importi annualmente corrisposti al predetto personale in deroga al regime di cui all’articolo 24, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e il numero dei beneficiari.”*.

“ Chiarita la questione dell’erogabilità degli incentivi ai dirigenti con il DL 73/2025 che modifica il comma 4 dell’articolo 45 del codice

2. Le competenze sull'erogazione degli incentivi

La disposizione predetta incide su un comma dell'articolo 45 (il quarto come detto) che è stato oggetto di riscrittura da parte del correttivo.

Si tratta di una disposizione di particolare rilievo visto che stabilisce la competenza sull'erogazione degli incentivi e di norma che ribadisce l'obbligo di rispettare il principio di terzietà all'interno della stazione appaltante.

In questo senso il primo periodo del comma in commento precisa che l'incentivo *"è corrisposto dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il RUP, che accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal destinatario dell'incentivo"*.

Occorre pertanto distinguere tra soggetto che subisce il controllo e soggetto abilitato ad effettuare il controllo prima di erogare gli incentivi.

Se il RUP, ad esempio, si è occupato di attività contrattuale del servizio tecnico e rientra nell'organico di questo, si limiterà a predisporre la relazione tecnica in cui verrà chiarito chi (del gruppo lavoro individuato dal RUP) *ha fatto che cosa*, il rispetto dei vari parametri, termini della procedura penalizzazione etc – Su quella relazione si svolgerà il controllo d'arte del responsabile del servizio individuato dalla stazione appaltante che normalmente coincide con il responsabile del servizio del personale e/ il responsabile del servizio finanziario.

La liquidazione dell'incentivo (per il passaggio al fondo incentivi pur oggi non previsto ma pratica virtuosa da reiterare) pertanto non costituisce un ordine trasmesso al responsabile del servizio personale/finanziario (in questo senso la sentenza della Corte dei conti sez giurisdizionale Abruzzo n. 111/2024) ma documenti che devono essere controllati prima della firma dei mandati (e quindi della erogazione vera e propria).

Del resto il soggetto deputato al controllo deve verificare che non si superino i limiti del 100%

del trattamento lordo percepito dai beneficiari (50% se si tratta di incentivi relativi al pregresso codice) nel rispetto, tra , del criterio di competenza e non di cassa.

In questo senso, tra le diverse, ad esempio con la deliberazione della sezione reg. Abruzzo della Corte (deliberazione n. 280/2021) si spiega che per *"diritto alla percezione"* non ha evidentemente rilevanza *"la fase del pagamento (c.d. criterio di cassa)"* operando, quindi, il c.d. criterio della competenza.

“ In questo senso il primo periodo del comma 4 dell'articolo 45 in commento precisa che l'incentivo “è corrisposto dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il RUP, che accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal destinatario dell'incentivo”. Occorre pertanto distinguere tra soggetto che subisce il controllo e soggetto abilitato ad effettuare il controllo prima di erogare gli incentivi. ”

Ed infatti la disposizione dell'articolo 45 chiarisce che *"L'incentivo complessivamente maturato da ciascuna unità di personale nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dalla medesima unità di personale"*

L'incentivo che non può essere erogato andrà ad incrementare il fondo delle spese vincolate di cui al comma 5 incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dal proprio personale, perché affidate a personale esterno

all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente o del responsabile di servizio.

La norma tra l'altro prevede la possibilità di incrementare la percentuale degli incentivi *"per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'articolo 43 il limite di cui al secondo periodo è aumentato del 15 per cento"*.

3. Recenti interventi della Corte dei Conti, del MIT e dell'ANAC in tema di incentivi

L'ANAC, con il recente comunicato del 7 maggio – finalizzato a fornire indicazioni pratiche/operative circa l'applicazione del nuovo disposto dell'articolo 45 si sofferma, tra gli altri, su due aspetti essenziali. Il primo è riferito alle attività incentivabili che non possono che essere quelle indicate in modo tassativo nell'allegato I.10 senza alcuna possibilità di interpretare le indicazioni in modo estensivo/analogico.

Si tratta di attività, si ricorda intimamente connesse con la realizzazione dell'intervento e che quindi si collocano all'interno del processo di realizzazione dell'intervento.

Da notare che la posizione dell'ANAC viene condivisa – sul punto – anche dal recente parere espresso con la deliberazione n. 56 della sezione regionale della Liguria (della Corte dei Conti) che si è espressa in modo negativo circa la possibilità di riconoscere gli incentivi ai servizi finanziari che si occupano dei calcoli del fondo per lo sviluppo delle risorse umane (in cui devono confluire gli incentivi per poter essere liquidati) e della gestione del fondo pluriennale vincolato.

La sezione afferma che queste attività, collocandosi all'esterno del processo di realizzazione dell'intervento, e non trovando conferma nell'elenco tassativo dell'allegato I.10, non consentono di accedere agli incentivi. A ben valutare, la gestione del fondo pluriennale vincolato (la gestione finanziaria del cronoprogramma degli interventi) avviene

all'interno delle attività contrattuali che portano alla conclusione delle procedure e ben potrebbero essere valorizzate al fine di consentire/ammettere l'erogazione di incentivi. Occorrerebbe, però, attendere una pronuncia ufficiale che ancora non è stata espressa.

Altra questione di rilievo affrontata nel comunicato dell'ANAC riguarda il rapporto tra incentivi e principio di risultato

Nel periodo che conclude la comunicazione del Presidente dell'ANAC si legge che *"L'art. 1, comma 4, lett. b) del D.lgs. 36/2023 precisa, inoltre, che il principio del risultato costituisce criterio prioritario (tra l'altro) per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva"*.

Occorrerebbe capire, a questo punto, se il principio di risultato impedisce una erogazione per *step* almeno fino a quanto il risultato (nel caso di lavori, ad esempio, l'opera collaudata e fruibile) o se si possa ammettere una liquidazione per fasi almeno a vantaggio dei soggetti, considerati/coINVOLTI nel gruppo lavoro che concludono le proprie funzioni/compiti prima della realizzazione dell'intervento (si può pensare ad esempio al responsabile della fase dell'affidamento se conclude i propri compiti con la semplice fase di affidamento sempre che non venga coinvolto in altre funzioni/compiti).

“ L'ANAC ribadisce che le uniche attività incentivabili sono quelle indicate nell'allegato I.10 che le prevede in modo tassativo e che si collocano all'interno delle attività contrattuali che portano/conducono alla realizzazione dell'intervento. ”

Questo, in pratica, è l'argomento trattato nel recente intervento della Corte dei Conti, reg Lombardia, con la recente deliberazione n. 120/2025.

La sezione, evidentemente, ricorda che l'incentivo sarà erogabile, pertanto, se le funzioni indicate ora nell'allegato I.10 sono state effettivamente svolte (cfr. Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, n. 43/2021/PAR).

Al quesito sui tempi di liquidazione (in che modo e chi definisce la tempistica) il collegio – richiamando altri interventi dei giudici contabili (ex plurimis, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 43/2021/PAR; Sez. reg. contr. Campania, n. 21/2022/PAR; Sez. reg. contr. Puglia, deliberazione n. 5/2025/PAR) –, ricorda che anche circa la liquidazione degli incentivi occorre applicare le regole della contabilità armonizzata (in particolare il principio contabile 4/2 allegato al decreto legislativo 118/2011) e, segnatamente, il principio della competenza finanziaria potenziata con la conseguenza che l'impegno di spesa esige l'effettivo svolgimento dell'attività con imputazione nell'esercizio finanziario *"nel quale si prevede che la spesa divenga esigibile"*.

L'esigibilità (e quindi la prerogativa del dipendente a richiedere l'erogazione dell'incentivo) si realizza, in pratica, nel momento in cui *"ogni singola attività viene conclusa"* con conseguente maturazione del *"diritto del dipendente"* (fermo restando la necessaria relazione tecnica del RUP oggetto poi di controllo da parte del responsabile del servizio finanziario/ del personale).

Controllo che può portare anche ad *"eventuali riduzioni o addirittura di esclusioni del compenso, secondo le previsioni del regolamento dell'ente (Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 43/2021/PAR)"* evidentemente al ricorrere dei presupposti (che non consentono l'erogazione ad esempio per le attività/funzioni esternalizzato o addirittura perché insistono delle penalizzazione – che riducono l'importo dell'incentivo –, nel caso di ritardi nella realizzazione dell'intervento).

I tempi di liquidazione, quindi, vengono decisi secondo discrezionalità e autonomia regolamentare della stazione appaltante/ente concedente (cfr. Sez. reg. contr. Lombardia, n. 187/2023/PAR).

In ogni caso la conclusione della sezione circa la definizione della tempistica nella liquidazione è che *"la definizione dei tempi di erogazione degli incentivi per le funzioni tecniche previsti dall'art. 45 del d.lgs. n. 36/2023 rientra nella discrezionalità e nell'autonomia regolamentare del singolo ente interessato, ferma restando la necessità che la relativa liquidazione sia preceduta dal puntuale accertamento, a cura degli organi preposti, circa l'effettivo svolgimento delle specifiche attività incentivate dalla legge"*.

“ Sulla richiesta circa i tempi di liquidazione degli incentivi il collegio – richiamando altri interventi dei giudici contabili (ex plurimis, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 43/2021/PAR; Sez. reg. contr. Campania, n. 21/2022/PAR; Sez. reg. contr. Puglia, deliberazione n. 5/2025/PAR) –, ricorda che anche circa la liquidazione degli incentivi occorre applicare le regole della contabilità armonizzata (in particolare il principio contabile 4/2 allegato al decreto legislativo 118/2011) e, segnatamente, il principio della competenza finanziaria potenziata con la conseguenza che l'impegno di spesa esige l'effettivo svolgimento dell'attività con imputazione nell'esercizio finanziario “nel quale si prevede che la spesa divenga esigibile”. ”

4. Pareri del MIT

Con il parere n. 3373/2025, l'ufficio di supporto chiarisce i rapporti tra incentivi e personale della CUC/SUA che si è occupato di attività di committenza su delega di altra stazione appaltante.

Con il quesito si chiede se gli incentivi relativi alla sola *“predispensione degli atti di gara (propedeutici all’aggiudicazione)”* devono essere calcolati comunque sulla base del valore dell’affidamento (come previsto dall’articolo 45) o piuttosto debbano considerate anche le opzioni di proroga (ad esempio, la proroga, il rinnovo o la ripetizione).

Il MIT precisa che anche nel caso di processi di acquisizione gestiti dalle centrali di committenza/soggetti aggregatori, gli incentivi previsti per la predisposizione degli atti di gara devono comunque essere *“parametrati al valore posto a base della procedura di affidamento, a nulla rilevando gli importi dell’aggiudicazione, delle proroghe o delle varianti”*.

Nel caso in cui l’ente si avvalga di una stazione appaltante delegata allo svolgimento dell’appalto (ed eventualmente altre funzioni tecniche), l’articolo 45 al comma 8 prevede la destinazione, autonoma o su richiesta della centrale delegata, di una percentuale non superiore al 25% degli incentivi totali.

Nel parere si richiama anche il recente intervento della Corte di Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Lombardia/196/2024/PAR del 16/09/2024, in cui si chiarisce, oltre al limite del 25% dell’incentivo totale da assegnare al personale della centrale di committenza, che la quota di incentivo trasferita comprende anche la quota per i fondi di spese vincolate (previsti nei commi 5 e 6 dell’articolo 45) per formazione, spese tecnologiche, assicurazioni responsabilità civile per chi svolge attività contrattuali etc.

Con il parere n. 3406/2025, il MIT risolve anche i dubbi sulla corretta applicazione della disciplina sugli incentivi nel caso di accordo quadro.

L’ufficio di supporto chiarisce – come anche spiegato dalla giustizia contabile – che nel caso di accordo quadro, il calcolo degli incentivi riguarda esclusivamente i contratti attuativi e quindi l’importo di ogni singolo contratto.

L’incentivo deve essere calcolato non sull’importo massimo dell’accordo ma solamente sull’importo

“dei lavori, servizi e forniture effettivamente ordinati”.

Questo implica, evidentemente, che ogni contratto attuativo dovrà avere il suo specifico quadro economico con la previsione dell’incentivo sull’importo *“totale di affidamento al netto di iva così come riportato nel contratto attuativo già al netto del ribasso offerto”*.

Con il parere n. 3119/2025, l’ufficio di supporto fornisce invece un chiaro riscontro in relazione alla richiesta sulla possibilità di prevedere l’incentivo – nel caso di beni/servizi non complessi - , nel caso in cui sia presente il solo RUP e non sia stato nominato il direttore dell’esecuzione.

Nel parere si ricorda *“che il disposto normativo”* – e quindi l’articolo 45 e l’allegato II.14 (dall’articolo 32) – consente *“la possibilità di incentivare l’affidamento di servizi e forniture esclusivamente nel caso in cui RUP e DEC siano due soggetti diversi”*.

Da notare che nel quesito il riferimento era a servizi non complessi, ovviamente il ragionamento/l’epilogo non muta nel caso in cui i servizi siano complessi - si pensi, ad esempio, ai servizi indicati, in modo tassativo, nell’allegato II.14 e, segnatamente, nell’articolo 32 in cui, nel caso di specie, l’incentivo è previsto anche per importi sottosoglia o, se si preferisce, a prescindere dagli importi dell’appalto -, nel senso che per poter avere gli incentivi la nomina del direttore dell’esecuzione è obbligatoria.

E’ necessario, quindi, che risultino distinti i compiti del RUP dai compiti dell’esecuzione (su cui il primo mantiene una attività di controllo e coordinamento).

Con il parere citato viene anche risolto un secondo quesito ovvero se *“per affidamento del servizio trasporto scolastico o sfalcio vegetazione”* sia *“corretto applicare gli incentivi alle funzioni tecniche di cui all’art 45”*, l’ufficio risponde affermativamente *“qualora ricorrano i presupposti previsti all’art. 8, comma 4 dell’Allegato I.2 e all’art. 32 dell’Allegato II.14”*. Il combinato disposto delle disposizioni

richiamate, precisano (in particolare il comma 4 art. 8 allegato I.2 innestato dal decreto correttivo), come anticipato l'indispensabile distinzione tra RUP e DEC al fine di poter procedere con l'incentivazione.

Nel dettaglio, l'articolo 32 (dell'allegato II.14), per effetto del correttivo, puntualizza la possibilità di prevedere gli incentivi per beni/servizi di importi superiori ai 500 mila euro e per gli interventi di particolare importanza, a prescindere dall'importo.

Nell'ambito della "categoria" della particolare importanza rientrano:

- gli interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze;
- gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- i servizi che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

Il responsabile unico del progetto, pertanto, deve verificare e certificare l'esistenza di queste circostanze/condizioni legittimanti.

“ Per i servizi e per le forniture per poter accedere agli incentivi è obbligatoria la nomina di un direttore dell'esecuzione distinto dal RUP ”

Con il parere n. 3182/2025, l'ufficio di supporto del MIT risponde positivamente al quesito se sia possibile erogare l'incentivo "nel caso di affidamento del servizio di igiene urbana a seguito di ordinanza sindacale contingibile ed urgente ai sensi dell'art.50 del d.lgs. 267/2000".

Il MIT risponde positivamente fermo restando che, nel correlato quadro economico relativo all'intervento sia stata inserita la voce relativa agli incentivi e sia stata rispettata la principale condizione legittimante ovvero che il DEC sia un soggetto distinto dal RUP.

Nel parere si chiarisce che la risposta affermativa, fermo restando le condizioni legittimanti richiamate, trova fondamento nel fatto che nell'articolo 45 del codice, il legislatore collega gli incentivi all'importo posto *"alla base delle procedure di affidamento"* (a differenza del pregresso art. 113 che conteneva il limitante/condizionate riferimento alla *"base di gara"*).

Con il parere n. 3233/2025, il MIT risponde negativamente alla richiesta di confermare se i *"collaboratori amministrativi"* debbano ritenersi esclusi dall'incentivo visto che non risultano compresi nell'allegato I. 10 (che costituisce indicazione tassativa per le stazioni appaltanti). Nel parere si puntualizza che i collaboratori non possono ritenersi esclusi dall'incentivo perché, pur vero *"che nell'elenco dell'allegato I.10 del D.L.gs. n. 36/2023 non risulta l'attività di collaboratore riferita espressamente alla direzione dei lavori"*, è pur vero però che lo stesso art.45, comma 3, prevede espressamente che l'incentivo per funzioni tecniche deve essere ripartito *"tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori"*.

Non a caso l'allegato I.10 indica come funzione incentivabile anche la direzione lavori ed è pertanto chiaro che *"anche i collaboratori amministrativi della direzione lavori possano essere incentivati"*.

In sostanza nella liquidazione deve essere considerato il gruppo di lavoro appositamente nominato/constituito e se le funzioni svolte sono quelle indicate nell'allegato I.10.

Non primo di implicazioni pratico/operative è il riscontro fornito con il parere n. 3286/2024 circa la possibilità di modificare il regolamento sul riparto degli incentivi già adottato dall'ente (relativo al pregresso codice) per incrementare percentuali di incentivi già definite.

Nel caso di specie, premesso che in relazione ad interventi PNRR, il RUP ha svolto funzioni che hanno *“comportato notevoli responsabilità”*, si richiede se sia possibile *“intervenire con una modifica sul regolamento incentivi normato ai sensi del D.lgs. 50/2016 in modo da poter redistribuire le economie incentivi (afferenti all’80%) al gruppo di lavoro che ha curato l’intervento e in particolare al RUP”*.

L’ufficio di supporto si limita ad evidenziare che *“nel caso descritto, si deve far riferimento al regolamento vigente alla data di pubblicazione del bando di gara”*. Dal riscontro non si può che evincere una risposta di segno negativo.

Pareri & Sentenze



TAR Campania-Napoli, sez. II, 1/4/2025, n. 2711

Casi ripetuti di lievi irregolarità nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione

"Le amministrazioni aggiudicatrici devono avere la facoltà di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili. Corre l'obbligo di rilevare che, una grave violazione dei doveri professionali può inficiare l'integrità di un operatore economico e rendere l'O.E. non idoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico non tenendo conto del fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto".

Con tale sentenza il TAR Campania ha quindi sostenuto che: "*casi ripetuti di lievi irregolarità nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto possono creare dubbi sulla affidabilità di un O.E. che giustificerebbero una esclusione*", motivo per il quale le Stazioni Appaltanti Aggiudicatrici devono altresì avere la facoltà di poter escludere soggetti che, in occasione di precedenti appalti pubblici, abbiano evidenziato notevoli lacune sostanziali, come ad esempio la mancata fornitura o esecuzione, oppure significative carenze del prodotto o servizio messo a disposizione che lo rendano totalmente inutilizzabile per gli scopi prefissati, oppure per comportamento scorretto che dia luogo a dubbi concreti circa l'affidabilità dell'O.E..

Per quanto riguarda la possibilità di applicare motivi di esclusione facoltativi, le S.A. aggiudicatrici devono essere particolarmente attente al principio di proporzionalità; le lievi irregolarità potrebbero comportare l'esclusione di un operatore solo in casi eccezionali, ma, reiterati casi di lievi irregolarità potrebbero far sorgere seri dubbi sull'affidabilità dell'O.E. da giustificare l'esclusione. Non è sufficiente valutare ogni episodio isolatamente. La ripetizione di irregolarità, anche lievi, può creare un quadro complessivo che mette in dubbio l'affidabilità dell'operatore.

TAR Lazio Roma sez. II ter 15/4/2025 n. 7407

Offerta condizionata e Decorso termini impugnatori in assenza di comunicazione aggiudicazione.

"L'offerta può qualificarsi come condizionata, con conseguente esclusione, solo quando il concorrente subordina in modo inequivoco la propria partecipazione a condizioni estranee o difformi rispetto allo schema negoziale predisposto dalla stazione appaltante.

Affinché si configuri una condizione vietata, è necessario che l'operatore economico inserisca elementi modificativi dello schema contrattuale tali da incidere sull'equilibrio negoziale o sulla fase esecutiva. Restano irrilevanti, ai fini dell'esclusione, dichiarazioni subordinate al rispetto delle previsioni della legge di gara o che rinviino espressamente alla successiva approvazione della stazione appaltante"......In assenza della comunicazione formale di cui all'art. 90 del d.lgs. 36/2023, il termine per l'impugnazione degli atti di gara decorre dalla data in cui gli stessi sono effettivamente messi a disposizione del concorrente, ai sensi dell'art. 36, commi 1 e 2, del medesimo codice. L'onere di tempestiva proposizione del ricorso deve quindi essere valutato alla luce del momento in cui l'interessato ha potuto esercitare pienamente il diritto di conoscenza degli atti lesivi. La mancata trasparenza nell'ostensione documentale non può riverberarsi negativamente sulla posizione del concorrente che agisca in giudizio solo dopo aver acquisito piena contezza del contenuto degli atti".

Sostanzialmente in virtù di tale sentenza l'offerta si qualifica come "condizionata" e quindi non ammissibile solo se il concorrente subordina in modo inequivocabile la sua adesione al contratto a condizioni diverse o totalmente difformi da quelle stabilite dalla stazione appaltante. In assenza di comunicazione formale di aggiudicazione, il termine per impugnare gli atti di gara decorre dalla data in cui l'interessato ha effettivamente avuto accesso agli atti. Un'offerta è considerata condizionata quando il concorrente introduce condizioni che non sono previste nel bando di gara o nel capitolato tecnico, modificando lo schema contrattuale e l'equilibrio negoziale.

Ad esempio, se si richiede una specifica esecuzione del contratto che non è prevista nel bando, l'offerta potrebbe essere considerata condizionata. In assenza di una comunicazione ufficiale di aggiudicazione (come quella prevista dall'articolo 90 del d.lgs. 36/2023), il termine per impugnare gli atti di gara decorre dal momento in cui il concorrente ha potuto conoscere effettivamente il contenuto degli atti.

Questo significa che non è rilevante la data della pubblicazione o dell'affissione degli atti, ma la data in cui il concorrente ha effettivamente avuto accesso e potuto prendere visione di essi. La mancata trasparenza da parte della stazione appaltante nell'ostensione documentale non può penalizzare il concorrente.

Il termine per la proposizione del ricorso deve essere calcolato a partire dal momento in cui l'interessato ha potuto esercitare pienamente il diritto di conoscenza degli atti. Se l'offerta è ritenuta condizionata, il concorrente viene escluso dalla gara. Se gli atti di gara vengono impugnati, l'aggiudicazione può essere annullata e il contratto ritenuto inefficace.

TAR Lazio Roma sez. V 23/4/2025 n. 8000

Contenzioso appalti; Interesse all'impugnativa del quarto classificato, interesse alla aggiudicazione

"La verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa del quarto classificato deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara, ma che risulti fondato sull'esclusione delle imprese poste in posizione superiore nella graduatoria, compresa l'impresa aggiudicataria (che quindi implicherebbe un immediato vantaggio per la ricorrente), per essere ritenuto ammissibile, deve essere connotato dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria".

In pratica, tali principi affermati dalla sentenza in oggetto, individuano la misura in cui l'interesse all'aggiudicazione del quarto classificato sussiste, ovvero esso sussiste solo se risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle nei confronti della seconda graduata e della terza graduata.. Corre l'obbligo di rilevare che costante Giurisprudenza altresì (Vedi Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza 2 gennaio 2024, n. 29), statuisce che la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, in maniera tale che l'annullamento degli atti gravati debba risultare idoneo ad arrecare al ricorrente una effettiva utilità, ovvero la certezza che questi, qualora le operazioni fossero state svolte correttamente, sarebbe stato aggiudicatario.

TAR Lazio Roma sez. I ter 30/4/2025 n. 8477

Atti dell'ANAC nell'esercizio della funzione di vigilanza sono espressione di attività di controllo e non direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari: non sono automaticamente impugnabili

"Gli atti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) adottati nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, in quanto espressione di attività di controllo e non direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari, non sono autonomamente impugnabili. La loro sindacabilità è subordinata all'adozione di un provvedimento finale che produca effetti esterni, concretamente incidenti sulle posizioni giuridiche soggettive".

Quanto sopra enunciato riguarda una interessante sentenza che ha visto coinvolti Anac, il Comune di Udine e la Società Udinese Calcio e sta ad indicare che gli atti di vigilanza dell'ANAC, essendo finalizzati al controllo e non direttamente lesivi degli interessi dei destinatari, non possono essere impugnati autonomamente. La possibilità di sindacare tali atti è subordinata all'adozione di un provvedimento finale che produca effetti concreti sulle posizioni giuridiche soggettive.

In sostanza, i primi atti di ANAC (ad esempio, l'avvio di un procedimento di vigilanza o le comunicazioni preliminari) non sono direttamente impugnabili, mentre la possibilità di contestare l'operato di ANAC si attiva solo quando si arriva ad un provvedimento finale che abbia effetti concreti sugli interessati, come una sanzione o un ordine di adozione di misure correttive.

TAR Toscana Firenze sez. III 2/5/2025 n. 790***Verifica di anomalia dell'offerta, l'incidenza del rinnovo del CCNL sopravvenuto in corso di gara Rilevanza ai fini della sostenibilità dell'offerta in fase esecutiva.***

*Ai della verifica di congruità dell'offerta la Stazione appaltante deve tenere conto delle variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopravvenuto rispetto al momento di presentazione delle offerte. Sebbene le offerte debbano essere correttamente predisposte facendo riferimento al CCNL in vigore al tempo della loro presentazione, non si può trascurare il mutamento normativo determinato dal rinnovo del CCNL, specialmente in presenza di un carattere duraturo del servizio oggetto di aggiudicazione.....*va quindi evidenziato che, nella valutazione di anomalia di un'offerta in appalti pubblici, la stazione appaltante deve considerare le variazioni retributive derivanti da un nuovo Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro (CCNL) che sia sopravvenuto dopo la presentazione delle offerte, anche se non previsto al momento della formulazione dell'offerta. Questo perché, pur essendo le offerte formulate in base al CCNL in vigore al momento della presentazione, il nuovo CCNL può incidere sulla sostenibilità dell'offerta, specialmente per servizi di lunga durata.

TAR Lazio Roma sez. V ter 2/5/2025 n. 8540***Requisiti di capacità tecnica e utilizzabilità dell'esperienza pregressa maturata da un concorrente quale socio fondatore di altra società, limiti alle dichiarazioni mendaci***

"Ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica in una gara d'appalto, è utilizzabile l'esperienza pregressa maturata da un concorrente quale socio fondatore di altra società, purché si dimostri l'effettiva disponibilità delle risorse professionali che hanno eseguito le prestazioni. Inoltre, non costituisce dichiarazione mendace rilevante ai fini dell'esclusione la mera indicazione di professionisti che hanno collaborato a pregresse indagini, se ne è comprovata l'effettiva utilizzabilità per l'esecuzione del contratto".

In sintesi, per dimostrare la capacità tecnica in una gara d'appalto, l'esperienza di un socio fondatore di altra società è utilizzabile, purché si dimostri la reale disponibilità delle risorse che hanno effettivamente eseguito il lavoro. Non è considerata una dichiarazione mendace la semplice indicazione di professionisti che hanno collaborato a indagini passate, se sono disponibili per l'esecuzione del contratto corrente.

La normativa sulle gare d'appalto prevede quindi che, per dimostrare la capacità tecnica, l'operatore economico possa utilizzare la propria esperienza, ma anche l'esperienza di altri soggetti che abbiano collaborato con lui. In particolare, l'esperienza di un socio fondatore di altra società può essere utilizzata, purché si dimostri che le risorse professionali che hanno eseguito il lavoro in passato sono effettivamente disponibili per l'esecuzione del contratto in corso.

Inoltre, la mera indicazione di professionisti che hanno collaborato a indagini passate non costituisce una dichiarazione mendace, a condizione che si possa dimostrare che questi professionisti sono effettivamente disponibili per l'esecuzione del contratto di cui trattasi. Ciò significa che l'operatore economico deve fornire prove documentali certe, come contratti di collaborazione o dichiarazioni dei professionisti, che attestino la loro disponibilità e capacità di eseguire il lavoro richiesto. In pratica, l'esperienza di un socio fondatore di altra società può essere utilizzata, ma è fondamentale dimostrare la reale disponibilità delle risorse che hanno effettivamente eseguito il lavoro e non deve essere ritenuta una dichiarazione mendace indicare professionisti che hanno collaborato a indagini passate,

purché si dimostri la loro effettiva utilizzabilità per il contratto in questione. Volendo ulteriormente semplificare: un'impresa che partecipa a una gara d'appalto per la progettazione di un edificio può dimostrare la sua capacità tecnica utilizzando l'esperienza di un socio fondatore che in precedenza ha progettato altri edifici. Tuttavia, l'impresa deve dimostrare che il socio fondatore o altri professionisti che hanno collaborato a quel progetto sono effettivamente disponibili a partecipare alla progettazione del nuovo edificio. L'esperienza di un socio fondatore è senza dubbio un'ottima risorsa, ma l'impresa deve dimostrare che tale risorsa è effettivamente disponibile e pronta a partecipare al nuovo progetto.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Parere di precontenzioso n. 170 del 30 aprile 2025 UPREC - PREC 100-2025-S

Il testo di tale Parere di Precontenzioso sottolinea come, in base all'articolo 41 del d.lgs. 36/2023, i costi della manodopera non debbano essere ribassati, ma debbano essere indicati separatamente in offerta. L'articolo 108, invece, sancisce la necessità di indicare questi costi e gli oneri di sicurezza, sanzionando l'omessa indicazione con l'esclusione dalla gara. La disposizione ha lo scopo di tutelare i lavoratori e garantire che le offerte non si basino su un ribasso indebito dei costi della manodopera. Il testo evidenzia che, se la stazione appaltante ha chiaramente indicato nel bando i costi della manodopera non ribassabili e tutti i concorrenti, tranne l'istante, hanno compreso e rispettato questa indicazione, non è possibile una diversa interpretazione ex post.

Il principio di autoresponsabilità richiede agli operatori economici di prestare particolare attenzione alla comprensione della lex specialis di gara e di formulare le offerte in base a essa.

In sintesi, il testo mette in luce come la stretta interpretazione delle clausole del bando di gara e il principio di autoresponsabilità degli operatori economici siano essenziali per garantire la trasparenza e la certezza nelle procedure di gara pubblica. L'interpretazione e la comprensione delle regole di gara, in particolare quelle riguardanti i costi della manodopera, sono fondamentali per garantire la corretta partecipazione alle procedure di appalto e per evitare contestazioni successive. Il principio di autoresponsabilità impone agli operatori economici di non limitarsi a una lettura superficiale delle clausole del bando, ma di comprenderne appieno il significato e le implicazioni.

Parere MIT n. 3430 del 13 maggio 2025

Ritardata ultimazione lavori e riduzione della penale

Con il parere n. 3430 del 13 maggio 2025 il Ministero infrastrutture e trasporti conferma che l'abrogazione dell'art. 145, comma 7, del DPR 207/2010 ha eliminato la possibilità per l'esecutore di richiedere, con un'istanza motivata, la riduzione della penale qualora risultasse manifestamente sproporzionata e che nel Codice sui contratti pubblici vigente, nell'art. 126, non è prevista l'ipotesi della disapplicazione, totale o parziale, delle penali, mentre l'art. 1384 del codice civile rappresenta una disposizione non sovrapponibile alla disciplina delle penali nel codice dei contratti pubblici, come anche evidenziato da ANAC.

Ciò premesso, il Ministero conclude il parere affermando che la stazione appaltante, se ciò non è contemplato dalla lex specialis, non può procedere alla riduzione della penale, in quanto ciò

costituirebbe una disapplicazione di un atto amministrativo non ammessa dal nostro ordinamento.

Il Ministero aggiunge che qualora si volesse ricorrere a tale possibilità, sarebbe necessario un intervento in autotutela sui documenti di gara, disciplinando in modo specifico la possibilità di riduzione e le relative condizioni. Da quanto innanzi si evince pertanto che il M.I.T. asserisce che è in qualche modo possibile far riferimento all'art. 1384 del Codice Civile (CC) per la disapplicazione delle penali per ritardata ultimazione dei lavori, anche se non più previsto specificamente nella nuova normativa per gli appalti pubblici.

La penale, come stabilito dall'art. 1382 del Codice Civile, è legata all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale, limitando il risarcimento del danno alla prestazione promessa, a meno che non sia previsto un danno ulteriore. Nel Codice appalti, invece, la penale è applicabile solo in caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni. La "reductio ad aequitatem" civilistica consente al giudice di ridurre la penale, se eccessiva, non in base al danno effettivamente subito, ma in base all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, valutato al momento della conclusione del contratto.

Riassumendo quanto sopra:

Art. 1382 Codice Civile: Questa norma stabilisce che la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla prestazione promessa, a meno che non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

Codice Appalti: Nel contesto degli appalti pubblici, la penale è applicabile solo in caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni, non in caso di inadempimento completo.

Reductio ad aequitatem: Il giudice può ridurre la penale, ma non in base al danno effettivamente subito, ma in base all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, valutato al momento della conclusione del contratto.

Giurisprudenza: La giurisprudenza ha chiarito che il criterio per la riduzione della penale è l'interesse del creditore all'adempimento, non la valutazione del danno subito

TAR Lombardia – Milano, sez. I, 12 maggio 2025 n. 1635

Applicazione del CCNL, Ipotesi di CCNL Scaduto, Applicazione da parte dell'operatore economico: inammissibilità dell'offerta ed esclusione dalla gara

"L'applicazione da parte dell'operatore economico di un Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) non più valido e applicabile erga omnes (ad esempio, un CCNL scaduto formalmente superato da un successivo rinnovo generale per il settore) costituisce una chiara violazione dell'art. 11 del Codice dei Contratti. L'offerta è altresì da considerarsi inammissibile qualora il CCNL indicato dall'impresa, pur formalmente applicato dalla stessa, non garantisca tutele normative ed economiche complessivamente equivalenti a quelle previste dal CCNL indicato dalla stazione appaltante come riferimento per la procedura.

In entrambe le ipotesi – applicazione di CCNL scaduto o applicazione di CCNL diverso privo di effettiva equivalenza di tutele – la stazione appaltante è tenuta a disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, non potendosi ritenere l'offerta conforme ai requisiti essenziali.

L'uso di un CCNL non più valido (ad esempio, scaduto o sostituito da uno nuovo) o di un CCNL diverso che non garantisce tutele equivalenti a quelle del CCNL di riferimento nella gara, da parte dell'operatore economico, porta all'inammissibilità dell'offerta e, conseguentemente, all'esclusione dalla gara. Questa decisione è giustificata dalla violazione dell'articolo 11 del Codice dei Contratti, che impone il rispetto di specifiche normative e tutele.

- a) Caso di utilizzo di un CCNL scaduto o sostituito: L'utilizzo di un CCNL scaduto o formalmente sostituito da un nuovo accordo non può essere considerato conforme ai requisiti essenziali dell'offerta, poiché non rispecchia la situazione attuale e le tutele vigenti nel settore.
- b) CCNL Diverso Senza Equivalenza: Se l'operatore economico applica un CCNL diverso da quello indicato nella gara, ma questo non garantisce le stesse tutele normative ed economiche, l'offerta non è considerata valida. Ciò significa che l'operatore non ha fornito le garanzie previste per la corretta esecuzione del contratto.
- c) Esclusione dalla Gara: In entrambi i casi (CCNL scaduto o diverso senza equivalenza), la stazione appaltante è obbligata a disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, poiché la sua offerta non è conforme ai requisiti essenziali.

L'articolo 11 del Codice dei Contratti stabilisce le regole sull'applicazione dei CCNL e l'importanza di garantire le tutele dei lavoratori. L'applicazione di un CCNL non valido o non equivalente costituisce una violazione di questo articolo. Questa interpretazione è confermata anche dalla giurisprudenza, che ha stabilito che la mancata indicazione del CCNL o l'utilizzo di un CCNL non conforme possono portare all'esclusione dall'appalto.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Parere di precontenzioso n. 193 del 14 maggio 2025 UPREC/PRE/0124/2025/S/PREC

Oggetto

"Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata da ...omissis... - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento degli RSU provenienti dalla raccolta differenziata del Comune di Macerata Campania - CIG: B5BD901D11 - Importo: euro 2.464.927,86 - S.A.: CUC Provincia di Caserta per conto del Comune di Macerata Campania; Costi della manodopera; Tabelle ministeriali; Aggiornamento delle stesse

Con tale parere di precontenzioso L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha rilevato irregolarità nella stima dei costi della manodopera per una gara d'appalto. L'istanza di parere è stata presentata da un operatore economico per la gara di raccolta rifiuti a Macerata Campania, ivi era stata lamentata una sottostima dei costi della manodopera rispetto alle tabelle ministeriali aggiornate. Il riferimento normativo sono l'art. 41, commi 13 e 14 del D. Lgs. 36/2023.

Infatti, correttamente, vige l'obbligo di utilizzare le tabelle ministeriali vigenti e aggiornate per la stima dei costi della manodopera e non quelle precedenti non aggiornate, nel caso di specie vi è stata una differenza di quasi € 35.000,00, andando così ad impattare sul quadro economico di progetto, pertanto l'operato della Stazione Appaltante è stato ritenuto non conforme alla normativa; è quindi necessario annullare la procedura di gara e utilizzare le tabelle ministeriali aggiornate per la riedizione della procedura.

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

Negli affidamenti in concessione è obbligatoria la verifica dell'anomalia delle offerte?

L'art. 110 del d.Lgs. n. 36/2023 (Codice dei Contratti Pubblici), sulla verifica dell'anomalia delle offerte, prevede: *"La stazione appaltante valuta la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art.108, comma 9, appaiono anormalmente bassi. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione"*.

L'articolo fa riferimento esclusivamente alla stazione appaltante e non all'ente concedente infatti, in caso di concessioni, per la verifica dell'anomalia dell'offerta trova applicazione l'art. 185, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che: *"prima di assegnare il punteggio dell'offerta economica la commissione verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario"*.

Resta fermo che se l'offerta del concorrente contiene anche aspetti ulteriori a quelli indicati nel PEF, residua un generale obbligo di verifica di questi ulteriori aspetti, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, come previsto dall'art. 97 Cost. (*Parere del MIT del 29 ottobre 2024, n. 2854*)

2

La sottoscrizione analogica dell'offerta in luogo di quella digitale prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*, determina l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara?

Le due forme di sottoscrizione (digitale e analogico) sono alternativamente valide o comunque pienamente equipollenti quindi obbligatoriamente acquisibili dalla Stazione Appaltante nel senso che quest'ultima è tenuta ad accettare, da parte dei privati, istanze firmate in modalità tanto in formato digitale quanto in formato analogico (sottoscrizione e copia del documento scansionati).

L'art. 38, comma 2, del DPR n. 445 del 2000 prevede che: *"Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"*. Dal canto suo l'art. 65 del codice amministrazione digitale prevede in estrema sintesi e per quanto di specifico interesse che: *"Le istanze ... presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni"* (e tra questa anche le domande di partecipazione alle gare pubbliche) *"sono valide ... a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all'articolo 20"* (dunque mediante firma digitale) *".... c) ovvero sono sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d'identità"* (dunque anche in formato analogico).

Pertanto, un operatore economico che sottoscriva l'offerta in forma analogica non può essere escluso dalla procedura di gara.

3

La verifica dei requisiti sull'aggiudicatario può essere sanata dopo l'aggiudicazione definitiva?

Con sentenza n. 977 del 28 maggio 2025, il TAR Campania, Salerno, Sez. I, ha dichiarato l'ammissibilità della convalida di un'aggiudicazione definitiva disposta senza aver proceduto alla propedeutica fase della verifica dei requisiti.

Il provvedimento adottato in "sanatoria" al fine di rimuovere il vizio di legittimità del provvedimento emesso in mancanza delle opportune verifiche, è previsto dall'art. 21-nonies comma 2 della le. 241/90.

Giurisprudenza citata nella suddetta sentenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 7891/2023; Sez. VI, n. 5999/2023), riconosce al provvedimento emesso ai sensi di quest'ultimo articolo, potere di convalida con effetti sananti (mediante un atto di rinnovata aggiudicazione) qualora il vizio/errore procedimentale consista nell'omissione di una fase successivamente espletata secondo le regole del codice degli appalti, estendendo quindi la portata e l'applicabilità di tale istituto anche alle vicissitudini delle operazioni di gara.

4

L'inserimento di criteri premiali volti a valorizzare le imprese in possesso della certificazione di parità di genere è solo una facoltà discrezionale delle stazioni appaltanti? Oppure si tratta di un obbligo inderogabile la cui mancanza può determinare l'invalidità dell'intera procedura?

Il Codice dei Contratti Pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, distingue tra:

- art. 102, che impone obblighi in materia di clausole sociali (occupazione giovanile, femminile e inclusiva);
- art. 108, comma 7, che introduce un criterio premiale per le imprese che abbiano adottato politiche di parità di genere, dimostrabili mediante certificazione.

Il comma 7 dell'art. 108, prevede che «al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, comprovata dal possesso della certificazione di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198/2006».

Tale disposizione, ha natura vincolante, e l'inserimento in atti di impegni in materia occupazionale (es. assunzioni riservate) non equivale all'introduzione del criterio premiale richiesto dall'art. 108 comma 7. I due strumenti infatti operano su piani distinti:

- l'art. 102 stabilisce oneri contrattuali per l'aggiudicatario;
- l'art. 108 definisce un criterio di valutazione dell'offerta, valido per tutti i concorrenti.

Con delibera del 9 aprile 2025, n. 145 l'ANAC ha precisato che la clausola premiale per la parità di genere è obbligatoria pertanto, il mancato inserimento di tale clausola rappresenta un vizio della lex specialis e comporta l'annullamento della procedura di gara.

5

Può la commissione di gara essere impugnata?

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4196 del 16/05/2025 chiarisce che la composizione della commissione di gara può essere oggetto di impugnazione all'esito del procedimento, quando diventa attuale la lesione dell'interessato, "in quanto, prima di quel momento la lesione non può dirsi né certa né attuale, ben potendo la commissione giudicatrice, la cui legittima composizione è messa in dubbio dal concorrente, valutare favorevolmente la sua offerta".

Prima di questo momento, la nomina della commissione dà origine ad un atto endoprocedimentale e in quanto tale non ha valenza lesiva se non all'esito del procedimento in cui si inserisce, ma potrà essere autonomamente impugnato "solo in rapporto a fattispecie particolari, ossia ad atti di natura vincolata idonei a conformare in maniera netta la determinazione conclusiva oppure in ragione di atti interlocutori che comportino un arresto procedimentale".

6

La mancata redazione del contratto secondo le modalità previste dalla normativa può essere sanata da una proroga tecnica o da un rinnovo contrattuale?

Con la Delibera del 30 aprile 2025, n. 183, l'ANAC chiarisce con rigore che, in assenza di una valida stipula contrattuale l'intero rapporto si considera nullo. In tale ipotesi, proroghe e rinnovi risultano privi di legittimità giuridica, ponendosi in contrasto con i principi generali di legalità, concorrenza e trasparenza. La mancata stipula formale infatti:

- rende incerta la portata delle obbligazioni assunte dall'aggiudicatario;
- priva l'amministrazione degli strumenti per una corretta esecuzione e controllo, a partire dalla inclusione dell'offerta tecnica migliorativa, dalle modalità operative vincolanti, fino alla garanzia definitiva ex art. 103 e ai conti correnti dedicati di cui alla legge n. 136/2010.

7

Come devono essere valutate le annotazioni del Casellario informatico alla luce del nuovo codice dei contratti?

La sezione I-quater del TAR Lazio, con sentenza del 27 maggio 2025 n. 10244, ha chiarito che le notizie iscritte nel Casellario ai sensi del D.Lgs. 50/2016, anche se non rientranti tra i criteri di esclusione di cui agli artt. 95 e 98 del D.Lgs. 36/2023, possono fornire alle stazioni appaltanti indicazioni utili sull'affidabilità dell'operatore economico.

La novità del nuovo codice degli appalti consiste infatti, nell'eliminazione dell'art. 109 e dei riferimenti agli elementi reputazionali tali da incidere sull'ammissibilità degli offerenti, apparentemente in contrasto con il principio della sentenza enunciata, che legittimerebbe tali preclusioni oltre il dettato normativo previsto dagli articoli 94 e seguenti del codice.

8

Quando una dichiarazione sostitutiva in luogo della allegazione degli attestati di formazione specifica dei tecnici destinati ad operare nell'appalto non può essere accettata dalla Stazione Appaltante?

Ai sensi dell'articolo 47 D.P.R. n. 445/2000 è possibile per l'interessato rendere una dichiarazione sostitutiva di atto notorio concernente stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza; tuttavia, tale facoltà, per espressa previsione normativa, non può essere esercitata con riguardo a stati, qualità personali e fatti elencati all'articolo 46 D.P.R. n. 445/2000 a mente del quale "la qualifica professionale posseduta, il titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica possono essere comprovati con dichiarazione sostitutiva di certificazione, sottoscritta dall'interessato" a maggior ragione se la dichiarazione sostitutiva prodotta in gara dall'operatore economico non individua nominativamente i soggetti ai quali si riferisce, ma è del tutto generica, impedendo in tal modo qualsivoglia tipo di controllo da parte dell'Amministrazione in ordine alla veridicità del suo contenuto (Cfr. *Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 22/05/2025, n. 556*).

9

La pubblicizzazione dell'avvio della "consultazione" nelle procedure negoziate sottosoglia (comma 2-bis dell'art. 50 del Codice dei contratti, introdotto dal d.lgs. n. 209/2024) deve precedere l'indagine di mercato o invece l'avvio del vero e proprio confronto selettivo ?

La procedura negoziata si concretizza previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Il dato normativo separa la fase preliminare di individuazione degli operatori economici da invitare (mediante indagine di mercato per singolo percorso o con acquisizione dall'elenco costituito) dalla fase di confronto competitivo, codificata proprio come consultazione.

Il decreto correttivo ha inserito nell'art. 50 del codice dei contratti pubblici il nuovo comma 2-bis, nel quale si stabilisce che le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito l'avvio di una consultazione ai sensi del comma 1, lettere c), d) ed e). Il neo-introdotto comma 2-bis, determinando l'obbligo di pubblicare sul sito istituzionale della stazione appaltante un avviso sull'avvio della "consultazione", connette la particolare forma di pubblicità specifica ovvero sul proprio sito istituzionale all'attivazione della procedura di gara nella quale sono coinvolti gli operatori economici individuati.

Aggiudicazione e Risoluzione del Contratto: I Limiti della Giurisdizione Amministrativa nell'Art. 124 del D.Lgs. 36/2023"

IN
PIL
LOLE

La sentenza del TAR Lazio (Sezione III-quater, 16 aprile 2025, n. 7608) offre una panoramica in merito all'applicazione dell'art. 124 del Decreto Legislativo 36/2023 (d.lgs. 36/2023) nel contesto della risoluzione di un contratto d'appalto e delle sue implicazioni giuridiche. La tematica centrale riguarda il procedimento di scorrimento della graduatoria e le limitazioni della giurisdizione amministrativa in relazione alle clausole contrattuali, con particolare riferimento alla risoluzione del contratto e alle controversie connesse.

L'articolo 124 del d.lgs. 36/2023 disciplina l'ipotesi di aggiudicazione derivante dalla risoluzione del contratto. La legge stabilisce che, in caso di risoluzione, recesso o annullamento di un'aggiudicazione, la stazione appaltante deve interpellare i soggetti della graduatoria originaria in ordine progressivo, a condizione che ciò sia tecnicamente ed economicamente possibile per il completamento o l'esecuzione dell'appalto. Questo approccio, quindi, rende il ricorso al procedimento di scorrimento della graduatoria un atto vincolato, non facoltativo, una volta che la stazione appaltante abbia deciso di proseguire l'affidamento alle medesime condizioni.

Un altro aspetto centrale della sentenza riguarda la giurisdizione sulla legittimità della clausola che ha determinato la risoluzione del contratto.

Il TAR Lazio ha chiarito che la giurisdizione amministrativa non si estende alla verifica della legittimità delle clausole contrattuali, anche quando queste possano influire sull'interesse concorrenziale. Sebbene queste clausole siano inserite nei documenti di gara, il loro impatto rilevante sulla risoluzione del contratto le rende un oggetto di esame da parte del giudice ordinario.

Il principio alla base di questa separazione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria è stato consolidato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (sentenza delle Sezioni Unite, n. 24609/2019), secondo cui gli atti presupposti, funzionali alla fase esecutiva del contratto, ricadono sotto la giurisdizione ordinaria. Pertanto, la valutazione della legittimità della clausola, che ha portato alla risoluzione, non spetta al giudice amministrativo, ma al giudice ordinario.

Il caso in esame riguarda una gara d'appalto indetta da Trenitalia per l'affidamento di servizi di ricerca di mercato, inizialmente aggiudicata alla ricorrente. Tuttavia, Trenitalia aveva successivamente risolto il contratto per presunto inadempimento, invocando una violazione della clausola di non concorrenza. Di conseguenza, l'appalto è stato aggiudicato al secondo classificato, utilizzando il meccanismo di scorrimento della graduatoria.

La società ricorrente, Scenari S.r.l., ha impugnato tale aggiudicazione sostenendo l'illegittimità della risoluzione del contratto.

La sua impugnazione si è concentrata su due motivi principali:

1. L'illegittimità derivata della nuova aggiudicazione, contestando la validità della risoluzione.
2. La nullità della clausola contrattuale che vietava di intrattenere rapporti con operatori concorrenti, considerata anticoncorrenziale.

Tuttavia, il TAR Lazio ha rigettato il primo motivo, ritenendo che non vi fossero vizi diretti nell'aggiudicazione fatta attraverso lo scorrimento della graduatoria, mentre ha dichiarato inammissibile il secondo motivo per difetto di giurisdizione, in quanto riguardante una questione di esecuzione contrattuale, di competenza del giudice ordinario.

Il TAR Lazio ha ribadito un concetto cruciale: una volta che la stazione appaltante ha deciso di continuare l'esecuzione del contratto, l'aggiudicazione tramite scorrimento della graduatoria è un atto vincolato, obbligato dalla normativa. Non è più una scelta discrezionale, ma una modalità obbligatoria che la stazione appaltante deve seguire per adempiere alla normativa del d.lgs. 36/2023.

La discrezionalità rimane solo nella fase antecedente, cioè nella valutazione se sia nell'interesse pubblico proseguire o meno con l'affidamento. Ma una volta compiuta questa scelta, la stazione è obbligata a procedere con lo scorrimento, senza possibilità di alterare l'ordine della graduatoria.

Il caso assume particolare rilievo anche per la contestazione della clausola anticoncorrenziale.

Scenari S.r.l. ha sostenuto che la clausola di non concorrenza violasse il diritto della concorrenza, configurandosi come un abuso di posizione dominante da parte di Trenitalia. Tuttavia, il TAR ha escluso la propria competenza in materia, facendo riferimento alla giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che stabilisce che le

questioni riguardanti l'esecuzione del contratto (come la legittimità delle clausole contrattuali) debbano essere trattate dal giudice ordinario. Pertanto, anche se la clausola contrattuale in questione poteva avere rilevanza per la vicenda concorrenziale, il suo esame rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario, il quale avrebbe potuto valutarla nel contesto di un ricorso relativo alla risoluzione del contratto.

La sentenza del TAR Lazio ribadisce l'importanza del principio di vincolatività dello scorrimento della graduatoria una volta che la stazione appaltante ha deciso di continuare con l'affidamento. Essa non ha discrezionalità in tale fase, ma è obbligata a seguire l'ordine della graduatoria.

Al tempo stesso, la questione della legittimità della clausola contrattuale che ha portato alla risoluzione del contratto non può essere trattata dal giudice amministrativo, ma dal giudice ordinario, che ha la competenza per esaminare gli aspetti di esecuzione del contratto.

Questo chiarimento separa nettamente le competenze tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, evitando conflitti tra le due e delineando in modo preciso le aree di competenza per le controversie legate agli appalti pubblici.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

MEDIAAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!