

Rivista mensile - Anno XV, Numero 7

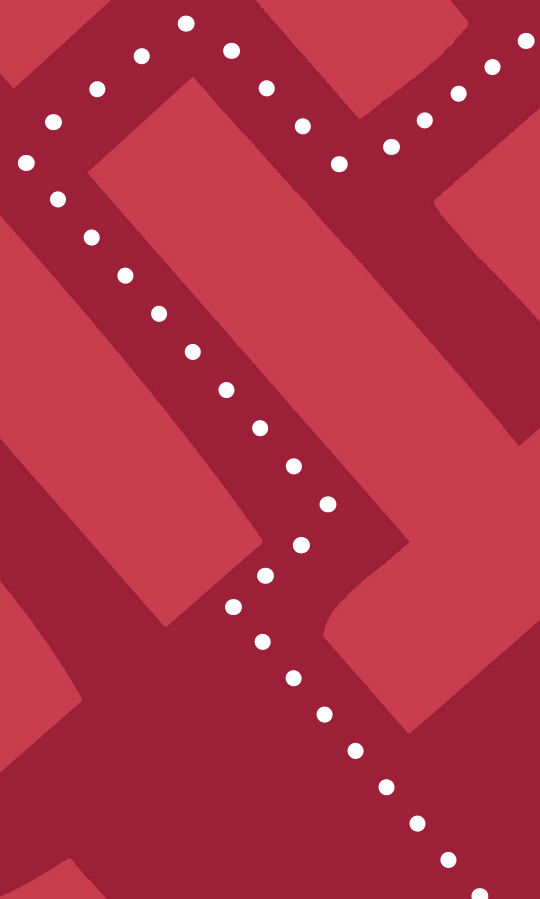
ottobre
2025

MEDIA APPALTI

**Profili normativi, evolutivi
e giurisprudenziali
in tema di soccorso
istruttorio con particolare
riferimento alla
offerta tecnica**

**Verifica delle anomalie
e discrezionalità della
stazione appaltante: le
novità apportate dal c.d.
decreto correttivo e la
giurisprudenza
più recente**

**Il complesso rapporto tra
uffici tecnici ed organi
politici nella gestione delle
procedure di affidamento**



**“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**

**ottobre
2025**

Interresponsabilità

Se è vero che esiste un'interconnessione tra le coscienze, i destini, la vita di ognuno di noi, deve essere anche vero che dovremmo essere più attenti a quel che accade nell'appartamento accanto al nostro, per le strade di Caivano, durante un forum all'aperto presso la Utah Valley University, sotto le sirene di Kiev, tra le macerie di Gaza.

Se siamo parte del tutto dovremmo essere partecipi al tutto. Avere il coraggio di abbandonare l'io e misurarsi con un più alto noi.

Esplorare l'esperienza dell'anima mundi di Platone, addentrarsi nell'inconscio collettivo di Carl Gustav Jung. Avrete da obiettare che come singoli siamo già oppressi dalle nostre mille complicazioni, perché farci carico, seppur anche solo emotivamente, dei problemi di altri che neppure conosciamo e che non ci toccano direttamente?

È questo il punto: è falsa la distanza che crediamo esserci tra noi e quel che succede altrove. In questa nella fitta rete di interrelazioni, l'altrove è ovunque.

Le decisioni che apparentemente possono riguardare una ristretta comunità riescono a incanalarsi in vie che in qualche modo finiscono per toccarci. Se Trump impone dazi alla Cina ne pagheranno le conseguenze anche i quaranta cittadini di Stavoli di Moggio, il paese più isolato d'Italia. Lasciare che apaticamente si decida del nostro destino è un errore che di frequente commettiamo.

Con i governi autoritari abbiamo lasciato che il potere fosse esercito dai singoli sovrani; la popolazione non faceva parte del processo decisionale. La nascita delle democrazie ha spostato la sovranità al popolo, ma la delega fatta ai parlamentari si è mutata, nei decenni, in disinteresse. Le distanze si sono allargate.

La fiducia nella politica corrosa fino a misere percentuali di affluenza alle urne proprio in occasione del più importante istituto di democrazia diretta, il referendum. Il record in negativo lo detiene l'abrogativo del 2022 sulla giustizia. L'affluenza fu appena del 20,4%.

Quando ci viene chiesto un parere su un qualsiasi argomento, diamolo. Informiamoci, studiamo ed esprimiamo il nostro punto di vista. Partecipiamo. Collaboriamo. Una richiesta di collaborazione è giunta di recente dall'Autorità Anticorruzione che sul suo sito ha pubblicato il Piano Anticorruzione 2025. Fino al 30 settembre è stato possibile consultarlo. Entro la stessa data era richiesto l'invio di contributi e osservazioni.

"Il Piano è stato elaborato come uno strumento di supporto alle amministrazioni pubbliche e agli enti per la migliore attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione", scrive l'ANAC nella presentazione dell'iniziativa e sui canali social.

La corruzione è uno di quegli argomenti che si ramifica nella quotidianità di tutti pur avendo origine nel chiuso di una stanza nella quale si concludono loschi affari. La corruzione è madre di spese fuori controllo, affidamento in appalto con procedure viziate, scarsa qualità dei lavori, dei servizi, delle forniture. Tutti aspetti che interagiscono con la quotidianità e che quotidianamente devono suscitare interesse.

Partecipazione.

Partecipazione vuol dire responsabilità. Non vi pare che questa (responsabilità) sia una parola magnifica? Un'investitura. Un impegno che richiede dedizione, passione, tal volta anche qualche sacrificio.

In questo mondo interconnesso, nel quale decisioni lontane producono effetti ravvicinati, non possiamo ignorare l'importanza della partecipazione a quei processi che definiscono anche la nostra realtà. L'interconnessione richiede "interresponsabilità".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Interresponsabilità

4

In evidenza

Profili normativi, evolutivi e giurisprudenziali in tema di soccorso istruttorio con particolare riferimento alla offerta tecnica

7

Sotto la lente

Verifica delle anomalie e discrezionalità della stazione appaltante: le novità apportate dal c.d. decreto correttivo e la giurisprudenza più recente

20

Hanno collaborato a questo numero:

Aldo Areddu
Avvocato penalista, esperto in materia di appalti pubblici

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

Salvio Biancardi
Funzionario di primario comune, autore di pubblicazioni e docente in corsi di formazione

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

Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca Università Tor Vergata

Fortunato Picerno
Esperto in contrattualistica pubblica. Dottore di ricerca di diritto amministrativo. Docente in materia di legislazione delle opere pubbliche

Olga Toscano
Esperto Legale presso Agenzia del Demanio

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

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

Il Punto

L'avvalimento dei requisiti

27

Le responsabilità penali del direttore dei lavori - parte seconda

37

Le varianti in corso d'opera nel nuovo codice appalti

46

L'affidamento dei servizi di trasporto per viaggi di istruzione e uscite didattiche. Le nuove modifiche introdotte dal decreto-legge 9 settembre 2025, n. 127

54

Il complesso rapporto tra uffici tecnici ed organi politici nella gestione delle procedure di affidamento

62

Pareri & Sentenze

68

A Domanda Rispondiamo

75

In pillole

79

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Profili normativi, evolutivi e giurisprudenziali in tema di soccorso istruttorio con particolare riferimento alla offerta tecnica.

di Claudio Beneduce

IN
EVIDENZA

Premessa

Il presente contributo si occupa di esaminare i profili normativi e giurisprudenziali che hanno caratterizzato i risvolti pratico-applicativi dell'istituto del soccorso istruttorio in tema di procedure ad evidenza pubblica, atteso che è un modulo procedimentale che oggi assume un ruolo sempre più centrale nei "serrati" rapporti tra le Stazioni Appaltanti di stampo pubblicistico e gli Operatori Economi privati. Si provvederà ad una ricostruzione della normativa vigente sul tema, evidenziando in particolare le novità e i punti di incontro con la disciplina previgente e si procederà ad una scansione degli orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato con particolare attenzione ai casi in cui si è "tentato" di sopperire ad un'offerta tecnica <<lacunosa>> mediante l'utilizzo del soccorso istruttorio.

In via preliminare, è agevole – se non dirimente – ai fini di un corretto inquadramento dell'istituto in esame, nel rispetto degli obiettivi definiti in sede legislativa, richiamare la Relazione illustrativa al Nuovo Codice che, con riferimento all'art. 101 del D.Lgs 36/2023 – che disciplina il modulo procedimentale *de quo* - chiarisce che la nuova disposizione "*riprendendo la disciplina vigente in aderenza con le indicazioni della direttiva con alcune novità dirette a semplificare e chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative: **oltre alla logica semplificatoria, la disposizione tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo**, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara*".

Dunque, emerge evidente, in primo luogo che la nuova disciplina assume una veste camaleontica, funzionale da una parte a semplificare – ove possibile – le procedure di gara e dall'altra ad evitare – anche qui ove possibile – un appello ad un eccessivo ed ingiustificato rigore, scevro di qualsivoglia contatto operativo e sostanziale con l'altrettanta camaleontica "realtà dei fatti". In altri termini, cade definitivamente – o almeno questo è l'obiettivo del "luminare" Legislatore del Nuovo Codice – il vessillo della forma per fare spazio ad un procedimento amministrativo che risponde ad obiettivi sostanziali, concreti, diretti a salvaguardare soprattutto il risultato *id est* la realizzazione della commessa oggetto dell'appalto.

Non solo. La Relazione *de qua* – che l'estensore utilizzerà nel corso del presente scritto quale "bussola" interpretativa della nuova disciplina – riconosce altresì che **"Chiave interpretativa della norma è pertanto la *leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio.*"**

È interessante notare, ancora in via preliminare, come il Legislatore affidi una responsabilità centrale e decisiva al principio di leale collaborazione delle parti e lo faccia proprio in un terreno procedimentale che è sempre stato foriero di forti dissidi e genesi di frequenti contenziosi.

È uno degli esempi chiari della volontà del Legislatore di dare – finalmente – una chiave concreta anche ai principi – che assumono valore determinante a parere di chi scrive – e che sono stati caratterizzati fin troppo da una applicazione "aleatoria" nella prassi quotidiana. I nuovi obiettivi del soccorso istruttorio, la cui struttura comunque non di discosta in modo netto da quella tratteggiata nella previgente disciplina, sembrano rispondere ad una tutela più concreta dell'operatore economico, in un contesto caratterizzato da sempre più arretrante competitività, e ad evitare che il

“ **La Relazione illustrativa al Nuovo Codice con riferimento all'art. 101 del D.Lgs 36/2023 – chiarisce che la nuova disposizione “riprendendo la disciplina vigente in aderenza con le indicazioni della direttiva con alcune novità dirette a semplificare e chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative: oltre alla logica semplificatoria, la stessa tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara”.** ”

riferimento a meri formalismi possa assumere una portata ostativa e lesiva – anche – degli interessi pubblici funzionali alla realizzazione degli interventi.

Si richiamano ancora, e in via preliminare, i rilievi dell'ANAC **resi in sede precontenziosa con Delibera n. 573 del 10 dicembre 2024**, ove l'Autorità Indipendente ha evidenziato che si discute di un istituto che risponde – “*per vocazione generale (basti il richiamo all'articolo 6, legge n. 241/1990) - ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco*

affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 bis legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica [...] una autonoma e più articolata disposizione (articolo 101) e, per altro verso, ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa. Quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata (in certo modo filtrando – con non abusiva operazione esegetica, ben fondata su un ragionevole canone di ordine teleologico – l'interpretazione dell'articolo 83, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023)". Questi i tratti salienti dell'istituto che si andrà a esaminare.

1. La definizione giurisprudenziale e normativa del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs 50/2016.

Il previgente Codice – D.Lgs 50/2016 – disciplinava ai sensi e per gli effetti dell'art. 83 co. 9 l'istituto del soccorso istruttorio, prevedendo espressamente che *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".* L'art. 83, comma

9, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce, dunque, che il soccorso istruttorio viene ammesso per le cd. *"irregolarità essenziali sanabili"* e non per quelle *"non sanabili"*. Quest'ultime sono riferite ad elementi e documenti relativi all'offerta tecnica ed economica, nonché alle *"carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*. La formulazione della normativa richiamata, seppur contraddistinta da una apparente chiarezza lessicale, ha incominciato ad ingenerare alcuni – severi – dubbi circa la possibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio anche per sopperire – e dunque di fatto *"sanare"* – agli elementi mancanti relativi agli aspetti tecnici ed economici dell'offerta. Sul tema, si sono succeduti sin da subito diversi e contrastanti orientamenti che oggi – in via consolidata – hanno escluso, nei casi richiamati, l'applicazione di tale rimedio. Si vedrà, nel paragrafo che segue, che l'indirizzo pretorio consolidato ha trovato di fatto ulteriore conferma anche per la disciplina del nuovo codice, che come già evidenziato in premessa, si inserisce in tale tessuto giuridico senza soluzione di continuità.

Invero, il consolidato orientamento interpretativo dell'Autorità Nazionale dell'Anticorruzione, formatosi già in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, ha più volte rilevato che il soccorso istruttorio di cui all'articolo 83 doveva essere utilizzato *"per sanare l'omessa o incompleta presentazione di dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione nonché ogni altra incompletezza della domanda, ad esclusione di quelle relative all'offerta tecnica ed economica"* con l'esclusione dei casi ove lo stesso sia funzionale *"per integrare la formulazione dell'offerta in quanto tale circostanza determinerebbe un'integrazione dell'offerta non consentita dal vigente quadro normativo"* (cfr. in tal senso, ANAC, delibere n. 509 del 08.11.2023; n. 370 del 26.07.2023, n. 229 del 24 maggio 2023; n. 303 del 24.06.2024);

La giurisprudenza amministrativa sul punto, infatti, (cfr. da ultimo, Consiglio di Stat, sez. III, sentenza del 10.11.2023 n. 1482) ha ritenuto che *«nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la*

possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio, in forza della chiara previsione dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 che non ne prevede il ricorso nelle ipotesi di irregolarità e incompletezza dell'offerta economica, oltre che per sanare le carenze degli elementi sostanziali della medesima (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 08.11.2022, n. 9789; Sez. III, 21.03.2022, n. 2003). Nella giurisprudenza dei Giudici di Palazzo Spada vi è concordia nel ritenere che l'istituto sia finalizzato a supplire "a carenze di natura formale..." (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2242) o a "inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara" (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2020 n. 2146), in modo da evitare di pregiudicare l'operatore "impreciso" ma "affidabile", **mentre non può costituire "una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara"** (Cons. Stato, III, 19 agosto 2020, n. 5144; V, 13 maggio 2019, n. 1030 e, più di recente, Cons. Stato n. 7145 del 2022 cit.).

Il rimedio del soccorso istruttorio è volto sì a dare rilievo ai principi del favor participationis e della semplificazione, all'interno, però, di limiti rigorosamente determinati, come quello discendente dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (Consiglio di Stato, sez. III, 28.07.2020, n. 4795).

Secondo il filone ermeneutico richiamato, ogni diversa soluzione, infatti, si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio delle pubbliche gare che impone di garantire la parità di trattamento e la non discriminazione ("par condicio"), fra tutti i partecipanti.

È una interpretazione che si pone in linea con la giurisprudenza euro unitaria (cfr. CGUE, Sentenza 10.05.2017, nella causa C-131/16 Archus) la quale, con riferimento all'esperibilità del soccorso istruttorio in caso di carenza dell'offerta tecnica, **ha ritenuto che una**

richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 09.01.2023 n. 290; ANAC, delibere n. 509 del 08.11.2023; n. 370 del 26.07.2023, n. 229 del 24.05.2023; n. 303 del 24.06.2024).

In altri termini, sulla scorta della normativa previgente e della interpretazione resa dalla più attiva giurisprudenza amministrativa, la ratio sottesa all'istituto in esame e gli obiettivi di tutela della favor participationis di tutti i candidati sono assolutamente – e categoricamente – ostativi all'applicazione di tale istituto in quei casi in cui di fatto l'Operatore Economico voglia utilizzare la procedura di sanatoria per eludere il corretto funzionamento "del gioco", presentando e sul piano tecnico e sul piano economico una nuova – inammissibile – offerta.

“ **L'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina il soccorso istruttorio che viene ammesso per le cd. "irregolarità essenziali sanabili" e non per quelle "non sanabili". La formulazione della normativa richiamata, seppur contraddistinta da una apparente chiarezza lessicale, ha incominciato ad ingenerare alcuni - severi - dubbi circa la possibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio anche per sopperire – e dunque di fatto "sanare" – gli elementi mancanti relativi agli aspetti tecnici ed economici dell'offerta.** ”

2. La definizione giurisprudenziale e normativa del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 del D.Lgs 36/2023.

L'istituto del soccorso istruttorio trova oggi una – compiuta e nuova – definizione nell'art. 101 del D.Lgs 36/2023 che così espressamente recita:

"1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.

3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e

dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".

Per una compiuta comprensione della nuova disciplina, si richiama – ancora – la Relazione Illustrativa al Nuovo Codice, ove si evidenzia che:

a) nel comma 1 si riconosce l'obbligo della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità. Si precisa, che è stata eliminata la distinzione – foriera di dubbi – tra irregolarità essenziali e non essenziali. In adesione alle indicazioni della Corte di Giustizia si specifica, in modo chiaro, che il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta. L'unico limite al soccorso istruttorio è stato indicato nella assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta;

b) nel comma 2 si specifica che in caso di mancato adempimento alle richieste della stazione appaltante, l'operatore è escluso dalla procedura di gara: si tratta di una sanzione che non è legata all'inadempimento, quanto alla inidoneità dell'offerta presentata;

c) nel comma 3 – anche in questo caso recependo indicazioni provenienti dalla giurisprudenza

euro-unitaria – si prevede che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che i chiarimenti non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica.

- d) il comma 4 costituisce una rilevante novità, in quanto, è prevista la possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. Sul punto, il Legislatore specifica in modo chiaro che la richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta, dunque va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta.

Pertanto, la nuova disciplina identifica quattro tipologie di soccorso istruttorio:

- a) il cd. soccorso istruttorio integrativo o completivo, di cui all'articolo 101, comma 1, lett. a), volto a colmare carenze della documentazione necessaria, con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente all'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla Stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);
- b) il cd. soccorso sanante, di cui all'art. 101, comma 1, lett. b), volto a rimediare a omissione, inesattezze o irregolarità della documentazione, con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili;
- c) il cd. soccorso procedimentale, di cui all'art. 101, comma 3, consistente nella richiesta di

chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

- d) il cd. soccorso correttivo, di cui all'articolo 101, comma 4, funzionale a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta, prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della Stazione appaltante (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immutabilità contenutistica.

Così ricostruita la nuova disciplina, si procede a scansionare gli orientamenti pretori che si sono consolidati circa l'applicabilità del soccorso istruttorio, con l'entrata in vigore del Nuovo Codice, ed in particolare nei casi in cui l'Operatore Economico incorre – *recte* asserisce di essere incorso – nel "mero errore materiale" nella formulazione della offerta tecnica e come tale immediatamente riconoscibile dalla Stazione appaltante.

Sono stati affermati i seguenti principi dalla V Sezione del Consiglio di Stato con la pronuncia del 10 gennaio 2024, n. 358 - che ha avuto modo di soffermarsi sul tema dell'errore materiale immediatamente riconoscibile e dunque soggetto alla rettifica d'ufficio dei dati dell'offerta da parte della stazione appaltante:

- "*sussiste ... la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; in altri*

termini, la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta: l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente e ictu oculi dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. In definitiva, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta (tra tante, Cons. Stato, V, 5 aprile 2022, n. 2529; III, 24 febbraio 2020, n. 1347; VI, 2 marzo 2017, n. 978)" [così Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481];

- "la rettifica d'ufficio dell'offerta - costituendo un'operazione assai delicata, in quanto impattante sull'essenziale interesse dei concorrenti all'imparzialità della competizione - è misura che può essere adottata, come si è esposto, solo prendendo in considerazione la manifestazione oggettiva di volontà veicolata nel singolo atto di gara ed un errore ivi emergente, sub specie di lapsus calami, nella sua immediata e manifesta evidenza materiale e grafica.

Non è invece esigibile da parte della stazione appaltante uno sforzo di ricostruzione logica dell'offerta esteso a più atti da inquadrare sinotticamente, men che meno se mediato - come pretenderebbe la parte qui appellante - da una sorta di immedesimazione soggettiva dell'interprete nella prospettiva valutativa dell'operatore economico. Neppure pare ragionevole gravare l'amministrazione di un obbligo di diligenza ricostruttiva addirittura maggiore di quello che ci si aspetta e si può esigere dallo stesso concorrente nella fase di compilazione e confezionamento della sua offerta" (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2022, n. 5650).

La rettifica d'ufficio è dunque possibile, sulla base della citata giurisprudenza, soltanto in

caso di errore manifesto e immediatamente percepibile (*lapsus calami*). Inoltre, tale errore deve essere emendabile "senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta". In altri termini, l'errore, per essere riconoscibile dalla stazione appaltante, deve risultare *ex acti* ossia ricavabile dai soli atti prodotti in sede di gara (offerta tecnica e dichiarazioni sui requisiti di carattere generale) senza poter essere eterointegrabile sulla base di elementi non direttamente attinenti alla procedura stessa.

In altri termini, il provvedimento di esclusione, adottato in ragione della mancata produzione di un elemento dell'offerta tecnica ritenuto essenziale e a pena di esclusione dalla Stazione appaltante, è conforme ai principi generali dell'ordinamento in materia di contratti pubblici e all'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023.

Non solo. Ci si è chiesto se una formulazione di una offerta caratterizzata da una "situazione fuorviante e di incertezza e di indeterminatezza" sia suscettibile come tale di costituire, da sola, valida ragione di esclusione dell'offerta stessa oppure sia emendabile in sede di soccorso istruttorio. Anche in tale caso, trova applicazione il consolidato orientamento secondo cui "nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla Pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara".

Di conseguenza la presenza di lacune tali da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del contenuto dell'offerta determinano la sua esclusione senza possibilità di soccorso istruttorio (Cons. Stato, sez. III, 19 agosto 2020, n. 5144) atteso che "Non solo l'incompletezza, ma anche l'indeterminatezza è causa di esclusione dalla gara" (Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3616).

Non trova, pertanto, applicazione, in casi come questo, l'istituto del soccorso istruttorio anche soltanto di matrice procedimentale, atteso che, come più volte espresso e ribadito anche in precedenza, non si può sopperire ad una tale incoerenza in sede di elaborazione dell'offerta tecnica mediante mero intervento chiarificatore

ma soltanto attraverso una modifica, in senso stretto, di almeno una parte della stessa.

In altre parole, non si sarebbe trattato – si ribadisce – di mero intervento chiarificatore da parte dell'Operatore Economico ma di un vero e proprio "intervento ortopedico" dell'offerta, diretto ad apportarne modifiche agli elementi essenziali della struttura.

Dunque, un intervento sostanzialmente modificativo dell'offerta e in quanto tale radicalmente inammissibile anche di essere sanato in sede di soccorso istruttorio.

Pertanto, la nuova disciplina identifica quattro tipologie di soccorso istruttorio:

a) il cd. soccorso istruttorio integrativo o completo, di cui all'articolo 101, comma 1, lett. a), volto a colmare carenze della documentazione necessaria, con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente all'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla Stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) il cd. soccorso sanante, di cui all'art. 101, comma 1, lett. b), volto a rimediare a omissione, inesattezze o irregolarità della documentazione, con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili;

c) il cd. soccorso procedimentale, di cui all'art. 101, comma 3, consistente nella richiesta di chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

d) il cd. soccorso correttivo, di cui all'articolo 101, comma 4, funzionale a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta, prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della Stazione appaltante (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immutabilità contenutistica.

3. Conclusioni

Tanto ricostruito e tenuto conto anche dei casi forieri ancora oggi di dubbi interpretativi, **si può agevolmente concludere che deve tenersi per ferma la non soccorribilità degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica).**

Un tale utilizzo di un tale modulo procedimentale si pone in netto contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Non si possono, pertanto, emendare le carenze o le irregolarità che attengano ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara) (cfr. ancora e per tutte Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7870).

Ragionare a contrario, significa rendere il soccorso istruttorio un istituto contrastante – insanabilmente – con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. In altri termini, in ossequio al detto principio, all'impresa che partecipa ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media, relativa non solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione

alla gara, con la conseguenza che si considera “naturale” per gli operatori professionali la loro capacità di comprendere non solo il contenuto della lex specialis, ma anche quello delle norme in tema di contratti pubblici e di tutti gli eventuali interventi interpretativi delle stesse operati dalle Amministrazioni competenti e dalla giurisprudenza amministrativa.

In sintesi e conclusivamente, l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio ex art. 101 del Nuovo Codice dei Contratti deve necessariamente fare i conti con il rispetto del principio della par condicio, che verrebbe altrimenti frustato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando. Il soccorso istruttorio non può diventare dunque un vulnus del principio di parità di trattamento.

“ **Si conclude che deve tenersi per ferma la non soccorribilità degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica). Un tale utilizzo di un tale modulo procedimentale si pone in netto contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Non si possono, pertanto, emendare le carenze o le irregolarità che attengano ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).** ”

La formazione per la qualificazione delle S.A.

► [Clicca sui link](#) [🔗 sede/webinar](#) per conoscere tutti i dettagli sui corsi

Formazione Specialistica per la qualificazione delle S.A.

► APPALTI PUBBLICI

Percorso di Alta Formazione in Appalti e Concessioni
- XX EDIZIONE

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

A BREVE NOVITÀ SULLA PROSSIMA EDIZIONE

 data di inizio prevista: Marzo 2026

► PROJECT MANAGEMENT

CORSO SPECIALISTICO IN MATERIA DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base® e AV®

64 ore - 15 incontri

 Legisa, Tramontana [🔗 Webinar](#) - dal 18/11

Formazione Base per la qualificazione delle S.A.

► APPALTI PUBBLICI

Corso base per i RUP. La gestione della gara e gli adempimenti connessi

 Morolla, Rizzi

[🔗 Napoli](#) - dal 21/10

[🔗 Webinar](#) - dal 25/11

La procedura di gara e la redazione degli atti: le norme, il bando tipo, la prassi, la giurisprudenza prevalente

 Cacciari, Fidanza, Miniero, Papi, Ponti, Toschei

[🔗 Firenze](#) - dal 28/10

[🔗 Roma](#) - dal 4/11

[🔗 Bolzano](#) - dal 28/10

[🔗 Bologna](#) - dal 20/11

[🔗 Trieste](#) - dal 4/11

La gara di lavori pubblici: dalla progettazione all'esecuzione

 Gianforte, Sinisi [🔗 Webinar](#) - dal 7/11

► APPALTI PUBBLICI

Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia e per la redazione degli atti

 Cacciari, Faviere, Fidanza [🔗 Webinar](#) - dal 07/11

Una guida operativa per la gestione ed esecuzione della procedura di gara e per la corretta redazione degli atti

 Cacciari, Faviere, Toschei [🔗 Webinar](#) - dal 14/11

La redazione degli atti amministrativi e la potenzialità dell'intelligenza artificiale

 Bruno, Mariani, Taormina, Vescio di Martirano

[🔗 Webinar](#) - dal 14/11

► PROJECT MANAGEMENT e BIM

CORSO BASE DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base®

 Legisa, Tramontana [🔗 Webinar](#) - dal 18/11

CORSO DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Av®

 Tramontana [🔗 Webinar](#) - dal 26/11

PERCORSO PER LA GESTIONE DEL BIM NELLA PA Organizzazione, best practices e casi pratici

 Barutta, Mottola, Ruscio, Versolato, Vigliarolo

[🔗 Webinar](#) - dal 21/11

Formazione per la Fase di Esecuzione

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)

 Maceroni [🔗 Webinar](#) - dal 24/11

La fase esecutiva delle gare di servizi e forniture

SF1 - SF2 (14 ore - 3 incontri)

 Maceroni [🔗 Webinar](#) - dal 24/11

Corso base sulla fase esecutiva per gare di lavori, servizi e forniture

L3-SF3 (6 ore)

 Maceroni [🔗 Webinar](#) - dal 24/11

PROGRAMMAZIONE 2025/2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Calendario formativo dei prossimi mesi

► **Clicca sui link** [🔗 sede/webinar](#) per conoscere tutti i dettagli sui corsi

I nostri corsi sono accreditati dalla **SNA** ai fini della formazione valida per ottenere e mantenere i requisiti richiesti per le stazioni appaltanti qualificate. Scegli tra **SNA SPECIALISTICA** e **SNA BASE**

Percorsi per esperti

Percorso di Alta Formazione in Appalti e Concessioni
- XX EDIZIONE

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

A BREVE NOVITÀ SULLA PROSSIMA EDIZIONE

 data di inizio prevista: Marzo 2026

Percorsi per riordinare le idee

Corso base per i RUP. La gestione della gara e gli adempimenti connessi

SNA BASE (20 ore - 4 incontri)

 Morolla, Rizzi

[🔗 Napoli](#) - dal 21/10 [🔗 Webinar](#) - dal 25/11

ABC degli appalti pubblici.

Come cambiano le gare con il decreto correttivo

 Morolla [🔗 Webinar](#)  dal 25/10 (3 incontri)

Nuovo bando tipo

Il nuovo bando tipo ANAC: guida all'uso

 Ponti [🔗 Milano](#)  29/10

 Ponti [🔗 Olbia](#)  30/10

 Maceroni [🔗 Roma](#)  5/11

 Toschei [🔗 Webinar](#)  7/11

 Maceroni [🔗 Torino](#)  11/11

Il RUP tra anticorruzione e trasparenza

Il nuovo PNA 2025 parte speciale appalti

 Toschei [🔗 Webinar](#)  21/11

 Toschei [🔗 Webinar](#)  15/12

Il RUP e i laboratori di redazione atti

Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia e per la redazione degli atti

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Cacciari, Faviere, Fidanza [🔗 Webinar](#) - dal 07/11

La procedura di gara e la redazione degli atti: le norme, il bando tipo, la prassi, la giurisprudenza prevalente

SNA BASE (20 ore - 3 incontri)

 Cacciari, Fidanza, Miniero, Papi, Ponti, Toschei

[🔗 Firenze](#) - dal 28/10

[🔗 Roma](#) - dal 4/11

[🔗 Bolzano](#) - dal 28/10

[🔗 Bologna](#) - dal 20/11

[🔗 Trieste](#) - dal 4/11

La redazione degli atti amministrativi e la potenzialità dell'intelligenza artificiale

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Bruno, Mariani, Taormina, Vescio di Martirano

[🔗 Webinar](#)  dal 14/11

Una guida operativa per la gestione ed esecuzione della procedura di gara e per la corretta redazione degli atti

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Cacciari, Faviere, Toschei [🔗 Webinar](#) - dal 14/11

L'accordo quadro: strumento di programmazione e semplificazione

 Maceroni [🔗 Webinar](#)  20/11

La redazione del capitolato speciale e del contratto negli appalti di servizi e forniture

 Maceroni [🔗 Webinar](#)  25/11

PROGRAMMAZIONE 2025/2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Il RUP tra diritti, obblighi e responsabilità

La responsabilità amministrativa nel settore dei contratti pubblici

 Raeli  Webinar  26/11

Gli incentivi per le funzioni tecniche

 Puliatti, Rappa, Vella  Webinar  dal 20/11

Il RUP e le procedure di gara

I riflessi concreti del principio del risultato sul ciclo dell'appalto e il RUP

 Cacciari, Miniero, Papi, Ponti, Toschei

 Firenze  28/10	 Roma  4/11
 Bolzano  28/10	 Bologna  20/11
 Trieste  4/11	

La gestione della procedura di gara, tra bando tipo ANAC 2025, costo del lavoro e valutazione delle offerte

 Cacciari, Miniero, Papi, Ponti, Toschei

 Firenze  18/11	 Bolzano  25/11
 Trieste  18/11	 Bologna  2/12
 Roma  20/11	

Novità e giurisprudenza

Il codice dei contratti pubblici alla luce del decreto correttivo nella interpretazione giurisprudenziale

 Toschei  Webinar  9/12

Le clausole sociali, costo del personale scelta del CCNL e oneri della sicurezza negli appalti pubblici

 Ponti  Webinar  27/10

Sottosoglia

Affidamenti diretti e procedure negoziate, i contratti sottosoglia

 Miniero  Webinar  10/11 e 19/11

Esercitazioni sul MePA

Simulazioni in tempo reale sulla gestione degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate sul MePA.

 Porzio  Webinar  3/12 e 10/12

Focus su:

► SERVIZI ALLA PERSONA

Gli appalti di servizi alla persona

 Ponti  Webinar  12/11

► GESTIONE DEL PATRIMONIO PUBBLICO

La gestione degli impianti sportivi del comune

 Ponti  Webinar  24/11

La gestione dei cimiteri comunali: da problema a risorsa

 Cergnul, Ponti  Webinar  3/12

I contratti di lavori pubblici

La gara di lavori pubblici: dalla progettazione all'esecuzione

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Gianforte, Sinisi  Webinar  dal 7/11

I requisiti di qualificazione nei "lavori" pubblici: la più recente giurisprudenza; le cause di esclusione

 Sinisi  Webinar  18/11

La fase esecutiva nei lavori pubblici: la più recente giurisprudenza; le cause di esclusione

 Sinisi  Webinar  24/11 e 10/12

► FOCUS: CONTABILITÀ LAVORI

La tenuta degli atti della contabilità di un appalto di lavori

 Gianforte  Webinar  28/11

PROGRAMMAZIONE 2025/2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Settori Speciali

La disciplina in tema di settori speciali alla luce della giurisprudenza

 Galli  Webinar  27/11 e 4/12

La gestione della fase esecutiva

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)

 Maceroni  Webinar  dal 24/11

La fase esecutiva delle gare di servizi e forniture

SF1 - SF2 (14 ore - 3 incontri)

 Maceroni  Webinar  dal 24/11

Corso base sulla fase esecutiva per gare di lavori, servizi e forniture

L3-SF3 (6 ore)

 Maceroni  Webinar  24/11

Adempimenti e verifiche su operatori economici

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici e gli adempimenti obbligatori pre e post gara

 Rizzi  Webinar  21/10 e 28/10

Contabilità

La responsabilità amministrativa nel settore dei contratti pubblici

 Raeli  Webinar  26/11

Gli incentivi per le funzioni tecniche

 Puliatti, Rappa, Vella  Webinar  dal 20/11

Gli agenti contabili e la corte dei conti

 Vella  Webinar  5/12

Project Management e BIM

► PROJECT MANAGEMENT

CORSO SPECIALISTICO IN MATERIA DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base® e AV®

SNA SPECIALISTICA (64 ore - 15 incontri)

 Legisa, Tramontana  Webinar  dal 18/11

CORSO BASE DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base®

SNA BASE (30 ore - 7 incontri)

 Legisa, Tramontana  Webinar  dal 18/11

CORSO DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Av®

SNA BASE (34 ore - 8 incontri)

 Tramontana  Webinar  dal 26/11

► BUILDING INFORMATION MODELLING

PERCORSO PER LA GESTIONE DEL BIM NELLA PA

Organizzazione, best practices e casi pratici - Formazione Base

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Barutta, Mottola, Ruscio, Versolato, Vigliarolo

 Webinar  dal 21/11

► SCOPRI DI PIÙ SUL BIM

Mediaconsult ti offre due webinar gratuiti

 Accettulli, Lento, Mottola, Piatti

1. La redazione dell'atto organizzativo per l'implementazione del BIM nella PA

 Webinar  20/10

2. La redazione del capitolato informativo nei bandi BIM

 Webinar  3/11

Verifica delle anomalie e discrezionalità della stazione appaltante: le novità apportate dal c.d. decreto correttivo e la giurisprudenza più recente

di Fortunato Picerno

SOTTO
LA
LENTE

Introduzione

Nel contesto dei contratti pubblici, la verifica dell'anomalia dell'offerta rappresenta una fase delicata e cruciale, volta a garantire l'affidabilità dell'operatore economico selezionato e la sostenibilità dell'offerta nel tempo.

L'obiettivo del legislatore è chiaro: evitare l'aggiudicazione a soggetti che, pur proponendo condizioni apparentemente vantaggiose, non siano poi in grado di rispettare gli obblighi contrattuali, esponendo la stazione appaltante al rischio di inadempimenti, ritardi o contenziosi.

Tuttavia, la procedura di verifica dell'anomalia non si traduce in un giudizio automatico o meramente aritmetico.

Al contrario, essa implica un **apprezzamento tecnico-discrezionale** da parte della stazione appaltante, che deve valutare nel merito la congruità, la serietà e la sostenibilità dell'offerta,

anche alla luce delle giustificazioni presentate dall'operatore economico.

Proprio tale margine di discrezionalità – che la giurisprudenza ha definito “tecnica” – pone una serie di questioni interpretative e applicative, specie in relazione ai limiti entro cui essa può legittimamente esercitarsi.

In altre parole, fino a che punto può spingersi la stazione appaltante nel ritenere un'offerta congrua o, al contrario, nel giudicarla anomala? E quale spazio resta al sindacato del giudice amministrativo su tale valutazione?

L'articolo si propone di analizzare il tema della verifica dell'anomalia dell'offerta alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 36/2023), evidenziando il delicato equilibrio tra la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante e le garanzie di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento richieste dalla normativa e dalla giurisprudenza.

1. Riferimenti alla normativa europea

Il Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rappresenta l'attuazione delle principali direttive europee in materia di appalti, ossia le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente in tema di concessioni, appalti ordinari e settori speciali.

Tali fonti sovranazionali impongono principi fondamentali - tra cui trasparenza, parità di trattamento, libera concorrenza e proporzionalità - che orientano in modo pervasivo la disciplina interna, anche con riferimento alla verifica delle offerte anormalmente basse.

In tale contesto, l'articolo 110 del Codice, nella versione aggiornata dal decreto correttivo (d.lgs. n. 209/2024), si pone come strumento di raccordo tra l'ordinamento nazionale e gli obblighi comunitari, recependo integralmente le previsioni **dell'articolo 69 della direttiva 2014/24/UE**.

In particolare, il comma 6 dell'art. 110 riproduce fedelmente il **paragrafo 4** della suddetta direttiva, stabilendo che, qualora l'anomalia dell'offerta sia riconducibile a benefici derivanti da aiuti di Stato, la stazione appaltante non possa procedere all'esclusione dell'operatore economico se non dopo aver instaurato un contraddittorio formale, nel quale l'offerente abbia la possibilità di dimostrare, entro un termine congruo, la compatibilità dell'aiuto ricevuto con il mercato interno, ai sensi **dell'art. 107 TFUE**. Solo qualora, all'esito della valutazione delle giustificazioni, permanga un dubbio circa la legittimità dell'aiuto, l'amministrazione è tenuta a informare la Commissione europea, unica autorità competente a pronunciarsi in materia.

Tale previsione, oltre a rafforzare il principio del contraddittorio, impone un approccio sostanzialmente garantista, volto a evitare esclusioni automatiche o non sufficientemente motivate, in contrasto con i principi di proporzionalità e tutela della concorrenza. La giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito l'illegittimità di provvedimenti espulsivi adottati in assenza di un adeguato confronto

procedimentale, evidenziando come l'esclusione non ponderata di offerte sospette possa compromettere la libertà di iniziativa economica e la parità di accesso al mercato.

È opportuno evidenziare che il diritto dell'Unione non impone un metodo unico di verifica dell'anomalia, lasciando agli Stati membri un margine di discrezionalità nella definizione delle modalità procedurali, purché siano rispettati i principi generali. Tuttavia, tale discrezionalità non può tradursi in un potere arbitrario: la stazione appaltante è tenuta a motivare puntualmente le ragioni dell'eventuale esclusione.

In definitiva, l'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023, nella sua versione correttiva, si configura come uno strumento di attuazione sostanziale del diritto europeo, volto a garantire un equilibrio tra il potere valutativo dell'amministrazione e le garanzie procedurali riconosciute agli operatori economici. Esso impone un approccio metodico e trasparente, fondato su criteri oggettivi e su un'istruttoria tecnica rigorosa, in grado di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza, proporzionalità e parità di trattamento, che costituiscono il fondamento del sistema europeo degli appalti pubblici.

2. Quadro normativo di riferimento

La disciplina della verifica delle offerte anormalmente basse ha subito, del resto, nel corso degli ultimi anni, una trasformazione che ha condotto al superamento dell'impianto normativo delineato dal d.lgs. n. 50/2016 e all'adozione di un modello più flessibile e contestualizzato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Nel quadro normativo previgente, l'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 configurava la verifica dell'anomalia come un procedimento formalizzato, scandito da una sequenza procedurale rigida e da criteri oggettivi, con un margine di discrezionalità amministrativa piuttosto contenuto. In particolare, la norma prevedeva che la verifica di congruità dovesse

essere attivata nei confronti delle offerte che avessero conseguito, sia in relazione al punteggio attribuito al prezzo, sia rispetto alla somma dei punteggi ottenuti per gli altri criteri di valutazione, un valore pari o superiore ai quattro quinti del punteggio massimo previsto dal bando. Tale meccanismo era applicabile esclusivamente nel caso in cui il numero delle offerte ammesse fosse pari o superiore a tre, delineando così un sistema di controllo basato su soglie matematiche e presupposti numerici predeterminati.

Con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale approccio, introducendo una disciplina maggiormente orientata alla valorizzazione del principio del risultato e alla responsabilizzazione della stazione appaltante.

L'articolo 110 del d.lgs. n. 36/2023, infatti, abroga integralmente l'articolo 97 del precedente Codice, eliminando il riferimento alla soglia dei quattro quinti e abbandonando il paradigma della verifica automatica fondata su parametri quantitativi. In sua sostituzione, viene delineato un modello di valutazione più elastico, che attribuisce alla stazione appaltante un potere tecnico-discrezionale significativamente ampliato, da esercitarsi tenendo conto dell'esito della gara, delle condizioni del mercato di riferimento e di ogni altro elemento utile alla valutazione della congruità dell'offerta.

Particolare attenzione è riservata agli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. In tale ambito, l'articolo 54, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che, qualora l'aggiudicazione avvenga secondo il criterio del prezzo più basso e non sussista un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti possono, in deroga all'articolo 110, prevedere nei documenti di gara l'esclusione automatica delle offerte ritenute anomale, a condizione che il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Tale previsione risponde all'esigenza di tutelare la sostenibilità economica delle offerte, evitando che il ribasso eccessivo sia frutto di una sottovalutazione dei costi di esecuzione o di

condotte opportunistiche da parte degli operatori economici, con conseguente compromissione del rapporto qualità-prezzo.

Nel dettaglio, l'articolo 54 prevede l'esclusione automatica delle offerte qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:

L'appalto, relativo a lavori o servizi, deve essere aggiudicato secondo il criterio del prezzo più basso;

L'offerta deve superare la soglia di anomalia determinata mediante uno dei metodi (A, B o C) indicati nell'Allegato II.2 al Codice;

La stazione appaltante specifica nei documenti di gara il metodo di calcolo prescelto oppure prevedere che tale scelta venga effettuata tramite sorteggio in sede di valutazione;

Il numero di offerte valide deve essere pari o superiore a cinque.

È opportuno evidenziare che tale meccanismo non trova applicazione negli affidamenti diretti, per i quali resta esclusa la possibilità di ricorrere all'esclusione automatica. Tuttavia, anche al di fuori delle ipotesi sopra delineate, il legislatore riconosce alle stazioni appaltanti la facoltà di procedere alla verifica della congruità di qualsiasi offerta che, sulla base di elementi specifici e oggettivi, appaia anormalmente bassa, rafforzando così il ruolo valutativo dell'amministrazione.

Per quanto concerne le procedure sopra soglia, nonché quelle sotto soglia aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'articolo 110 assume una funzione centrale nella nuova architettura normativa.

In tali casi, l'anomalia non è più intesa come deviazione automatica da parametri numerici, bensì come una possibile criticità da accertare attraverso un'analisi sostanziale e contestualizzata. La stazione appaltante può avviare la verifica anche in assenza di soglie matematiche, qualora ritenga che l'offerta presenti profili di inattendibilità o di non sostenibilità economica, esercitando un potere valutativo che si fonda su elementi concreti e non meramente formali.

Il contraddittorio con l'operatore economico rimane un passaggio imprescindibile del procedimento, ma la decisione finale si fonda su un giudizio tecnico motivato, che non è soggetto a sindacato giurisdizionale se non nei limiti della manifesta illogicità o del travisamento dei fatti. Tale impostazione riflette la volontà del legislatore di responsabilizzare maggiormente il RUP e di promuovere una selezione qualitativa degli operatori economici, in coerenza con gli obiettivi di efficienza, affidabilità e buon esito dell'esecuzione contrattuale.

Questa evoluzione normativa ha trovato ulteriore conferma nel decreto correttivo, che ha affinato alcuni passaggi procedurali senza alterare l'impianto sostanziale dell'articolo 110, consolidando il ruolo centrale della discrezionalità tecnica e del principio del risultato nella fase di aggiudicazione.

In particolare, l'articolo 38 del decreto correttivo interviene sull'art. 110 del Codice recante la disciplina delle offerte anomale nelle procedure sopra soglia comunitaria, introducendo una modifica rispetto al testo previgente.

Si ricorda che l'articolo 110, nella sua formulazione invariata a seguito del decreto correttivo, non impone un metodo predefinito per la determinazione della cd. *soglia di anomalia* da parte delle stazioni appaltanti. Tale soglia, il cui superamento rende un'offerta sospetta di anomalia, comporta l'obbligo per l'amministrazione di avviare un procedimento di verifica, richiedendo all'operatore economico di fornire adeguate giustificazioni.

La norma, dunque, rimette ad ogni singola stazione appaltante l'onere di scegliere il criterio di calcolo della soglia di anomalia, che devono essere rese note agli operatori economici a mezzo della loro specifica indicazione nei documenti di gara.

Indipendentemente dal metodo prescelto dalla stazione appaltante, l'eventuale superamento della soglia non può determinare l'automatica esclusione dell'offerta. L'esclusione è ammissibile solo all'esito di un contraddittorio, nel corso del quale l'offerente ha la possibilità di giustificare la propria proposta.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 110, infatti, in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante è tenuta a richiedere per iscritto all'operatore economico le giustificazioni relative ai prezzi o ai costi indicati, concedendo un termine massimo di quindici giorni per la presentazione delle stesse.

Le spiegazioni fornite dall'operatore economico possono riguardare una pluralità di aspetti:

- l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
- le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per 162 prestare i servizi o per eseguire i lavori;
- l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

In tale contesto, il comma 4 del medesimo articolo, nella sua versione originaria, escludeva la possibilità di fornire giustificazioni in due ambiti specifici: a) in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili previsti dalla legge o da fonti da essa autorizzate; b) con riferimento agli "oneri" di sicurezza disciplinati dalla normativa vigente.

Il decreto correttivo è intervenuto su quest'ultimo punto, sostituendo il termine **"oneri di sicurezza" con "costi della sicurezza"**, al fine di garantire coerenza terminologica con quanto previsto dall'art. 41, comma 14, e dall'Allegato I.7, art. 5, comma 1, lett. b), dove si fa correttamente riferimento ai "costi" della sicurezza, non soggetti a ribasso e non giustificabili ai sensi dell'art. 110.

Conclusa la fase di verifica, la stazione appaltante potrà procedere all'esclusione dell'offerta qualora le giustificazioni risultino insufficienti a dimostrare la congruità dei prezzi o dei costi proposti, oppure nel caso in cui l'offerta violi obblighi in materia ambientale, sociale o lavorativa, presenti incongruità nei costi aziendali per la sicurezza, o, infine, proponga un costo del personale inferiore ai minimi retributivi stabiliti.

3. Giurisprudenza recente

Le pronunce più recenti del Consiglio di Stato hanno contribuito in modo determinante a delineare con maggiore precisione i confini del potere tecnico-discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante nel procedimento di verifica delle offerte sospettate di anomalia.

In particolare, la sentenza del **Consiglio di Stato, Sez. III, 4 luglio 2025, n. 5822** ha ribadito che *“il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (ex multis, Cons. di Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 497)”*.

Pertanto, potremmo dire che tale verifica non si traduce in un'analisi puntuale di ogni singola voce economica, bensì in una valutazione complessiva dell'affidabilità, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta. Questo approccio, che privilegia una lettura sintetica e funzionale dell'intera proposta economica, consente all'amministrazione di concentrare l'attenzione sugli aspetti più significativi, evitando un controllo eccessivamente analitico e frammentato.

La stessa sentenza prosegue affermando che *“la valutazione della stazione appaltante in seno al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, avendo pertanto quale finalità quella di accertare l'attendibilità e la serietà della stessa e la possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte, costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo le ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione, che renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta*

(cfr., ex multis, Cons. di Stato, sez. III, 10 gennaio 2020, n. 249; sez. V, 24 settembre 2019, n. 6419; id. 17 maggio 2018, n. 2953; id. 24 agosto 2018, n. 5047)”.

In linea con tale orientamento, la normativa vigente prevede che la stazione appaltante possa richiedere chiarimenti scritti entro un termine definito, ma non impone l'obbligo di esaminare ogni dettaglio dell'offerta. Tale impostazione è stata ulteriormente avvalorata dalla giurisprudenza (**Cons. Stato, Sez. III, n. 6430/2018**), che ha riconosciuto la legittimità di una selezione motivata delle voci da approfondire, purché idonee a incidere sulla tenuta complessiva dell'offerta.

Il consolidato indirizzo interpretativo esclude, dunque, che la verifica dell'anomalia debba necessariamente individuare errori specifici o discrepanze puntuali. Al contrario, essa si fonda su un giudizio tecnico unitario, volto a stabilire se l'offerta sia concretamente idonea a garantire l'esecuzione del contratto.

Tale valutazione, per sua natura, rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, che può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di evidenti irrazionalità o errori macroscopici (**Cons. Stato, Sez. III, n. 249/2020; Sez. V, n. 6419/2019**).

Un ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dalla possibilità, ammessa in sede giustificativa, di ricalibrare le voci di costo, compensando eventuali sottostime o sovrastime, purché il valore complessivo dell'offerta rimanga invariato. La sentenza del **Consiglio di Stato, Sez. III, 4 luglio 2025, n. 5822** precisa che *“in sede di procedimento di verifica dell'anomalia, è pacificamente ammessa la progressiva ripermimetrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata”* (**Cons. di Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406; sez. V, 2 agosto 2021, n. 5644**).

Tale possibilità conferma la natura dinamica e dialogica del procedimento di verifica, che non si esaurisce in un controllo statico, ma si sviluppa attraverso un confronto tecnico tra stazione appaltante ed operatore economico, finalizzato a garantire la serietà e la sostenibilità dell'offerta nel rispetto dei principi di trasparenza, proporzionalità e buon andamento.

La sentenza del **Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2025, n. 5464** ha poi rafforzato l'impostazione olistica del giudizio di anomalia, superando definitivamente il ricorso a soglie rigide come quella dei **"quattro quinti dell'utile"**.

Essa sottolinea come la valutazione debba estendersi anche a elementi non espressamente richiesti dalla documentazione di gara, qualora essi risultino rilevanti ai fini della sostenibilità dell'offerta.

In questo quadro, il giudizio si configura come un'analisi di coerenza interna, orientata al conseguimento del risultato e alla tutela dell'interesse pubblico, in linea con i principi introdotti dal nuovo Codice dei contratti pubblici e con le indicazioni dell'ANAC (**parere n. 450/2024**).

In particolare, la sentenza in esame ha accolto il ricorso, censurando la decisione del giudice di primo grado per aver erroneamente circoscritto la valutazione dell'anomalia dell'offerta ai soli requisiti minimi previsti dalla *lex specialis*, escludendo l'esame dell'intera proposta tecnica presentata dall'operatore economico.

Questa frammentazione non è coerente con quanto previsto dall'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, che impone una valutazione complessiva dell'offerta, tenendo conto della sua congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità.

La nuova disciplina, pur avendo abrogato le soglie automatiche previste dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, affida alla stazione appaltante il compito di individuare le offerte anomale, basandosi sull'esito della gara, sulle condizioni del mercato e su ogni altro elemento utile, in relazione a quanto indicato nel

bando. In tale prospettiva, non è ammissibile escludere dal giudizio complessivo di affidabilità e sostenibilità parti dell'offerta che, pur non essendo formalmente richieste, sono state comunque inserite dall'operatore economico.

In particolare, se l'operatore ha fornito giustificazioni parziali su alcune voci dell'offerta, ma non ha chiarito tutti gli aspetti che ne definiscono il contenuto e la sostenibilità tecnico-economica, il giudizio di anomalia deve necessariamente tener conto dell'intera proposta. Il giudice di primo grado, invece, ha indebitamente sostituito la propria interpretazione a quella della Commissione tecnica, che è l'unico organo legittimato (*ex lege*) ad esprimere tale valutazione.

Il giudice amministrativo non può entrare nel merito della valutazione tecnica, esercitando un controllo sostitutivo non consentito. Non è sufficiente che la parte ricorrente non condivida la valutazione operata dalla stazione appaltante: è necessario dimostrarne l'evidente inattendibilità o l'insostenibilità, nei termini di manifesta irragionevolezza o errore macroscopico.

Nel caso specifico, l'offerta e le relative giustificazioni non hanno dimostrato la concreta fattibilità dell'intervento. Le condizioni indicate non trovano riscontro nella realizzazione effettiva dell'opera, risultando incoerenti anche con il piano economico-finanziario presentato.

Tuttavia, sul piano operativo, permane un nodo interpretativo rilevante: fino a che punto può estendersi l'obbligo motivazionale della stazione appaltante senza che la mancata considerazione di alcune voci si traduca in un vizio del procedimento?

All'interno del margine di discrezionalità riconosciuto dal legislatore, resta infatti da definire quale sia il livello minimo di analisi e giustificazione richiesto, soprattutto nei casi caratterizzati da elevata complessità tecnica — una soglia che, verosimilmente, sarà tracciata progressivamente dalla giurisprudenza, nel delicato equilibrio tra efficienza amministrativa e salvaguardia della concorrenza.

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, la giurisprudenza più recente sembra tracciare un percorso interpretativo che valorizza la discrezionalità tecnica della stazione appaltante, purché esercitata entro confini di razionalità, proporzionalità e trasparenza. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale, pur abbandonando approcci rigidamente formalistici, non rinuncia a garantire un controllo effettivo sull'attendibilità delle offerte, affidando all'amministrazione un ruolo attivo ma non inquisitorio.

In questo contesto, il dibattito dottrinale riflette una tensione feconda tra esigenze di flessibilità valutativa e istanze di certezza procedurale, entrambe fondamentali per assicurare il corretto bilanciamento tra efficienza amministrativa e tutela della concorrenza.

Il futuro sviluppo interpretativo, affidato in larga parte all'elaborazione giurisprudenziale, sarà chiamato a definire con maggiore precisione il perimetro dell'obbligo motivazionale, soprattutto nei settori ad alta complessità tecnica, dove il confine tra legittima semplificazione e vizio procedimentale si presenta più sottile e insidioso.

L'avvalimento dei requisiti

di Salvio Biancardi

IL
PUN
TO

1. La revisione dell'istituto giuridico a seguito del decreto correttivo (d.lgs. 209/2024)

Nell'ambito degli appalti pubblici l'avvalimento dei requisiti costituisce un istituto giuridico di particolare importanza che consente ad un'impresa di partecipare ad una gara d'appalto avvalendosi delle capacità e risorse (tecniche, economiche, finanziarie, ecc.) di un'altra impresa (l'impresa ausiliaria), anche nel caso in cui l'impresa che concorre non possiede tali requisiti.

Proprio perché l'avvalimento consente di dare attuazione al principio di massima partecipazione nelle gare pubbliche, ad esso il legislatore ha dedicato particolari attenzioni, intervenendo spesso a riformarne la disciplina.

Uno dei più recenti interventi di riforma dell'istituto è stato attuato con il decreto correttivo (D.Lgs. 209/2024).

Il cambiamento più significativo ha interessato il comma 12, che disciplina l'avvalimento cosiddetto "premiale".

L'intervento testimonia la volontà del legislatore di rivedere radicalmente l'istituto giuridico dell'avvalimento, ammettendo la possibilità per l'operatore economico di utilizzare l'istituto giuridico dell'avvalimento non per garantirsi la partecipazione alla gara, ma per ottenere

un maggiore punteggio grazie ai requisiti dell'impresa ausiliaria.

Detto in altre parole, come vedremo tra breve, la riforma ha ampliato la già presente forma di avvalimento premiale, in cui le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria servono ad ottenere un punteggio più alto in gara, e non a colmare requisiti di capacità mancanti.

In sostanza, l'avvalimento premiale consente all'operatore economico di ricorrere all'istituto giuridico non per garantirsi l'accesso alla gara, ma per aumentare la qualità della propria offerta sfruttando i requisiti dell'ausiliaria.

Il comma 4 dell'art. 104 recita:

"4. L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende:

- avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione;*
- o per migliorare la propria offerta..."*

Di conseguenza, sono ammesse due tipologie di avvalimento:

- quello finalizzato esclusivamente alla partecipazione alla gara;
- quello volto a migliorare la propria offerta.

Nel secondo caso, l'impresa deve essere comunque in grado di partecipare autonomamente.

Tuttavia, la scelta di ricorrere all'avvalimento per il miglioramento dell'offerta comporta un vincolo specifico previsto dal comma 12 dello stesso articolo:

“12. Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione...”.

Il divieto è finalizzato a prevenire collegamenti tra imprese riconducibili ad un unico centro decisionale, che potrebbero compromettere la correttezza della competizione con intese collusive.

Questa norma, letta in senso inverso, implica che se l'avvalimento serve solo alla partecipazione, l'impresa ausiliaria non è soggetta a tale divieto. Come si diceva, il decreto correttivo ha però introdotto un'importante attenuazione: in caso di avvalimento premiale, l'impresa ausiliaria può partecipare alla stessa gara se dimostra, in sede di domanda e con documentazione adeguata, che non vi sono legami riconducibili ad un unico centro decisionale.

Il RUP mantiene il potere di effettuare verifiche istruttorie, richiedendo chiarimenti o integrazioni documentali ad entrambe le imprese, fissando un termine perentorio e non prorogabile per garantire la rapidità della procedura.

“Con il decreto correttivo è ora possibile, anche in caso di avvalimento premiale, la partecipazione simultanea alla gara dell'impresa concorrente e di quella ausiliaria, nella misura in cui venga fornita la prova della non riconducibilità delle due imprese al medesimo centro decisionale”.

2. L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti e la natura onerosa della prestazione

Un altro aspetto di novità (questa volta già introdotto in sede di approvazione del nuovo codice dei contratti), ha avuto riguardo la natura onerosa del contratto di avvalimento.

Infatti, il precedente Codice (D.Lgs. 50/2016) stabiliva che il contratto di avvalimento dovesse prevedere una controprestazione economica a favore dell'ausiliaria per i requisiti forniti.

Questa previsione aveva generato dubbi interpretativi, soprattutto sulla possibilità che l'avvalimento fosse gratuito o potesse basarsi su un interesse dell'ausiliaria diverso dal compenso in denaro.

Il nuovo Codice (art. 104, comma 1) chiarisce che:

“Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”.

“Nel nuovo codice il contratto di avvalimento non deve necessariamente essere oneroso, essendo sufficiente che risponda ad un interesse anche dell'impresa ausiliaria”.

3. Avvalimento misto: legittimità e applicazioni

Il T.A.R. Campania, con sentenza n. 3746/2025, ha confermato che un operatore economico può utilizzare l'avvalimento sia per colmare la mancanza di requisiti sia per ottenere un punteggio aggiuntivo in gara (cosiddetto avvalimento misto).

Nel caso concreto, la seconda classificata contestava la validità dell'avvalimento misto e la presunta irrisorietà del compenso previsto. Per quanto riguarda la natura irrisoria del corrispettivo previsto nel contratto di avvalimento, i giudici hanno sottolineato che

la concreta fattispecie contrattuale in esame era riconducibile proprio nell'ipotesi tipizzata dal Legislatore nel nuovo Codice dei contratti ("[I]l contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria"), a mente della quale la normale onerosità dell'avvalimento deve essere valutata tenendo conto della "reale" controprestazione di cui, in ultima analisi, beneficia l'ausiliaria, in ipotesi non corrispondente (se non in misura minimale o addirittura simbolica) al compenso formalizzato nell'accordo, bensì consistente in utilità patrimoniali ricavabili *aliunde* e, pur sempre, collegate e discendenti dalla "operazione economica" complessivamente congegnata dalle parti, come accade nella specie, in cui vi era una sostanziale "compenetrazione" (legittima, come visto, ex art. 104, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. 36/2023; cfr. pure comma 12) tra ausiliario e impresa ausiliata, posto che uno degli amministratori, come emergeva dalla lettura del contratto di avvalimento, era amministratore e direttore tecnico e, inoltre, socio (e come tale percettore dei relativi "utili") con il 90% del capitale sociale della ditta aggiudicataria.

Era dunque, chiaramente individuabile nel contratto di avvalimento un interesse patrimoniale dell'ausiliaria, interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo, con conseguente infondatezza della complessiva censura sollevata dalla ricorrente.

Con riferimento, invece, alla censura relativa all'avvalimento misto, secondo i giudici, i profili di criticità evocati dalla ricorrente, inficanti, a suo avviso, la validità del contratto di avvalimento sottoscritto dall'aggiudicataria, per un verso non trovavano alcun riscontro nella relativa disciplina, meno restrittiva, ora contenuta nell'art. 104 del codice dei contratti pubblici, per altro verso si rivelavano insussistenti alla luce degli orientamenti interpretativi maturati nella giurisprudenza amministrativa.

I giudici hanno ritenuto non condivisibile l'argomentazione della ricorrente secondo la quale non potrebbe "darsi l'ipotesi in cui un

unico contratto sia volto allo stesso tempo alla messa a disposizione dei requisiti e a migliorare l'offerta, e questo sarebbe stato di per sé sufficiente a rendere il contratto in contrasto con le previsioni recate dall'art. 104, comma 4, d.lgs. 36/2023 ovvero comunque nullo per assoluta incertezza dell'oggetto".

Secondo il Collegio, sul punto, a escludere ogni paventata violazione dell'art. 104, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, soccorre il richiamo a quanto assai di recente ribadito in giurisprudenza a proposito dell'avvalimento cd. misto, essendosi osservato che "l'articolo 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, abbia inteso ampliare e generalizzare, e non certo a restringere, gli spazi di ammissibilità del cosiddetto avvalimento premiale rispetto a quelli che, nel silenzio del Codice previgente, erano stati riconosciuti dalla giurisprudenza" e che, come emerge "dalle prime pronunce emesse nel vigore della nuova disciplina (si veda Consiglio di Stato, Sezione V, 28 maggio 2024, n. 4732), mentre sotto il vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza ammetteva la possibilità di avvalimento premiale (ossia finalizzato a migliorare l'offerta tecnica) solo qualora l'avvalimento al tempo stesso servisse anche a colmare una lacuna nei requisiti di partecipazione del concorrente, e non anche l'avvalimento premiale "puro", ora anche quest'ultimo è ammesso: ne consegue che sarebbe logicamente fuori sistema e contrario alla ratio legis ritenere, contrariamente al passato, che oggi l'avvalimento premiale debba essere sempre e solo "puro" e debba invece escludersi l'avvalimento "misto", già in precedenza pacificamente ammesso" (si veda Cons. Stato, Sez. III, 11.4.2025, n. 3154).

“I giudici hanno ritenuto non condivisibile l'argomentazione della ricorrente secondo la quale non potrebbe darsi l'ipotesi in cui un unico contratto sia volto allo stesso tempo alla messa a disposizione dei requisiti e a migliorare l'offerta (cosiddetto avvalimento misto)”.

4. Contratto di avvalimento firmato solo da una parte

Il T.A.R. Veneto, con sentenza n. 1521 del 27 ottobre 2023, ha affermato che un contratto di avvalimento non è valido se risulta sottoscritto soltanto dall'impresa ausiliaria.

Nel caso specifico, il legale rappresentante della concorrente ammetteva la mancata firma del contratto, sostenendo che la data certa della sottoscrizione da parte dell'ausiliaria fosse sufficiente a garantirne la validità.

Il legale rappresentante evidenziava che, nonostante tutto, la circostanza che il medesimo contratto fosse stato trasmesso dall'operatore economico che, distrattamente, non aveva provveduto alla firma digitale del medesimo documento, avrebbe dovuto costituire prova certa che il documento di cui trattasi fosse da ritenersi valido ad ogni effetto di legge.

“Non è valido il contratto di avvalimento sottoscritto solo da una delle parti”.

I giudici hanno ricordato che l'art. 104, comma 1, del D.lgs. 36/2023 prevede la stipula del contratto prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e la produzione dello stesso insieme alla domanda di partecipazione. Essendo richiesta la forma scritta “ad substantiam”, il consenso di entrambe le parti deve essere manifestato mediante firma, anche digitale con marcatura temporale.

La firma di una sola parte può provare l'esistenza di un accordo, ma non ne garantisce la validità giuridica.

5. Dichiarazione di avvalimento sempre obbligatoria

Il T.A.R. Calabria, con sentenza n. 1326 del 18 settembre 2024, ha ribadito che per la validità dell'avvalimento è sempre necessaria la

dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria. Nel caso concreto, la Commissione di gara aveva escluso un concorrente per mancata presentazione della dichiarazione dell'ausiliaria, nonostante la ricorrente sostenesse che l'impegno fosse desumibile dal contratto debitamente prodotto in gara.

La giurisprudenza distingue nettamente tra:

- il **contratto di avvalimento**, con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente a fornire requisiti e risorse;
- la **dichiarazione dell'ausiliaria**, atto unilaterale con cui essa si impegna anche verso la stazione appaltante.

Questa dichiarazione non è un formalismo, ma uno strumento essenziale affinché l'ausiliaria assuma obblighi diretti verso l'amministrazione. Seguiva il ricorso dell'impresa esclusa, la quale aveva evidenziato che, in realtà, la dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria, ai fini dell'avvalimento, fosse evincibile, come detto, dal testo del contratto di avvalimento.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale più rigoroso “nell'istituto dell'avvalimento occorre tenere distinto il contratto di avvalimento, con cui l'ausiliario si impegna nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, dalla dichiarazione, con cui, il medesimo ausiliario attesta il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento, obbligandosi verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”.

Lungi dal costituire un mero formalismo tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliaria assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del solo concorrente” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2019, n.7188; nonché TAR Roma, sez. III, 4 gennaio 2022, n. 53, secondo cui “[l]a dichiarazione dell'impresa ausiliaria e il

contratto di avvalimento sono atti diversi, per natura, contenuto, finalità. La dichiarazione, infatti, costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della Stazione appaltante; mentre, il contratto di avvalimento costituisce l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate le reciproche obbligazioni delle parti, e le prestazioni da esse discendenti".

"Nell'istituto dell'avvalimento occorre tenere distinto il contratto di avvalimento, con cui l'ausiliario si impegna nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, dalla dichiarazione, con cui, il medesimo ausiliario attesta il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento, obbligandosi verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".

“Nell'istituto dell'avvalimento occorre tenere distinto il contratto di avvalimento, con cui l'ausiliario si impegna nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, dalla dichiarazione, con cui, il medesimo ausiliario attesta il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento, obbligandosi verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”.

6. Avvalimento infragruppo e relative limitazioni

Secondo quanto stabilito dal T.A.R. Lazio, sez. II, nella sentenza n. 15116 del 24 luglio 2024, l'avvalimento infragruppo è ammesso, ma, nel caso in cui si tratti di avvalimento di tipo tecnico-operativo, l'impresa ausiliaria deve comunque conservare in proprio i requisiti richiesti dal bando, senza computare quelli ceduti alla consociata.

Nel caso esaminato, l'appalto era stato aggiudicato ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI).

Un altro concorrente aveva impugnato l'aggiudicazione, contestando che uno dei componenti dell'RTI fosse privo di un requisito obbligatorio, ottenuto invece grazie all'altro componente del raggruppamento.

Questa modalità aveva però privato l'ausiliaria del medesimo requisito, impedendole di rispettare la clausola del bando che imponeva il possesso autonomo del requisito a ciascun componente.

In sostanza, il medesimo requisito era stato “speso” contemporaneamente da due imprese dello stesso RTI, contravvenendo alle regole. Il Consiglio di Stato (sent. n. 2515/2023) ha chiarito che l'avvalimento infragruppo è legittimo solo se l'ausiliaria possiede il requisito in misura eccedente, sufficiente a garantire la qualificazione sia propria sia dell'impresa ausiliata: è ammessa “la possibilità di integrare i requisiti (anche) con avvalimento interno al Rti, purché ne sia assicurata la capienza del primo, e cioè a condizione che l'ausiliaria ne sia provvista in misura sovrabbondante e sufficiente alla sua soddisfazione in capo ad entrambi gli operatori”. Nel caso delle certificazioni di qualità richieste per l'esecuzione di lavori, si è stabilito che, essendo documenti unitari e indivisibili, non possono essere utilizzati contemporaneamente da mandataria e mandante se entrambe ne hanno bisogno per qualificarsi (ANAC, delibera n. 1743 del 20/12/2017): non è ammesso l'avvalimento “se il requisito viene fatto oggetto di avvalimento interno al raggruppamento”

e "l'impresa ausiliaria (nel caso di specie la mandataria) se ne priva a favore dell'impresa ausiliata (nel caso di specie la mandante), con la conseguenza che il requisito richiesto dalla lex specialis viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici... In sintesi, il medesimo certificato di qualità non può essere "speso" contemporaneamente dalla mandataria e dalla mandante, quando entrambe necessitano del suo possesso ai fini della qualificazione".

Non è ammesso l'avvalimento infragruppo qualora il requisito richiesto dalla lex specialis viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici".

7. Avvalimento operativo e di garanzia – Compiti di verifica del RUP

Il T.A.R. Sicilia, Catania, con sentenza n. 297/2025, ha descritto le peculiarità di due tipologie di avvalimento.

Più precisamente:

- il Contratto di AVVALIMENTO OPERATIVO = comporta la messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, che l'ausiliaria mette a disposizione del concorrente.

Secondo i giudici, non è, però, necessario spingersi ad una rigida:

- quantificazione dei mezzi d'opera;
- indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione;
- indicazione numerica dello stesso.

Basterebbe, invece, fornire i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti.

- il Contratto di AVVALIMENTO DI GARANZIA = comporta la messa a disposizione della capacità economica e finanziaria e serve a assicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto. Come tale, esso non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione.

Per quanto riguarda i controlli che è chiamato ad effettuare il RUP, viene precisato che l'art. 104, co. 9 del codice dispone:

"9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità".

Dalla lettura della norma emerge che vengono affidati al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento.

Da ciò deriva che è possibile anche, tramite acquisizione "sul campo", di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di mezzi ed attività.

“**Il RUP deve effettuare controlli in fase di esecuzione per accertare la reale disponibilità e l'effettivo utilizzo delle risorse fornite dall'ausiliaria. Il RUP deve inoltre inviare comunicazioni ad entrambe le parti (impresa ausiliaria e impresa concorrente) e trasmettere le dichiarazioni di avalimento all'Autorità di vigilanza.**”

8. Avalimento di garanzia presente anche nel nuovo codice

Il T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, con sentenza n. 462 del 25 giugno 2024, ha ricordato che, pur essendo stato eliminato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, l'avvalimento di garanzia resta applicabile in virtù della normativa europea. In vigenza del precedente Codice (D.lgs. 50/2016), la giurisprudenza distingueva tra:

- **Avvalimento tecnico-operativo**, volto a fornire requisiti tecnico-organizzativi e che richiede l'indicazione dettagliata di mezzi, attrezzature e risorse umane;
- **Avvalimento di garanzia**, finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'ausiliaria, senza necessità di indicare beni o risorse specifiche.

L'art. 104 del D.lgs. 36/2023 non contempla più la tipologia di garanzia, ma l'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE prevede che un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, anche finanziarie, con possibilità per la stazione appaltante di richiedere responsabilità solidale.

In particolare, la Direttiva appalti n. 2014/24/UE all'art. 63 ("Affidamento sulle capacità di altri soggetti") dispone che:

*"Per quanto riguarda i criteri relativi alla **capacità economica e finanziaria** stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali*

stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. [...] Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine. [...] Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto."

Naturalmente, questa disciplina si applica solo agli appalti sopra soglia, ma limitarne l'uso a questi ultimi rischia di penalizzare le micro, piccole e medie imprese, che fanno maggiore ricorso all'avvalimento per partecipare alle gare. Per questo motivo, si ritiene necessario ammettere l'avvalimento di garanzia anche sotto soglia, pur rimanendo un tema controverso.

“**Da ritenere operativo nel nuovo codice l'avvalimento di garanzia, anche se non espressamente previsto. La Direttiva appalti n. 2014/24/UE all'art. 63, sembra confermare tale possibilità, almeno per il sopra soglia.**”

9. Avvalimento escluso per il subappaltatore

Con parere n. 2582 del 17 aprile 2024, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha affrontato la questione dell'utilizzo dell'avvalimento da parte del subappaltatore.

Il quesito riguardava un caso in cui il subappaltatore possedeva i requisiti per l'importo iniziale autorizzato, ma, a seguito di un aumento dell'importo del subappalto (nei limiti di legge), superava la soglia dei requisiti posseduti e intendeva ricorrere all'avvalimento di un'altra impresa in possesso dell'attestazione SOA necessaria.

Il Ministero ha precisato che l'avvalimento è uno strumento giuridico riservato esclusivamente ai concorrenti in gara e non può essere esteso ai subappaltatori, come chiarisce l'art. 104, comma 1.

Si riporta di seguito il citato parere:

Quesito: Si richiede se il subappaltatore possa utilizzare l'istituto dell'avvalimento. Nel caso di specie l'amministrazione autorizzava il subappalto per un importo entro il quale il subappaltatore disponeva dei requisiti necessari; dopodiché sopravveniva l'esigenza in capo all'appaltatore di aumentare l'importo del subappalto (sempre nei limiti di legge) superando di fatto l'importo per cui il subappaltatore era in possesso dei requisiti. Il subappaltatore vorrebbe, attraverso l'istituto dell'avvalimento, avvalersi di altra società in possesso dell'attestazione SOA necessaria ai fini di svolgere la totalità dei lavori oggetto di subappalto.

Risposta: La risposta è negativa. L'avvalimento è istituto giuridico che ha come ambito soggettivo di applicazione il concorrente alla gara. Sul punto si veda l'art. 104, c. 1 del Codice.

Escluso l'avvalimento per il subappaltatore: l'istituto giuridico, per previsione normativa trova applicazione solo per il concorrente.

10. Divieto di integrazione postuma del contratto di avvalimento

Il T.A.R. Basilicata, sez. I, con sentenza n. 506 del 17 ottobre 2024, ha precisato che non è possibile integrare il contratto di avvalimento dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Un contratto che non specifichi mezzi e risorse forniti dall'ausiliaria è nullo e non può essere sanato tramite soccorso istruttorio.

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 322/2024; sez. III, sent. n. 8316/2021) conferma che tali contratti non possono essere modificati o completati oltre il termine perentorio previsto dal bando.

In particolare, le citate pronunce hanno evidenziato che va esclusa "l'ammissibilità del soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento per l'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata", in quanto i contratti di avvalimento non possono essere oggetto di modifiche successive al termine perentorio di presentazione delle offerte.

"Nessuna modifica del contratto di avvalimento dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte".

11. Contratto di avvalimento: non serve il formato digitale

Per la validità del contratto di avvalimento è sufficiente la forma scritta, non serve che sia in formato digitale.

Lo ha chiarito il Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5747/2025. I giudici hanno rammentato che il contratto di avvalimento è il contratto con il

quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto (cfr. art. 104 cod. contratti pubblici).

La forma del contratto di avvalimento è disciplinata dall'art. 104, comma 1, cod. contratti pubblici, secondo cui *"Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità"*.

La forma scritta di un contratto consiste tradizionalmente nella sua redazione per atto pubblico (art. 2699 c.c.) o per scrittura privata (art. 2702 c.c.).

Mentre l'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, la scrittura privata, invece, è il documento sottoscritto dall'autore o dagli autori dell'atto mediante l'apposizione di una firma autografa.

Nel caso di specie, era pacifico tra le parti, oltre che documentalmente dimostrato, che il contratto di avvalimento era stato sottoscritto sia dalla parte aggiudicataria che dalla parte ausiliaria mediante l'apposizione delle rispettive firme autografe, oltre alla firma digitale del legale rappresentante della concorrente.

Ne conseguiva, pertanto, che il contratto in questione era stato redatto mediante scrittura privata integrante il requisito della forma scritta richiesta dall'art. 104, comma 1, cod. contratti pubblici.

Ne derivava, quindi, l'infondatezza dell'assunto di parte ricorrente secondo cui si sarebbe trattato di un contratto nullo per difetto della forma scritta *ad substantiam*.

Né poteva ritenersi che tale invalidità potesse derivare dalla previsione del disciplinare di gara, secondo cui *"Il concorrente allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento, che deve essere nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti, nonché le dichiarazioni dell'ausiliario"*.

Tale previsione del disciplinare di gara, infatti, non poteva essere intesa nel senso di imporre la forma digitale a pena di nullità.

Infatti, già in base ad una interpretazione letterale, si evinceva chiaramente come non vi fosse alcuna espressa previsione di una tale forma sotto pena di nullità.

Sul punto, peraltro, in base ai principi generali del diritto civile, la nullità del contratto si produce, tra le altre ipotesi, nel caso di *"mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325"* (art. 1418, comma 2, c.c.), tra i quali vi è appunto *"la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità"* (art. 1325, n. 4, c.c.).

Pertanto, è solamente la legge che può prescrivere una determinata forma negoziale sotto pena di nullità.

Nel caso di specie, non vi era nessuna previsione di legge che imponesse la forma digitale del contratto di avvalimento sotto pena di nullità, non potendo considerarsi tale l'art. del disciplinare, sia perché si trattava di un atto avente natura amministrativa e non legislativa e sia perché, in ogni caso, non prevedeva tale forma digitale sotto pena di nullità.

Ne conseguiva, quindi, che ciò che avrebbe potuto rendere invalido il contratto di avvalimento era solamente la mancanza di forma scritta (art. 104, comma 1, cod. contratti pubblici), ma non anche la mancanza di forma digitale.

Infine, in via più generale, i giudici hanno ribadito che le prescrizioni normative che impongono oneri formali costituiscono delle deroghe al principio della libertà di forma, con conseguente divieto di una loro applicazione analogica (art. 14 disp. prel. c.c.).

Inoltre, non poteva neppure ritenersi che una simile prescrizione di legge a carattere sanzionatorio potesse rinvenirsi nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale) che, per quanto qui interessa, si limita a prevedere che il *"documento informatico"* soddisfa il requisito della forma scritta ed ha l'efficacia della scrittura privata (art. 2702 c.c.).

“quando vi è apposta una firma digitale” (art. 20, comma 1-*bis*), con la precisazione che l'utilizzo del dispositivo di firma *“si presume riconducibile al titolare”* della stessa, salvo che questi ne dia prova contraria (art. 20, comma 1-*ter*).

Tale disposizione, infatti, non era pertinente al caso di specie, in quanto si limita ad equiparare il documento informatico con sottoscrizione digitale ad una scrittura privata con sottoscrizione autografa.

Infine, non poteva ritenersi che la mancanza di forma digitale del contratto di avvalimento potesse essere sanzionata con l'esclusione della procedura di gara, in considerazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione (art. 10 cod. contratti pubblici).

Invero, doveva ritenersi che la previsione dell'onere formale consistente nella redazione del contratto di avvalimento in formato *“nativo digitale e firmato digitalmente”* (secondo il disciplinare), rilevasse non già ai fini della validità del contratto (*ad substantiam*) o della sua prova (*ad probationem*), bensì ai fini della sua opponibilità alla stazione appaltante.

La *ratio* della suddetta disposizione, infatti, è quella di attribuire al contratto una data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara con conseguente sua opponibilità nei confronti dei terzi, quale è appunto la stazione appaltante.

“ **Il contratto di avvalimento è valido anche se non è in formato digitale: è sufficiente la forma scritta.** ”

12. Conclusioni

L'istituto giuridico analizzato nel presente contributo facilita notevolmente le imprese di modeste dimensioni, ai fini di un loro più proficuo ed efficace ingresso nelle gare pubbliche, all'insegna dell'applicazione del principio di massima partecipazione.

E' in tal senso che vanno intesi i più recenti interventi riformatori del legislatore.

In ogni caso è fondamentale che, sia le imprese concorrenti che i RUP delle stazioni appaltanti, prestino la massima attenzione alle regole di funzionamento dell'istituto, onde evitare, per le prime, possibili esclusioni dalle gare e, per i secondi, il rischio di commettere gravi illegittimità nella procedura di affidamento dell'appalto.

Le responsabilità penali del direttore dei lavori (parte seconda)

di Aldo Areddu

IL
PUN
TO

1. I reati di falso

Chiarita in termini generali, nella prima parte, la posizione di garanzia del direttore dei lavori, ed in particolare l'ampio ventaglio di ipotetici fronti di responsabilità penale a seconda del bene giuridico protetto dalle norme che impongono specifici compiti ed attività in capo al medesimo, e venendo ora ad ulteriori, specifiche fattispecie che possano incorrere nello svolgimento delle prestazioni, vanno qui evocati qui i delitti contro la fede pubblica, ed in particolare quelli di falso connessi inevitabilmente alla gestione della contabilità.

Al riguardo, in adempimento al già più volte rammentato impegno di direzione e controllo di natura (oltre che tecnica ed amministrativa), contabile che compete al DL, l'art. 1, co. 3 dell'all. II.14 stabilisce che spetta al medesimo *"la compilazione con precisione e tempestività dei documenti contabili, che sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge, con i quali si realizza l'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa"*.

Pacifica essendo la qualifica del DL come "pubblico ufficiale" (esercitando egli una *"pubblica funzione amministrativa"* ai sensi dell'art 357 c.p., declinata al capoverso come *"la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione o dalla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione o dal suo svolgersi mediante poteri autoritativi o certificativi"*), vengono ai nostri fini in risalto i reati di **falsità materiale** e di **falsità ideologica** previsti e puniti dal codice penale non solo in atti pubblici (rispettivamente, artt. 476 e 479) ma pure in certificati o autorizzazioni amministrative (rispettivamente, artt. 477 e 480).

Questa seconda categoria rileva in quanto ben può competere al DL l'emissione di un certificato (di ultimazione dei lavori, di regolare esecuzione, etc.) e/o di autorizzazione (es. l'ordine di eseguire variazioni; l'accesso al cantiere da parte di persone autorizzate, etc.). Formare, anche solo parzialmente, un atto falso, o alterare un atto vero – ciò in cui consiste

il falso materiale (art. 476 c.p.) – destinato a far **federe fino a querela di falso** è previsto e punito con la pena della reclusione da tre a dieci anni. La pena della reclusione è da sei mesi a tre anni se la contraffazione/alterazione concerne (art. 477 c.p.) certificazioni ed autorizzazioni.

Tipico atto cd. fidefacente è il verbale di consegna dei lavori: infatti, l'art. 3, co. 8 dell'all. II.14 del codice dei contratti pubblici prevede che il DL è *"responsabile della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi"* e a tal fine, in particolare, dichiara (lett. c) che l'area di sedime è libera da persone cose e in ogni caso, tale allo stato da non impedire l'avvio e la prosecuzione dei lavori.

Alla stessa pena dell'art. 476 soggiace (art. 478) il pubblico ufficiale che *"attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità"*; anche per il falso ideologico, è prevista una sanzione largamente inferiore (da tre mesi a due anni) se commesso su certificazioni ed autorizzazioni.

La gravità e rilevanza delle fattispecie di reato in esame è conclamata, tra l'altro, dall'astratta possibilità, in conseguenza dei limiti edittali previsti, di applicazione, almeno per i falsi su atti fidefacenti, delle misure cautelari personali anche custodiali (compresa quella carceraria), misure che non sono previste per la falsità in certificazioni o autorizzazioni amministrative. Meno afflittive, invece, le sanzioni previste per le ipotesi base di falso, che non presuppongono, cioè, atti destinati a far federe fino a querela di falso: tali sono, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione (sent. n. 23842/19), gli **stati di avanzamento dei lavori**: la loro funzione infatti - osservano i giudici di piazza Cavour - è solo quella di *"accertare ed attestare la effettiva realizzazione di lavori pubblici concessi in appalto secondo quanto prescritto dai capitoli dell'appalto sotto il profilo della quantità di lavori realizzati, accertata con computi metrici, e la qualità di quanto eseguito, che deve essere conforme a*

quanto richiesto dall'Ente committente, ma senza alcuna finalità di prova legale privilegiata circa la corrispondenza al vero di quanto con esso attestato".

2. Affidamento di subappalti e sub contratti

La gestione dei rapporti con i subappaltatori ed i sub contraenti dell'appaltatore è una delle principali attribuzioni del direttore dei lavori. L'art. 1 dell'all. II.14, oltre (co. 2, lett. h) alla verifica periodica del possesso e della regolarità, in capo all'esecutore ed al subappaltatore, della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti, pone a carico del DL (lett. m) il compito di *"verificare, anche con l'ausilio dell'ufficio di direzione, la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, accertando l'effettivo svolgimento della parte di prestazioni a essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato..."*.

Il controllo della sussistenza dell'autorizzazione al subappalto, nonché della corrispondenza tra quanto eseguito e quanto oggetto del subaffidamento, è funzionale, tra l'altro, al rispetto di quanto previsto penalmente dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e ss.mm., a tenore del quale *"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, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo di valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. (...)"*.

Essendo prevista e punita anche la concessione *"di fatto"*, a prescindere dunque da una formale autorizzazione rilasciata dalla stazione

appaltante, per quanto la condotta perseguita sia soltanto quell'appaltatore, il rischio del direttore dei lavori (e dell'ispettore di cantiere eventualmente previsto all'interno del suo ufficio, al quale compete – tra l'altro – *"il controllo sulle attività dei subappaltatori"*, ex art. 2, co. 3, lett. c) dell'all. II.14) è quello di poter essere chiamato responsabile, a titolo di concorso con l'affidatario, per non aver adeguatamente verificato se la data impresa sia stata autorizzata a stare in cantiere e, in caso positivo, stia eseguendo le prestazioni per le quali l'appaltatore era stato autorizzato a subappaltare (art. 119 del codice, ed in particolare co. 1, 4, lett. c) e 5, ultimo periodo). Quanto precede vale non solo per il subappalto ma anche per i c.d. **contratti similari** (forniture con posa in opera, noli a caldo etc.), al primo assimilabili al ricorrere dei presupposti e requisiti di cui all'art. 119, co. 2 del codice.

La norma penale, presidiando i subappalti non autorizzati, non riguarda anche i **subaffidamenti**, ossia i sub contratti, per i quali d'altronde e coerentemente, non è richiesta l'autorizzazione della stazione appaltante ma solo un obbligo di comunicazione dei relativi dati identificativi (art. 119, co. 2, terzultimo e penultimo periodo del codice).

Va ulteriormente ricordato che il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia) stabilisce all'art. 74 ("Reati del pubblico ufficiale") – co. 3 – che *"Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici nonché il contraente generale che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 67, è punito con la reclusione da due a quattro anni"*, prevedendo altresì l'ipotesi colposa (co. 4) con la pena della reclusione da tre mesi ad un anno. La previsione ben potrebbe colpire anche il direttore dei lavori in forza della formulazione ampia del novero dei possibili soggetti attivi; semmai, in applicazione del già ricordato divieto di analogia *in malam partem*, non dovrebbe interessare il DL "esterno", affidatario in forza di procedura selettiva della relativa funzione, atteso l'esplicito riferimento, in ambito

appalti (concessione e contraente generale si affiancano), a figure strettamente interne all'amministrazione committente.

Il perimetro della norma include, a differenza dell'art. 21 della l. n. 646/1982, in generale ogni sub affidamento, compresi i sub contratti. Difatti, l'art. 67 richiamato nella stessa stabilisce al co.2, per chi sia attinto da provvedimento definitivo di applicazione di misura di prevenzione prevista dal libro, I, titolo I, capo II dello stesso d.lgs. n. 159/11 (o da provvedimento provvisorio del Tribunale per motivi di particolare gravità ex art. 67, co. 3) e/o da sentenza definitiva, o ancorché non definitiva ma confermata in grado di appello (art. 67, co. 8), per uno dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis del codice di procedura penale (delitti, consumati e tentati, le cui funzioni di pubblico ministero sono svolte dalle cd. procure distrettuali antimafia), nonché per i reati di truffa aggravata di cui agli artt. 640, co. 2, n. 1 c.p. commesso a danno dello stato o di altro ente pubblico e 640-bis c.p., *"il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e sub contratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera"*.

“ **Il Direttore dei lavori può rischiare un coinvolgimento, a titolo di concorso, nel delitto di subappalto non autorizzato a carico dell'appaltatore se omette di verificare gli accessi in cantiere di imprese non autorizzate** ”

3. Il reato di guardiania non qualificata nei cantieri

L'art. 22 della l. n. 13 settembre 1982, n. 646 e ss.mm. 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 guardiania armata è stata da sempre, non a caso, considerata come una delle attività a maggior rischio infiltrativo della criminalità organizzata mafiosa (ed equiparate): uno, cioè, dei "grimaldelli" con cui entrare, dal basso, nelle commesse pubbliche e condizionarne l'attività.

Del resto, essa è tra le attività *"definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa"* dall'art. 1, co. 53, lett. i) della l. 6 novembre 2012, n. 190, recante *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*: per esse il precedente co. 52 stabilisce che la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria sono da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal d.lgs. n. 159/2011 cit., attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori, elenco istituito presso ogni prefettura e la cui iscrizione viene disposta dalla prefettura della provincia in cui il soggetto richiedente ha la propria sede.

La norma non obbliga il committente pubblico a garantire la custodia delle aree di sedime, ma ove intenda farlo dovrà necessariamente 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 il direttore dei lavori – come per l'appaltatore – l'arresto fin 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 – 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 quale causa di estinzione del reato, qui facoltativa, stante la presenza della pena detentiva (vedremo, nel seguito, ipotesi di illecito punite con la sola ammenda e dunque oggetto di oblazione ordinaria, ex art. 162 c.p.). Tutte le previsioni che seguiranno nel successivo paragrafo, come la presente, sono parimenti contravvenzioni.

4. I reati di cui al T.U. Edilizia

Si rassegnano ora le previsioni di natura penale contenute nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e ss.mm. (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), in disparte restando quelle previste dall'art. 44 per la violazione dei titoli edilizi, decisamente non frequenti per gli appalti pubblici come invece si ha per l'edilizia privata.

In primo luogo, l'**art. 71, co. 1** prevede e punisce con l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda da 103 a 1032 euro – tra le altre condotte – la "direzione" della realizzazione di opere, o parti di esse, di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso o a struttura metallica la cui progettazione (e/o la stessa direzione, ma questa è evenienza non concretamente verificabile, nel comune presupposto che la stazione appaltante abbia, nella selezione del DL, operato la corretta individuazione della relativa persona) non sia stata affidata a soggetti abilitati (ossia tecnici provvisti di abilitazione professionale, iscritti nel relativo albo e nei limiti delle competenze fissate dalle leggi sugli ordini e collegi professionali).

In secondo luogo, rileva quanto previsto dall'**art. 73**, che sanziona, con la sola ammenda da 41 a 206 euro, due tipologie di condotte:

- la violazione delle prescrizioni di cui all'art. 66 (co. 1);
- l'omessa o ritardata presentazione al competente ufficio tecnico regionale della relazione ex art. 65, co. 6.

Il reato di cui all'art. 73 è un esempio plastico di norma penale costruita per richiamo, anche indiretto, ad altre previsioni, con grave *vulnus* per il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie.

Con riferimento alla prima ipotesi, l'art. 66 stabilisce, al primo comma, che *"nei cantieri, dal giorno di inizio delle opere ... a quello di ultimazione dei lavori, devono essere conservati gli atti indicati all'articolo 65, commi 3 e 4, datati e firmati anche dal costruttore e dal direttore dei lavori, nonché un apposito giornale dei lavori"* e - al secondo - che *"della conservazione e regolare tenuta di tali documenti è responsabile il direttore dei lavori. Il direttore dei lavori è anche tenuto a vistare periodicamente, ed in particolare nelle fasi più importanti dell'esecuzione, il giornale dei lavori"*.

Gli atti dell'art. 65, co. 3 e 4 surrichiamati sono, rispettivamente:

- gli allegati della "Denuncia dei lavori di realizzazione e relazione a struttura ultimata di opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica", che l'esecutore deve depositare (co. 1) allo sportello unico tramite posta elettronica certificata o portale telematico di riferimento, ossia: (a) il **progetto** firmato dal progettista *"dal quale risultino in modo chiaro ed esauriente le calcolazioni eseguite, l'ubicazione, il tipo, le dimensioni delle strutture, e quanto altro occorre per definire l'opera sia nei riguardi dell'esecuzione sia nei riguardi della conoscenza delle condizioni di sollecitazione"*; b) una **relazione** firmata dal progettista e dal direttore dei lavori stesso, dalla quale risultino le caratteristiche, le qualità e le prestazioni dei materiali che verranno impiegati nella costruzione;
- l'attestazione di deposito rilasciata al costruttore.

Quanto all'"**apposito**" **giornale dei lavori** richiesto dal predetto art. 66, co. 2 (e che - come anzidetto - il DL ha obbligo non solo di

conservare e tenere regolarmente ma anche di vistare periodicamente), il testo unico non ne specifica il contenuto; considerando che l'art. 63 stabilisce, con una previsione che richiama - inevitabilmente - la normativa degli appalti pubblici anteriore al 2001, la prevalenza di quest'ultima rispetto alle previsioni dello stesso T.U. (che si applicano solo se non sia diversamente disposto dalla disciplina generale dei contratti pubblici), i contenuti possono ritenersi quelli dell'art. art. 12, co. 1, lett. a) dell'all. II.14.

Venendo alla seconda ipotesi dell'art. 73 (la relazione di cui all'art. 65, co. 6), è qui previsto che entro il termine di sessanta giorni dall'ultimazioni delle parti della costruzione che incidono sulla stabilità della stessa, il DL depositi allo sportello unico, tramite PEC o portale telematico di riferimento, una relazione sull'adempimento dei predetti obblighi di cui ai co. da 1 a 3 (ossia la comunicazione, da parte del costruttore, e con i contenuti ivi previsti, alla quale allegare il progetto ed una sua relazione illustrativa firmata da progettista e stesso DL), allegando alla stessa:

- a. i certificati delle prove sui materiali impiegati emessi da laboratori di cui all'art. 59;
- b. per le opere in conglomerato armato precompresso, ogni indicazione inerente alla tesatura dei cavi ed ai sistemi di messa in coazione;
- c. l'esito delle eventuali prove di carico, allegando le copie dei relativi verbali firmate per copia conforme.

In terzo luogo, l'art. 75, co. 1 punisce, con l'arresto fino ad un mese o l'ammenda da 103 a 1032 euro, la condotta di chiunque - dunque anche il direttore dei lavori - consenta all'utilizzazione delle costruzioni prima del rilascio del certificato di collaudo. Al riguardo, il riferimento è ovviamente non al collaudo tecnico-amministrativo ma a quello statico: difatti, l'art. 24, co. 1, lett. a) dell'all. II.14 consente la presa in consegna anticipata dell'opera prima del collaudo provvisorio alla condizione, tra le altre, che sia stato eseguito con esito favorevole proprio il **collaudo statico**.

Infine, rileva l'art. 93, il cui comma 1 sanziona chiunque – dunque anche il direttore dei lavori – 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.

Anche in tal caso siamo in presenza di una norma penale edificata in base a rinvii multipli e addirittura "in bianco", con il rimando – per la determinazione del precetto – a norme di rango secondario.

5. Taluni reati in materia di pubblica incolumità

La presente esplorazione dei possibili fronti di responsabilità penale che riguardano il direttore dei lavori si chiude soffermandoci su specifiche ipotesi di reato previste e punite nel contesto della tutela dell'incolumità pubblica. Tra i "delitti contro l'incolumità pubblica" di cui al titolo VI del libro secondo del Codice penale, ed in particolare tra quelli "di comune pericolo mediante violenza" del Capo I, il più calzante ai nostri fini è quello di cui all'art. 434 rubricato "crollo di costruzioni o altri disastri dolosi".

Esso stabilisce che "Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni". La pena è della reclusione da tre a dodici anni "se il crollo o il disastro avviene".

Costruito in modo residuale (il fatto non deve cioè sussumersi sotto alcuna delle fattispecie precedenti), la norma punisce ogni condotta, da chiunque – dunque compreso il DL – posta in essere, diretta a determinare il **crollo**, anche solo parziale, di un manufatto, ovvero un **disastro**, ossia qualsiasi avvenimento di entità tale da porre in pericolo un numero indeterminato di persone, nella misura in cui tale condotta, anche eventualmente omissiva,

generi un pericolo per l'incolumità pubblica e senza necessariamente che il crollo o il disastro, quantomeno nell'ipotesi base, si materializzi nella realtà.

Quando, poi, si verifichi il crollo o il disastro, come anzidetto, opera l'inasprimento sanzionatorio. Viene anche prevista l'ipotesi **colposa** (art. 449 c.p.), con la reclusione da uno a cinque anni.

A titolo contravvenzionale è invece punita – art. 676 c.p. – la condotta di "chiunque ha avuto parte nel progetto o nei lavori concernenti un edificio o un'altra costruzione, che poi, per sua colpa, rovini", se "dal fatto è derivato pericolo alle persone" (la pena è dell'arresto fino a sei mesi ovvero dell'ammenda non inferiore a euro 309).

La previsione sembra riferirsi in via esclusiva al progetto ed all'esecutore dei lavori, ma la formula ampia utilizzata ("aver parte") anche con riguardo alla fase realizzativa, può importare un coinvolgimento anche di chi, come il direttore dei lavori, pur non eseguendo materialmente le lavorazioni, comunque vi ha preso parte attiva con i suoi obblighi di gestione e controllo.

La norma si impernia, a differenza della precedente, non sul disastro ma sulla **rovina** dell'edificio o della costruzione, dunque, sulla perdita di funzionalità del manufatto senza che ciò implichi necessariamente un rischio per l'incolumità pubblica (tanto è vero che viene – come detto – prevista l'eventualità del "pericolo alle persone" derivato dal fatto).

L'ipotesi base, al netto cioè dell'intercorso pericolo per l'incolumità pubblica, è ora – a seguito della depenalizzazione operata dall'art. 51 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 – una sanzione amministrativa pecuniaria. Eguale depotenziamento ha connotato la fattispecie successiva (art. 677 c.p.): essa concerne il fatto, oltre che del proprietario di un edificio o di una costruzione "che minacci rovina", anche di "chi è per lui obbligato alla conservazione o alla vigilanza dell'edificio o della costruzione".

La condotta punibile consiste nell'omissione a provvedere ai lavori necessari per rimuovere

il pericolo, oppure nell'omessa rimozione del pericolo cagionato dall'avvenuta rovina di un edificio o di una costruzione.

Qui i richiami alla "vigilanza" e alla titolarità di un "obbligo a rimuovere il pericolo" fanno includere con maggior certezza il DL.

Anche in tal ultima fattispecie di reato, la sanzione penale – di identica entità rispetto all'art. 676 cit. – scatta solo se dai fatti *"deriva pericolo per le persone"*.

Pronti per il BIM?

Con Mediaconsult, puoi trasformare
l'obbligo in una grande **opportunità**



CONSULENZA

SOFTWARE

FORMAZIONE

A partire dal 1° gennaio 2025, le Pubbliche Amministrazioni devono obbligatoriamente adottare la metodologia BIM (Building Information Modeling) per la progettazione e realizzazione di nuove opere e interventi su edifici esistenti, per importi superiori a 2 milioni di euro. Tale obbligo è stabilito dal Codice degli Appalti (D.Lgs. 36/2023) e dal successivo Decreto Correttivo.

Mediaconsult, partner strategico a supporto della P.A., è pronta ad affiancarvi nell'implementazione del BIM, grazie a **corsi di formazione con approccio operativo**, **soluzioni software personalizzate** e **supporto tecnico - legale completo**.

Una serie di strumenti ideati per garantirvi la conformità normativa e al contempo massimizzare i vantaggi del BIM, per convertire l'obbligo in una reale opportunità di crescita e ottimizzazione.

Supporto alla P.A. sul BIM

Mediaconsult propone alle P.A. una serie di **servizi di consulenza e supporto** essenziali per un corretto ed efficace approccio al Building Information Modeling.

Tra i nostri servizi:

- Redazione di capitolati informativi
- Analisi della normativa di riferimento
- Gestione delle offerte
- Supporto tecnico-legale
- Affiancamento operativo
- Predisposizione di atti organizzativi

Software BIM per la P.A.

Ti offriamo l'utilizzo di una **piattaforma CDE/ACDat completa** e personalizzabile, che consente alle P.A. di operare correttamente e nel rispetto delle ultime normative in merito a:

- Qualità dei progetti della P.A.
- Efficientamento delle attività interne
- Ottimizzazione di tempi e costi
- Collaborazione fra operatori
- Condivisione dei dati e del workflow
- Trasparenza



Via Palmitessa, 40
76121 Barletta
Tel. 0883.310504

Email info@mediaconsult.it
Pec mediaconsult@pec.it
mediaconsult.it   



Certificazioni:
ISO 9001:2015
ISO/IEC 27001:2022

Percorso base per la gestione del BIM nella P.A.

Organizzazione, best practices e casi pratici

PRESENTAZIONE DEL CORSO

Il corso base sul BIM si pone l'obiettivo di aggiornare la PA su come organizzarsi al fine di soddisfare l'obbligo introdotto dal Legislatore.

Le lezioni saranno tenute da uno staff di **Autorevoli esperti in materia di BIM** con una grandissima e riconosciuta esperienza giuridica e tecnico-operativa e i corsi sono utili per accedere agli esami per la certificazione BIM Coordinator o BIM Manager.

ACCREDITAMENTI E ATTESTATI

- Corso di formazione base utile per la qualificazione delle stazioni appaltanti
- Rilascio di **attestato finale** anche in formato **open badge**

CALENDARIO DELLE LEZIONI

- MODULO 1 - Introduzione alla metodologia BIM per la Pubblica Amministrazione

Formazione base, aspetti tecnici e legali.

21 Novembre

Origini e potenzialità della metodologia BIM - 4 ore

Docenti: Lento, Mottola

- MODULO 2 - Creazione e gestione modelli BIM

Soluzioni software, formati di interscambio dati e ambiente di condivisione dati.

28 Novembre

Soluzioni BIM authoring - 4 ore

Docenti: Lento, Mottola

5 Dicembre

Le piattaforme CDE/ACDat - 4 ore

Docenti: Ruscio, Vigliarolo

- MODULO 3 - Preparazione e gestione bandi BIM

Analisi ed approfondimento delle norme BIM, sviluppo della documentazione BIM.

12 Dicembre

Normativa di riferimento - 4 ore

Docenti: Barutta, Versolato

19 Dicembre

Preparazione della documentazione - 4 ore

Docenti: Barutta, Versolato

Le varianti in corso d'opera nel nuovo codice appalti

di Olga Toscano

IL
PUN
TO

Premesse e contesto di riferimento

In linea con la normativa europea (art. 72 direttiva 2014/24/UE) e la consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, sezione III, 6797/2023) il Codice ribadisce che il contratto di appalto è tendenzialmente imm modificabile rispetto agli elementi essenziali determinati nella fase di gara.

Tuttavia, il Legislatore è consapevole che l'esecuzione di un contratto pubblico può incontrare imprevisti tecnici o giuridici: tale intento ha reso plausibile l'introduzione di un sistema che consente modifiche solo entro limiti precisi, cercando comunque di preservare la rigidità delle condizioni contrattuali fissate all'esito della gara.

Il legislatore, d'altronde, le ha sempre ammesse solo in casi tassativi, a presidio del principio di imm modificabilità del contratto e della tutela della concorrenza.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici ex D.lgs. n. 36/2023 sono state, dunque, fissate, all'**art. 120** le condizioni e i perimetri - quantitativi e qualitativi - entro cui un contratto di appalto può essere modificato in

corso di esecuzione, le **cd. "varianti in corso d'opera"**, al fine di evitare di ricorrere ad una nuova procedura di affidamento.

Come noto, secondo il vigente Codice Appalti è possibile modificare un contratto pubblico in corso di esecuzione solo in presenza di circostanze straordinarie, non prevedibili con la dovuta diligenza dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della gara, a condizione che tali modifiche non alterino la natura essenziale dell'accordo.

Pertanto, non è sufficiente il rispetto del limite quantitativo - pari a un quinto del valore del contratto - se non sono rispettati determinati presupposti.

Questi principi sono stati ribaditi da ANAC nell'Atto del Presidente del 16 aprile 2025 (fasc. n. 4949/2024), il quale ha precisato che le circostanze che rendono possibile la **variante devono essere realmente straordinarie e non riconducibili a carenze organizzative o gestionali dell'amministrazione**; la norma comunitaria e nazionale richiede che gli eventi "[...] non siano solo inattesi, ma anche impossibili da anticipare con una pianificazione attenta e responsabile."

Ebbene, la disciplina recata dal nuovo Codice è sostanzialmente in linea con quanto previsto all'art. 106 del vecchio Codice, ma presenta alcune importanti novità portate dal D.lgs. n. 209/2024 (cd. "Decreto Correttivo"): l'opera revisionale ha riguardato essenzialmente l'art. 120 del codice, portando all'inserimento di un nuovo comma (**15 bis**) e alla modifica di altri due (**comma 1, lett. c**) ed il **comma 7**).

Più nel dettaglio, gli argomenti oggetto di tale intervento riformatore hanno riguardato:

- **le circostanze imprevedibili che giustificano le varianti in corso d'opera;**
- **le modifiche non sostanziali;**
- **gli errori nel corso della progettazione.**

Il d.lgs. n. 209/2024 ha, in pratica, ritoccato - in termini di maggiore specificazione - i due cennati commi dell'art.120 con l'obiettivo di fornire elementi di maggior dettaglio nella disciplina delle varianti in corso di esecuzione o d'opera e di quella delle c.d. modifiche "non sostanziali".

La riformulazione della lettera c) del comma 1 dell'art. 120 chiarisce, infatti, mediante la tipizzazione delle fattispecie, cosa deve intendersi per "circostanze imprevedibili", determinando una classificazione più precisa e dettagliata, anche frutto della ricezione di elementi emersi dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Inoltre, la nuova norma (cfr. **comma 15bis**), con l'obiettivo di individuare soluzioni tecniche idonee a rimediare agli errori nella progettazione esecutiva, ha, altresì, introdotto il principio di contraddittorio preventivo tra stazione appaltante, progettista e appaltatore: detta novità risponde all'esigenza deflattiva di ridurre il contenzioso e di garantire una maggiore certezza giuridica nei rapporti tra le parti contrattuali, ponendo le basi per un sistema più funzionale alla realizzazione dell'opera pubblica.

Dette modifiche sono volte, peraltro, a rafforzare le premialità e le penali al fine di

accelerare l'esecuzione delle opere, mentre la "tipizzazione" operata sulle varianti pare volta ad attribuire maggiore certezza alla fase di esecuzione.

L'articolo 120 D. Lgs. 36/2023, completato dal correttivo introdotto nel 2024, introduce un sistema che consente modifiche solo entro limiti rigorosi:

- **la modifica non deve snaturare l'assetto economico e funzionale del contratto;**
- **l'operazione economica sottostante deve restare riconoscibile rispetto a quella originariamente posta a base di gara;**
- **il principio di trasparenza deve essere garantito, evitando elusioni delle procedure di evidenza pubblica.**

1. Cosa cambia concretamente con il Decreto "Correttivo" del Codice Appalti?

Viste le reiterate soluzioni emendative operate dal Legislatore, occorre prestare attenzione alle nuove precisazioni presenti nell'attuale impianto normativo, ponendosi sempre i quesiti: chi autorizza la variante? E come (ma soprattutto quando) è possibile riconoscerla come tale?

Assodato che le varianti, così come disposto dall'art. 8, dell'Allegato I.2 al Codice, devono essere **sempre autorizzate dal Responsabile Unico del Progetto (RUP)**, anche su proposta del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione del contratto, prima della riforma non appariva parimenti "chiara ed intuitiva" la modalità con cui le stesse possano essere riconosciute.

La norma (**art. 120, comma 1**) prova a spiegare (fornendo, peraltro, una particolareggiata casistica) che **è possibile modificare i contratti a patto che la struttura del contratto (o dell'accordo quadro) e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate**, nei seguenti casi:

- **se i documenti di gara contengono clausole chiare, precise e inequivocabili** che prevedono possibili modifiche o opzioni contrattuali, queste possono essere attuate senza ulteriori formalità (**cfr. lettera a**);
- **per lavori, servizi o forniture supplementari**, quando emerge la necessità di integrare l'appalto con prestazioni non previste inizialmente, ma che non possono essere affidate a un diverso contraente per motivi economici o tecnici, evitando un sostanziale incremento dei costi o notevoli disagi, a patto che l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale (**cfr. lettera b**);
- **per circostanze imprevedibili da parte della Stazione Appaltante**, quali eventi naturali straordinari che incidono sull'oggetto dell'appalto, nuove disposizioni normative o provvedimenti di enti preposti alla tutela di interessi rilevanti, rinvenimenti, imprevisti o non prevedibili in fase di progettazione, difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili non prevedibili dalla parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche, solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale (**cfr. lettera c**);
- **per sostituzione del contraente**: il cambio dell'aggiudicatario è consentito solo in casi specifici, come morte, insolvenza o ristrutturazione societaria, purché l'operatore subentrante soddisfi i requisiti iniziali e non si modifichi sostanzialmente l'oggetto del contratto (**cfr. lettera d**).

Ebbene, un dato evidente è che l'innovata disposizione introdotta con il D. Lgs. n. 209/2024, **modificando la lettera c) del comma 1** dell'articolo 120, prefigura condizioni molto più focalizzate per i casi di forza maggiore, per cui un evento meteorologico fortemente

avverso non può essere invocato come causa di una variante, se non ha inciso il bene oggetto dell'appalto.

La nuova matrice di tale dettato normativo impatta anche sulla definizione di quali "non siano da considerare modifiche sostanziali" (modifiche al progetto o modifiche contrattuali), annoverando in tale classificazione:

- a. la sopravvenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti o tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza incremento dei costi, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di parte di essa, o riduzione dei tempi di ultimazione, a condizione che non alterino considerevolmente i contenuti progettuali;
- b. gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori a condizione che non alterino considerevolmente i contenuti progettuali e che possano essere finanziati con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera.

Tali fattispecie non sono considerate come varianti sulla base di due presupposti:

- a. **non alterano considerevolmente i contenuti progettuali;**
- b. **sono coperti dal quadro economico dell'opera.**

Il pregresso **comma 7 dell'art. 120** viene, infatti, arricchito con la precisazione (aggiunta alla lettera b)) che le modifiche non sostanziali sono ammesse nel caso in cui «*si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera*» con l'innesto «*ivi compresa la sopravvenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti o tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza incremento dei costi, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di parte di essa, o riduzione dei tempi di ultimazione*».

La modifica del comma subisce altresì l'inserimento di un'ulteriore ipotesi (**lettera c**)

in cui si legge che le modifiche non sostanziali sono ammesse per «*gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori che possano essere finanziati con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera*».

Riepilogando sinteticamente: l'art. 120 distingue chiaramente tra:

- le **modifiche sostanziali**: alterano significativamente l'equilibrio economico del contratto, il suo oggetto o la platea dei concorrenti potenziali e richiedono una nuova gara;
- le **modifiche non sostanziali**: sono sempre consentite, purché rispettino i limiti del quadro economico dell'opera e non alterino la funzionalità del progetto (cfr. commi 5-7).

Tra le modifiche non sostanziali, troviamo quelle proposte dalla stazione appaltante o dall'appaltatore per assicurare risparmi, migliorare la qualità dell'opera.

Questo tipo di flessibilità operativa risulta fondamentale per gestire con efficienza le complessità tecniche dei cantieri, senza compromettere la legalità dell'affidamento.

2. Modalità di applicazione del D. Lgs. n. 209/2024: i chiarimenti del MIT

L'entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024 ha suscitato molti dubbi circa l'applicazione temporale delle novità introdotte dal decreto correttivo all'art. 120 del D.lgs. n. 36/2023, per cui, plausibilmente, ci si domanda: cosa succede ai contratti d'appalto sottoscritti prima del 31 dicembre (data dell'entrata in vigore del Correttivo Appalti, coincidente con la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale)? In particolare, è possibile applicare anche ai contratti stipulati sotto la vigenza del nuovo Codice dei Contratti le modifiche introdotte all'art. 120 sulle varianti in corso d'opera?

Con il **parere n. 3517/2025**, il MIT fornisce i necessari chiarimenti su questo aspetto. L'Ufficio di Supporto Giuridico del MIT ha,

quindi, precisato che, **salvo diversa espressa previsione normativa, ai contratti in essere alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 209/2024 continuano ad applicarsi le regole che hanno governato la fase ad evidenza pubblica del contratto.**

Dunque, le modifiche all'art. 120 introdotte dal correttivo non si applicano retroattivamente ai contratti già stipulati entro il 31 dicembre 2024, a meno che non sia espressamente previsto dalla legge.

In generale, va rammentato che la retroattività di una norma sopravvenuta può ammettersi solo in presenza di una espressa disposizione legislativa in tal senso, che deroghi rispetto all'ordinario principio del *tempus regit actum*. In assenza di tale previsione, prevale il principio di irretroattività delle norme sostanziali, salvo si tratti di norme processuali o interpretative.

Di conseguenza, tali contratti continuano ad essere regolati dalle disposizioni originarie dell'art. 120, nella versione precedente al D. Lgs. 209/2024.

“ Le modifiche all'art. 120 introdotte dal correttivo non si applicano retroattivamente ai contratti già stipulati entro il 31 dicembre 2024, a meno che non sia espressamente previsto dalla legge. ”

3. Varianti ed errori, quando la modifica contrattuale è ammessa

Il Legislatore, con il Correttivo, ha voluto procedere ad una maggiore chiarificazione dell'impianto codicistico attualmente in vigore individuando ipotesi di modifiche ammissibili **sia dal punto di vista qualitativo sia quantitativo, comprese quelle rientranti nel cosiddetto quinto d'obbligo che non prevedono la rinegoziazione delle clausole contrattuali.**

Inoltre, sono possibili le modifiche, a prescindere dal loro importo, se previste nei documenti di gara con clausole chiare, precise e inequivocabili in modo tale da essere conoscibili da ogni concorrente.

L'articolo **120, comma 6)**, prevedendo sia fattispecie quantitative che qualitative così dispone:

- è ammessa la modifica dei lavori, servizi o forniture **nel limite del cosiddetto quinto d'obbligo**, senza necessità di rinegoziazione sostanziale delle condizioni contrattuali;
- sono consentite le modifiche **previste espressamente nei documenti di gara**, contenute in clausole chiare, precise e inequivocabili, conosciute e valutabili già in fase di partecipazione.

Questa impostazione tutela il principio dell'affidamento dei concorrenti, evitando che successivi mutamenti contrattuali avvantaggino indebitamente l'aggiudicatario.

Al di fuori di queste ipotesi tipizzate, ogni variazione è da considerarsi illegittima e può comportare la responsabilità dei funzionari che l'abbiano disposta.

Poiché le modifiche contrattuali in corso d'opera spesso possono trarre origine anche da **errori progettuali**, al fine di scongiurare eventuali superficialità nella redazione degli elaborati, si è previsto, congiuntamente all'articolo 41, comma 8-bis (aggiunto *ex novo* dal Correttivo), che, **in caso di affidamento esterno di uno o più livelli di progettazione, i contratti di progettazione stipulati dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti devono comunque prevedere in clausole chiare, precise e inequivocabili la responsabilità del progettista per errori o omissioni nella progettazione che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione.**

Si precisa che, in via esemplificativa, costituiscono errori od omissioni nella progettazione:

- la non adeguata valutazione dello stato di fatto;

- la mancata o erronea applicazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione;
- il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti;
- ogni altra ipotesi di negligenza, imprudenza o imperizia nella predisposizione degli elaborati progettuali.

Questa procedura mira a evitare che l'errore progettuale sfoci automaticamente in riserve dell'impresa o contenziosi, promuovendo invece una soluzione bonaria e, al contempo, celere.

Del resto, garantire speditezza nell'esecuzione dell'affidamento pubblico è un onere stesso delle Stazioni Appaltanti: secondo la giurisprudenza amministrativa più recente, il tardivo espletamento di tali verifiche ed adempimenti rileva *"come inadempimento della Committente anche sotto il profilo della violazione del dovere di cooperazione ai sensi degli artt. 1206, 1175 e 1375 c.c."* (così secondo il Tribunale di Bari, 22.2.2022, n. 699) e *"può giustificare la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1453 e seguenti c.c."* (si veda anche Corte d'Appello di Milano, 24.11.2025, n. 154; Tribunale di Vicenza, 3.3.2024, n. 501; Tribunale di Cosenza, 26.4.2023, n. 730).

4. Il nuovo comma 15-bis dell'art. 120 e l'errore (o l'omissione) progettuale

Uno degli aspetti più innovativi del D. Lgs. n. 209/2024 è stato l'introduzione del **comma 15-bis all'art. 120**, che prevede l'obbligo per la stazione appaltante di **attivare un contraddittorio** con il progettista e l'appaltatore in caso di errori progettuali.

La norma così dispone:

- La stazione appaltante verifica in contraddittorio gli errori progettuali che compromettono l'esecuzione dell'opera;
- Il progettista è tenuto a proporre soluzioni progettuali coerenti con il principio del risultato;
- Eventuali responsabilità progettuali devono essere valutate in sede di contraddittorio, evitando di scaricare

automaticamente gli oneri economici sull'appaltatore.

Questo meccanismo introduce un principio di responsabilità condivisa, garantendo che gli eventuali vizi progettuali vengano affrontati in modo tempestivo e con soluzioni tecniche adeguate, evitando ritardi e costi aggiuntivi.

Il comma 15-bis dell'art. 120 introduce un principio di responsabilità condivisa, garantendo che gli eventuali vizi progettuali vengano affrontati in modo tempestivo e con soluzioni tecniche adeguate - evitando ritardi e costi aggiuntivi - e le soluzioni progettuali rimangano coerenti con il principio del risultato.

Ulteriore elemento di novità portato dal Correttivo riguarda **l'art. 41, comma 8-bis**, che vieta qualsiasi patto o clausola contrattuale **che escluda o limiti la responsabilità del progettista per errori progettuali.**

Questa previsione risponde alla necessità di garantire una corretta imputazione delle responsabilità all'interno della filiera contrattuale, evitando che eventuali errori nella progettazione possano ripercuotersi sull'appaltatore o sulla stazione appaltante senza una preventiva valutazione delle cause.

La nuova norma - che si riferisce alle ipotesi di **affidamento della progettazione a professionisti esterni** all'Amministrazione appaltante - prevede l'inserimento nei contratti sottoscritti con tali professionisti di **"clausole espresse"** contemplanti **"le prestazioni reintegrative a cui è tenuto, a titolo transattivo, il progettista per rimediare in forma specifica ad errori od omissioni nella progettazione emerse in fase esecutiva, tali da pregiudicare, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione."**

Secondo la nuova disciplina, dunque, nei contratti di progettazione stipulati dalle stazioni appaltanti, devono essere espressamente previste clausole che disciplinano le prestazioni reintegrative a cui è tenuto il progettista per rimediare agli errori commessi.

Questa innovazione mira a:

- evitare l'automatismo delle penali a carico dell'appaltatore per errori non imputabili;
- stabilire un criterio chiaro di responsabilità per la correzione degli errori progettuali;
- prevenire contenziosi giudiziari lunghi e costosi.

La nuova norma di cui all'art. 41, comma 8-bis prevede l'inserimento nei contratti sottoscritti con tali professionisti di "clausole espresse" contemplanti "le prestazioni reintegrative a cui è tenuto, a titolo transattivo, il progettista per rimediare in forma specifica ad errori od omissioni nella progettazione emerse in fase esecutiva, tali da pregiudicare, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione."

In altre parole, ogni contratto con progettisti esterni deve contenere una clausola *ad hoc* che stabilisca l'obbligo del professionista di eseguire determinate prestazioni riparatorie per porre rimedio ai propri errori progettuali, senza nuovi oneri per l'Amministrazione, nell'ottica di una ricomposizione bonaria.

Parallelamente, la norma sancisce in modo tassativo l'inderogabilità della responsabilità del progettista: **"È nullo ogni patto che escluda o limiti la responsabilità del progettista per errori o omissioni nella progettazione che pregiudichino, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione"**.

5. Chiarimenti giuridici su varianti e quinto d'opera nei contratti pubblici: richiamo di ANAC sulle carenze progettuali

In termini generali, la variante rappresenta dunque una modifica sostanziale del progetto esecutivo introdotta dopo l'avvio dei lavori e capace di incidere in modo significativo su quantità, qualità o tipologia delle lavorazioni. Proprio perché deroga al principio di immodificabilità del contratto, la variante è ammessa solo in presenza di condizioni tassativamente indicate dalla legge.

Le ragioni del Legislatore, volte a rendere l'impianto normativo sempre più puntuale e tipizzato in tema di varianti sono comprensibili soprattutto se si pensi alla frequenza con cui, nella pratica, vi siano perizie di variante "non propriamente rispondenti" ai requisiti individuati nella norma: l'Anac ha analizzato uno specifico caso con cui ha potuto evidenziare la centralità della fase conoscitiva preliminare delle condizioni dell'affidamento al fine di voler neutralizzare tale potenziale rischio.

È in questo quadro che si inserisce **l'atto del Presidente ANAC del 23 luglio 2025, fasc. n. 4063**, con cui l'Autorità ha stigmatizzato le criticità emerse in un intervento di consolidamento e riqualificazione: cinque varianti approvate in corso d'opera, prive dei necessari requisiti di legittimità, hanno determinato un aumento dei costi del 45% e un prolungamento dei tempi del 28%, oltre all'introduzione di ben 66 nuovi prezzi.

Pur riconoscendo la complessità tecnica dell'intervento, l'Anac ha evidenziato come l'intero *iter* sia stato condizionato da una conoscenza iniziale del manufatto e del sito gravemente insufficiente, con particolare riferimento a:

- una campagna di indagini limitata a pochi sondaggi a campione, senza una pianificazione sistematica, nonostante il ponte presentasse differenze geometriche e meccaniche tra arcate e persino all'interno della stessa campata;

- un approfondimento del sito: una più estesa campagna preventiva avrebbe permesso di individuare da subito la tecnologia di palificazione più adeguata e di ricostruire l'esatta geometria del ponte, comprese le due arcate interrante rinvenute solo in fase esecutiva.

Secondo l'Autorità, tali carenze hanno determinato scelte progettuali approssimative, ricadendo a cascata sulle varianti, che sono diventate "un surrogato" della progettazione: quando il quadro conoscitivo iniziale è carente, la progettazione definitiva/esecutiva viene di fatto completata "in cantiere", con ricorso a varianti che generano extracosti, contenziosi e dilatazione dei tempi.

L'ANAC ha, dunque, sottolineato che le varianti devono essere motivate e documentate, al fine di garantire la trasparenza e la correttezza delle procedure di appalto.

In questo contesto, è fondamentale che le amministrazioni pubbliche adottino un approccio rigoroso nella fase di progettazione e pianificazione, evitando scelte affrettate che possano portare a varianti illegittime e a conseguenti sanzioni.

6. Obbligo di comunicazione delle varianti

Secondo il Comunicato del Presidente del 30 gennaio 2025, l'ANAC precisa che le comunicazioni relative alle modifiche contrattuali ed alle varianti in corso d'opera di cui all'art. 120 D. Lgs. n. 36/2023 a cui sono tenute le Stazioni Appaltanti ai sensi del Codice dei contratti pubblici (**art. 5, cc. 11 e 12, dell'allegato II.14**), in aderenza alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, **vanno svolte esclusivamente in via telematica.**

Secondo l'articolo 5 dell'allegato II.14 del Codice, in particolare, il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 120 del codice e

propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi.

In tutti i casi in cui siano necessarie modifiche del progetto il direttore dei lavori, acquisito il parere del progettista, redige una relazione motivata contenente i presupposti per la modifica, sulla cui fondatezza si esprime il RUP per sottoporla all'approvazione della stazione appaltante.

L'Autorità specifica inoltre che **per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10% dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie** (*rectius*, la documentazione individuata dall'allegato al Codice dei Contratti Pubblici quale il progetto esecutivo, l'atto di validazione, la relazione del Responsabile unico del progetto), **sono trasmesse dal RUP all'Anac entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante**, tramite un link che rinvia alla sezione "Amministrazione trasparente".

La documentazione va poi conservata in un'apposita sottosezione denominata "Varianti in corso d'opera" nell'ambito della più generale sottosezione "Bandi di gara e contratti".

Le modalità operative per la trasmissione dei dati delle varianti sono illustrate anche in una specifica FAQ sul sito dell'ANAC, risultando superati il vecchio modulo per l'acquisizione dei dati e le indicazioni contenute in precedente comunicato del 2016.

7. Osservazioni conclusive

La riformulazione dell'art. 120, comma 1, lett. c) sostanzialmente allinea la normativa nazionale agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, che già riconosceva la necessità di prevedere un regime di flessibilità controllata nelle modifiche contrattuali.

Dalla lettura delle norme del correttivo se ne desume il chiaro intento del Legislatore di voler coniugare differenti esigenze, talvolta apparentemente contrastanti: se da un lato, infatti, l'obiettivo primario è limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'ammettere variazioni contrattuali non propriamente rientranti nei canoni codicistici - così da tutelare i principi di trasparenza e di imparzialità - dall'altro resta il costante desiderio di garantire la necessaria flessibilità nella gestione dei contratti, in linea con il principio del risultato, per porre rimedio a lacune progettuali che possono derivare non solo da errori o omissioni ma anche da eventi imprevedibili al momento della redazione del progetto.

Lo stesso (nuovo) meccanismo di gestione degli errori progettuali pare rispondere a tali esigenze: la prevenzione dei contenziosi e della qualità dell'opera pubblica; d'altronde, l'istituzione di un contraddittorio preventivo vuole evidentemente rafforzare la cooperazione tra stazione appaltante, progettista e appaltatore riducendo i tempi di esecuzione e garantendo maggiore certezza nei rapporti contrattuali.

L'affidamento dei servizi di trasporto per viaggi di istruzione e uscite didattiche. Le nuove modifiche introdotte dal decreto-legge 9 settembre 2025, n. 127

di Giuseppe Laurieri

IL
PUN
TO

Premessa

A poco più di due mesi dalla conversione in legge del decreto legge 31 maggio 2025, n. 73 (cd. **Decreto Infrastrutture**), il Legislatore è nuovamente intervenuto sul testo del d.lgs. 36/2023 (di seguito il **"Codice dei contratti pubblici"** o il **"Codice"**) con l'approvazione del decreto legge 9 settembre 2025, n. 127 (di seguito **"Decreto Scuola"**).

La recentissima novella legislativa recante *"Misure per la riforma dell'esame di Stato del secondo ciclo di istruzione e per il regolare avvio dell'anno scolastico 2025/2026"*, pur interessando prevalentemente l'ordinamento scolastico, interviene anche sulla disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici e, in particolare, come si vedrà, sulle modalità di affidamento dei servizi di trasporto per i viaggi di istruzione.

L'ennesima modifica al Codice, in appena due anni e mezzo di sua vigenza¹, interessa una tematica estremamente attuale, toccando

l'affidamento di servizi che hanno suscitato non poche perplessità alla luce degli ultimi tragici eventi di cronaca. Tra tutti, il recente incidente avvenuto il 19 maggio 2025 nel Comasco, costato la vita ad una maestra, ha riacceso i riflettori sull'esigenza di assicurare sicurezza ai viaggi di istruzione e, quindi, sulla necessità a che gli affidamenti dei servizi connessi al loro svolgimento avvenga in modo da privilegiare i profili qualitativi degli operatori.

L'intervento, in vigore dallo scorso 10 settembre, manifesta come, ancora una volta, la politica legislativa di tutela della collettività, passi inevitabilmente attraverso l'introduzione di modifiche e/o l'adozione di disposizioni inerenti alla contrattualistica pubblica. All'interno di questa disciplina normativa, infatti, più di ogni altra, confluiscono gli interessi della collettività a fruire di un servizio che – sebbene direttamente erogato da un soggetto privato – esplica la funzione ed il ruolo della pubblica autorità a tutelare e servire il cittadino, garantendogli una prestazione sostenibile per la spesa pubblica e qualitativamente soddisfacente.

1. G. Oreto, Codice Appalti: nuove modifiche d'emergenza ai criteri di aggiudicazione, in LavoriPubblici.it, 12 settembre 2025.

1. I criteri di aggiudicazione. Un inquadramento generale

La disciplina sui criteri per l'aggiudicazione di un contratto di appalto è definita all'interno del Titolo V del Codice dei contratti pubblici rubricato "*La selezione delle offerte*", dall'art. 107 all'art. 112.

L'art. 107 è dedicato ai principi generali a cui la stazione appaltante deve ispirare il proprio agire nella selezione delle offerte. La disposizione, recependo la previsione contenuta nell'art. 56, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE – analogamente a quanto accadeva nel previgente d.lgs. 50/2016 – rinviando a quanto previsto nei due successivi articoli 108, 109 e 110 per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, richiede che **(i)** l'offerta sia conforme alle previsioni contenute nella *lex* di gara; **(ii)** l'offerta provenga da un offerente che non sia stato escluso e possieda i requisiti di ordine speciale.

Premesso ciò, il secondo comma dell'art. 107 riconosce alla stazione appaltante la possibilità di non procedere all'aggiudicazione qualora l'offerta ritenuta economicamente più vantaggiosa non soddisfi comunque gli obblighi in materia ambientale, sociale o di tutela dei lavoratori. La norma si conclude con la previsione della cd. "inversione procedimentale", ossia, la facoltà che l'amministrazione preveda nella *lex* di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.

La disposizione che indica in dettaglio i criteri di aggiudicazione del contratto è l'art. 108 del Codice, il quale, articolandosi in ben 12 commi, assume un'indiscussa centralità nell'ambito di

disciplina delle procedure a evidenza pubblica, vincolando l'Amministrazione nelle modalità valutative dell'offerta in base alla quale identificare la migliore tra quelle presentate².

Il Codice privilegia, al pari del previgente d.lgs. 50/2016, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ("**oepv**")³, mirando ad una combinazione tra il profilo economico e quello qualitativo dell'offerta, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita⁴. Con il criterio dell'oepv, nella valutazione di una gara pubblica ad offerta economicamente più vantaggiosa, l'interesse principale da considerare è quello della platea di fruitori del servizio, valutando la qualità dell'offerta tecnica e non esclusivamente il prezzo⁵.

La disposizione, quindi, prevede che – fatte salve previsioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici – la stazione appaltante proceda all'aggiudicazione di ogni tipo di contratto sulla base del criterio dell'oepv, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8.

L'Allegato II.8 a cui rinvia il primo comma dell'art. 108 interviene, al punto III, proprio sul "costo della vita", un criterio che può essere utilizzato dalle stazioni appaltanti per valutare, appunto, il rapporto di comparazione costo/efficacia dell'offerta presentata. È stato, così, osservato che la valutazione delle offerte si innesta su tre piani, attraverso la "ponderazione della triplice

-
2. In questi termini e per un commento della norma, si veda G. Macdonald, Commento all'art. 108, Commentario alla normativa sui contratti pubblici, (a cura di) A. Botto e S. Castrovinci Zenna, Giappichelli, 2024, p. 977 s.
 3. Sul carattere residuale del criterio del prezzo più basso si veda G. Guzzo, Appalti pubblici. Disciplina procedure e profili processuali dopo il nuovo codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2024, p. 301 ss.
 4. Relazione Illustrativa al Codice, p. 61.
 5. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 3 febbraio 2025, n. 380.

dimensione" quantitativa, qualitativa ma anche temporale della prestazione offerta⁶.

L'Allegato precisa che, in tal caso, le stazioni appaltanti possono chiedere agli operatori:

1. costi relativi all'acquisizione;
2. costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse;
3. costi di manutenzione;
4. costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;
5. costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Dall'altra parte, il metodo che le stazioni appaltanti usano per valutare i costi imputati ambientali deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

- a. essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori. Se il metodo non è stato previsto per un'applicazione ripetuta o continua, lo stesso non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici;
- b. essere accessibile a tutte le parti interessate;
- c. i dati richiesti devono poter essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di altri Stati membri, di paesi terzi parti dell'AAP

o di altri accordi internazionali che l'Unione europea è tenuta a rispettare o ratificati dall'Italia.

La netta preferenza per il criterio dell'oepv si desume anche dal tenore del secondo comma dell'art. 108 il quale elenca tassativamente i contratti da aggiudicare "esclusivamente" sulla base di tale criterio.

Trattasi di contratti ritenuti di "peculiare rilevanza", con riferimento, come osservato, all'ambito di esecuzione del servizio, ovvero per la loro stessa natura professionale, tecnica o intellettuale, per l'impiego intensivo di manodopera o il notevole contenuto tecnologico o innovativo, e ancora in virtù dell'istituto di affidamento utilizzato⁷.

La preferenza nei confronti del criterio dell'oepv ricalca, quindi, l'approccio del Legislatore del 2016. Tuttavia, rispetto al passato, il criterio in questione oggi assume una connotazione totalmente differente, acquisendo un significato più "ampio", includendo al suo interno sia le tecniche di selezione delle offerte basate sulla valorizzazione del mero dato economico, sia quelle fondate su una ponderata comparazione di aspetti qualitativi ed economici⁸.

I contratti da affidare esclusivamente tramite il criterio dell'oepv sono:

- a. i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;

6. Codice dei contratti pubblici commentato, (a cura di) L. R. Perfetti, Wolters Kluwer, 2024, p. 823
7. G. Macdonald, Commento all'art. 108, Commentario alla normativa sui contratti pubblici, cit., p. 980.
8. Codice dei contratti pubblici commentato, (a cura di) L. R. Perfetti, Wolters Kluwer, 2024, p. 823 ove si osserva giustamente che dello stesso avviso è la Commissione speciale nel parere n. 855 del 1 aprile 2016, secondo cui "la formula offerta economicamente più vantaggiosa acquista un significato profondamente diverso (e più ampio, poiché comprende, ora, anche i criteri basati sul prezzo più basso, oltre a quelli incentrati sul rapporto tra qualità e prezzo) rispetto a quello affermatosi nel sistema precedente".

- b. i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;
- c. i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
- d. gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e. gli affidamenti di appalto integrato;
- f. i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo;

Da ultimo, con il Decreto è stata aggiunta la lett. f) *bis* che indica i contratti relativi ai servizi di trasporto nell'ambito delle uscite didattiche e dei viaggi di istruzione di competenza delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado.

Individuato il criterio di aggiudicazione nella *lex* di gara, tenendo debitamente in considerazione la **natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto** da affidare, le stazioni appaltanti, in base a quanto previsto dal comma 4 dell'art. 108, provvedono a valutare le offerte sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto. L'indicazione normativa, al quanto generica, si discosta dalla più puntuale previsione dell'art. 95, comma 6, del previgente d.lgs. 50/2016, che, all'opposto, prevedeva un'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati, che appaiono da inserire eventualmente in una normativa attuativa di carattere secondario⁹.

Le stazioni appaltanti in sostanza devono procedere ad una complessa ponderazione di elementi per individuare l'offerta migliore,

tanto che nel caso in cui nessuna delle offerte presentate dovesse risultare adeguate, è espressamente riconosciuta la facoltà di non procedere all'aggiudicazione della commessa, **seppur esclusivamente esercitabile per ragioni oggettive e non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte**¹⁰.

Nella valutazione delle offerte, seguendo il criterio dell'opev, il giudizio sulla componente economica si svolge solo dopo l'esame dei profili tecnici dell'offerta e consiste *"nell'attribuzione di conteggi mediante l'uso di meccanismi automatici"*, escludendo qualsiasi valutazione discrezionale; sicché *"il merito tecnico della proposta deve riguardare la conformità dell'offerta agli obiettivi che l'amministrazione si propone di raggiungere con l'indizione della gara"*¹¹.

La logica conseguenza dell'assetto normativo descritto, incline ad una preferenza dell'aspetto qualitativo dell'offerta, conduce logicamente a delimitare il punteggio relativo alla componente economica dell'offerta entro margini definiti in taluni casi.

Dettagliatamente, la disposizione in commento prevede che:

- per **l'affidamento di beni e servizi informativi**, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del **10 per cento**;
- per i **contratti ad alta intensità di manodopera**, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del **30 per cento**.

9. Relazione al Codice, p. 156.

10. Art. 108, comma 7 e 8.

11. In questi termini Codice dei contratti pubblici commentato, (a cura di) L. R. Perfetti, Wolters Kluwer, 2024, p. 823 cit.

Il Decreto ha toccato il quarto comma dell'art. 108, includendo nel limite del 30 per cento, anche il conteggio della componente economica per l'affidamento dei contratti relativi ai servizi di trasporto nell'ambito delle uscite didattiche e dei viaggi di istruzione.

In tali casi, precisa la novella, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza, **valorizzano gli elementi qualitativi dell'offerta sulla base di criteri oggettivi idonei ad attestare la disponibilità di sistemi e dispositivi per la sicurezza del trasporto, per l'accessibilità e il trasporto di persone con disabilità, nonché le competenze tecniche dei conducenti.**

Premessa la prevalenza espressa in favore del criterio dell'oepv, il comma terzo dell'art. 108 fa, comunque, salva l'applicazione del criterio del minor prezzo, per l'affidamento di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate¹² o le cui condizioni sono definite dal mercato, facendo eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera¹³.

2. L'affidamento dei servizi di trasporto per viaggio di istruzione, gite scolastiche e attività didattiche

Come chiarito dalla giurisprudenza, nelle gare pubbliche, la Pubblica Amministrazione è titolare di un ampio potere discrezionale nella scelta degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nella fissazione dei criteri di attribuzione dei punteggi nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, così come sono insindacabili nel merito i giudizi valutativi espressi dalla commissione salvo che siano affetti da macroscopici vizi logici, di disparità di trattamento o errore manifesto¹⁴.

Nell'ambito delle uscite didattiche e dei viaggi di istruzione, il servizio di trasporto rappresenta un servizio di grande importanza che entra in contatto con la sicurezza dei soggetti, spesso volte minorenni.

Per questa ragione, come appena illustrato nel precedente paragrafo, il Legislatore con il Decreto

12. Secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 26 aprile 2023, n. 7150 "Per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" (...) devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante, oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali (cfr. in tal senso Linee Guida ANAC n. 2 del 2016, aggiornate nel 2018)." (cfr. Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2020, n. 7182); e ancora "Secondo il Consiglio di Stato deve qualificarsi e ritenersi standardizzato «un servizio che, per sua natura ovvero per la prestazione richiesta dalla stazione appaltante all'affidatario negli atti di gara, non possa essere espletato che in unica modalità; in questo caso, in effetti, l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è giustificata dall'impossibilità di una reale comparazione tra la qualità delle offerte in sede di giudizio» (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2018, n. 1099; Cons. Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 1609)" (...) "Può, dunque, ritenersi che «si è in presenza di servizi standardizzati quando la lex specialis descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia la concreta organizzazione del lavoro sia le prestazioni dovute senza lasciare margini di definizione dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa» (C.d.S., sez. V, sentenza n. 3210/2020 che richiama Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063; V, 18 febbraio 2018, n. 1099; III, 13 agosto 2018, n. 1609)." (C.G.A.R.S., 16 gennaio 2024, n. 11.

13. La disposizione, tuttavia, non ripropone la necessità di esprimere un'adequata motivazione in caso di ricorso al criterio del prezzo più basso, come in passato era previsto all'art. 95, comma 5 del d.lgs. 50/2016.

14. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 29 agosto 2024, n. 16006.

Scuola ha tentato di “indirizzare” il giudizio della stazione appaltante nell’affidamento dei contratti questione, introducendo sostanzialmente le seguenti modifiche:

- L'affidamento dei contratti relativi al servizio di trasporto per le uscite didattiche viene inserito nell'elenco degli affidamenti da svolgersi esclusivamente sulla base del criterio dell'oevpv;
- Nella valutazione delle offerte per l'aggiudicazione dei servizi in questione, è stato inserito il limite massimo per il punteggio economico, pari al 30% del punteggio totale;

Viene guidato il criterio di scelta da parte della stazione appaltante, sottolineandosi l'esigenza che, nella valutazione delle offerte, prevalga l'attenzione sugli aspetti qualitativi dei diversi concorrenti, tenendo in debita considerazione:

1. la presenza di **sistemi e dispositivi per la sicurezza del trasporto**;
2. l'**accessibilità** al servizio di trasporto da parte delle persone con disabilità;
3. le **competenze tecniche** dei conducenti.

In sostanza, l'art. 5 del Decreto Scuola disciplina specificamente le modalità di affidamento degli appalti di servizi che riguardano le gite scolastiche, per fare in modo che, in sede di procedura di evidenza pubblica, vengano garantiti i migliori *standard* qualitativi, soprattutto nell'ottica della sicurezza¹⁵.

La relazione di accompagnamento alla novella precisa che la finalità espressa dalla disposizione in esame è quella di mettere tempestivamente a disposizione delle istituzioni scolastiche un quadro di riferimento chiaro che consenta una gestione più sicura dei servizi di trasporto

connessi alle uscite didattiche e ai viaggi di istruzione¹⁶.

Nel testo si legge che *“i viaggi di istruzione e le uscite didattiche rappresentano un momento qualificante dell’offerta formativa, in quanto strumenti privilegiati per la crescita culturale, relazionale e inclusiva degli studenti. **In ragione della rilevanza educativa e sociale di tali esperienze, è richiesta particolare attenzione, da parte delle istituzioni scolastiche e degli organizzatori, all’intero processo organizzativo, con specifico riguardo alla fase di individuazione dei soggetti affidatari dei servizi di trasporto, che deve fondarsi prioritariamente su criteri di sicurezza e affidabilità dei veicoli e del conducente**”*¹⁷.

I primi commentatori non hanno mancato di osservare come le indicazioni offerte dal legislatore appaiono certamente di dubbia utilità se si considera che i profili sui quali è chiesto che l'Amministrazione ponga maggiore attenzione, dovrebbero essere considerati come requisiti "minimi" e non meri aspetti qualitativi volti a preferire un operatore, rispetto ad un altro.

Si pensi ad esempio alla "capacità di un conducente": è molto difficile capire quando un conducente possa essere ritenuto "migliore" di un altro. Un conducente o è capace, perché in possesso delle necessarie abilitazioni professionali, oppure non lo è.

Un conducente che in passato abbia causato incidenti stradali a causa della sua imperizia, è certamente improbabile che rimarrà in possesso delle abilitazioni professionali necessarie allo svolgimento del suo ruolo.

15. F. D'Alessandri, Decreto scuola in GU: modifiche al codice degli appalti sui criteri affidamento di appalti di servizi, *Altalex, IlQuotidianoGiuridico*, 11 settembre 2025.

16. Dossier n. 534 del Senato della Repubblica, Legislatura 19, consultabile al seguente link: https://www.senato.it/show-doc?leg=19&tipodoc=DOSSIER&id=1473274&idoggetto=0&part=dossier_dossier1-sezione_sezione12-h2_h25.

17. Ibidem.

Lo stesso vale per i sistemi di sicurezza dei mezzi di trasporto: un mezzo di trasporto o è sicuro, o non lo è. Le prescrizioni tecniche che ogni mezzo di trasporto deve possedere affinché possa essere qualificato come "sicuro" sono presupposti essenziali e così devono essere considerati anche nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

Le prescrizioni indicate dalla novella riflettono portata applicativa in termini di "preferenza" di un operatore rispetto all'altro, non già come meccanismo di "filtro" all'ingresso della procedura; sicché, pur dovendo prevalere su più offerte gli elementi elencati, in loro assenza la previsione perde la sua efficacia e finisce, in sostanza, per rendere uguali offerte insufficienti.

In merito, considerando la natura degli elementi che oggi la novella legislativa qualifica come "criteri premiali" di un'offerta rispetto ad un'altra, sorge qualche dubbio sul fatto che un operatore in carenza degli aspetti sui quali l'attenzione dell'amministrazione appaltante deve "prevalere", possa anche solo semplicemente partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica.

Basta rinviare alla copiosa giurisprudenza secondo cui un'offerta priva dei suoi requisiti minimi essenziali ad assicurare l'interesse ultimo non solo della stazione appaltante, ma della collettività tutta, non può che condurre all'esclusione dalla gara e non già alla mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio¹⁸.

È difficile (se non impossibile) ipotizzare una procedura preordinata all'affidamento di un servizio di trasporto che non richieda come requisito minimo, il possesso degli elementi che il Decreto individua come meramente "premiali".

Le criticità sollevate conducono ad interrogarsi sulla portata effettiva della modifica normativa che, ancora una volta, per alcuni, sembrerebbe apparire l'ennesima novella piena di un significato meramente "politico", piuttosto che "concreto" e risolutivo delle problematiche che ogni giorno si trovano ad affrontare gli operatori di settore da una parte e le amministrazioni, dall'altra.

Un'obiezione alle critiche mosse perviene, oltre dalla relazione illustrativa alla novella, dallo stesso Ministro dell'Istruzione, che invita a guardare all' "innovazione" dei mezzi di trasporto, ricercando nuove soluzioni capaci di garantire maggiore sicurezza rispetto al passato: "un esempio molto concreto è quello di un bus, un pullman, un mezzo di trasporto, che deve essere dotato di frenata assistita.

Con questo requisito non sarebbero avvenuti incidenti durante alcune gite scolastiche che ci hanno scioccato"¹⁹.

In quest'ottica, volgendo lo sguardo alle nuove tecnologie si lascia quindi lo spazio alla ponderazione tra strumenti innovativi che rendano più o meno sicuro uno stesso mezzo.

Tuttavia, se da una parte parrebbe comprensibile che l'intenzione del Legislatore sia quella di indirizzare l'attenzione degli istituti scolastici verso l'innovazione, la ricerca di mezzi di trasporto che rendano sempre più sicuri e accessibili i trasporti; dall'altra non si capisce come questa prospettiva possa spostarsi sul piano delle competenze dei conducenti: in mancanza di criteri che indichino chi preferire, come si stabilisce chi è il conducente migliore? Largo spazio alle interpretazioni.

18. Si veda ex multis Cons. St., Sez. V, 2 aprile 2025, n. 2789; Cons. St., Sez. IV, 28 agosto 2024, n. 7296; Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10605.

19. Il Sole24Ore, Gite scolastiche, arriva la stretta sulla sicurezza: bus solo con la frenata assistita, 6 settembre 2025.

3. Conclusioni

L'obiettivo della modifica normativa è quello di incentivare l'affidamento a operatori sempre più qualificati nell'ambito della sicurezza attivando un processo virtuoso che nel tempo porterà a un ulteriore innalzamento degli *standard* di settore.

La poca sicurezza dei viaggi di istruzione ha disincentivato gli insegnanti ad accompagnare le scolaresche. Il timore di incidenti e delle relative responsabilità legali è al primo posto tra i motivi che spingono a rinunciare ai viaggi didattici, segnalato dal 48,8% dei docenti, specie in mancanza di coperture assicurative adeguate²⁰.

Da un punto di vista "operativo", si assiste alla piena attuazione dell'art. 227 del Codice che, onde evitare il vecchio fenomeno di "fuga dal codice", prevede come *"ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute"*.²¹

Vedremo, con l'inizio del nuovo anno scolastico, i risultati che la recentissima (ennesima) modifica al codice sarà in grado di produrre, auspicando che i viaggi d'istruzione tornino a non rappresentare più un timore per insegnanti e alunni, ma un'occasione (sicura e tutelata) di arricchimento culturale e formazione fuori dalle aule.

20. La Repubblica, Gite scolastiche a rischio: mancano docenti disposti ad accompagnare gli studenti, 11 aprile 2025.

21. F. D'Alessandri, Decreto scuola in GU: modifiche al codice degli appalti sui criteri affidamento di appalti di servizi, cit.

Il complesso rapporto tra uffici tecnici ed organi politici nella gestione delle procedure di affidamento

di Niccolò Grassi

IL
PUN
TO

1. Il critico rapporto tra indirizzo politico e gestione amministrativa

La fisiologia del rapporto tra organi politici e uffici tecnici della PA si regge su un equilibrio tanto semplice nei principi quanto delicato nella prassi.

Come noto, agli organi politici spetta l'indirizzo sull'azione amministrativa e quindi la definizione di scelte di fondo, priorità, obiettivi e controllo strategico; diversamente, agli apparati tecnici spetta la gestione e l'adozione di atti e provvedimenti, di scelte tecnico-discrezionali, la responsabilità contabile e la conseguenza responsabilità disciplinare (e non solo).

La citata separazione di poteri, scolpita nell'ordinamento grazie agli artt. 4, 5 e 6 del D.Lgs. n. 165/2001 nonché dall'art. 107 del TUEL, costituisce espressione e presupposto per il buon andamento e imparzialità dell'azione Amministrativa – ex art. 97 Cost. - e ha il suo "snodo" operativo nella figura del responsabile del progetto (RUP), cui è intestata la regia istruttoria e il coordinamento degli

apporti interni, fino alla decisione dell'organo competente e dopo quest'ultima.

Sul punto, la dottrina più prudente ha mostrato come la figura del RUP, in effetti, abbia spostato l'attenzione dagli organi in senso astratto alla dinamica effettiva della produzione degli effetti amministrativi.

Il RUP, infatti, oggi rappresenta il punto di unificazione "dinamica" del procedimento, coordina gli uffici, governa i tempi e assicura la partecipazione degli interessati, pur senza esternare il provvedimento finale, che rimane imputato all'organo competente.

In questa prospettiva, separazione politica ed amministrativa e centralità del RUP rappresentano due facce della medesima medaglia: mentre la separazione di poteri è garanzia di imparzialità, la figura del RUP diviene garanzia di efficienza nel concreto svolgersi dell'azione amministrativa (cfr. R. Caroccia, Amministrativamente: La revoca del RUP tra silenzi positivi e "disinvoltura" della prassi, 2025, Fascicolo 3/2025).

Ciò porta però a due ricadute pratiche, specie nel sistema degli affidamenti pubblici:

1. la motivazione delle scelte gestionali (chi fa che cosa e perché) non è un orpello, ma lo strumento che rende trasparenti le opzioni tecniche e le distingue dagli input di indirizzo politico;
2. la "tenuta" organizzativa del RUP (in particolare rispetto alla relativa nomina ed all'assenza di conflitti di interesse) è decisiva per preservare l'azione amministrativa da illegittimità o indebite interferenze. La migliore prassi è quella che predetermina criteri e rotazioni, rende tracciabile ogni passaggio e circoscrive con nettezza l'eventuale momento d'indirizzo politico alla sola cornice strategica.

Nonostante ciò, il confine tra decisioni politiche e gestione amministrativa, in non poche amministrazioni, rimane incerto e, non di rado, frutto di sovrapposizioni e interferenze che indeboliscono motivazioni, controlli e assetti di responsabilità.

La separazione tra indirizzo e gestione non è un espediente formale ma un presidio a tre facce. È garanzia di imparzialità perché impedisce che obiettivi politici si traducano in prescrizioni operative "su misura".

È garanzia di efficienza perché affida alla dirigenza la scelta dei mezzi più adeguati rispetto a tempi, importi e mercato, con un RUP che coordina l'istruttoria e ne assicura la coerenza. È garanzia di responsabilità perché rende riconoscibile chi fa che cosa e perché, consentendo controlli ex ante ed ex post su decisioni e risultati.

Quando questi tre piani collaborano tra loro, l'azione amministrativa può assorbire le fisiologiche pressioni esterne senza perdere legalità e capacità di esecuzione.

2. Gli affidamenti pubblici

Gli affidamenti pubblici sono il terreno in cui la distinzione indirizzo/gestione incontra le tensioni maggiori. I tempi tendenzialmente stretti, gli interessi economici in gioco, i vincoli concorrenziali,

i controlli interni ed esterni finiscono per costituire una catena di responsabilità particolarmente esposta ove gli interventi politici richiano di compromettere la legittimità delle procedure ove già non compromesse da cattive prassi interne. Si pensi, ad esempio, a tutte le criticità connesse alle attività di programmazione, la scelta della procedura di affidamento, la predisposizione della *lex specialis*, l'espletamento della gara o dell'affidamento diretto, l'aggiudicazione, la stipula del contratto e finanche la gestione della fase di esecuzione. Si tratta tutte di fasi dove, a ben vedere, il rapporto tra organo politico ed ufficio tecnico diviene sempre più soggetto a momenti di frizione.

Nella fase di programmazione, gli organi politici fissano obiettivi e priorità, mentre la traduzione operativa – elenchi annuali, cronoprogrammi, fabbisogni, capitoli di spesa, analisi di mercato – appartiene agli uffici tecnici/dirigenziali. Peccato che sono molteplici i momenti di potenziale conflitto, connessi all'inserimento o stralcio di interventi dal programma triennale in assenza di istruttoria o coperture; la definizione dei livelli prestazionali e degli standard qualitativi minimi che condizionano la futura *lex specialis*; esiti e imparzialità delle analisi di mercato o consultazioni preliminari; scelta del modello di affidamento (appalto o concessione) e dell'eventuale centralizzazione/aggregazione; opzione tra progettazione interna o esterna e dimensionamento dei fabbisogni di personale/competenze.

Nella fase della scelta e della predisposizione della procedura di gara la discrezionalità tecnico-amministrativa della stazione appaltante e del RUP è piena ma resta sindacabile se cade nell'illogicità, nella disparità di trattamento o nello sviamento. In questa fase procedimentale, la linea di demarcazione con la politica è netta: l'indirizzo non può imporre requisiti su misura, non può riscrivere la *lex specialis* e non può orientare l'esito della selezione.

Le frizioni però nascono spesso sulle opzioni concrete. C'è chi spinge per una procedura aperta e chi, per ragioni di tempo o di mercato, ritiene preferibile una ristretta o una negoziata, fino a invocare l'affidamento diretto sotto-soglia anche se per importi superiori. Dopo una gara deserta

qualcuno propone la negoziata senza bando ex articolo 76, mentre gli uffici rivendicano la praticabilità dell'articolo 50, e intanto si discute se ricorrere a un accordo quadro o a una CUC. Si accende il confronto anche sulla lottizzazione poiché c'è il timore del frazionamento artificioso, ma c'è anche il rischio opposto di un'aggregazione eccessiva che chiude il mercato. Sui criteri di aggiudicazione si gioca un'altra partita dato che qualcuno chiede il prezzo più basso, altri ritengono necessario l'OEPV con pesi, sub-criteri e soglie, senza dimenticare il controllo di anomalia.

Entrano poi le clausole sociali e ambientali, i CAM, il riferimento al CCNL, le premialità ESG e certe istanze di territorialità che vanno tenute entro i limiti della concorrenza. Il subappalto diventa terreno sensibile quando si ragiona su quote riservate alle PMI, su subappalto a cascata, su limiti e deroghe che devono essere motivate. Nella fascia sottosoglia la rotazione e la scelta degli invitati aprono un capitolo a parte, tra l'esigenza di escludere l'uscente e quella di garantire un'adeguata platea. I tempi di gara generano ulteriori pressioni in quanto la politica tende a chiedere accelerazioni, mentre gli uffici ricordano istruttorie, termini minimi e tempi del mercato.

Un terreno di frizione sottovalutato è anche quello delle analisi di mercato e delle consultazioni preliminari. Si tratta di attività tecniche che servono a comprendere la reale struttura dell'offerta, i livelli prestazionali raggiungibili e i rischi di concentrazione.

La loro imparzialità si gioca su tre accorgimenti quali i criteri di selezione degli operatori ascoltati che riflettano il mercato di riferimento, la verbalizzazione puntuale degli incontri e la pubblicazione degli esiti in forma sintetica per consentire la verifica di coerenza tra quanto emerso e le scelte successive in tema di lotti, requisiti e criteri. Senza questi accorgimenti, il confine tra ascolto del mercato e "indirizzo eteronomo" si assottiglia e la futura *lex specialis* diventa più esposta a censure.

Rispetto alla fase di esecuzione, questa è il regno della gestione tecnica, con la direzione lavori o del contratto che governa il cantiere amministrativo, il RUP che coordina e controlla, il collaudatore che

verifica a valle. Qui le frizioni nascono quando gli ordini di servizio sconfinano nel terreno delle varianti e gli operatori contestano che non si tratti solo di un aggiustamento tecnico. Si accendono quando i tempi stringono e la politica chiede di chiudere in fretta, mentre gli uffici ricordano che qualità, sicurezza e regolarità contributiva non si comprimono.

“ Negli affidamenti pubblici la rotta spetta alla politica e la manovra ai tecnici, ma tempi, interessi e controlli rendono ogni fase una catena di responsabilità ad alta tensione. Se l'indirizzo invade la gestione o le prassi si deformano rischiano di saltare confini, legittimità ed efficienza. ”

3. Il pensiero della Dottrina

La dottrina concorda nel ritenere che il cardine del rapporto tra organi politici e apparati tecnici sia la separazione tra indirizzo e gestione, non come formula rituale ma come architettura organizzativa posta a presidio dell'imparzialità e del buon andamento.

Le ricostruzioni più autorevoli fanno risalire il modello alla "stagione" inaugurata dal D.Lgs. n. 29/1993 e poi consolidata nel D.Lgs. n. 165/2001, sottolineando che l'indirizzo politico definisce fini, priorità e controllo strategico mentre alla dirigenza spetta l'attuazione tecnico-gestionale con responsabilità proprie, misurabili e sanzionabili. In questa chiave il principio di separazione di poteri tra organi politici e uffici tecnici non costituisce un mero slogan, bensì rappresenta la regola che collega organizzazione, responsabilità e valutazione delle performance pubbliche (cfr. M. Interlandi, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, 2018, dirittifondamentali.it).

Accanto a questo impianto normativo, la dottrina mette però in guardia da una lettura "statica" del confine (cfr. D. Bolognino, *Una visione multilivello*

della distinzione tra politica e amministrazione: i due "centri di potere" alla luce e all'ombra delle evoluzioni- involuzioni normative e delle prassi applicative, 2021, in Istituzioni del Federalismo, 2.2021). L'equilibrio tra politica e Amministrazione è descritto come mobile e storicamente oscillante, perché risente di cicli riformatori, prassi organizzative e nuovi assetti concreti del potere. Di conseguenza, il confine non è mai fisso e tende ad avanzare o arretrare a seconda dei contesti, con inevitabili zone grigie nei momenti in cui l'indirizzo pretende di farsi gestione o, all'opposto, la gestione ambisce a sostituire l'indirizzo. Questa "mobilità" spiega perché la distinzione debba essere sorretta da regole procedurali, trasparenza e motivazioni che rendano verificabili le scelte tecniche, specie nei passaggi più sensibili come programmazione, scelta della procedura, definizione della lex specialis ed esecuzione contrattuale.

Un orientamento dottrinale, sul punto, insiste sul nesso tra separazione e responsabilità. La distinzione funziona solo se la dirigenza risponde effettivamente dei risultati e se l'indirizzo politico rimane nel perimetro della programmazione e del controllo strategico, evitando di calare nel dettaglio dei requisiti di gara, delle valutazioni tecniche o delle determinazioni in esecuzione. In quest'ottica, il perno diventa la valutazione delle strutture e dei dirigenti, perché senza misurazione e accountability il principio resta nominalistico e il confine torna poroso, esponendo l'Amministrazione a opacità e contenziosi (cfr. S. Neri, Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent'anni dal "Testo Unico" del pubblico impiego, 2021, in Istituzioni del Federalismo, 2.2021).

In tal senso, sul significato concreto dell'"indirizzo", la Dottrina chiarisce che esso coincide con la scelta dei fini e dei programmi di settore, non con l'individuazione dei mezzi amministrativi con cui attuarli (cfr. R.N. Cesaro, La funzione di indirizzo politico: l'indirizzo politico ed amministrativo e gli atti politici, in diritto.it). Gli atti di indirizzo, cioè, non possono cristallizzarsi in prescrizioni su requisiti "su misura", griglie valutative, inviti o esclusioni, perché a quel punto l'atto politico si travasa nella gestione e ne altera la responsabilità propria. La linea di demarcazione, pertanto, è tanto più netta quanto più gli atti politici si fermano alla definizione di obiettivi e tempistiche, lasciando agli

uffici la scelta delle soluzioni tecniche motivate con cui raggiungere questi ultimi.

Infine, una parte significativa degli studi ricorda che la piena attuazione del principio è resa difficile da fattori "ambientali" (cfr. S. Battini, Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio, 2012) quali l'uso estensivo di pratiche assimilabili allo spoils system, la volatilità degli assetti organizzativi, la tendenza a personalizzare gli incarichi dirigenziali e, sul versante opposto, la resistenza burocratica a farsi misurare sui risultati. Tali criticità portano a un duplice profilo di rischio legato da un lato alla politicizzazione delle strutture tecniche, dall'altro all'autoreferenzialità amministrativa. Per evitare tale rischio, parte della Dottrina ha proposto un doppio ancoraggio. Servono regole chiare sulla selezione e sulla stabilità degli incarichi dirigenziali, con incompatibilità e trasparenza, e un ciclo di programmazione-valutazione che renda tracciabili gli scostamenti tra obiettivi fissati e scelte tecniche adottate, così da ricondurre eventuali interferenze al loro giusto perimetro.

In sintesi, la dottrina contemporanea non smonta la distinzione politica-amministrazione, ma ne offre una versione "operativa". L'indirizzo politico disegna la rotta, la dirigenza governa i mezzi e risponde dei risultati ma tra i due livelli non serve un muro ideologico, bensì un sistema di responsabilità, valutazioni e motivazioni capace di rendere evidente chi decide che cosa e perché, soprattutto nelle fasi degli appalti dove tecnica e interessi pubblici si intrecciano maggiormente.

“ Fini alla politica, mezzi e responsabilità alla dirigenza perché la separazione non è uno slogan, è l'architettura del buon andamento della Pubblica Amministrazione. ”

4. La recente Giurisprudenza

Ai fini dell'individuazione del giusto punto di equilibrio tra potere politico e attività amministrativa, certamente rileva la recente decisione del Consiglio di Stato n. 6600/2025. La decisione chiarisce in modo netto che la Giunta può tracciare la rotta con un indirizzo generale, mentre spetta al RUP e alla dirigenza scegliere la procedura concretamente più adatta tra quelle consentite dall'ordinamento.

Grazie a tale decisione, quindi, viene nuovamente confermato che l'atto politico resta una cornice che definisce l'obiettivo pubblico, non un vincolo rigido sulla tecnica di gara. Nel caso esaminato la delibera si limitava a indicare la finalità di procedere, ma non impediva di mutare strada dopo due tentativi infruttuosi. Il Consiglio di Stato afferma che la scelta del RUP di passare all'affidamento diretto annuale senza rinnovi, anziché ricorrere alla procedura di affidamento, è stata logica e coerente con i principi di economicità, efficacia e buon andamento, perché funzionale a garantire l'avvio del servizio scolastico nei tempi previsti. In questo modo la sentenza disegna un punto di equilibrio operativo in cui l'indirizzo politico indica il fine e la gestione tecnica seleziona il mezzo, assumendone la responsabilità istruttoria e motivazionale.

L'equilibrio individuato passa per tre passaggi sostanziali:

1. anzitutto la distinzione dei ruoli. La Giunta può fissare priorità e obiettivi, ma non blocca la successiva valutazione tecnica sulla procedura, che resta rimessa al RUP in base a tempi, importi e contesto del mercato. La pronuncia qualifica questa autonomia come espressione di discrezionalità amministrativa sindacabile solo quando emergano illogicità, travisamenti o sviamenti. Ne discende che, a fronte di gare deserte, l'Amministrazione può orientarsi verso la negoziata senza bando prevista dall'articolo 76 del D.Lgs. n. 36/2023 oppure verso l'affidamento diretto, purché motivi in modo puntuale la preferenza alla luce delle esigenze del servizio e dell'organizzazione dell'ente. Nel caso

specifico la preferenza per l'affidamento diretto è stata giustificata con l'urgenza di evitare dilatazioni temporali non compatibili con l'inizio dell'anno scolastico, e il Collegio ha riconosciuto la coerenza di tale valutazione;

2. il secondo passaggio riguarda la concorrenza sotto soglia. La decisione considera, infatti, recessivo l'interesse dell'uscente rispetto all'interesse pubblico alla tempestiva attivazione del servizio, e ritiene corretta la scelta di non invitare l'operatore precedente quando l'affidamento diretto rientra nei limiti di importo e nella cornice normativa applicabile;
3. il terzo passaggio è il perimetro del sindacato giurisdizionale. Il giudice non sostituisce la propria valutazione a quella amministrativa quando quest'ultima risulti istruita e ragionevole. Ciò rafforza il modello in cui l'indirizzo politico non scende nel dettaglio della tecnica di gara e la gestione tecnica espone in modo trasparente perché una via è preferibile a un'altra in relazione a tempi, importi, fabbisogni e organizzazione interna. Il risultato è un equilibrio praticabile che separa i ruoli, rende verificabile la motivazione e protegge allo stesso tempo efficienza, concorrenza e buon andamento.

Ne consegue che l'atto di indirizzo resta cornice e non vincolo. Spetta al RUP individuare la procedura e, quando la scelta è sorretta da motivazione puntuale e rispetta i presupposti di legge (importo, principio di rotazione, pubblicità e trasparenza), è legittima anche se non coincide con la rotta iniziale tracciata dalla Giunta.

“ Anche secondo il Consiglio di Stato, la Giunta Comunale indica la rotta e il RUP sceglie la procedura in base a tempi, importi e mercato di riferimento, al fine di raggiungere l'interesse pubblico. ”

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, il rapporto tra organi politici e uffici tecnici regge quando ciascuno rimane nel proprio perimetro funzionale e lo presidia con strumenti concreti di responsabilità.

La politica definisce fini, priorità e tempi-obiettivo; la dirigenza e il RUP selezionano i mezzi, costruiscono l'istruttoria e assumono la responsabilità delle scelte tecniche.

Negli affidamenti pubblici questo equilibrio è messo alla prova più che altrove, perché ogni fase – dalla programmazione alla gara, fino all'esecuzione – concentra interessi, urgenze, controlli e margini di discrezionalità.

Qui la distinzione non è un vezzo teorico ma rappresenta la condizione perché trasparenza, concorrenza e buon andamento non si trasformino in formule vuote.

La recente giurisprudenza conferma un punto essenziale in tal senso, ossia che l'indirizzo è un potere che spetta alla Giunta mentre la scelta della procedura al RUP, con motivazioni aderenti a tempi, importi e contesto di mercato. È questo, in concreto, il baricentro operativo da preservare.

Tradurre il principio in prassi significa, anzitutto, rendere tracciabile l'intero ciclo decisionale. Gli atti di programmazione devono restare cornici chiare e verificabili, mentre le opzioni tecniche – lotti, requisiti, criteri di aggiudicazione, clausole sociali e ambientali, regole sul subappalto – vanno ancorate a istruttorie puntuali, con un lessico motivazionale sobrio ma sostanziale.

Nella sotto-soglia, la rotazione non deve costituire un automatismo punitivo né un varco per esclusioni preconfezionate ma rappresenta una regola di apertura del mercato, che richiede metodo nella scelta degli invitati e coerenza nel trattamento dell'uscente.

Nella fase di esecuzione, qualità, sicurezza, revisione prezzi, contabilità e collaudo vivono di tracciabilità digitale, indipendenza dei ruoli e tempestività dei controlli poiché sono

questi i luoghi in cui si misura la serietà dell'Amministrazione, più che nei proclami.

Sul piano organizzativo, servono tre ancoraggi.

Il primo è la stabilità delle regole interne con criteri noti per la nomina, la sostituzione e l'eventuale revoca del RUP, presidi reali sui conflitti d'interesse, chiara ripartizione tra direzione lavori/dell'esecuzione del contratto e funzioni di collaudo.

Il secondo è la qualità dell'istruttoria fatta da analisi di mercato attendibili, valutazioni di proporzionalità dei requisiti, scelta della procedura spiegata con parametri oggettivi, gestione rigorosa delle varianti e delle riserve.

Il terzo è la responsabilità per risultati con performance misurabili, esiti pubblici e sindacabili, capacità di correggere rotta senza confondere l'indirizzo con la gestione.

Quando questi tre piani dialogano, la politica non deve "entrare" nella gara per incidere, e la tecnica non ha bisogno di alzare muri per difendersi.

In definitiva, l'equilibrio non si raggiunge irrigidendo i confini ma rendendoli visibili. La Giunta indica il fine e ne risponde sul terreno della legittimazione democratica; gli uffici danno forma al mezzo e ne rispondono sul terreno della legalità e dell'efficienza.

Dove motivazione, tracciabilità e competenza tengono, le frizioni si riducono a fisiologia amministrativa; dove mancano, ogni scorciatoia diventa contenzioso.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato sez. V 26/8/2025 n. 7105

Avvalimento certificazione parità di genere; FAQ fuorvianti della stazione appaltante

Con tale sentenza è stato asserito che bisogna considerare ammissibile alla certificazione di qualità l'avvalimento premiale per la certificazione della parità di genere, perché il nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 104, d.lgs. 36/2023) ammette l'avvalimento anche per migliorare l'offerta, purché il contratto trasferisca effettivamente l'assetto organizzativo che ha portato alla certificazione (processi, risorse, personale, strumenti), andando oltre il semplice "prestito" del certificato e non essendoci specifici divieti normativi, come confermato dal Cons. St., VI, 18.6.2025, n. 5345.

Più in dettaglio la sentenza evidenzia che l'avvalimento premiale per la parità di genere è da ritenersi un requisito assimilabile alle certificazioni di qualità ed è ovviamente concesso e/o consentito per la certificazione di parità di genere (art. 46-bis, d. lgs. 198/2006) in quanto appunto assimilabile ad un requisito di qualità.

L'art. 104 del D. lgs. 36/2023 consente l'avvalimento anche per ottenere vantaggi competitivi, come la certificazione di parità di genere che è un criterio premiante, il contratto di avvalimento deve garantire il trasferimento dell'impresa ausiliata dell'intero assetto organizzativo che ha permesso di ottenere la certificazione. Questo include: Processi di risorse umane HR, controlli di qualità, funzioni dedicate, personale e strumenti coerenti.

Consiglio di Stato sez. III 29/8/2025 n. 7143**Gravi illeciti professionali, pendenza di un procedimento penale per reati urbanistici**

La sentenza in esame statuisce che, in presenza di gravi illeciti professionali, in pendenza di un procedimento penale per reati urbanistici, si riscontra una rilevanza escludente solo nell'ambito di gare aventi a oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria.

In virtù dell'articolo 98, comma 3, lettera h), n. 4, del codice, l'illecito professionale grave, suscettibile di costituire causa di esclusione non automatica ai sensi del precedente articolo 95, comma 1, lettera e), può desumersi anche dalla pendenza di un procedimento penale per *"reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria"*;

Quanto stabilito dalla suddetta norma, al contrario di quanto ritenuto da parte appellante, deve essere considerato non nel senso che debbano rilevare i soli procedimenti commessi nell'esecuzione dei contratti pubblici, ma nel senso che quando pende un procedimento per reato urbanistico può assumere rilevanza escludente solo quando ci troviamo di fronte a gare aventi oggetto lavori o servizi di architettura o ingegneria.

Il comma 6, lettera h), dell'art. 98, in riferimento ai reati di cui trattasi statuisce che....costituiscono mezzi di prova adeguati "la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali e personali se emessi dal giudice penale".

Consiglio di Stato sez. V 4/9/2025 n. 7201**Accesso civico generalizzato e tutela segreti commerciali**

Con questa sentenza il Consiglio di Stato ha stabilito che il diritto di **accesso civico generalizzato** alla documentazione di gara (regolamentato dall'art.35 del D. Lgs. 36/2023), compresa l'offerta tecnica del concorrente aggiudicatario, non è assoluto ma deve essere bilanciato con gli interessi-limite di tutela dei **segreti commerciali e industriali**.

L'amministrazione, a fronte di una motivata opposizione dell'offerente che dichiara la presenza di segreti tecnici o commerciali, può legittimamente negare l'accesso, anche se la procedura di gara è conclusa. Tale bilanciamento rientra nell'ambito della discrezionalità amministrativa e non è sindacabile dal giudice se non in casi di manifesta irragionevolezza.

Il diritto di accesso civico generalizzato agli atti di gara, inclusa l'offerta tecnica dell'aggiudicatario, non è assoluto e deve essere bilanciato con la necessità di tutelare segreti commerciali e industriali. L'amministrazione pubblica, di fronte a un'opposizione motivata da parte dell'offerente che identifichi tali segreti, può legittimamente negare l'accesso.

Questo bilanciamento è una scelta discrezionale dell'amministrazione e quindi il giudice può intervenire, come accennato, solo in casi di manifesta irragionevolezza della decisione.

Pertanto non è un diritto assoluto, non è illimitato, ma deve essere bilanciato con interessi contrapposti, come la protezione della concorrenza e la tutela dei segreti commerciali e industriali.

La P.A. dovrà valutare se la conoscenza di un documento possa essere lesiva di un interesse privato, l'offerente deve dichiarare la presenza di segreti tecnici o commerciali, ma è l'amministrazione che deve motivare la decisione, bilanciando le ragioni addotte dal concorrente con quelle del richiedente.

Più in dettaglio, Per quanto riguarda l'applicazione a terzi estranei alla gara il principio del bilanciamento caso per caso è ancora più rilevante quando la richiesta di accesso proviene da un soggetto terzo, ovvero un soggetto che non partecipa direttamente alla gara, in questo caso, la stazione appaltante deve valutare con maggiore attenzione l'impatto che la diffusione dell'informazione potrebbe avere sugli interessi dell'impresa concorrente, tutelando sia la concorrenza che la trasparenza.

Consiglio di Stato sez. III 8/9/2025 n. 7229

Impugnazione atti di gara

Con la presente sentenza la giurisprudenza amministrativa richiede che un concorrente che ha impugnato gli atti di una gara d'appalto precedenti all'aggiudicazione, debba anche impugnare il provvedimento di aggiudicazione, qualora questo intervenga durante il giudizio. L'omissione comporta l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse, dato che l'aggiudicazione è l'atto finale e inoppugnabile che conferisce l'utilità al vincitore.

Le Motivazioni dell'obbligo di impugnazione sono in primo luogo il carattere decisorio dell'aggiudicazione, ciò perché il provvedimento di aggiudicazione è considerato l'atto conclusivo; in secondo luogo vi è il carattere della lesività immediata per gli altri concorrenti. L'aggiudicazione, infatti, produce un atto lesivo verso gli altri concorrenti, escludendoli definitivamente dalla possibilità di ottenere il contratto. Per ottenere la tutela giuridica del proprio interesse, il concorrente deve impugnare l'atto che attribuisce l'oggetto del contratto, ossia l'aggiudicazione.

Conseguenze di tale omissione sono: in primis la improcedibilità del ricorso; cioè se il concorrente non impugna l'aggiudicazione, il suo ricorso viene dichiarato improcedibile, in secundis la sopravvenuta carenza di interesse; in tal caso l'improcedibilità deriva dalla sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente a proseguire il giudizio, poiché l'atto che contestava è stato superato da un atto più avanzato e determinante.

Consiglio di Stato sez. V 11/9/2025 n. 7282

Obblighi dichiarativi - Pendenze giudiziarie

Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha pienamente condiviso l'argomentazione del Giudice di primo grado, ritenendo che l'omessa comunicazione di pendenze giudiziarie da parte di un operatore economico, come previsto dall'art. 98, comma 3, lett. b) del D.lgs. n. 36 del 2023, legittima l'esclusione anche quando le pendenze non rientrino nei casi di esclusione automatica (artt. 94-95). Tale omissione viola, infatti, i principi fondamentali del nuovo codice dei contratti, quali il principio del risultato (art. 1), il principio di buona fede (art. 5) e il principio della fiducia (art. 2).

L'omissione dichiarativa costituisce una violazione del nuovo Codice dei contratti pubblici perché contravviene a principi guida fondamentali: Principio del risultato (art. 1): Non permette il corretto conseguimento degli obiettivi del contratto pubblico; Principio di buona fede (art. 5): Danneggia

la correttezza e la lealtà nell'agire delle parti; Principio della fiducia (art. 2): Mina l'affidamento sull'integrità dell'operatore, minando la credibilità della procedura di gara.

In ragione di tanto l'operatore non può sottrarsi all'obbligo di dichiarare le proprie pendenze giudiziarie, poiché l'occultamento di informazioni, anche quando non espressamente previste come causa di esclusione automatica, lede i principi generali del Codice degli appalti e rende l'operatore inaffidabile.

La stazioni appaltanti devono garantire che gli appalti realizzino l'interesse pubblico, rispettando la legalità formale ma privilegiando il principio del risultato, ovvero il miglior soddisfacimento degli interessi collettivi. Il D.Lgs. 36/2023 richiede che le cause di esclusione per grave illecito professionale siano tassative e provate secondo le procedure previste. Tuttavia, il potere dell'Amministrazione di valutare l'incidenza di un illecito sull'affidabilità di un operatore economico, ai sensi dell'art. 98, comma 3, lettera b), rimane invariato, consentendo una valutazione non automatica ma discrezionale.

Consiglio di Stato sez. V 23/9/2025 n. 7459

Enti locali - Dissesto finanziario - Natura vincolata della dichiarazione e limiti del sindacato giurisdizionale

La sentenza in esame ha statuito che la dichiarazione dello stato di dissesto finanziario, quando sussistono i presupposti previsti dal Testo Unico degli Enti Locali (TUEL), non è una scelta discrezionale, ma una determinazione vincolata e necessaria per l'ente. L'accertamento del dissesto da parte del giudice è limitato alla verifica del corretto esercizio del potere e all'accertamento dei presupposti di fatto, non alla valutazione delle scelte operative dell'amministrazione, come l'eliminazione di servizi non essenziali.

La Natura della Dichiarazione di dissesto è vincolata, nel senso che in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge (artt. 244 ss. del TUEL), la dichiarazione di dissesto è un atto doveroso per l'ente. Non è certamente discrezionale, non si tratta cioè di una libera scelta dell'ente, ma di un passaggio obbligatorio quando la situazione finanziaria raggiunge un certo livello di criticità. Il controllo giurisdizionale sulla delibera di dichiarazione di dissesto si limita a verificare la corretta applicazione della legge, accertando se siano stati correttamente individuati i presupposti di fatto che portano al dissesto.

Il giudice non può entrare nel merito delle scelte operate dall'amministrazione, come ad esempio la decisione di eliminare o meno i servizi non essenziali, poiché tali decisioni rientrano nella discrezionalità amministrativa e non nella valutazione del dissesto in sé.

Si verifica lo stato di dissesto finanziario quindi se l'ente non riesce a garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili.

Autorità Nazionale Anticorruzione
Parere di precontenzioso n. 318 del 30 luglio 2025, n. 318
UPREC/PRE/0220/2025/S/PREC

Costi della manodopera e della sicurezza nell'offerta

Tale parere ha stabilito che l'obbligo di indicare costi di manodopera e oneri della sicurezza non è limitato alle gare con criterio del prezzo economicamente più vantaggioso, ma si estende anche a quelle con criterio del prezzo più basso, trovando applicazione a tutte le procedure, anche a seguito di eterointegrazione della *lex specialis*, e comportando l'esclusione della stazione appaltante in caso di omessa indicazione, salvo specifiche eccezioni che consentono il soccorso istruttorio.

Il Contesto Normativo al quale fa riferimento il parere in questione è l'art. 108, comma 9, del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 36/2023), il quale impone l'obbligo di indicare nella propria offerta economica i costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendale, a pena di esclusione dalla gara.

Anche se la *lex specialis* (il bando di gara) non dovesse prevedere esplicitamente tale obbligo, la disposizione di cui all'art. 108, co. 9, del D.Lgs. 36/2023 si applica automaticamente alle procedure di affidamento (anche quelle con il criterio del prezzo fisso), integrando la *lex specialis*, e dunque i costi vanno comunque indicati (c.d. eterointegrazione).

In caso di omessa indicazione dei suddetti costi, la conseguenza è l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara. Quindi la S.A. deve escludere automaticamente l'operatore economico che non adempie a tale obbligo per non violare la disciplina di settore.

In casi eccezionali tuttavia, possono sussistere condizioni che consentano di attivare l'esercizio del soccorso istruttorio (in base alla discrezionalità della Stazione Appaltante) e, in tal caso, la Stazione Appaltante deve annullare, in autotutela, il provvedimento di esclusione adottato nei confronti del concorrente e attivare appunto il soccorso istruttorio per consentire all'O.E. di integrare la propria offerta con l'indicazione dei suddetti costi, qualora ricorrano presupposti che lo consentano.

L'obbligo di indicare costi di manodopera e oneri della sicurezza non è limitato alle gare con criterio del prezzo più vantaggioso, ma si estende anche a quelle con criterio del prezzo fisso, trovando applicazione a tutte le procedure, anche a seguito di eterointegrazione della *lex specialis*, e comportando l'esclusione della stazione appaltante in caso di omessa indicazione, salvo specifiche eccezioni che consentono il soccorso istruttorio.

Autorità Nazionale Anticorruzione
Parere di precontenzioso n. 320 del 30 luglio 2025
UPREC-PRE-0217-2025-L-PREC (FASC. 2025-002589)

In un appalto pubblico di lavori, l'eventuale sussistenza di un conflitto di interessi va valutato anche nella fase esecutiva oltre che nella fase di aggiudicazione; è possibile una potenziale esclusione (causa di esclusione non automatica ex art. 95 comma 1 lett.b) dei soggetti, previa verifica.

Con tale parere è stato chiarito che l'articolo 16 del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 36/2023) definisce il conflitto di interessi come qualsiasi interesse finanziario, economico o personale di un soggetto che può influenzare l'imparzialità nella procedura di aggiudicazione o esecuzione. Questo concetto si applica a tutti i soggetti con ruoli funzionali e a qualsiasi modo in cui l'interesse può minare la concorrenza e la parità di trattamento, confermando l'estensione della sua applicazione anche alla fase esecutiva del contratto. L'[Autorità Nazionale Anticorruzione](#) (ANAC) ha precisato che sussiste un conflitto di interessi quando un soggetto portatore di interessi privati idonei ad influenzare negativamente funzioni imparziali e oggettive, crea un pericolo di distorsioni della concorrenza. Tale suddetta nozione coinvolge tutti i soggetti che, a qualunque titolo, intervengono con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti e si configura ogni volta che il soggetto ha un interesse finanziario, economico o personale, diretto o indiretto, che potrebbe essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza.

La finalità della norma è includere ogni situazione per minare la trasparenza, la correttezza e l'imparzialità dello svolgimento della gara.

La normativa conferma che le disposizioni sul conflitto di interessi sono operative anche durante la fase esecutiva del contratto pubblico.

Un conflitto di interessi si verifica quando un soggetto, chiamato a svolgere una funzione strumentale alla gara (come la predisposizione della documentazione), è portatore di interessi privati o altrui che possono influenzare negativamente le sue funzioni imparziali e oggettive.

Questo può creare un pericolo di distorsioni della concorrenza e violare il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici. (cfr. ex multis Delibere dell'Autorità n. 762 del 4 settembre 2019 e n. 864 del 2 ottobre 2018; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6150; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 31 luglio 2019, n. 10186; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017 n. 3415)» (ANAC delibera n. 142 del 30.3.2022)

**Autorità Nazionale Anticorruzione
Parere di precontenzioso n. 341 del 9 Settembre 2025
UPREC/PRE/0247/2025/S/PREC**

Prezzo a base d'asta – Incapienza – Onere probatorio

Con tale Parere è stato chiarito che l'O.E. il quale decida di contestare una presunta incongruità del prezzo a base d'asta ha un onere probatorio decisamente più consistente, infatti, una semplice affermazione generica non è affatto da considerare soddisfacente, l'operatore economico deve dimostrare in maniera circostanziata che, è impossibile, per qualsivoglia Operatore del settore, formulare una offerta remunerativa.

Tale dimostrazione deve essere circostanziata, specifica, rigorosa; il mero confronto con altre gare, senza circostanziare puntualmente, non è affatto sufficiente a provare che la base di gara è illegittima. *"Il Consiglio ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono che: la censura relativa alla presunta incapienza del prezzo posto a base d'asta non è supportata da adeguati elementi probatori; -- il vizio relativo alla antieconomicità dell'appalto non appare sussistere, alla luce delle valutazioni compiute dalla Stazione Appaltante in tema di determinazione della base d'asta e di pagamento del corrispettivo, non affette da vizi di manifesta illogicità o irragionevolezza".....*

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

L'obbligo di indicazione dei costi della manodopera sancito dall'art. 108, comma 9, del D.lgs. 36/2023, si estende anche ai costi che saranno sostenuti dai futuri subappaltatori?

Sul punto si è espresso il Tar Veneto, sez. I, con sentenza del 9.9.2025 n. 1536, il quale, riprende una recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5580/2025, condividendone la ricostruzione secondo cui l'appaltatore "acquista dal subappaltatore un servizio di cui si limita a sostenere il costo – paga cioè un prezzo, non corrisponde una retribuzione", motivo per cui la congruità di tali costi così come la tutela dei livelli minimi salariali non può essere verificata in sede di partecipazione alla gara, ma solo quando il subappaltatore diverrà una figura attiva nell'esecuzione del contratto.

La sentenza, pertanto, distingue l'onere a carico dell'offerente in corso di gara, (obbligo circoscritto altresì dalla norma stessa che richiama l'indicazione dei "propri costi della manodopera"), dai controlli che impegneranno i subappaltatori nel momento in cui diverranno parte attiva della fase esecutiva del contratto.

2

Quando le gare si aggiudicano in base a criteri qualitativi con prezzo/costo fisso, sussiste l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza per gli operatori economici?

La Delibera n. 318 dell'Anac del 30/07/2025 stabilisce che **"anche in assenza di univoci riferimenti normativi e di indirizzi consolidati in giurisprudenza, si ritiene che militino in senso positivo rispetto all'esistenza dell'obbligo dichiarativo i seguenti elementi:**

- L'elenco delle eccezioni alla regola della separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza (forniture senza posa in opera e servizi intellettuali) deve intendersi tassativo; nell'elenco non figura l'ipotesi del criterio del prezzo fisso che, pertanto, deve ritenersi rientrante nella regola generale;
- "...essendo il prezzo fisso l'esito di una stima condotta dalla Stazione appaltante di tutti i costi del servizio, l'indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza appare anche funzionale a garantire la serietà dell'offerta presentata dall'operatore economico: ed infatti, attraverso la specifica dichiarazione dei suddetti costi, l'o.e. fornisce indici sintomatici della remuneratività del prezzo, ovvero della sua idoneità a remunerare tutti i fattori produttivi coinvolti per l'esecuzione del servizio nella propria specifica realtà imprenditoriale;
- indicare, pertanto, in sede di offerta economica, il costo del proprio fattore lavoro consente di avere immediata evidenza della possibile congruità e sostenibilità dell'offerta, e di assumere decisioni efficaci in ordine all'attivazione della verifica di anomalia.

3

Nel caso in cui sia stato previsto un numero massimo di facciate per l'offerta tecnica, quelle eccedenti possano o meno formare oggetto di valutazione da parte dei commissari?

La giurisprudenza ha chiarito che la regola del limite dimensionale è posta a tutela delle esigenze di speditezza della procedura valutativa (*Cons. Stato*, VII, 31 agosto 2023, n. 8101), e dunque della stazione appaltante, con la conseguenza che ogni valutazione al riguardo è rimessa alla stessa amministrazione, senza che con ciò possa determinarsi alcun *vulnus* al principio di *par condicio* (*Consiglio di Stato*, sez. V, 31 gennaio 2025, n. 765).

Pertanto, nessuna norma di rango primario né nel Codice degli appalti pubblici né in altra fonte legislativa prescrive uno specifico limite dimensionale per la redazione dell'offerta tecnica o attribuisce alla Stazione Appaltante un potere in tal senso.

Ne consegue che la clausola che prevede, addirittura, per la violazione dei limiti dimensionali, lo stralcio di una parte dell'offerta rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore (cfr. TAR Lombardia – Milano sez. I, sent. n. 721 del 3.3.2025).

Pertanto, una tale clausola, ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., potendo consentire ad un'offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull'offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l'interesse pubblico (*T.A.R. Lazio, Roma*,

sez. II, 17 giugno 2024, n. 12303; *Consiglio di Stato*, sez. III, 8 giugno 2021, n. 4371; *Consiglio di Stato*, sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7967, *id.* sez. n. 7787/2020; *Consiglio di Stato*, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451).

Anche l'Autorità nazionale Anticorruzione nella Delibera n. 247 del 18 giugno 2025 ha precisato che "come chiarito nella Nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017, la limitazione dimensionale della relazione tecnica rappresenta una mera indicazione e non può costituire causa di esclusione dalla gara. L'indicazione dei limiti dimensionali della relazione tecnica, non dovrebbe dunque avere (e comunque non dovrebbe essere interpretata come avente) una natura prescrittiva" (ANAC delibera n. 402 del 26.5.2021).

Nel rispetto del principio di risultato codificato dall'art. 1 del d.lgs 36/2023, l'individuazione dell'aggiudicatario di una pubblica commessa non può essere condizionata dal rispetto di regole formali non indispensabili per assicurare la *par condicio* fra i concorrenti con l'effetto di determinare l'esclusione o comunque la sottovalutazione di offerte che nel loro complesso risultano assolutamente pregevoli.

In tale prospettiva, appare ragionevole una valutazione utile della "offerta dimensionalmente eccedentaria", senza che possa ritenersi necessitata (sul piano giuridico) l'esclusione dei contenuti della parte conclusiva dell'offerta.

4

In una concessione di servizi in cui non sono richiesti rilevanti investimenti è legittimo prevedere nella *lex specialis* di gara oltre alla durata base di cinque anni una opzione di proroga contrattuale per ulteriori due alle medesime condizioni contrattuali?

Ai sensi dell'art. 178 comma 2 del codice, per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima non supera il periodo necessario per il recupero degli investimenti effettuati, insieme a un ritorno sul capitale investito, tenendo conto degli obiettivi contrattuali specifici. Con parere n. 2699 il MIT ha precisato " *se ad es. servono 7 anni per il recupero degli investimenti, diviene necessaria da subito una concessione di anni 7, non potendosi pensare ad una concessione di anni 5, con opzione di proroga per altri 2 anni, in quanto, ove detta proroga non venisse esercitata dalla Stazione appaltante, il concessionario si troverebbe, al termine di 5 anni, a non aver remunerato il proprio investimento. Di converso, ove si preveda un recupero degli investimenti in es. 3 anni, nulla esclude una opzione di proroga per ulteriori 2 anni, restando nel complesso nei 5 anni, periodo che non richiede alcuna motivazione aggiuntiva*".

5

Quando i CAM (Criteri Minimi Ambientali) negli appalti sono davvero obbligatori?

Ai sensi dell'art. 57 comma 2 del codice " *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti con decreto Ministeriale*".

Il Consiglio di Stato con la sentenza del 19 agosto 2025, n. 7074, ha chiarito che i CAM devono essere inseriti nella documentazione di gara solo quando esiste un decreto ministeriale specifico per la categoria di appalto oggetto principale del contratto.

Di conseguenza, l'inserimento dei CAM non è obbligatorio:

- quando le prestazioni per le quali esiste un decreto ministeriale che disciplina i CAM non rientrano nell'oggetto principale del contratto;
- oppure vengano affidate a un soggetto diverso dall'aggiudicatario.

6

Nell'attuale disciplina normativa quali indizi dovrebbero provare l'unicità del centro decisionale?

L'art. 95, primo comma, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, ha introdotto una fattispecie diversa rispetto alla norma previgente descritta dall'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016. A differenza della norma del 2016 che in termini molto ampi prendeva in considerazione «qualsiasi relazione, anche di fatto [...]» idonea a dimostrare che «le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale»), nell'attuale quadro normativo i rilevanti indizi devono essere univocamente diretti a dimostrare l'esistenza di accordi tra i concorrenti (Cfr. *Consiglio di Stato*, Sez. V, 19/08/2025, n. 7074).

7

L'omessa produzione in gara del DGUE è soccorribile?

L'art. 101 comma 1 lett a) del codice prevede che la stazione appaltante possa assegnare al concorrente un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per integrare ogni elemento mancante della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione o con il documento di gara unico europeo.

Il TAR Campania Napoli sez. I con sentenza n. 5075 del 4/7/2025 sottolinea che l'attuale quadro normativo prevede che il DGUE sia stato materialmente trasmesso, anche se affetto da carenze formali o sostanziali. Il soccorso istruttorio può operare solo sugli "elementi mancanti" della documentazione già presentata e non può colmare l'assenza assoluta del DGUE o della domanda stessa.

In mancanza totale del DGUE, dunque, non può attivarsi alcuna integrazione: l'assenza integrale del documento equivale all'omessa presentazione della domanda di partecipazione, con conseguente esclusione automatica.

8

Al personale della stazione appaltante qualificata, in sede di accordo/convenzione di cui all'art. 62 comma del Codice con una stazione appaltante non qualificata, in relazione alle funzioni tecniche svolte può destinarsi una misura superiore all'incentivo previsto dall'art. 45 co. 8, del D.lgs. 36/2023. (25%, calcolato sull'importo del 2% ex art. 45, co. 2, d.lgs. 36/2023?)

Il MIT con il parere del 03/06/2025, n. 2639, conferma che, *"in relazione alle attività connesse alla fase di affidamento, il limite dell'incentivo da corrispondere al personale della stazione appaltante qualificata è quello del 25 per cento, indicato dall'art. 45, comma 8, del D.Lgs. 36/2023, calcolato sull'importo di cui all'art. 45, comma 2, del medesimo decreto legislativo, vale a dire il 2 per cento dell'importo dei lavori, servizi e forniture posto a base delle procedure di affidamento, comprensivo delle due componenti individuate al comma 3 del citato art. 45, una relativa all'80 per cento da destinare agli incentivi per funzioni tecniche e l'altra relativa al 20 per cento da destinare alle finalità specificate ai successivi commi 5, 6 e 7. Diversamente, il limite suddetto non opera nel caso in cui le funzioni di committenza ausiliarie comprendano attività ulteriori attinenti a diverse fasi del ciclo del contratto (progettazione ed esecuzione, gestione del finanziamento). Sarà poi la centrale di committenza/stazione appaltante qualificata, con proprio provvedimento organizzativo, a definire le modalità di ripartizione della quota di incentivi di competenza, da suddividere in relazione alle attività incentivabili elencate nell'Allegato I.10 al D.Lgs. 36/2023"*

Violazioni fiscali definitivamente accertate e successiva istanza di rateizzazione, obbligo di esclusione

IN
PIL
LOLE

Il TAR Puglia – sez. III con sentenza n. 1094 del 24/09/2025 ha analizzato una questione di gran rilievo nella materia degli appalti pubblici: Il tema si inserisce nell’ambito dell’art. 94, comma 6, D.Lgs. 36/2023 (“Codice dei Contratti Pubblici”).

Nei contratti pubblici infatti, una violazione fiscale definitiva, anche se successivamente oggetto di istanza di rateizzazione, comporta l’automatica esclusione dell’operatore economico dalla gara se supera i 5.000 euro, come stabilito dall’art. 94, comma 6, del D.Lgs. n. 36/2023. L’eventuale escussione della cauzione provvisoria è un atto dovuto e consequenziale alla legittima esclusione, e la diversità di trattamento normativo tra debiti definitivi e non definitivamente accertati è costituzionalmente legittima in quanto si basa su una differente situazione giuridica degli operatori economici.

Una violazione fiscale può essere definita nozionisticamente e pertanto considerata “definitivamente accertata” quando l’atto impositivo non può più essere impugnato, secondo l’art. 94, comma 6, del D.Lgs. n. 36/2023.

Risulterebbe quindi assolutamente irrilevante una istanza di rateizzazione, infatti la

presentazione di una richiesta di rateizzazione del debito non annullerebbe la definitività dell’accertamento fiscale e, pertanto, non andrebbe ad eliminare la causa di esclusione.

E’ stato quindi statuito che, se il debito supera la soglia di gravità di 5.000 euro, l’esclusione dell’operatore economico è un atto vincolato e obbligatorio per la stazione appaltante, senza margini di discrezionalità. La misura consequenziale è l’escussione della cauzione provvisoria, quest’ultima non è una sanzione autonoma, ma una misura accessoria e obbligatoria per Legge che segue direttamente la legittima esclusione del concorrente, pertanto la legittimità del provvedimento rende legittimo l’incameramento della garanzia.

La differenza di conseguenze tra violazioni fiscali “definitivamente accertate” e quelle “non definitivamente accertate” è giustificata dalla differente posizione sostanziale e processuale degli operatori economici.

Infatti, la situazione dell’operatore che non impugna l’atto impositivo fa sì che lo stesso, poiché non impugnato, diviene definitivo (sanzione definitivamente accertata) e viene a trovarsi in una situazione diversa dall’operatore che invece lo contesta in sede giurisdizionale.

Il caso in questione e la decisione del TAR

In ragione di tanto, con tal sentenza, Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia ha respinto il ricorso di un'azienda esclusa da una gara d'appalto per un debito fiscale definitivo superiore a 5.000 euro, confermando che la successiva istanza di rateizzazione non sana la violazione e non evita l'esclusione automatica, in linea con la "severità" in tal senso del nuovo Codice degli Appalti e con una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 138/2025), anche quest'ultima infatti ha stabilito che è d'obbligo trattare più severamente chi ha un debito definitivo (perché non lo ha contestato/impugnato) rispetto a chi ha un contenzioso in corso.

Un'azienda infatti, dopo essersi aggiudicata una gara, è stata esclusa perché aveva un debito fiscale definitivo di circa 17.000 euro, superiore alla soglia di 5.000 euro prevista per l'esclusione automatica.

L'azienda ha impugnato l'esclusione, sostenendo che, avendo richiesto una rateizzazione del debito, la violazione non fosse più da considerarsi "gravemente accertata" e non dovesse comportare l'esclusione automatica.

Il TAR ha respinto il ricorso, stabilendo che la rateizzazione successiva a un debito definitivamente accertato non ne modifica la natura. Infatti il debito, una volta divenuto "definitivamente accertato" (ovvero quando sono scaduti i termini per impugnarlo), rimane tale ai fini dei requisiti di gara, e l'istanza di rateizzazione non ne annulla la definitività.

L'esclusione è stata considerata un "atto dovuto", poiché il debito rientrava nei casi di esclusione automatica previsti dalla legge.

Il TAR ha inoltre confermato la legittimità della costituzionalità della norma, in quanto la Corte Costituzionale aveva già stabilito, come accennato, che è legittimo trattare in modo più severo chi ha un debito definitivo (violazione fiscale definitivamente accertata) rispetto a chi ha un contenzioso in corso (violazione fiscale non definitivamente accertata).

Il Tribunale, come sopra accennato, ha anche confermato la legittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria, come conseguenza diretta dell'esclusione dalla gara.

Considerazioni finali

La sentenza in questione ci fa riflettere sul fatto che, molto spesso, le aziende che attraversano situazioni economiche molto critiche, avendo la possibilità di rateizzare con l'Erario, hanno delle sicurezze maggiori, potendo così gestire meglio la liquidità, fra le tante spese e tasse che le stesse si trovano ad affrontare nella quotidianità della loro gestione, ma purtroppo così non è nella materia degli appalti pubblici, dove la puntualità e la regolarità fiscale rappresentano un tassello fondamentale da rispettare.

Presentare una richiesta di rateizzazione del debito non muta la natura della violazione e comporta l'esclusione automatica da una gara quando la sanzione è "definitivamente accertata" (poiché non impugnata nei termini).

La sentenza conferma la linea rigorosa del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'applicazione delle norme sulla regolarità fiscale è stringente e l'ammissione di un debito tramite una richiesta di rateizzazione non permette di eludere le conseguenze, come l'esclusione automatica dalla gara d'appalto.



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!