

Rivista mensile - Anno XV, Numero 8

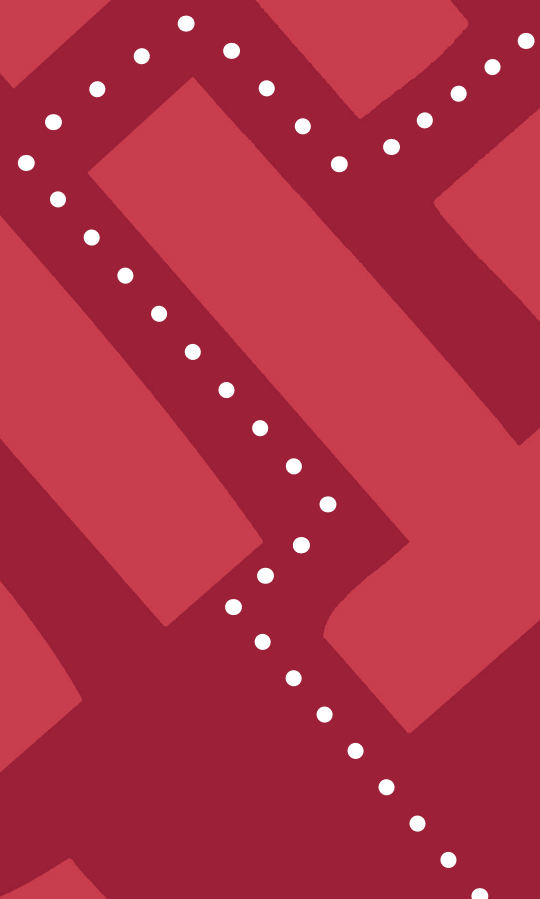
novembre
2025

MEDIA APPALTI

**I RUP ed i responsabili
di fase: funzioni,
responsabilità e criticità**

**Il delicato equilibrio
tra accesso agli atti
e tutela del segreto
tecnico e commerciale
nella gestione digitale
del ciclo di vita del
contratto pubblico**

**L'erogazione degli
incentivi tecnici
di cui all'art. 45
del codice dei contratti
nelle società in house**



**“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**

**novembre
2025**

L'arcobaleno

Ai piedi dell'arcobaleno, lì dove finisce, c'è una pentola d'oro. La custodisce uno gnomo. A chi raggiungerà quel luogo magico, lo gnomo consegnerà il tesoro. Ma l'arcobaleno, per quanto tu possa camminare, non lo raggiungerai. Potrai provare mille strade, nessuna sarà quella giusta. Potrai correre a perdifiato, l'arcobaleno sarà sempre un po' più in là e ben presto si dissolverà. È un effetto ottico l'arcobaleno, un miraggio. Rischia di rimanere tale anche una struttura che nell'immaginario collettivo ad un arcobaleno ci assomiglia: un ponte. Chiedetelo ai vostri figli, ai vostri nipotini "mi disegni un ponte?", vedrete, avrà la forma di un arco.

Un vento di fine ottobre venne e soffiò tanto da sgombrare il cielo dalle ultime nuvole. Le goccioline che rinfrangevano la luce del sole si dissolsero e l'arcobaleno scomparve. Era la Corte dei conti a muovere quel vento e a sospendere il sogno del più celebre dei ponti, quello che ancora non è stato realizzato, quello sullo Stretto di Messina.

Nella seduta del 30 ottobre scorso la Corte dei conti non ha ammesso al visto e alla conseguente registrazione la delibera CIPESS n.41 del 2025 che in agosto aveva approvato il progetto definitivo del Ponte, castrando l'entusiasmo che fino a qualche giorno prima aveva animato i più energici sostenitori dell'impresa.

Può essere che la Corte dei conti sia ostile a coloro che, animati dal desiderio di mettere fine all'isolamento logistico della Sicilia, hanno fatto del ponte la più nobile ragione della propria vocazione politica?

A dissipare le paranoie di un complotto anti-ponte, la stessa Corte dei conti che il giorno successivo ha dichiarato di essersi espressa meramente "su profili strettamente giuridici della delibera CIPESS, relativa al Piano economico finanziario afferente alla realizzazione del 'Ponte sullo Stretto', senza alcun tipo di valutazione sull'opportunità e sul merito dell'opera".

Nelle motivazioni della decisione dei giudici di Viale Mazzini, che nel momento in cui scriviamo non sono ancora state rese note, l'opportunità di comprendere come correggere gli errori commessi per ripristinare quell'iter che permetterà di realizzare quel meraviglioso sogno di unire la Sicilia al continente. È questo il ruolo della Corte dei conti: vigilare sulle spese delle pubbliche amministrazioni per prevenire e impedire sperperi e gestioni azzardate del denaro pubblico. Un ruolo a cui devono essere grati i cittadini perché non vedranno i propri contributi prendere strade avverse e perverse. A cui devono essere grati i politici e gli amministratori pubblici perché promuove nei loro confronti un meccanismo di tutela contro una mala gestione che gli può costare la reputazione e una responsabilità erariale.

Le ragioni per le quali è stato rifiutato il visto sono molteplici. Quella di maggior rilievo risiede nell'eccessivo aumento della spesa rispetto alle previsioni coeve alla redazione del progetto. Un progetto che risale al 2005 e che prevedeva una spesa di 3,9 miliardi di euro, poi resuscitato con una stima dei costi pari a 13,5 miliardi di euro. Un aumento che sfiora il 50% della spesa iniziale. Un incremento che, secondo la Direttiva Europea 2014/24, rende vana la prima assegnazione dei lavori e richiede una nuova gara d'appalto.

Come può essere che una regola così semplice e chiara possa essere stata ignorata? Come mai tecnici e burocrati che lavorano a supporto dei politici non hanno fatto notare che si stava andando verso questo grossolano errore?

Se la politica traccia dei sogni, i tecnici devono condurre alla realtà. I politici sono visionari, immaginano opere che possano migliorare la vita dei cittadini e in questo esercizio volano alto, puntano al meglio. I tecnici devono avere il compito di ridimensionare queste ambizioni, riportare con i piedi per terra quei visionari, fare una cernita tra i progetti possibili e le utopie. Queste due forze devono bilanciarsi per ottimizzare i risultati, fare chiarezza, decidere con cognizione di causa, evitare intralci, ritardi e gaffe burocratiche.

L'aspetto che più impressiona, ci lascia perplessi, è la faciloneria con la quale è stato gestito l'affare "Ponte sullo Stretto". Un progetto destinato ad entrare nell'élite mondiale delle opere infrastrutturali non può non avvalersi dei massimi esperti in appalti pubblici, in grado di leggere ogni piccola defaillance procedurale, di correggerla, prevenirla. Che questo accada in piccole e piccolissime Pubbliche Amministrazioni è quasi fisiologico visto le scarse disponibilità di organico ed economiche di cui queste dispongono.

Che si proponga in seno alla Società Stretto di Messina è paradossale. Un errore "infantile" come la convinzione innocente del bambino convinto di poter arrivare a quel ponte che sovrasta il cielo con i suoi sette colori. L'avvio dei lavori per il Ponte sullo Stretto di Messina sono sospesi, rimandati. Ancora una volta. Ogni qual volta si avvicina l'acclamata data della cantierizzazione, questa finisce per essere spostata sempre un po' più in là. Irraggiungibile come un arcobaleno.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

L'arcobaleno

4

In evidenza

I RUP ed i responsabili di fase:
funzioni, responsabilità e criticità

7

Sotto la lente

L'obbligo d'indicazione dei costi di manodopera vale per tutti i concorrenti o solo per l'aggiudicatario ed, in caso di subappalto, devono essere accertati quelli effettivi del subappaltatore o "bastano" quelli del concorrente ?

18

Hanno collaborato a questo numero:

Samantha Battiston

Avvocato esperto in contrattualistica pubblica, professoressa presso Polimi Graduate School of management

Salvio Biancardi

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

Beatrice Corradi

Dirigente del Consiglio regionale della Liguria - Servizio Generale Provveditorato, Economato, Logistica, Sicurezza, ed informatica

Andrea Magagnoli

Docente in ambito giuridico. Articolista per diverse testate del settore giuridico

Achille Morcavallo

Avvocato amministrativista patrocinante nelle Magistrature superiori. Dottore di ricerca presso l'Università La Sapienza. Professore a contratto presso l'Unical a.a. 2022/2025

Maria Antonietta Portaluri:

of Counsel dello Studio Legale Stefanelli&Stefanelli, specialista nel settore degli Appalti e Contratti nei Settori Speciali

Giuseppe Pugliese

Praticante avvocato e dottore in giurisprudenza con lode. Inserito dalla Fondazione Italia USA tra i migliori mille laureati dell'a.a. 2023/24

Andrea Stefanelli

Esperto di diritto amministrativo, in particolare di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, contrattualistica pubblica, concessioni e convenzioni.

Stefano Usai

Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

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

Il delicato equilibrio tra accesso agli atti e tutela del segreto tecnico e commerciale nella gestione digitale del ciclo di vita del contratto pubblico

24

Il subentro nel contratto ad esecuzione continuata o periodica avviene per l'intero rapporto contrattuale

32

L'annullamento dell'aggiudicazione e il risarcimento del danno: il rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel contenzioso sugli appalti pubblici, con particolare riferimento al PNRR

39

L'erogazione degli incentivi tecnici di cui all'art. 45 del codice dei contratti nelle società in house

45

Lo spazio discrezionale dell'Amministrazione Pubblica nel pervenire a decisioni motivate, coerenti e congrue rispetto all'obiettivo finale. Presupposti secondo gli attuali orientamenti giurisprudenziali

54

Pareri & Sentenze

61

A Domanda Rispondiamo

71

In pillole

75

I RUP ed i responsabili di fase: funzioni, responsabilità e criticità

di Stefano Usai



1. Il RUP nel nuovo codice

Con il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice) gli estensori hanno adempiuto ad uno degli obiettivi assegnati con la legge delega¹ di valorizzare la figura del RUP.

Con il nuovo codice, oggettivamente, è intervenuta una valorizzazione attraverso una migliore specificazione del ruolo/configurazione giuridica e, d'altra parte, se si sono chiarite le responsabilità sono state chiarite anche le funzioni correlate agli incentivi tecnici² che consentono, oggettivamente, di meglio comprendere i compiti che risultano "compensati".

Valorizzazione in argomento – come si vedrà più avanti – che passa anche attraverso l'individuazione di specifici collaboratori finora noti solo in certa legislazione regionale. Si allude in particolare ai cc.dd. responsabili di fase di cui si parlerà più avanti.

Pur mantenendo fermo il tradizionale acronimo di "RUP" oggi si è chiarito – in particolare in base a quanto emerge dalla relazione tecnica che accompagna l'impianto codicistico –, che il ruolo in argomento non coincide con la mera responsabilità di procedimento.

Non a caso, oggi l'acronimo viene letto come responsabile unico di progetto ovvero di un soggetto – non semplicemente responsabile di procedimento –, che si occupa di/deve gestire una posizione complessa caratterizzata da più procedimenti amministrativi e sub-procedimenti.

Le fasi, dell'attività contrattuale, infatti coincidenti con la progettazione, programmazione, affidamento ed esecuzione sono singoli procedimenti amministrativi che considerati complessivamente costituiscono un progetto il cui presidio compete, appunto al RUP. Il RUP, pertanto, diventa responsabile/debitore di una obbligazione di risultato da rendere alla stazione appaltante/ente concedente.

1. Legge 78/2022

2. Ad esempio la legge regionale della Sardegna sugli appalti n. 8/2018

Il risultato, varia a seconda della prestazione, e quindi sarà costituito dall'opera collaudata, dalla fornitura utilizzabile, dal servizio fruibile.

Si tratta, sotto il profilo civilistico di una obbligazione di risultato profondamente distinta dall'obbligazione di mezzi. L'obbligazione di mezzi, ad esempio del medico, del legale incaricato di seguire il contenzioso, pretende, per essere adempiuto, solamente uno standard di comportamenti (ad esempio al legale si chiede l'utilizzo di tutte le sue conoscenze per raggiungere l'eventuale obiettivo di vincere la causa, così come al medico non si può pretendere la guarigione). Nell'obbligazione di risultato, invece, il comportamento, lo sforzo di utilizzare ogni "arguzia/conoscenza" non è sufficiente occorre raggiungere l'obiettivo fissato dalla stazione appaltante/ente concedente come sopra individuato.

In realtà, si può evidenziare, nulla di nuovo visto che il RUP ha avuto sempre questo obbligo, la sostanziale differenza è che quanto non emergeva in modo chiaro stante la configurazione di questo in soli termini di responsabile di procedimento.

“ **La novità di maggior rilievo del codice, sui poteri del RUP, è aver esplicitato il fatto che questo dispone di poteri decisori che si aggiungono ai tradizionali poteri istruttori/propositivi.** ”

La configurazione, corretta, in termini di responsabile unico del progetto (e quindi una rilevante responsabilità) esige l'assegnazione anche di poteri decisori. Non può non rilevarsi, infatti, che pretendere il raggiungimento di un risultato con semplici poteri istruttori (e senza poteri decisori) avrebbe determinato un legame indissolubile tra il RUP ed il responsabile del servizio (nel caso di non coincidenza tra i due ruoli, evidentemente), senza nessuna autonomia e con costanti condizionamenti.

In una dinamica simile (chiaramente superata) il RUP, per ogni tipo di atto/decisione avrebbe dovuto rivolgersi al proprio responsabile del servizio con rallentamenti e/o anche potenziali conflitti.

Per questo gli estensori hanno affrancato la figura in argomento dalla legge 241/90 che, come si legge nella relazione tecnica poteva risultare foriera di dubbi pratico/applicativi. In pratica, il RUP è una sorta di figura intermedia tra il dirigente/responsabile del servizio (qualora ovviamente con questo non coincidesse) ed il classico responsabile di procedimento.

Trattandosi di figura intermedia, il RUP dispone di poteri decisori (si pensi ai provvedimenti di ammissione e di esclusione) che il responsabile di procedimento non possiede.

Non a caso quest'ultima figura risulta disciplinata dalla 241/90 e sui compiti dispone l'articolo 6 da cui emerge – in particolare dal comma 1 lett. e) –, che lo stesso non può disporre la decisione (il provvedimento definitivo) salvo che coincida con il responsabile del servizio.

Se non c'è coincidenza è tenuto a predisporre la proposta di provvedimento.

Il RUP, invece, dispone evidenti poteri decisori – si pensi a quanto dispone l'allegato I. 2- che possono essere esercitati senza alcuna intermediazione del responsabile del servizio (se non nei limiti del normale report sull'azione amministrativa che si sta conducendo).

Per fare un esempio pratico/operativo, l'art. 6 comma 1 lettera g) dell'allegato citato (che dispone in tema di compiti e requisiti del RUP) evidenzia che il responsabile unico di progetto “decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare”.

Seppure vero che decide quanto appena riportato (da notare che le pregresse linee guida ANAC n. 3 prevedevano che il RUP “propone” e quindi un mero potere istruttorio/propositivo) è altrettanto vero che non potrà non condividere, ad esempio, la decisione sul sistema di affidamento visto che la decisione

a contrarre – che conterrà la prenotazione di impegno di spesa -, verrà firmata dal responsabile del servizio e non dal RUP che è tenuto a predisporla (o ad incaricare altri collaboratori sulla predisposizione mantenendo la responsabilità sull'adozione dell'atto).

Per intendersi, il RUP non potrà pretendere di essere sostituito in queste prerogative decisionali che non può neppure delegare.

“ Il RUP, per espressa decisione normativa - declinata nell'allegato I.2, art. 2 grazie al decreto legislativo 209/2024 -, non può delegare i poteri decisori (ad esempio il potere di escludere le imprese) ma solo prerogative meramente istruttorie/esecutive. ”

Questo aspetto, circa l'impossibilità di delegare poteri decisori, ora trova una chiara ed esplicita conferma nel codice e segnatamente nell'allegato I.2, art. 2 – per effetto della modifica apportata con il decreto legislativo 209/2024 -, in cui ora si legge (e non c'era alcun bisogno della specifica) che *“Il RUP può delegare al personale della stazione appaltante, dell'ente concedente, della centrale di committenza ovvero del soggetto aggregatore lo svolgimento di mere operazioni esecutive, esclusa ogni attività di verifica e di valutazione, nell'ambito del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, incluso l'accesso alle piattaforme di cui all'articolo 25 del codice e ai servizi messi a disposizione dall'ANAC.”*

E' bene rammentare che la previsione in argomento è stata scritta direttamente dai magistrati della commissione del Consiglio di Stato incaricata di esprimere il parere sullo schema di decreto legislativo correttivo (che poi sarebbe diventato il decreto legislativo 209/2024) per evitare che il RUP (e lo stesso responsabile di fase) potesse delegare anche poteri decisori (ad esempio la prerogativa dell'esclusione) ad uno dei collaboratori creando una sorta di forzatura giuridica (oltrepassando le specifiche competenze) generando ed amplificando un contenzioso già importante.

Oggi pertanto, ma si doveva ritenere già chiaro, il RUP può assegnare (più corretto di delegare) meri compiti istruttori. Ad esempio, può disporre la scrittura della legge di gara – dopo aver deciso il sistema di affidamento – assegnandola ad uno dei collaboratori ad esempio all'eventualmente nominato responsabile di fase e/o altri responsabili di procedimento/collaboratori e/o a qualche componente del costituito ufficio di supporto.

Non potrà invece delegare le prerogative decisorie a pena di illegittimità degli atti adottati come sta emergendo in giurisprudenza.

Nella valorizzazione della figura rientra anche il “potenziato” ruolo di coordinatore di un proprio organico di personale. Il riconoscimento di importanti responsabilità da parte degli estensori e di conseguenti poteri decisori (che consentono di distinguere nettamente il RUP dal tradizionale responsabile del procedimento) ha portato alla previsione di ulteriori figure di collaboratori (i responsabili di fase, come si vedrà più avanti) ma anche di strutture di supporto (nella nuova previsione rese duttili e non come strutture fisse ed immutabili) in cui il RUP potrà chiedere, se non coincide con il dirigente, l'innesto di figure professionalmente in grado di essere d'ausilio nella gestione della procedure contrattuali.

Non solo, il servizio/struttura di supporto può disporre di uno specifico budget (da prevedere nel quadro economico dell'intervento) di importo non superiore all'un per cento della base di gara per poter affidare (direttamente a cura del RUP) incarichi specifici di supporto (ovvero una ulteriore possibilità oltre al classico supporto al RUP che non ha limiti di importo).

Oltre ai vari collaboratori, e più avanti si parlerà della figura qualificata del responsabile di fase (oggi valorizzata anche dal recente bando tipo ANAC n. 1/2025 aggiornato alle modifiche apportate con il decreto legislativo 209/2024), l'articolo 15 del codice oggi prevede la possibilità delle stazioni appaltanti di nominare un RUP a tempo determinato e soprattutto – grazie al decreto legislativo 209/2024 -, la possibilità di esternalizzare non solo il supporto ma addirittura lo stesso ruolo di RUP.

“ Il RUP, ora, può essere anche a tempo determinato o appartenere ad altra amministrazione pubblica con cui sarà opportuno stilare apposita convenzione per l'utilizzo del personale interessato. ”

In questo senso, il comma 2 dell'articolo 15 ora prevede che "Resta in ogni caso ferma la possibilità per le stazioni appaltanti, in caso di accertata carenza nel proprio organico di personale in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2, di nominare il RUP tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche".

Si tratta di ipotesi di sicuro rilievo di cui non sono noti però le implicazioni pratico/operative ovvero la nomina è possibile direttamente da parte della stazione appaltante interessata o è necessario un previo accordo tra amministrazioni. La seconda soluzione, in attesa di concreti chiarimenti, anche se foriera di ulteriori lungaggini è quella che si deve preferire.

2. I responsabili di fase

Sul tema dei collaboratori, evidentemente, la novità – almeno per il codice – è la previsione di collaborazioni/collaboratori qualificate/i quali i responsabili di fase. A tal riguardo la disposizione di riferimento è contenuta nel comma 4 dell'articolo 15.

Nel comma citato si legge che "Ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento.

Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP".

E' tutt'altro che irrilevante il fatto che lo stesso estensore si esprime in termini di responsabili di procedimento.

Questa sottolineatura vale a condurre il responsabile di fase nell'ambito della 241/90 (ovvero senza poteri decisorio) ed il responsabile unico di progetto. Si tratta di meri responsabili di procedimento come emerge dalla giurisprudenza e dallo stesso parere n. 1463/2024 espresso sullo schema di decreto legislativo correttivo (in cui espressamente si qualifica la figura come responsabile di procedimento senza poteri a valenza esterna).

È bene anticipare che il recentissimo bando tipo dell'ANAC n. 1/2025 (ovvero il bando tipo del 2023 aggiornato alle modifiche apportate dal decreto legislativo 209/2024) consente – in relazione alla verifica di anomalia – di assegnare i compiti decisorio addirittura ai responsabili di fase.

È una attribuzione che non è coerente non solo con il dato normativo (l'allegato I.2 attribuisce il potere di escludere direttamente e solo al RUP) ma contrasta anche con l'attuale consolidato orientamento giurisprudenziale³ che assegna la prerogativa in parola al solo RUP.

Al netto di questa nuova impostazione – del bando tipo – presumibilmente foriera di ulteriori contenziosi non v'è dubbio che il responsabile di fase (dell'affidamento o della progettazione/programmazione ed esecuzione del contratto) è un mero responsabile di procedimento tant'è che l'allegato I.2, al netto della prerogativa di richiesta del CIG del responsabile di fase se nominato, non prevede compiti specifici ma i compiti del RUP.

3. Da ultimo il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 7065/2025

“Altra novità di rilievo è che il RUP “diventa” un importante coordinatore di personale nel caso di assegnazione di organico. Potrà guidare, quindi, i propri collaboratori ampliando i propri obblighi di vigilanza e controllo (anche sull’operato di questi).”

Spetterà al RUP, pertanto, disporre e coordinare questi soggetti (per la fase di esecuzione, ovviamente, il riferimento normativo principale è costituito dall’allegato II.14 sia per il direttore dei lavori sia per il direttore dell’esecuzione).

La particolarità è che nell’assegnare i procedimenti o sub-procedimenti, il RUP non potrà spogliarsi delle prerogative decisorie potendo demandare solo compiti istruttori/esecutivi e, pertanto, mantenendo l’intera responsabilità sugli atti (fermo restando la possibilità di rivalsa nei confronti del responsabile di fase).

L’aspetto di rilievo pratico/operativo è che i responsabili di fase (al pari degli altri collaboratori variamente denominati) devono essere nominati/incaricati con provvedimento del responsabile del servizio (e quindi non dal RUP salvo che coincida con il responsabile del servizio).

È bene annotare, infatti, che il responsabile di fase, visto che sostanzia un “semplice” responsabile di procedimento non può che essere incaricato da chi dispone del potere dirigenziale correlato come statuito dalla legge 241/90.

I responsabili di fase, da nominare su indicazione e richiesta del RUP (ad esempio per procedure complesse), vengono individuati/incaricati con atto del datore di lavoro pubblico (che utilizza i poteri del datore di lavoro privato) e quindi con ordine di servizio.

Ordine di servizio necessario – come affermato dalla giurisprudenza –, anche per nominare il RUP (che, invece, nella pratica operativa viene incaricato con la decisione a contrare

che è un atto amministrativo e non un atto di organizzazione del lavoro).

Per fare un esempio pratico, il responsabile di fase potrebbe essere incaricato della scrittura della legge di gara, dell’escussione della documentazione di gara, della predisposizione dell’istruttoria sull’ammissione ed esclusione e via dicendo ma non potrà adottare i correlati provvedimenti che sono di competenza del RUP (o in ogni caso questo soggetto deve essere coinvolto nell’adozione delle decisioni a pena di illegittimità degli atti adottati).

3. I compiti

Come anticipato l’allegato I.2 definisce, oltre ai requisiti, i compiti del RUP. In particolare con gli artt. 6, 7 e 8.

Come nelle pregresse linee guida ANAC n. 3 (ma ora in modo più chiaro e con le richiamate modifiche sui poteri decisorii chiaramente assegnati al RUP) di distingue l’ambito delle attività “comuni” a tutti i contratti ed a tutte le fasi (art. 6) che comprendono dalla classica fase di programmazione (il RUP è tenuto alla raccolta dei dati informazioni) fino alla richiesta del CIG (che, come detto, in presenza del responsabile di fase la competenza è di quest’ultimo) ovviamente comprese le funzioni in tema di sicurezza.

L’art. 7 si sofferma, invece, sulla fase di affidamento rimettendo al RUP gli adempimenti vari (si pensi alla verifica della documentazione prodotta) che questo può svolgere direttamente oppure attraverso l’attività istruttoria dei propri collaboratori (sempre fermo restando il potere decisorio che non può essere delegato).

Tra i compiti, in realtà tradizionalmente assegnati al RUP (da ultimo il Tar Catania con la sentenza del 16/09/2025 n. 2671) si devono ricordare la verifica di congruità in caso di appalto al minor prezzo (le attività istruttorie possono essere assegnate ad un seggio di gara ora disciplinato nell’articolo 93), la verifica classica dell’anomalia per cui il RUP può decidere di farsi supportare anche da commissioni ad hoc. Su questo, occorre ribadire che il recente bando

tipo dell'ANAC consente di delegare questo verifica al responsabile di fase con attribuzione del potere di esclusione. Opzione, come detto, pur autorevolissima ma che non è coerente con l'impianto normativo e con lo stesso allegato I.2 (che sul punto non richiama il responsabile di fase).

Nell'ambito di questo articolo deve essere ricordato il potere di esclusione pertinenza esclusiva del RUP.

“ Per l'indicazione dettagliata dei compiti è bene evidenziare che l'estensore del codice ha rimodulato quanto già previsto nelle pregresse linee guida ANAC n. 3 con le novità dell'innesto dei poteri decisori e la specifica secondo cui se viene nominato il responsabile di fase dell'affidamento il CIG deve essere acquisito da questo soggetto e non dal RUP (come avvenuto tradizionalmente) ”

L'art. 8 dispone sui compiti "civilistici" ovvero relativi alla fase dell'esecuzione. Oltre a richiamare i compiti tradizionali è bene annotare che la particolare situazione delle forniture e dei servizi.

Per questi contratti, normalmente il RUP svolge anche le funzioni di direttore dell'esecuzione con la novità secondo cui in relazione a certi servizi (e certe forniture) la fase dell'esecuzione deve essere svolta da un direttore dell'esecuzione distinto dal RUP (circostanza che consente di accedere anche agli incentivi per funzioni tecniche ex art. 45 del codice).

I casi in cui il RUP non può (non deve) occuparsi dell'esecuzione sono indicati nell'articolo 32 dell'allegato II.14 che, in primo luogo, elenca una serie di servizi anche nel sottosoglia in cui il RUP non può occuparsi dell'esecuzione. Gli altri casi sono determinate dagli importi es. forniture e servizi di importo superiore ai 500 mila euro,

e i contratti in cui l'esecuzione o (a prescindere dall'importo) risulti complesso (ad esempio sono necessarie più professionalità, coinvolgimento di più servizi, ovvero gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi).

Complessità che, stante le implicazioni rispetto agli incentivi per funzioni tecniche, deve essere certificata dal RUP possibilmente con il coinvolgimento del responsabile del personale (soggetto che deve controllare la liquidazione degli incentivi, sul punto si rinvia alla sentenza della Corte dei Conti, Abruzzo 111/2024 con condanne per danni erariali).

4. La responsabilità

Il RUP - del resto come in passato - si confronta con le classiche responsabilità contabile/amministrativa, ovvero il classico danno erariale ad esempio per finanziamenti perduti (a causa delle lungaggini dell'appalto o errori vari). Questo tipo di responsabilità deve ora essere collegata alle previsioni del cd. scudo erariale (previsto dall'articolo 2 1del DL 76/2020 primo decreto covid) che comporta la punibilità per colpa grave per il solo funzionario che rimanga inerte. Mentre chi opera e decide potrà incorrere in questa responsabilità solamente in presenza di dolo e quindi sostanzialmente quando volontariamente commette un danno.

Fattispecie classica della responsabilità è quella civile per danni a terzi (in seguito all'attività svolta si pensi alla mancata aggiudicazione, la revoca errata etc) che può essere "coperta" da apposite assicurazione che vanno a gravare sulla quota incentivi (il 20% spese vincolate varie) ed inserita nei quadri economici. È necessario ovviamene che vengano fatti gli affidamenti alle compagnie da parte dello stesso RUP.

Altra responsabilità classica è quella disciplinare determinata dal mancato raggiungimento dell'obiettivo. Il RUP, evidentemente, non ha una responsabilità oggettiva ma deve dimostrare la propria non colpevolezza. Aspetto che può esser dimostrato solo in presenza, ad esempio, di certificati controlli, certificati solleciti e similari.

I collaboratori, trattandosi di responsabili di procedimento, hanno una “semplice” responsabilità interna salvo dimostrazione contraria. Ovviamente opera la potenziale rivalsa del RUP che dovesse rispondere per errori dei collaboratori.

5. Criticità

Le principali criticità sono rinvenibili nell’ovvia esigenza di formare le figure che poi vengono incaricate di un ruolo estremamente delicato.

Considerato che l’allegato I.2 richiede semplicemente un requisito esperienziale non può non evidenziarsi l’esigenza di formare figure che siano disponibili al passaggio culturale visto che il responsabile unico del progetto oggi, a tutti gli effetti, deve essere considerato come guida/manager dell’intera attività contrattuale.

Occorre, quindi, la formazione di soggetti che sappiano anche intercettare le difficoltà in modo preventivo anche per trovare, nel modo più tempestivo, adeguate soluzioni.

Non v’è dubbio che nel nuovo sistema “scompare” la considerazione del RUP come “uomo solo al comando” per, invece, una figura di coordinatore di personale qualificato che possa svolgere i vari compiti dietro presidio/controllo del responsabile unico.

Queste esigenze sono marcatamente sentite anche in regime di qualificazione. Di recente l’ANAC ha ribadito che il RUP deve essere nominato nella stazione appaltante qualificata delegata allo svolgimento delle attività di committenza (ad esempio l’aggiudicazione) quasi a voler ricordare che la stazione appaltante non qualificata non “dispone” di personale con lo standard qualitativo imposto dalla disciplina della qualificazione.

La qualificazione, quindi potrebbe essere valutata come una opportunità di crescita fermo restando che una adeguata formazione esige stanziamenti di rilievo.

La formazione per la qualificazione delle S.A.

► Visita www.mediaconsult.it 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**

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

Indicazioni operative per la gestione delle procedure e laboratori per la redazione degli atti di gara

64 ore - 16 incontri

👤 Cacciari, Faviere, Fidanza, Monassi, Porzio, Risso, Taormina, Toschei

🔗 Webinar - dal 13/03/2026

► 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

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

👤 Bruno, Mariani, Taormina, Vescio di Martirano

🔗 Webinar - dal 14/11

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

🔗 Bologna - dal 20/11

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

👤 Morolla, Rizzi 🔗 Webinar - dal 25/11

► 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

Corso base sulla fase esecutiva per gare di servizi e forniture

SF3 (6 ore)

👤 Maceroni 🔗 Webinar - 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

L3 (6 ore)

👤 Maceroni 🔗 Webinar - 25/11

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)

👤 Maceroni 🔗 Webinar - dal 25/11

PROGRAMMAZIONE 2025/2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Calendario formativo dei prossimi mesi

► Visita www.mediaconsult.it 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

Indicazioni operative per la gestione delle procedure e laboratori per la redazione degli atti di gara

SNA SPECIALISTICA (64 ore - 16 incontri)

👤 Cacciari, Faviere, Fidanza, Monassi, Porzio, Riso, Taormina, Toschei

🔗 Webinar 📅 dal 13 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 🔗 Webinar 📅 dal 25/11

ABC degli appalti pubblici.

Come cambiano le gare con il decreto correttivo

👤 Morolla 🔗 Webinar 📅 dal 25/11 (3 incontri)

Nuovo bando tipo

Il nuovo bando tipo ANAC: guida all'uso

👤 Ponti 🔗 Olbia 📅 4/12

👤 Ponti 🔗 Milano 📅 5/12

👤 Maceroni 🔗 Torino 📅 16/12

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

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

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

🔗 Bologna 📅 dal 20/11

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 📅 28/11

Il RUP tra diritti, obblighi e responsabilità

Gli incentivi per le funzioni tecniche

👤 Puliatti, Rappa, Vella 🔗 Webinar 📅 dal 20/11

La responsabilità amministrativa nel settore dei contratti pubblici

👤 Raeli 🔗 Webinar 📅 26/11

PROGRAMMAZIONE 2025/2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

II RUP e le procedure di gara

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

 Cacciari, Miniero, Papi, Ponti, Toschei

 Roma  20/11

Novità e giurisprudenza

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

 Toschei  Webinar  9/12

Sottosoglia

**Affidamenti diretti e procedure negoziate,
i contratti sottosoglia**

 Miniero  Webinar  13/11 e 20 /11

Esercitazioni su MePA e strumenti CONSIP

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

 Porzio  Webinar  3/12 e 10/12

**La gestione delle procedure di importo
superiore alla soglia europea tramite Consip**

 Porzio  Webinar  18/12

La gestione della fase esecutiva

**Corso base sulla fase esecutiva per gare
di servizi e forniture**

SF3 (6 ore)

 Maceroni  Webinar  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

L3 (6 ore)

 Maceroni  Webinar  25/11

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)

 Maceroni  Webinar  dal 25/11

Focus su:

► **SERVIZI ALLA PERSONA**

Gli appalti di servizi alla persona

 Ponti  Webinar  3/12

I contratti di lavori pubblici

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

 Sinisi  Webinar  18/11

► **FOCUS: CONTABILITÀ LAVORI**

**La tenuta degli atti della contabilità
di un appalto di lavori**

 Gianforte  Webinar  28/11

Settori Speciali

La disciplina in tema di settori speciali alla luce della giurisprudenza

 Galli  Webinar  27/11 e 4/12

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  10/12 e 16/12

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

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

L'obbligo d'indicazione dei costi di manodopera vale per tutti i concorrenti o solo per l'aggiudicatario ed, in caso di subappalto, devono essere accertati quelli effettivi del subappaltatore o "bastano" quelli del concorrente ?

di Andrea Stefanelli e Maria Antonietta Portaluri

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Una delle novità del Codice Appalti (DLgs.36/2023 modificato dal DLgs 209/2024) che continua a fare discutere per le ricadute applicative che la stessa ha negli appalti pubblici è **l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di scorporare i costi della manodopera** dall'importo posta a base di gara allo scopo di non renderli ribassabili (art.41, 14 comma) cui corrisponde **l'obbligo, a pena di esclusione, per l'operatore economico di indicare separatamente in offerta i costi della manodopera impiegata nell'appalto** (108, comma 9).

Con riguardo in particolare **all'onere in capo all'operatore economico di indicare in offerta i costi della manodopera**, si evidenzia che tale indicazione era già richiesta nel regime precedente, ma non *"a pena di esclusione"* come espressamente previsto all'art. 108, 9 comma.

La conseguenza di un obbligo previsto per legge *"a pena di esclusione"* è che non è consentita agli operatori economici che concorrono alla gara di ricorrere al soccorso istruttorio per evitare l'esclusione, così come non è consentita alcuna ricostruzione postuma di tali costi.

Altre questioni interpretative che si sono poste - e sono state oggetto delle due sentenze in commento in questo contributo - hanno riguardato due aspetti tra loro diversi ma entrambi interessanti:

il **primo aspetto** è se l'obbligo di indicare il costo della manodopera introdotto dall'art. 108, 9 comma del Codice riguarda tutti coloro che concorrono alla gara, oppure se è sufficiente richiedere l'indicazione di tali costi solo all'impresa risultata aggiudicataria e, quindi, se possa ritenersi legittima la disposizione contenuta nella legge della provincia Autonoma di Bolzano che prevede l'obbligo solo in capo all'aggiudicatario (questione affrontata e risolta nella sentenza della **Corte Costituzionale 19.6.2025 n.80**);

il **secondo aspetto** è se l'obbligo di indicare il costo della manodopera deve riguardare anche i costi della manodopera del subappaltatore ovvero se esista un obbligo per il concorrente di **indicare in offerta anche i costi della manodopera del subappaltatore (TAR VENEZIA 9.9.2025 n.1536)**.

Partiamo da questo secondo aspetto, rilevando come la questione affrontata dal TAR Venezia con la prima delle due sentenze in commento sia stata oggetto in passato di una pronuncia diversa dello stesso giudice amministrativo e di un chiarimento del Consiglio di Stato.

Sul primo aspetto il chiarimento arriva dalla Corte Costituzionale che considera illegittima la disposizione della Legge della Provincia Autonoma di Bolzano in quanto in contrasto con la previsione del Codice dei Contratti Pubblici che ha introdotto il principio non derogabile della *"tutela rafforzata della manodopera"*.

1. Costo della manodopera dei subappaltatori non va indicato in offerta ma verificato al momento della autorizzazione

TAR VENEZIA 09/09/2025 n. 1536

La *ratio* delle nuove disposizioni del Codice (art. 41 e art. 108) è, secondo quanto contenuto nella stessa relazione al Codice, quella di una "tutela rafforzata della manodopera". Partendo da tale assunto il TAR Veneto Sez. I, 21/06/2024 n. 1560, con una pronuncia che aveva fatto molto discutere, aveva escluso l'operatore economico che non aveva indicato nella sua offerta i costi della manodopera dei subappaltatori da cui sarebbe stata eseguita la quasi totalità delle prestazioni oggetto del contratto.

In altri termini il T.A.R. aveva ritenuto che i costi della manodopera del subappaltatore **sono soggetti ad obbligo dichiarativo** da parte dell'appaltatore in offerta e, pertanto, la loro **omessa indicazione non può essere oggetto di soccorso istruttorio** o di **integrazione postuma in sede di presentazione dei giustificativi**.

Secondo i giudici si trattava in realtà di principi, già affermati sotto la vigenza del Codice del 2016, che dovrebbero essere validi ancora di più sotto la vigenza del Codice del 2023 che, di fatto, con la prescrizione espressa "a pena di esclusione" sembra aver voluto evidenziare l'importanza di mettere in evidenza nell'offerta i costi della manodopera necessari per la commessa: soltanto dando evidenza dei costi della manodopera impiegata per la realizzazione dell'appalto si rispettava la *ratio* delle norme sulla tutela rafforzata della manodopera e si consentiva all'Amministrazione la possibilità di valutare l'affidabilità e la serietà della offerta.

Ricordiamo che nella vicenda, oggetto di quella pronuncia, il concorrente aveva dichiarato di essere intermediario di rifiuti e come tale di non svolgere le attività di trasporto e conferimento dei rifiuti, attività affidate interamente in subappalto (subappalto qualificante); l'aver indicato in offerta soltanto i costi sostenuti dal personale diretto (unico dipendente con un ruolo di coordinamento) senza nessuna

indicazione sui costi sostenuti dalle imprese che poi avrebbero svolto le attività di trasporto e conferimento dei rifiuti non permetteva alla stazione appaltante di valutare la serietà e affidabilità della offerta sotto l'aspetto della congruità della manodopera (cfr. *anche il fatto che la ricorrente abbia partecipato alla gara come intermediario, ai sensi dall'art. 2 del Regolamento europeo 2006/1013 e dall'art. 3 della Direttiva 98/2008, non risulta rilevante. Tali disposizioni consentono alla ricorrente di svolgere le attività di recupero o di smaltimento dei rifiuti "per conto di terzi" – anche in favore di soggetti privati – ma non la sottraggono dall'applicazione della disciplina pubblicistica di tutela dei lavoratori stabilita dal Codice, nel caso in cui decida di partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico*) aggiungendo per quanto qui rileva *"In particolare l'obbligo imposto dall'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023 sarebbe del tutto svuotato se si consentisse ai mediatori – i quali per loro stessa natura affidano a terzi l'esecuzione della prestazione - di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dalle imprese che eseguiranno la prestazione. Invero la disciplina di tutela rafforzata dei lavoratori nell'ambito dei contratti pubblici deve ritenersi a fortiori applicabile agli intermediari, in quanto l'affidamento dell'esecuzione della prestazione a terzi implica maggiori rischi per gli stessi"*).

La pronuncia del TAR è stata riformata dal Consiglio di Stato (CdS 27-6-2025 n. 5580) che ha chiarito che **"i costi di manodopera da indicare in appalto sono i costi propri dell'appaltatore e, per quanto concerne il subappalto, lo svolgimento di una verifica di coerenza sulla manodopera può avere ad oggetto la manodopera del subappaltatore, ma tale costo non va indicato tra i costi di manodopera dell'appaltatore, e detta verifica viene svolta in sede di autorizzazione"**.

Secondo il Consiglio di Stato si deve evitare di rendere l'appalto *"una prognosi su costi sostenuti da altro soggetto, il subappaltatore, che potrà anche essere diverso e con diversi CCNL in corso di esecuzione, essendo venuto meno l'obbligo di indicazione nominativa in gara"*

(art. 106, commi 7 e 9) <<L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni [...]

L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni>>.

Inoltre, secondo i giudici, una verifica puntuale sui costi del sub-appaltatore, addirittura all'interno dei costi di manodopera propri dell'appaltatore, non è prevista dalla legge e rischierebbe di irrigidire inutilmente il procedimento.

Concludendo *"L'operatore economico concorrente non deve dichiarare i costi della manodopera del subappaltatore in quanto in realtà "acquista dal subappaltatore un servizio di cui si limita a sostenere il costo – paga cioè un prezzo, non corrisponde una retribuzione – sicché le verifiche in ordine al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori addetti a tali prestazioni non può che essere condotta direttamente a carico dei subappaltatori in sede di autorizzazione"* (Cons. Stato, Sez. IV, 27-6-2025, n. 5580, cit.).

Con la sentenza del T.A.R. Veneto dello scorso settembre (**TAR VENEZIA 9.9.2025 n.1536**), sulla scorta dei chiarimenti del Consiglio di Stato, i giudici fanno marcia indietro rispetto alle prime decisioni e ritengono infondata la censura con cui **parte ricorrente** lamentava che l'impresa prima classificata (aggiudicataria) **avrebbe dovuto essere esclusa perché non avrebbe dichiarato i costi della manodopera dei subappaltatori**.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato dalla società seconda classificata contro l'aggiudicazione alla prima (la cui offerta risultava anomala) in una gara a procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione dello stadio comunale. Il ricorso si incentrava sulla presunta illegittimità della verifica di anomalia della offerta

dell'aggiudicataria che, secondo il ricorrente, doveva essere esclusa in quanto la stazione appaltante aveva ommesso di considerare alcune macroscopiche incongruenze e contraddittorietà delle giustificazioni presentate relativamente alla congruità del costo della manodopera dei subappaltatori.

Più precisamente la ricorrente lamentava che *l'aggiudicatario, da un lato*, avrebbe dichiarato di non assoggettare a ribasso il costo della manodopera e, dall'altro, in sede di giustificativi, che il ribasso offerto sarebbe stato applicato ai subappaltatori, quindi anche al costo della manodopera di questi.

Considerato che nei preventivi dei subappaltatori non sarebbe stato indicato il costo della manodopera, la stazione appaltante non ne avrebbe potuto verificare la conformità rispetto ai minimi previsti.

I giudici amministrativi respingono il ricorso ritenendo che la corretta interpretazione e applicazione dell'art. 108, 9 comma del Codice che ha introdotto l'obbligo "a pena di esclusione" di indicare in offerta i costi della manodopera riguarda esclusivamente l'operatore economico che concorre alla gara e tale obbligo non si estende anche ai subappaltatori.

In altri termini la norma (art. 108, 9 comma) non impone un obbligo per il concorrente di indicare in offerta separatamente anche i costi della manodopera dei subappaltatori, dovendo essere la stazione appaltante a verificare la congruità di tali costi al momento della autorizzazione al subappalto. L'autorizzazione al subappalto diventa quindi il momento in cui la stazione appaltante deve effettuare tali verifiche e, quindi, in mancanza di tale congruità negare l'autorizzazione al subappalto.

2. Tutela rafforzata del lavoro: la Corte Costituzionale dichiara in contrasto con l'art. 117, commi 1 e 2 Cost. la legge della Provincia Autonoma di Bolzano che limita la dichiarazione dei costi della manodopera al solo aggiudicatario [Corte Costituzionale 19/6/2025, n. 80]

2.1 L'inquadramento normativo

La "tutela rafforzata del lavoro" negli appalti rappresenta uno degli obiettivi primari del Codice dei contratti pubblici, che ha ispirato l'art. 11 sull'obbligo per la stazione appaltante d'indicare, nei bandi di gara (ed ora anche nella delibera a contrarre), il CCNL leader che dovrebbe garantire le migliori tutele da applicare ai lavoratori impiegati nella commessa, nonché l'art. 108, comma 9 che impone a tutti i partecipanti ad una gara d'indicare, nella propria offerta, i costi della manodopera impiegata (che dovrà essere calcolata tenendo conto del CCNL utilizzato da detto concorrente) a pena d'esclusione dalla gara.

L'obbligo di ogni concorrente d'individuare il CCNL applicato non esime tuttavia la P.A. da quello d'indicare, nel bando di gara (art. 41, comma 14), il costo della manodopera dalla stessa stimato in sede di progettazione del lavoro/servizio, per renderlo "scorporabile" dall'importo a base d'asta, analogamente a quanto succede per i costi della sicurezza.

Con la conseguenza che i concorrenti ben potranno indicare nelle proprie offerte un costo diverso (anche più basso), a condizione però di dimostrarne la congruità e sostenibilità ed, in mancanza di valide giustificazioni (che non potranno mai riguardare i minimi salariali), la loro offerta dovrà essere esclusa.

Molto si è discusso, in questi mesi, con riguardo alla corretta applicazione dell'art. 41, comma 14 del d.lgs. n. 36/2023, tanto da giungere a due diversi orientamenti dei giudici amministrativi, gli uni convinti che tale determinazione comporti un "divieto assoluto" di ribasso dei costi della manodopera indicati dalla P.A., gli altri invece propensi a ritenere detto divieto del tutto

"relativo" e, quindi, ben possibile un ribasso dei costi di manodopera, a condizione che l'offerente comprovi che il minor costo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale (orientamento che sembra condiviso dai giudici costituzionali in un passaggio della sentenza in commento) e non da una riduzione salariale.

L'obbligo dell'amministrazione procedente di stimare i costi della manodopera non può, in ogni caso, far venir meno (come detto) quello del concorrente d'indicare i propri, con la conseguenza che l'eventuale mancata indicazione è, di per sé, una legittima causa d'esclusione dalla gara, non risultando consentito il ricorso al soccorso istruttorio (art. 108, comma 9).

2.2 La questione sottoposta alla Corte Costituzionale

Ciò premesso, la questione posta all'attenzione della Corte Costituzionale riguardava la possibilità della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16/07/2024 n. 2 di assumere che solo l'aggiudicatario di una gara pubblica era obbligato ad indicare i costi della propria manodopera, per procedere alla verifica di congruità esclusivamente della proposta risultata aggiudicataria, e non invece essere pretesa da TUTTI i concorrenti alla procedura, come imposto dal dettato legislativo nazionale.

La questione prende il via da un ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri per ottenere la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 27 della Legge 17/12/2015 n. 16 (come modificato dall'art. 22, comma 13 della Legge 16/7/2024 n. 2) che dispone "in fase di procedura di gara le stazioni appaltate richiedono al solo concorrente collocatosi primo in graduatoria di indicare il costo della manodopera e del personale nonché gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. [...] Prima della aggiudicazione la stazione appaltante verifica la congruità del costo e degli oneri indicati."

Il ricorrente (Presidente del Consiglio) lamentava la violazione dell'art. 117, commi

1 e 2 Costituzione in quanto la disposizione della Provincia contrasterebbe con le norme nazionali in materia di scelta dell'aggiudicatario, che rientrerebbero nel tema (trasversale) della "concorrenza" e quindi spettante, nel riparto di competenze, alle potestà esclusiva del legislatore nazionale.

La difesa della Provincia riteneva al contrario che la sua disposizione non producesse alcun effetto distorsivo della concorrenza ed è qui che entra in gioco l'aspetto innovativo della sentenza ovvero l'aver sottolineato come spetti esclusivamente allo Stato, nell'esercizio della sua competenza ex art 117, comma 2 lett. e) Cost., definire sul piano legislativo il punto d'equilibrio tra la tutela della concorrenza e quella di altri interessi pubblici con essa interferenti (richiamando le sentenze n. 56/2020 e n. 30/2016), come quelli sottesi al raggiungimento di "obiettivi di politica sociale, di tutela dei lavoratori, di sostegno al reddito e alle imprese" (sent. n. 4/2022).

2.3 Il contenuto della pronuncia

La pronuncia della Corte parte dal quadro normativo statale (ovvero il combinato disposto degli artt. 108, comma 9 e 110, comma 1 Codice appalti), che rappresenta l'esito di una opera di bilanciamento tra la tutela della concorrenza - diretta a salvaguardare i valori quali la parità di trattamento dei partecipanti alla gara e la trasparenza ecc. - e la tutela della manodopera, che il Legislatore statale ha inteso apprestare in modo rafforzato, con la finalità di conseguire obiettivi di interesse sociale.

La disposizione della Provincia, pur prevedendo l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario qualora non risulti congrua, si pone comunque in contrasto con la norma nazionale che individua, nella dichiarazione dei costi della manodopera, un elemento di per sé "costitutivo ed essenziale" della stessa offerta economica, non integrabile nel corso della procedura.

Per questo motivo il D.lgs. n. 36/2023 impone a tutti i concorrenti d'indicare il valore della manodopera, mentre la Legge provinciale ne impirebbe la previsione solo in capo al 1°

classificato con la conseguenza che, sul piano operativo, mentre nel primo caso si procede ad una verifica generalizzata dei costi ex ante, nel secondo il tutto si traduce in una ricostruzione ex post non trasparente, tanto da non ritenere sufficiente la prevista tutela; così nella sentenza si legge che "a escludere questo rischio non è quindi sufficiente la circostanza che, come sottolinea la provincia autonoma, la disposizione impugnata preveda comunque la verifica di congruità dei costi prima dell'aggiudicazione al primo classificato".

Ciò in quanto, secondo i Giudici costituzionali, l'art. 108, comma 9 prevede la dichiarazione come elemento ineludibile dell'offerta e l'art. 110, comma 1 conferma tale impostazione, prevedendo che "le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà e la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta che, in base ad elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art. 108, comma 9, appaia anormalmente bassa".

Non solo poiché detto art. 108, c. 9 va letto (come detto) in combinato disposto anche con l'art. 41, comma 14 sulla determinazione dell'importo a base di gara nei contratti di lavori e servizi, che da un lato prevede che, per determinare detta base d'asta, la P.A. "individua nei documenti di gara i costi della manodopera", dall'altro invece stabilisce come i "costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso".

Occorre per ciò distinguere tra la base di gara determinata dalla stazione appaltante - cui fanno parte anche i costi di manodopera e sicurezza - e l'importo ribassabile dal concorrente, che invece non deve comprendere detti costi di sicurezza; s'impone così l'obbligo, in capo alle concorrenti, di stimare in modo congruo e adeguato tali costi ex ante, in modo da costruire una corretta base di ribasso e se l'operatore economico indica un costo della manodopera diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, l'offerta dev'essere sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia.

Per questo motivo è richiesto agli operatori economici d'indicare in offerta, fin da subito e

separatamente, i propri costi di manodopera e di sicurezza (insuscettibili di ribasso), avendo il legislatore statale espresso una "scelta non derogabile dall'ordinamento territoriale, in quanto mirata a raggiungere un complesso punto di equilibrio fra perseguimento dell'utile di impresa in sede di partecipazione a procedure pubbliche per l'aggiudicazione di appalti, e sostenibilità sociale delle relative offerte".

“ Per la Corte, dunque, la Legge provinciale viola l'art. 117 della Costituzione essendo d'esclusiva competenza statale la tutela della concorrenza e, quindi, di tutto ciò che trova un punto di equilibrio con essa. ”

3. Questioni irrisolte

Resta sullo sfondo la questione del momento in cui si indica il CCNL ed in cui si devono effettuare le verifiche sulla "equivalenza delle tutele", qualora il concorrente applichi un CCNL differente da quello previsto dalla stazione appaltante; sul punto la Legge provinciale - all'art. 27, comma 4-bis n. 16/2015 (come modificato dall'art. 22, 14 comma della legge n. 2 del 2024) - dispone come tale verifica avvenga solo al momento della aggiudicazione. E' bene precisare che, al momento in cui il ricorso è stato presentato, l'indicazione della Legge provinciale non pareva contrastare con il Codice che, prima dell'intervento del Correttivo (D.lgs. n. 209/2024), effettivamente prevedeva all'art. 11, commi 3 e 4 che la stazione appaltante procedesse alla verifica della equivalenza delle tutele solo prima della aggiudicazione.

La questione è stata risolta, a livello nazionale, con il succitato Correttivo che, proprio per consentire alle P.A. appaltanti di poter verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, ha imposto agli operatori economici di trasmettere la dichiarazione di equivalenza già in sede di presentazione delle offerte (art. 5 D.Lgs.n. 209/2024).

Anche sul punto, pertanto, le disposizioni provinciali dovranno adeguarsi, prevedendo che la "dichiarazione di equivalenza delle tutele" venga anticipata all'atto di presentazione dell'offerta, con l'obbligo per la stazione appaltante di far precedere la determinazione di affidamento/aggiudicazione dalla verifica di detta equivalenza che assume, pertanto, carattere obbligatorio.

E la facoltà dell'impresa di applicare un CCNL diverso (in nome della libertà di impresa tutelata ex art. 41 Cost.) deve temperarsi con l'ineludibile tutela dei lavoratori, che postula un'attenta disamina della P.A. circa l'effettiva equivalenza delle tutele (economiche e normative) riconosciute in forza del diverso CCNL prescelto dall'operatore economico.

Ritorna quindi il tema dell'equilibrio tra la concorrenza e gli interessi ad essa connessa - tra cui l'ineludibile tutela dei lavoratori - tutela che il Legislatore tende sempre più ad "irrobustire" e che la Corte costituzionale, con la pronuncia del 19 giugno 2025, n. 80, ha ritenuto di "estendere" anche agli appalti della Provincia autonoma di Bolzano.

“ Permane in ogni caso la facoltà dell'operatore economico d'applicare un CCNL diverso da quello indicato del bando e, quindi, un prezzo anche inferiore di manodopera, che tuttavia andrà giustificato. ”

Il delicato equilibrio tra accesso agli atti e tutela del segreto tecnico e commerciale nella gestione digitale del ciclo di vita del contratto pubblico.

di Samantha Battiston

IL
PUN
TO

1. Le novità introdotte nella disciplina dell'accesso agli atti dal D.Lgs. n. 36 del 2023 nonché dal correttivo del 31 dicembre 2024.

Il D.Lgs. n. 36 del 2023, recante il nuovo Codice dei Contratti pubblici, disciplina l'accesso agli atti delle procedure di gara, agli artt. 35 e 36, introducendo rilevanti novità rispetto al precedente D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Le modifiche introdotte, in linea con le nuove disposizioni concernenti la disciplina del ciclo di vita digitale del contratto pubblico, si prefiggono di rendere immediatamente disponibili agli operatori economici partecipanti ad una procedura di gara, attraverso l'accesso diretto alle piattaforme di approvvigionamento digitali, una serie di informazioni sul percorso seguito per addivenire alla aggiudicazione, riducendo così la necessità di presentare formali istanze di accesso.

A tal riguardo è stata, dunque, posta una particolare attenzione anche agli aspetti procedurali e processuali relativi agli obblighi connessi alla messa a disposizione delle informazioni e alle eventuali richieste di accesso alla documentazione non resa immediatamente disponibile. La novità della disciplina introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici è sostanzialmente legata, come ben spiega la Relazione illustrativa, nella possibilità di

richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, la documentazione di gara nei limiti consentiti e disciplinati dall'art. 5-bis del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in coerenza con quanto era stato affermato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 10 del 2020.

L'art. 35 del nuovo Codice dei contratti pubblici, nello specifico, disciplina dunque l'accesso agli atti, stabilendo criteri per identificare quali documenti e informazioni siano consultabili direttamente, con tempistiche differenziate in ordine alle diverse fasi della procedura di gara. In particolare, viene stabilito che, fino alla conclusione delle fasi procedurali o alla scadenza dei termini previsti dal comma secondo, l'accesso e la conoscenza di atti, dati e informazioni sono vietati e viene espressamente richiamata la applicabilità delle sanzioni previste dall'art. 326 del codice penale in capo ai pubblici ufficiali e per gli incaricati di pubblico servizio in caso di violazione dolosa e colposa di tale articolo.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici all'art. 35 prevede altresì che le informazioni considerate segreti tecnici o commerciali possano essere escluse dall'accesso diretto, a condizione che l'offerente fornisca una dichiarazione motivata e documentata a sostegno della richiesta di oscuramento. La tutela dei segreti tecnici o

commerciali cede però il passo di fronte al diritto di un altro concorrente di agire in giudizio per la difesa dei propri interessi giuridici in relazione alla procedura di gara e ciò in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia. Per poter assicurare il rispetto del giusto equilibrio tra trasparenza e tutela della concorrenza è previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti ed enti concedenti di motivare le decisioni assunte in merito all'accoglimento o meno delle istanze documentate di oscuramento delle offerte. A tal riguardo le Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato n. 19/2020 e n. 4/2021 rappresentano il fondamento teorico dell'attuale disciplina ove hanno qualificato l'accesso difensivo come una categoria autonoma, distinta dall'accesso documentale.

Per rendere la procedura di gara più snella e celere, gli operatori economici dovranno includere nella loro offerta una dichiarazione ben articolata e motivata in ordine alla presenza di segreti tecnici e commerciali che chiedono di tutelare con l'oscuramento. In assenza di adeguata motivazione, la stazione appaltante o l'ente concedente non solo potrà respingere le istanze di oscuramento ma, qualora ravvisi la presenza di reiterate richieste ritenute infondate, potrà effettuare una segnalazione all'ANAC affinché la stessa provveda a sanzionare l'operatore economico "recidivo". In questa fase è, pertanto, richiesta al responsabile unico di progetto una attività di controllo e vaglio molto più accurata e motivata rispetto al passato in quanto dovrà necessariamente considerare che la tutela del Know how del singolo prevale solo se lo stesso dimostra concretamente che le informazioni richieste hanno un valore economico autonomo e competitivo; in caso contrario prevale sempre la trasparenza delle gare pubbliche.

Attraverso il D.Lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024 la disciplina sull'accesso agli atti di gara è stata parzialmente modificata in quanto, ai sensi del nuovo comma quinto *bis* dell'art. 35 del D.Lgs. n. 36 del 2023, in sede di presentazione delle offerte, gli operatori economici devono trasmettere alla stazione appaltante e agli enti concedenti il consenso all'accesso al fascicolo virtuale. Tale previsione è stata introdotta alla luce delle difficoltà verificatesi nella pratica

discendenti dalla impossibilità di eseguire in controlli a fronte della mancata autorizzazione da parte dell'operatore economico. Si tratta di un consenso che deve essere reso anche al fine di garantire il rispetto della disciplina afferente al trattamento dei dati personali qualora la stazione appaltante o l'ente concedente effettui il controllo del possesso dei requisiti generali e speciali ai sensi dell'art. 99 del nuovo Codice dei contratti pubblici autodichiarati attraverso il documento di gara unico europeo (DGUE) o altra modulistica appositamente predisposta (si pensi ad esempio agli affidamenti diretti infra quarantamila euro).

“ **Il D.Lgs. n. 36 del 2023, come modificato dal D.Lgs. n. 209 del 2024 (Correttivo), ha ridefinito la disciplina dell'accesso agli atti nelle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, introducendo un modello più coerente con i principi europei di trasparenza, concorrenza e par condicio.** ”

2. La disciplina procedurale dell'accesso agli atti delle procedure di gara.

L'art. 36 del D.Lgs. n. 36 del 2023 introduce modifiche e semplificazioni procedurali riguardanti la materia in esame in quanto è espressamente prevista la possibilità di accesso diretto da parte dei concorrenti non esclusi dalla procedura di gara ai documenti, dati e informazioni caricati sulla piattaforma di e-procurement utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente senza dover formulare una apposita istanza. Nella specie, ai sensi del comma primo di tale articolo, l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 90 mentre il secondo comma prevede che i primi cinque operatori classificati siano messi in condizione di accedere direttamente e reciprocamente anche alle offerte degli altri.

In tal modo il legislatore ha reso più agevole l'accesso al fascicolo informativo di gara ai primi cinque concorrenti al fine di ridurre il carico di lavoro delle stazioni appaltanti o enti concedenti impegnate, prima del nuovo Codice dei contratti pubblici, a vagliare, negare o evadere continue richieste di accesso documentale. Ciò spiega anche il limite posto all'accesso diretto a partire dal quinto classificato in avanti in quanto si presume che sia più difficile che tali soggetti possano dimostrare l'esistenza di un interesse effettivo a coltivare una azione giudiziaria avverso la aggiudicazione della procedura di gara. Ciò non toglie che tali soggetti possano avanzare una richiesta di accesso civico con le limitazioni dettate dal D.Lgs. trasparenza del 2013.

La semplificazione recata dall'art 36 del D.Lgs. n. 36 del 2023, come accennato, non si estende agli operatori esclusi definitivamente, che analogamente ai soggetti del tutto estranei alla procedura, potranno comunque accedere agli atti di gara tramite le istanze di accesso documentale e qualificato di cui agli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241 del 1990 oppure con un accesso civico ai sensi degli artt. 5 e 5 *bis* del D.Lgs. n. 33 del 2013.

Una novità di estrema rilevanza nella disciplina in esame è rappresentata dal fatto che la comunicazione di aggiudicazione inviata digitalmente ai sensi dell'art. 90 del nuovo Codice dei contratti pubblici deve espressamente contenere le decisioni della stazione appaltante o dell'ente concedente sulle richieste di oscuramento avanzate all'atto della presentazione dell'offerta dai concorrenti e documentate in relazione alla necessità di tutelare il loro Know how aziendale, ciò con lo scopo dichiarato di rendere la procedura più celere ed efficace in linea con il principio del risultato di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

Dal momento che la comunicazione di aggiudicazione deve contenere la decisione assunta dalla stazione appaltante o ente concedente in ordine all'accoglimento o meno delle istanze di oscuramento formulate dai concorrenti, è stata di riflesso introdotta anche una nuova disciplina afferente alla impugnazione di tale decisione. Infatti, il concorrente che ha formulato una documentata richiesta di oscuramento potrà

impugnare la decisione assunta in merito (e si allude ovviamente al non accoglimento della richiesta) con un ricorso giurisdizionale da notificare entro dieci giorni dalla avvenuta comunicazione di cui all'art. 90 del D.Lgs. n. 36 del 2023 seguendo le norme procedurali dettate dall'art. 116 del codice del processo amministrativo. Al fine di garantire il diritto di agire in giudizio e l'effettiva tutela delle istanze di oscuramento, l'offerta non potrà essere resa disponibile sulla piattaforma digitale prima che sia decorso tale termine.

Il legislatore al fine di rendere più celere possibile la procedura di gara, anche in coerenza con le nuove disposizioni che impongono il rispetto di precisi termini per portarla a compimento, non ha contemplato alcun avviso preliminare agli offerenti controinteressati circa l'intenzione di rendere visibili parti d'offerta indicate come segrete, né un contraddittorio con il richiedente.

Orbene un primo dubbio interpretativo relativamente alla nuova disciplina processuale introdotta dal Codice dei contratti pubblici e che ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale è afferente alla necessità o meno di applicare il cd. rito superaccelerato anche in ipotesi di mancata messa a disposizione della documentazione di cui all'art. 36 o di messa a disposizione sulla piattaforma digitale di offerte oscurate senza aver preso espressa posizione sulle relative istanze. In tale caso, come si vedrà, alcune sentenze dichiarano la necessità di adire il tribunale amministrativo entro i dieci giorni dalla comunicazione di aggiudicazione mentre altre ritengono applicabile l'iter procedimentale di accesso difensivo e applicazione in caso di diniego dell'art. 116 del codice del processo amministrativo.

“ **L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dimostra un progressivo spostamento verso un modello digitale, proporzionato e motivato di accesso, in cui l'automatismo è sostituito da un bilanciamento ragionato che implica maggiori conoscenze da parte del responsabile unico di progetto.** ”

3. Le esclusioni dall'accesso e la tutela del Know how alla luce della giurisprudenza e della sentenza della Corte di Giustizia UE del 10 giugno 2025

Come si è accennato sopra il diritto di accesso diretto agli atti e ai documenti nelle procedure di gara trova un limite di fronte alla necessità di tutelare il Know how di un determinato concorrente; a sua volta però tale necessità dovrà passare in secondo piano in caso di accesso difensivo volto cioè ad ottenere informazioni indispensabili per la tutela di un interesse che si assume violato e che deve necessariamente essere sottoposto alla decisione di una autorità giudiziaria.

Al fine, pertanto, di comprendere come dovranno essere motivate le decisioni assunte dalla stazione appaltante o dall'ente concedente in tale materia, è necessario delineare la nozione di segreto tecnico o commerciale tenendo presente quanto argomentato dalla giurisprudenza consolidata, anche alla luce delle indicazioni rese dall'ANAC e dal Garante privacy. La nozione di segreto tecnico o commerciale trova la sua fonte normativa nell'art. 98 del D.Lgs. 30 del 2005 recante il Codice della proprietà industriale ai sensi del quale le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico-industriali devono avere i requisiti di effettiva segretezza nonché di rilevanza economica e devono essere "soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate" (in tal senso ad esempio si è espresso il Tribunale amministrativo per il Piemonte, sede di Torino, con sentenza dell'11 luglio 2024, n. 865).

Secondo recenti pronunzie (come ad esempio la sentenza del Tar Piemonte, sede di Torino, del 25 luglio 2025 n. 1271) "non è sufficiente, ai fini della limitazione del diritto di accesso di una concorrente in una gara pubblica agli atti ed ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, l'affermazione che questi ultimi attengono, genericamente, al proprio "know how", bensì è necessario che sussista una informazione precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili

caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali)".

Per delineare, pertanto, l'iter argomentativo che dovrà essere seguito dalla stazione appaltante o dall'ente concedente ed del delicato contemperamento di interessi che sarà necessario operare, si rileva come la giurisprudenza amministrativa, con riferimento al tema dell'accesso all'offerta tecnica e all'oscuramento dei segreti tecnici e commerciali, ha chiarito da tempo che "al fine di concedere o negare l'accesso alla documentazione prodotta dai partecipanti ad una gara, vanno distinte tre valutazioni: i) quella che l'amministrazione è chiamata a compiere sull'istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241; ii) quella sulla eventuale sussistenza dei segreti tecnici o commerciali; iii) quella sulla sussistenza di esigenze della difesa in giudizio in capo a chi ha formulato la richiesta di accedere ai documenti" (in tal senso si è pronunciato il Tribunale amministrativo regionale Umbria con sentenza del 27 novembre 2024, n. 823); principi che sono stati estesi anche alla nozione del c.d. "know how" (come afferma chiaramente il Consiglio di Stato con sentenza del 15 ottobre 2024, n. 8257).

Orbene, tali valutazioni sono evidentemente anticipate nel nuovo Codice dei contratti pubblici già alla fase di messa a disposizione in ottica digitale della documentazione di gara cche avviene contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione di cui all'art. 90 in quanto, già in tale fase, si deve avviare un ragionamento logico e giuridico volto a sostenere la decisione assunta di accoglimento o meno delle istanze di oscuramento con un vaglio prospettico in ordine alla possibilità che tale decisione apra un contenzioso.

All'impegno richiesto alla stazione appaltante o all'ente concedente, è speculare quello del concorrente che, come ben evidenziato dal Consiglio di Stato, con sentenza del 17 luglio 2025, n. 6280 per poter ottenere la tutela dei propri segreti tecnici e commerciali e/o del proprio know how, nella consapevolezza che le gare pubbliche sono informate ai principi di piena trasparenza, deve

individuare in modo chiaro e specifico, quantomeno tramite l'indicazione dell'oggetto, della funzione e del collegato vantaggio competitivo o tecnologico, la particolare competenza/conoscenza/esperienza/procedura, sviluppata ed usata nell'esercizio della sua attività, che intende mantenere riservata, in quanto idonea a garantirne il suo successo e la sua competitività nel mercato di riferimento. Nel caso di mancata o lacunosa allegazione delle suddette circostanze il responsabile unico del progetto potrà motivare la reizione della istanza di oscuramento. La stessa valutazione dovrà essere effettuata qualora, a seguito dell'accoglimento della richiesta di oscuramento, la stazione appaltante o l'ente concedente riceva una istanza di accesso agli atti difensivo e qualificato alla luce della Legge n. 241 del 1990. In tal caso, infatti, la riservatezza viene ad assumere una posizione di secondo piano a fronte del concreto diritto di difesa del soggetto istante, ferma restando la necessità di consentire una persistente tutela, tramite gli strumenti appropriati tra i quali l'applicazione delle previsioni contenute nell'art. 2598 c.c. sulla concorrenza sleale, in caso di un uso improprio, da parte dell'istante delle informazioni acquisite.

Il delicato confronto tra le esigenze di tutela del Know how e quelle difensive hanno spinto il Consiglio di Stato ad investire della questione la Corte di Giustizia europea chiedendole di dirimere, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento della unione europea, la seguente questione pregiudiziale: "se l'art. 39, direttiva 2014/23/UE da cui si desume, così come dall'art. 28 direttiva 2014/23/UE e dall'art. 21 direttiva 2014/24/UE, che il conflitto alla tutela giurisdizionale e il diritto alla tutela dei segreti commerciali è risolto mediante un bilanciamento che non attribuisce necessaria prevalenza al primo - osti alla disciplina nazionale contenuta nell'art. 53 comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, che dispone di esibire la documentazione contenente segreti tecnici o commerciali nel caso di accesso preordinato alla tutela giurisdizionale, senza prevedere modalità di bilanciamento che tengano conto delle esigenze dei segreti tecnici commerciali".

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con l'ordinanza del 10 giugno 2025, ha chiarito che "l'articolo 39 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26

febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in combinato disposto con gli articoli 70 e 75 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che: esso osta a una disciplina nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, che richiede che l'accesso alla documentazione contenente segreti tecnici o commerciali trasmessa da un offerente sia concesso a un altro offerente, qualora tale accesso sia necessario al fine di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di quest'ultimo nell'ambito di una procedura connessa all'aggiudicazione dell'appalto, senza che tale disciplina consenta agli enti aggiudicatori di procedere a un bilanciamento tra tale diritto e le esigenze relative alla tutela dei segreti tecnici o commerciali".

“ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea preclude alla stazione appaltante o all'ente concedente la possibilità di accogliere automaticamente le istanze semplicemente motivate dalla necessità di “difesa in giudizio” dovendo garantire in modo corretto l'equilibrio fra il diritto di accesso difensivo e la tutela dei segreti aziendali. ”

4. L'amministrazione algoritmica e le nuove frontiere dell'accesso agli atti e della trasparenza

La digitalizzazione nella gestione del ciclo di vita del contratto pubblico introdotta in modo deciso dal D.Lgs. n. 36 del 2023 è accompagnata anche dalla introduzione della possibilità di utilizzare gli algoritmi e l'intelligenza artificiale nelle procedure di gara. L'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, ha codificato per la prima volta nel nostro ordinamento, i criteri che devono guidare l'adozione di provvedimenti algoritmici, stabilendo che tali decisioni devono rispettare i principi di trasparenza, non esclusività e non discriminazione, garantendo sempre la supervisione umana.

La concreta applicazione di tali regole solleva questioni di natura pratica, come la determinazione dei criteri per definire quando un procedimento possa essere considerato effettivamente automatizzato e quali limiti possano essere applicati al diritto di accesso, in particolare quando lo stesso riguarda aspetti tecnici quali i codici sorgente dei software impiegati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

A queste domande ha tentato di offrire una prima risposta il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4857 del 2025 che rappresenta, pertanto, un importante passaggio nell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa relativa alla intelligenza artificiale e alla automazione decisionale nelle procedure da gara.

Il caso sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato scaturiva dal fatto che, durante la fase di caricamento dei documenti sulla piattaforma digitale, un partecipante segnalava che il sistema aveva bloccato il nuovo caricamento di un file, in quanto l'impronta digitale (hash) non coincideva con quella inizialmente generata. In base a questa circostanza, la Commissione di gara disponeva l'esclusione dell'operatore, facendo riferimento a una violazione delle regole di presentazione dell'offerta della *lex specialis*.

La società esclusa aveva conseguentemente fatto istanza di accesso sia ai log di sistema che al codice sorgente della piattaforma, sostenendo che il funzionamento del software avrebbe influenzato direttamente l'esito della procedura e potesse configurare una errata decisione algoritmica.

La Stazione appaltante aveva parzialmente accolto l'istanza consentendo la visione dei log ma aveva negato l'accesso ai file sorgente, sostenendo che lo stesso non potesse essere considerato un documento amministrativo ai sensi della Legge n. 241 del 1990.

Il Consiglio di Stato ha chiarito la differenza concettuale tra una decisione algoritmica e una decisione assistita da strumenti informatici ritenendo che la prima si configuri solo quando l'intero processo decisionale è automatizzato, ovvero qualora il risultato dell'algoritmo sostituisca il giudizio umano.

Diversamente, se il sistema digitale si limita a fornire un supporto operativo o tecnico, restando la decisione finale affidata all'uomo, ci si trova di fronte a una decisione tradizionale.

Nel caso sottoposto al suo esame il Consiglio di Stato ha evidenziato che non vi era alcuna prova che la piattaforma avesse adottato automaticamente la decisione di esclusione in quanto la stessa aveva solo rilevato, tramite un meccanismo informatico, la mancata corrispondenza tra i codici hash dei file caricati, fornendo un riscontro tecnico che la Commissione di gara ha poi autonomamente valutato e fatto proprio escludendo il concorrente.

Pertanto, in assenza di un provvedimento algoritmico sostitutivo di quello umano non può trovare applicazione l'art. 30, comma terzo, del nuovo Codice dei contratti pubblici, che tutela la trasparenza delle decisioni automatizzate e il diritto di accesso ai "file sorgente" e l'unico accesso eventualmente esperibile è quello difensivo previsto dall'art. 24, comma settimo della Legge n. 241 del 1990, soggetto a un rigoroso vaglio di strumentalità necessaria rispetto alla tutela giudiziale del diritto dell'interessato.

Ulteriore principio evidenziato dal Consiglio di Stato nella decisione in esame è quello della "centralità del controllo umano" a detta del quale l'automazione non può sollevare l'amministrazione dalla responsabilità ultima sul procedimento, né precludere la possibilità di verifica e motivazione delle scelte adottate.

In tale prospettiva, la pronuncia si conforma all'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), che tutela il diritto dell'interessato a non essere assoggettato a decisioni interamente automatizzate, anticipando altresì gli obblighi introdotti dal Regolamento europeo e dalla recente Legge italiana sulla Intelligenza artificiale.

L'analisi di tale sentenza offre, altresì, alcuni interessanti spunti di riflessione sulla governance digitale nelle amministrazioni pubbliche alla luce del nuovo Codice dei contratti, che sostiene la gestione digitale del ciclo di vita contrattuale.

Occorre pertanto aver ben presente il rischio che confusione tra l'automazione procedurale (come il caricamento o la verifica documentale) e quella decisionale in senso tecnico.

La sfida principale per le amministrazioni pubbliche consiste nell'integrare l'intelligenza artificiale nei procedimenti decisionali preservando la responsabilità umana, la motivazione e la tracciabilità delle scelte adottate.

“ Il Codice sorgente è uno strumento tecnico di esecuzione e diventa ostensibile solo se costituisce l'oggetto diretto della decisione amministrativa automatizzata o se la sua conoscenza è indispensabile per contestare la legittimità di un provvedimento. ”

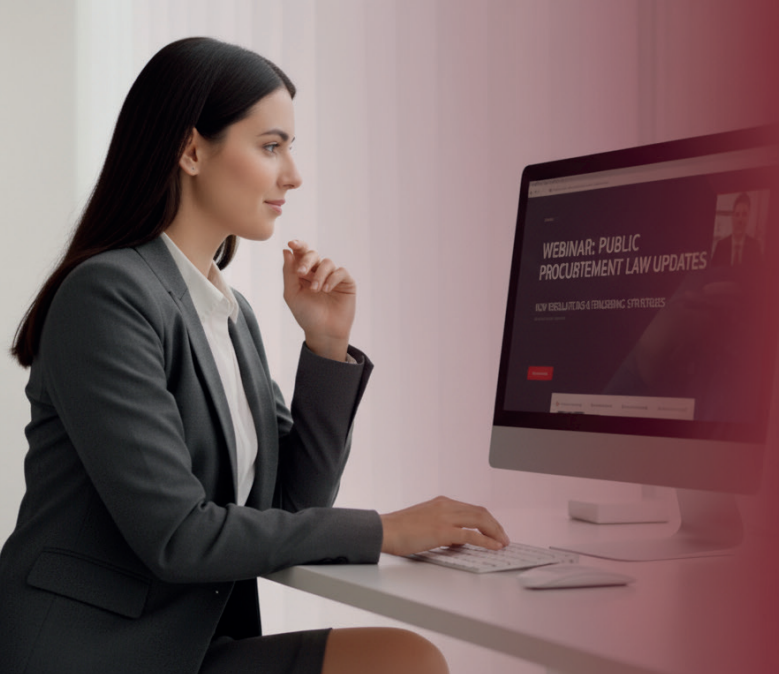
5. Conclusioni

La disciplina sull'accesso agli atti nell'ambito della contrattualistica pubblica rappresenta uno strumento a presidio della trasparenza, parità di trattamento e legalità in un contesto che storicamente è sempre stato esposto al rischio di distorsioni e manovre corruttive.

La disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, completata da quella recata nella Legge n. 241 del 1990 e dal D.Lgs. n. 33 del 2013, sebbene possa apparire a tratti articolata e complessa anche alla luce delle variegate interpretazioni giurisprudenziali, tende a creare un equilibrio tra il diritto di accesso dei concorrenti e degli interessati e la tutela del segreto tecnico o commerciale, secondo un criterio di proporzionalità.

La prassi e l'interpretazione giurisprudenziale hanno progressivamente definito i limiti e le condizioni di esercizio di questo diritto, ponendo l'accento sull'effettività della tutela e sull'interesse concreto e attuale del richiedente.

Tuttavia, permangono ancora margini di incertezza applicativa, soprattutto in relazione alla sovrapposizione tra accesso documentale e accesso civico generalizzato, e alla tutela delle informazioni riservate delle imprese che impegnano i giudici amministrativi nel tentativo di superare ogni residuo dubbio applicativo.



WEBINAR LIVE GRATUITO

OLTRE LA NORMA

Quando la legge incontra l'interpretazione:
un filo diretto con i nostri consulenti

Venerdì 5 Dicembre 2025

Ore 11:00 - 13:00

TI PORTIAMO "OLTRE LA NORMA"

"Oltre la Norma" è il **format gratuito** di Mediagraphic dedicato a chi lavora ogni giorno con i contratti pubblici.

Un appuntamento che **unisce il rigore dell'analisi giuridica e l'esperienza** di chi gestisce gare e contenziosi sul campo.

COSA RENDE SPECIALE IL FORMAT

I consulenti Mediagraphic portano l'esperienza operativa, la rivista **MediAppalti** garantisce l'aggiornamento serio e verificato. Insieme offrono **un'occasione unica** per tradurre l'interpretazione delle norme in soluzioni pratiche.

A CHI È DEDICATO

RUP, uffici Gare, segretari comunali, dirigenti e funzionari tecnici e amministrativi, operatori economici e consulenti che vogliono prevenire contenziosi e lavorare in modo corretto e conforme alla norma.

I TEMI DEL PROSSIMO INCONTRO

Nel webinar del prossimo **5 Dicembre**, parleremo di **tre snodi decisivi** per chi gestisce le gare:

Soccorso istruttorio

Limiti e applicabilità alla luce della giurisprudenza formatasi con il d.lgs. 36/2023

Relatori:

Avv. Mariateresa Colamorea, Avv. Arcangela Lacerenza

Accesso agli atti e segreti tecnici

Come bilanciare trasparenza e riservatezza

Relatori:

Avv. Mariarosaria di Canio, Avv. Alessandro Lattanzio

Funzioni e responsabilità del RUP

I compiti del RUP e dei responsabili di fase in base alle esigenze organizzative delle S.A.

Relatori:

Avv. Giuseppe Croce, Avv. Giuseppe Morolla

INCONTRO ORGANIZZATO DA

Mediagraphic

MEDIAAPPALTI

**PRENOTA ORA
IL TUO POSTO**



Iscriviti gratuitamente al webinar su Zoom
Inquadra il QR code o visita [mediagraphic.it](https://www.mediagraphic.it)

Il subentro nel contratto ad esecuzione continuata o periodica avviene per l'intero rapporto contrattuale

di Andrea Magagnoli

IL
PUN
TO

1. Le questioni giuridiche

Le questioni giuridiche esaminate da parte dei giudici dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 depositata il giorno 15 luglio 2025 presentano un rilevante interesse che non potrà che riflettersi sul contenuto della decisione. Come vedremo in seguito, la decisione dei magistrati amministrativi individua tre diversi principi di diritto ricavati dalla legislazione vigente e che trovano ulteriore conforto anche da più generali esigenze di equità presenti nelle fattispecie portate al loro esame.

Ad essere oggetto del giudizio dell'Adunanza Plenaria sono in particolare le seguenti questioni:

- 1) Delimitazione temporale degli effetti della dichiarazione d'inefficacia del contratto concluso a seguito di una procedura di gara invalidata per violazioni alla normativa sugli appalti pubblici;
- 2) Individuazione delle prestazioni da eseguirsi da parte del terzo subentrante nel caso di parziale esecuzione del contratto;
- 3) Titolarità di un diritto al risarcimento del danno da parte del terzo subentrante.

2. La vicenda processuale

Il procedimento che ha portato all'emissione della sentenza qui in commento, presenta aspetti di una certa complessità tanto da portare all'emissione di tre sentenze diverse (una del TAR, due del Consiglio di Stato) da parte dei giudici amministrativi.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 depositata il giorno 15 luglio 2025 (quella in commento) presenta la natura giuridica di una sentenza di ottemperanza. Il ricorso alla giurisdizione di ottemperanza si rendeva necessario nel caso concreto, come vedremo meglio in seguito, a ragione delle omissioni e delle negligenze compiute dalla stazione appaltante che aveva dato corso ad una esecuzione inesatta e parziale di una precedente sentenza del Consiglio di Stato.

L'analisi della vicenda concreta non potrà che iniziare con un accenno all'azione dell'amministrazione, con un particolare accento sui provvedimenti emessi da questa ultima destinati a divenire l'oggetto della procedura giudiziaria.

L'azione dell'amministrazione rappresentata nel caso concreto dalla Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (A.R.I.A.) operante nel territorio della Regione Lombardia, che in seguito avrebbe assunto la funzione di stazione appaltante nel corso dello svolgimento della procedura di selezione pubblica, partiva dalla constatazione della necessità di provvedere gli enti sanitari operanti nel territorio di una serie specifica di materiali, indispensabili per la efficace gestione dei servizi pubblici.

L'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti in qualità di stazione appaltante, pertanto, ed al fine di sopperire all'esigenza di cui sopra, dava corso ad una apposita procedura di gara. Il provvedimento che ne regolamentava l'esecuzione e lo sviluppo presentava la natura giuridica della Determinazione Dirigenziale.

Tramite tale provvedimento la stazione appaltante indicava una procedura aperta suddivisa in lotti, diretta all'individuazione di un operatore economico con il quale stipulare una convenzione in attuazione dell'art. 26 comma 1 della legge 23 dicembre 1999, n. 4488 e 1 comma 4 lett. a) della legge Regione Lombardia 28 dicembre 2007, n. 3333 avente ad oggetto la fornitura di tutti i materiali necessari per la gestione dei servizi sanitari.

Il disciplinare di gara conteneva le seguenti disposizioni (si tratta di norme che, come vedremo, incideranno sul futuro sviluppo della vicenda processuale, così da rendersi necessario qualche breve cenno sul loro contenuto):

- 1) Obbligo per la convenzione di stabilire per ciascun lotto, l'importo massimo contrattuale che sarebbe stato pari al prezzo complessivo offerto dall'aggiudicatario,
- 2) i singoli contratti attuativi della convenzione, sarebbero stati dalla stessa regolamentati e sarebbero stati attivati da ciascuno degli enti beneficianti, attraverso "ordinativi di fornitura".
- 3) i contratti attuativi della convenzione avrebbero avuto una durata pari a sessanta giorni.

La gara cui partecipavano diversi operatori economici esauriva il proprio corso in relazione

ad uno dei lotti che ne costituivano l'oggetto.

La stazione appaltante assegnava il predetto lotto ad uno degli operatori economici che aveva partecipato alla gara e che a seguito di una valutazione della sua situazione giuridica e professionale risultava in possesso di tutti i requisiti necessari previsti nel disciplinare di gara.

L'esito della gara, tuttavia non veniva condiviso da altro operatore economico che si era visto attribuire il secondo posto nella graduatoria di merito redatta dalla stazione appaltante e che, come vedremo ritenendosi leso nei propri diritti, ed al fine di ottenerne la tutela, dava corso ad una procedura giudiziaria vera e propria che vedeva la realizzazione di due fasi di merito e di una di ottemperanza compiutesi innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ed al Consiglio di Stato. La società (questa era la forma giuridica dell'operatore economico) classificatasi al secondo posto presentava anzitutto ricorso al giudice amministrativo di primo grado, da individuarsi nel caso concreto nel Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia.

La domanda rappresentata dalla società ricorrente si sostanzialmente nella richiesta di annullamento del provvedimento di assegnazione che ad avviso della ricorrente si rendeva necessario data la presenza nell'atto di attribuzione della futura qualità di parte della Convenzione deputata alla regolamentazione del servizio di fornitura di materiali sanitari che costituiva l'oggetto della procedura di gara, di vizi ed imperfezioni che ne escludevano la validità. La tesi difensiva, tuttavia, non veniva condivisa da parte dei giudici amministrativi di primo grado che rigettavano la richiesta della società ricorrente.

Questa ultima dava ulteriore corso al procedimento attivando la seconda fase del giudizio amministrativo attraverso un appello innanzi al Consiglio di Stato. L'atto di appello conteneva tre diversi motivi e tre diverse richieste ciascuna funzionale ad una esigenza specifica della parte soccombente in primo grado. La domanda in particolare basava le

ragioni di riforma della sentenza sulla presenza di numerose violazioni di legge presenti nel contenuto del provvedimento di assegnazione, si trattava, rappresentava la società appellante al contrario di quanto ritenuto da parte dei giudici amministrativi di primo grado di imperfezioni e vizi che inficiavano irrimediabilmente la validità.

Alla richiesta di annullamento si accompagnavano due ulteriori domande. La società ricorrente richiedeva infatti il subentro nel rapporto contrattuale nonché la corresponsione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno patito a seguito della illegittima mancata assegnazione dell'incarico oggetto della procedura di gara.

I giudici del Consiglio di Stato assumevano una posizione diversa da quella manifestata da parte dei magistrati amministrativi di primo grado. Il Consiglio di Stato riteneva, in linea di massima, fondata la posizione assunta dalla società ricorrente. La sentenza emessa a seguito, infatti, accoglie sia la richiesta di dichiarazione d'inefficacia del contratto che quella del subentro da parte della società appellante.

Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza: "il contratto è inefficace decorso il termine di cinquanta giorni dalla data di pubblicazione della sentenza" precisando inoltre le modalità d'ingresso nel rapporto contrattuale da parte della società appellante con la seguente locuzione: "il subentro nel rapporto contrattuale previo il riscontro della presenza in capo all'appaltante di tutti i requisiti richiesti dal disciplinare di gara."

Sorte diversa toccava invece alla domanda di risarcimento che i giudici del Consiglio di Stato ritenevano infondata. La questione all'apparenza esauritasi attraverso l'emissione della sentenza del Consiglio di Stato era ben lungi dal trovare la parola fine.

La stazione appaltante infatti sia pure in presenza di espresse statuizioni dei giudici del Consiglio di Stato di carattere ben diverso disponeva una illegittima riduzione unilaterale degli importi da corrispondersi all'operatore economico, limitando inoltre la durata dei contratti attuativi

ad un periodo inferiore a quello di 60 giorni previsti dal disciplinare di gara.

La condotta globalmente inadempiente della stazione appaltante induceva pertanto la società, che si era vista negare l'assegnazione dell'incarico a dare corso ad una ulteriore fase della procedura al fine di ottenere la corretta esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato.

Veniva presentato ricorso al Consiglio di Stato questa volta in veste di giudice dell'ottemperanza. Le richieste della società ricorrente non riguardavano solo l'integrale esecuzione delle prescrizioni contenute nella sentenza che aveva accolto due delle domande proposte dalla società ricorrente estendendosi altresì alla domanda di nomina di un commissario ad acta ed alla corresponsione della somma dovuta per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza in attuazione di quanto previsto dall'art. 114 comma 4 lett. e) del d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo). Dopo avere compiuto il proprio corso il procedimento veniva deciso con la sentenza qui in commento.

3. Cenni sull'inefficacia del contratto

Prima di passare all'esame della motivazione della recente sentenza emessa dall'Adunanza Plenaria effettuiamo alcune osservazioni sulla normativa che oggi disciplina l'esecuzione della procedura di selezione pubblica degli operatori economici.

La formazione di un consistente corpus normativo in materia di appalti pubblici ha origine dal progressivo formarsi della consapevolezza da parte della classe politica prima ed in seguito del legislatore dell'importanza delle prestazioni degli operatori economici esterni all'apparato organizzativo della pubblica amministrazione per il corretto ed efficace funzionamento della macchina pubblica.

L'efficace gestione dei servizi pubblici necessita, infatti, di risorse di cui l'amministrazione in molti casi non dispone ipotesi che rende indispensabile il ricorso ad operatori esterni che

si trovino in possesso delle risorse necessarie e delle competenze occorrenti nella situazione concreta.

L'utilizzo di risorse esterne assume, pertanto, una primaria importanza per l'organizzazione pubblica postulando una scelta corretta ed imparziale dell'operatore economico deputato a fornire all'organizzazione pubblica le prestazioni di cui essa necessita.

Pertanto, nel corso del tempo si è assistito all'emissione ed all'entrata in vigore di numerose disposizioni dirette a disciplinare le modalità di scelta dell'operatore economico, che potrà entrare in rapporti con le pubbliche amministrazioni solo a seguito del superamento di una procedura apposita che porti alla verifica ed all'accertamento della presenza dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara.

Ove si proceda ad un esame sia pure sommario del contenuto delle norme che l'ordinamento dedica alle procedure di gara pubblica emergeranno due dati. Il primo ha riguardo al loro numero che si presenta come piuttosto elevato e consistente, il secondo invece inerente alla loro collocazione che si manifesta come molto eterogenea dato il loro posizionamento in testi legislativi molto diversi.

Le norme dedicate allo svolgimento delle procedure di gara pubblica si collocano infatti a diversi livelli europeo, nazionale, regionale, ma per economia d'analisi ed in ragione dell'argomento dell'elaborato limiteremo la nostra attenzione a due sole fonti normative, che, come in seguito, vedremo, hanno costituito la base del ragionamento seguito dai giudici dell'Adunanza Plenaria.

Si allude in particolare al decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici) ed al d.lgs. 2 luglio 2010 n.104 (Codice del processo amministrativo in attuazione all'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo). Il primo dei due testi legislativi espressamente dedicato alle

procedure di gara pubbliche disciplina forme, modalità e termini dei sistemi di selezione pubblica degli operatori economici.

Si tratta di un insieme di norme la cui funzione essenziale può essere individuata nel loro ruolo di strumento diretto a garantire la corretta esecuzione delle procedure di contrattazione pubblica in modo tale che il loro svolgimento consenta una scelta imparziale dell'operatore economico cui affidare l'incarico, basata sull'effettiva presenza in capo a questo ultimo di tutti i requisiti che si rendono necessari nella situazione concreta, senza alcuna considerazione di fattori di altro tipo.

Dalla primaria importanza svolta nel sistema normativo delle procedure di contrattazione pubblica discende il carattere obbligatorio delle norme che ne costituiscono la struttura. Si tratta di norme inderogabili, da parte di coloro che con esse si confrontano e che per tale natura richiedono la presenza di sanzioni e misure dirette ad impedire od eliminare gli effetti di una loro violazione.

L'effettiva osservanza di tali disposizioni viene assicurata nel sistema normativo dalle norme contenute nel d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) ed in particolare dagli articoli 122 e 124.

Si tratta di due disposizioni che, sulla base del principio base del diritto amministrativo, che vuole che un provvedimento amministrativo emesso in violazione di norme cogenti debba ritenersi invalido, ne regolamentano l'applicazione anche ai provvedimenti emessi nel corso delle procedure di gara pubblica.

Accanto al potere del giudice di invalidare gli atti della procedura di gara, l'art 122 del d.lgs. 104/2010 prevede anche la facoltà di questo ultimo di dichiarare inefficace il contratto stipulato a seguito della precedente selezione.

E sono proprio le modalità di esercizio del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto ad essere oggetto di esame da parte dei giudici del Consiglio di Stato, nella sentenza qui in commento.

4. Gli ambiti temporali della dichiarazione d'inefficacia del contratto e le modalità di subentro del terzo nel rapporto contrattuale.

La normativa che regola lo svolgimento delle procedure di gara pubblica presenta come abbiamo visto i caratteri della inderogabilità e della obbligatorietà. Si tratta di prescrizioni la cui inosservanza determina in prima battuta l'invalidità della procedura di gara alla quale, ed in seguito ad una decisione del giudice, può conseguire una dichiarazione d'inefficacia del negozio giuridico contratto concluso al suo esito. Sarebbe infatti del tutto illogico ed irrazionale privare di validità una procedura di gara conservando al contempo l'efficacia del contratto che ne costituisce il prodotto.

Nella motivazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria vengono esaminati due aspetti giuridici della dichiarazione d'inefficacia. Ad essere oggetto di esame da parte dei giudici dell'Adunanza Plenaria è anzitutto la questione dell'esatta delimitazione temporale della dichiarazione d'inefficacia alla quale se ne accompagna una seconda di natura diversa, riguardante invece l'individuazione del contenuto del diritto spettante al soggetto che abbia ottenuto il subentro nel contratto.

La prima delle due questioni non presenta una complessità rilevante data la indiscutibile presenza, nell'ordinamento di una norma che pone uno specifico criterio per la sua risoluzione. La soluzione potrà essere facilmente ricavata da una disposizione contenuta nel d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo). Si allude all'articolo 122 che dispone quanto segue: "fuori dai casi previsti dall' art. 121 comma 1 e 123 comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza tenendo conto in particolare degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto nei casi in cui il vizio non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta."

La norma risolve in modo chiaro ed inequivoco, la questione della modalità di determinazione della delimitazione temporale degli effetti della dichiarazione d'inefficacia del contratto.

La soluzione individuata dal legislatore presenta in un certo senso una via di mezzo tra un sistema basato sulla determinazione normativa di un termine fisso ed un sistema invece di carattere diverso fondato a differenza del primo sul principio della determinazione giudiziale.

L'art. 122 d.lgs. 104/2010, infatti, come si evidenzia da un esame del suo contenuto, lascia al giudice la facoltà di individuare il momento in cui il contratto concluso a seguito di una procedura di gara annullata cessi la propria operatività. La facoltà del giudice di provvedere alla determinazione degli aspetti temporali della perdita di efficacia del contratto è ancorata tuttavia a criteri ben precisi.

Siamo in presenza di una scelta che non potrà essere del tutto libera e che non sarà affidata alla sola discrezione del giudice che valuta il caso concreto in quanto per espressa previsione normativa dovrà essere guidata dai criteri individuati dal d.lgs. 104/2010. Il principio posto da parte dei giudici del Consiglio di Stato suona nel seguente modo: "la decorrenza degli effetti della dichiarazione d'inefficacia sarà di competenza del giudice che dovrà tuttavia considerare i criteri previsti dalla normativa".

La seconda questione esaminata nella motivazione della recente sentenza del Consiglio di Stato riguarda un diverso aspetto giuridico della dichiarazione d'inefficacia. Tale dichiarazione, ai sensi dell'art. 122, costituisce un presupposto indefettibile del risarcimento in forma specifica che si realizza attraverso il subentro nel rapporto contrattuale dell'operatore illegittimamente escluso. Il diritto al subentro, tuttavia in assenza di una espressa indicazione normativa circa il suo contenuto concreto presenta una problematica specifica che si sostanzia nella necessità di determinarne l'effettivo contenuto e la concreta ampiezza.

Il problema non si pone nell'ipotesi in cui l'esecuzione del contratto non abbia ancora

avuto inizio, in questo caso infatti all'operatore economico che abbia ottenuto il diritto al subentro, spetterà il diritto ad eseguire tutte le prestazioni previste nel negozio giuridico dichiarato inefficace a seguito dell'annullamento della procedura di gara.

La questione si pone invece nel caso in cui il contratto abbia avuto una parziale esecuzione e consegue alla necessità di determinare se in tale caso al soggetto, che abbia ottenuto il subentro, compete il diritto all'esecuzione di tutte le prestazioni previste nel negozio giuridico dichiarato inefficace ovvero solo di quelle rimaste ineseguite. La normativa non contiene una precisa descrizione del contenuto del subentro lasciando pertanto all'interprete che si occupa dell'applicazione della norma nel caso concreto l'onere di precisarne i limiti.

Sul punto, comunque, si confrontano due tesi: l'una di carattere più restrittivo, che ritiene di competenza del terzo le sole prestazioni rimaste ineseguite, al quale si ne accompagna un secondo di carattere del tutto antitetico che valorizza la posizione del subentrante consentendogli l'esecuzione di tutte le prestazioni previste da contratto indipendentemente dal fatto che parte di esse siano già state eseguite. Sulla questione i giudici dell'Adunanza Plenaria individuano un preciso principio di diritto che distingue le fattispecie in base alla natura ed alla durata del contratto.

Affermano i giudici del Consiglio di Stato come in assenza di un preciso criterio legislativo sarà compito del giudice la determinazione del contenuto del diritto del terzo. Sarà il giudice ad individuare se il diritto del subentrante debba ritenersi o meno limitato alle sole prestazioni ineseguite.

Nel caso, tuttavia, in cui il subentro riguardi un contratto a prestazioni periodiche o continue il giudice potrà disporre che il terzo subentrante divenga parte di un rapporto contrattuale che presenta la medesima durata di quello originario conseguendo pertanto il diritto a conseguire il diritto ad eseguire tutte le prestazioni in esso previste e ad ottenerne i relativi benefici economici.

5. Il risarcimento del terzo che abbia ottenuto il diritto al subentro nel contratto

Come abbiamo visto la domanda della società ricorrente non si limitava alla richiesta di una dichiarazione d'inefficacia del contratto, concluso a seguito della procedura di gara annullata ed al subentro nel contratto estendendosi anche ad un altro aspetto giuridico.

La società che aveva dato corso all'azione giudiziaria richiedeva infatti la corresponsione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno. Orbene, a differenza delle prime due la richiesta risarcitoria non trovava accoglimento da parte dei giudici del Consiglio di Stato che decidono la questione sulla base dell'unica soluzione consentita dalla normativa vigente.

La questione giuridica si pone in sintesi nei seguenti termini: "al contraente che abbia ottenuto il diritto a subentrare nel contratto compete anche un diritto al risarcimento oppure tra le due forme di tutela esiste un rapporto d'incompatibilità che consente l'applicazione di una sola delle due garanzie previste dalla normativa per il terzo illegittimamente escluso dall'aggiudicazione?".

La soluzione non potrà che essere ricercata nel contenuto delle disposizioni vigenti. Il primo dato ad emergere è la mancanza di un divieto espresso circa la corresponsione di una somma di denaro al soggetto che abbia ottenuto il subentro nel contratto dichiarato inefficace.

Tuttavia, ad una soluzione negativa della questione non può che giungersi a seguito di un esame del contenuto dei commi 1 e 2 dell'art. 124 d.lgs. 104/2010 che testualmente dispongono quanto segue: "l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionata alla dichiarazione d'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 e 122.

Se non dichiara l'inefficacia del contratto il giudice dispone il risarcimento del danno provato e subito. "Dalla lettura delle disposizioni emergono due principi.

Il primo che condiziona ad una dichiarazione d'inefficacia del contratto la possibilità per il soggetto in possesso di tutti i requisiti previsti dalla normativa di stipulare un nuovo contratto. Il secondo invece che vuole che nell'ipotesi in cui il contratto sia stato dichiarato inefficace non sia più possibile e la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento del danno.

Dalla lettura combinata dei due principi di cui sopra è possibile enucleare una regola di carattere più generale che presenta il seguente contenuto: il subentro nel contratto necessita di una dichiarazione di inefficacia che esclude per espressa previsione normativa contenuta nel comma 2 dell'art. 124 d.lgs. 104/2010 il diritto al risarcimento del danno al soggetto che abbia ottenuto il diritto al subentro.

L'annullamento dell'aggiudicazione e il risarcimento del danno: il rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel contenzioso sugli appalti pubblici, con particolare riferimento al PNRR

di Achille Morcavallo e Giuseppe Pugliese

IL
PUN
TO

Introduzione

Il contenzioso in materia di contratti pubblici rappresenta da tempo un terreno privilegiato per l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dei rapporti tra effettività della tutela giurisdizionale e salvaguardia dell'interesse pubblico.

La crescente complessità delle procedure, l'intensificazione della competizione tra operatori economici e la rilevanza strategica degli appalti nell'economia nazionale fanno di questo settore un vero e proprio "stress test" del sistema di giustizia amministrativa.

La tensione tra la tutela demolitoria (in primis l'annullamento dell'aggiudicazione) e quella risarcitoria (per equivalente o in forma specifica) si colloca al centro di questo scenario.

Il punto di equilibrio tra legalità e stabilità dell'azione amministrativa risulta tanto più delicato quanto più rilevante è il contesto dell'intervento pubblico, come nel caso del PNRR, che impone tempi certi e accelerati per la realizzazione delle opere, riducendo al minimo le possibilità di blocco e paralisi procedurale.

L'articolo si propone di esaminare criticamente l'evoluzione della disciplina e della giurisprudenza in materia, soffermandosi sul rapporto tra tutela reintegratoria e risarcitoria, sulle implicazioni del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) e sulle specificità introdotte dal quadro derogatorio PNRR, interrogandosi sulle prospettive di un sistema giurisdizionale sempre più chiamato a bilanciare l'effettività delle garanzie con l'efficienza amministrativa.

1. Inefficacia del contratto e tutela risarcitoria nell'annullamento dell'aggiudicazione degli appalti pubblici

Gli effetti derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, intervenuto successivamente alla stipulazione del contratto, sono regolati dagli articoli 121 e seguenti del Codice del processo amministrativo (c.p.a.).

Tali disposizioni, introdotte in seguito alla recezione della direttiva europea n. 66/2007 sui rimedi, hanno definitivamente superato un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, in assenza di una disciplina espressa, aveva tentato di risolvere la questione mediante i tradizionali rimedi civilistici, ipotizzando alternativamente la nullità, l'annullabilità o la caducazione automatica del contratto.

La difficoltà di applicare le categorie civilistiche a vizi originati nella fase di gara — e non nel contratto in sé — ha reso necessaria l'adozione di una normativa specifica, in grado di contemperare le molteplici esigenze e interessi coinvolti.

Gli articoli 121 e seguenti del c.p.a. prevedono il rimedio dell'inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, configurando un meccanismo peculiare che si articola in modo differenziato a seconda della gravità del vizio riscontrato. Il giudice dispone di un ampio margine di discrezionalità per armonizzare tempi e modalità dell'inefficacia, tenendo conto della complessità degli interessi in gioco.

L'articolo 121 statuisce che, in presenza di vizi gravi, il giudice è tenuto a dichiarare ordinariamente l'inefficacia del contratto, salvo che sussistano eccezionali esigenze imperative di interesse generale che giustificano la conservazione del rapporto contrattuale.

In tali casi, l'inefficacia rappresenta il rimedio ordinario, mentre la conservazione del contratto costituisce un'eccezione, subordinata alla rigorosa verifica delle predette esigenze pubbliche.

Va precisato che la categoria delle violazioni gravi è da considerarsi eccezionale e limitata a

ipotesi quali l'aggiudicazione senza previa gara, l'omessa pubblicità della procedura (fatta salva la fattispecie di legittimità) e il mancato rispetto del periodo dilatorio (stand-still), che, sebbene possa non essere grave in senso stretto, assume rilievo se integrato da un vizio di legittimità.

Quando la gara si svolge nel rispetto delle garanzie di pubblicità e del periodo stand-still, i vizi procedurali si qualificano come "non gravi".

In tali ipotesi, l'articolo 122 conferisce al giudice una discrezionalità ampia nella valutazione dell'opportunità di dichiarare l'inefficacia o di conservare il contratto, bilanciando i diversi interessi coinvolti.

Qualora si opti per la conservazione, il soggetto escluso dalla gara ha diritto a una tutela risarcitoria per equivalente.

In questo contesto, assume particolare rilievo il principio del risultato, che orienta l'esercizio della discrezionalità giudiziale verso la conservazione del contratto, riducendo l'intervento giurisdizionale e privilegiando la stabilità dei rapporti giuridici.

La normativa contempla diverse ipotesi di conservazione del contratto: la prima, prevista dall'articolo 125, comma 3 c.p.a., relativa all'irretrattabilità per infrastrutture strategiche e contratti PNRR (cfr. par. 5); la seconda, disciplinata dall'articolo 121, che consente la conservazione in presenza di vizi gravi subordinati a esigenze imperative di interesse generale; la terza, più estesa, fondata sulla valutazione discrezionale del giudice nei casi di vizi non gravi, che contempla alternativamente tutela specifica o risarcimento per equivalente.

Qualora l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga tardivamente, ossia dopo l'esecuzione totale o parziale del contratto e renda impossibile il subentro, il concorrente escluso ha diritto al risarcimento del danno, da richiedere prevalentemente alla stazione appaltante responsabile.

2. La giurisprudenza amministrativa sul risarcimento del danno da mancata aggiudicazione: verso una responsabilità oggettiva

La giurisprudenza amministrativa ha delineato, nel corso degli ultimi anni, un impianto teorico coerente in materia di risarcimento del danno per equivalente conseguente alla mancata aggiudicazione di appalti pubblici. Tale elaborazione si fonda sull'evoluzione dei principi eurounitari in tema di effettività della tutela giurisdizionale e trova riscontro in numerose pronunce del Consiglio di Stato, le quali hanno progressivamente abbandonato una concezione classica fondata sulla colpa della stazione appaltante, in favore di una responsabilità oggettiva e funzionalmente orientata alla reintegrazione del danno subito.

In questa prospettiva, si è chiarito che l'imputazione della responsabilità avviene secondo criteri oggettivi, prescindendo dalla prova della colpa della pubblica amministrazione. La funzione del risarcimento non è meramente sanzionatoria, bensì eminentemente compensativo-surrogatoria, in quanto mira a ristabilire in forma monetaria l'equilibrio che sarebbe derivato dall'aggiudicazione del contratto, la quale è divenuta, nel frattempo, irrealizzabile.

In tal senso si sono espresse le sezioni IV e V del Consiglio di Stato nelle sentenze 15 aprile 2019, n. 2429 e 19 luglio 2018, n. 4381 ed anche, più recentemente, la III sezione del TAR Sicilia con la sentenza del 17 maggio 2023, n. 1647.

Con riferimento al regime probatorio, il dettato dell'art. 124, comma 1, del codice del processo amministrativo richiede che il danno sia "subito e provato". Ciò comporta che l'onere della prova grava interamente sul concorrente pretermesso, sia per quanto concerne l'an della responsabilità che per il quantum. È esclusa, pertanto, l'applicazione del metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (di cui all'art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), in quanto giustificato unicamente dall'esigenza di riequilibrare l'asimmetria informativa nel giudizio di legittimità. Tale orientamento è stato ribadito dalla Sezione V del Consiglio di Stato nella sentenza 19 dicembre 2024, n. 10205, riprendendo il granitico orientamento formatosi sul punto (C.d.S., V,

21.8.2024, n. 7195. In termini confermativi, C.d.S., V, 17.1.2025, n. 368; C.d.S., IV, 31.5.2024, n. 4908; C.d.S., IV, 12.9.2023, n. 8282).

Sul versante del lucro cessante, che rappresenta la voce principale del risarcimento, si afferma la configurabilità dell'interesse positivo, comprensivo tanto del mancato utile che l'impresa avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto, quanto del cosiddetto danno curriculare, inteso come perdita di chance derivante dall'impossibilità di accrescere il proprio storico professionale e, conseguentemente, la propria competitività sul mercato.

Esso può essere riconosciuto solo previa prova specifica che la mancata aggiudicazione abbia inciso negativamente sul posizionamento dell'impresa, in termini di perdita di immagine, reputazione o mancata evoluzione professionale. È quanto si evince dalla pronuncia della Sezione V, 14 febbraio 2023, n. 1552.

La giurisprudenza esclude, inoltre, l'adozione di criteri forfettari, come quello del dieci per cento dell'importo a base d'asta, per la quantificazione del lucro cessante, ritenendo che tale percentuale non trovi fondamento né nella legge né nella logica del risarcimento civilistico.

La quantificazione del danno deve essere, dunque, rigorosamente ancorata all'offerta economica dell'impresa e al margine di utile desumibile dal ribasso praticato. Solo in presenza di obiettiva difficoltà probatoria è consentito il ricorso alla valutazione equitativa del giudice, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 2 maggio 2017, n. 2 e successivamente ribadito dalla Sezione V nella pronuncia 2 gennaio 2024, n. 26 e nella n. 5283 del 26 luglio 2019.

La piena risarcibilità del mancato utile è, peraltro, subordinata alla dimostrazione che le risorse aziendali (personale, mezzi, impianti) non siano state utilizzate in attività alternative. In assenza di tale prova, opera una presunzione secondo cui l'impresa, partecipando a più gare, tenda a impiegare comunque le proprie risorse in modo produttivo. Pertanto, l'utile teorico deve essere decurtato tenendo conto dell'aliunde perceptum

vel percipiendum, in misura variabile a seconda della tipologia dell'appalto, del contesto di mercato, della capacità operativa dell'impresa e del suo storico. In casi estremi, ove manchi del tutto la prova dell'effettiva perdita, è persino possibile addivenire all'azzeramento della pretesa risarcitoria.

In tal senso si esprimono sia l'Adunanza Plenaria (sent. n. 2/2017) sia la Sezione V del Consiglio di Stato (sentenze 12 novembre 2020, n. 7262 e 23 agosto 2019, n. 5803), nonché il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (sentenza 6 novembre 2019, n. 947).

Per quanto concerne l'aspetto monetario, il risarcimento, trattandosi di debito di valore, deve essere rivalutato a decorrere dal giorno del fatto dannoso, da identificarsi nella data di pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione con l'applicazione degli interessi legali annuali sulla somma rivalutata, fino all'effettivo pagamento. Questo principio è stato affermato recentemente dalla Sezione VII del Consiglio di Stato nella sentenza 3 marzo 2025, n. 1769.

3. L'azione di rivalsa e la tutela risarcitoria nel nuovo codice dei contratti pubblici

Un'importante novità del nuovo codice dei contratti pubblici è rappresentata dall'istituto dell'azione di rivalsa disciplinato dall'articolo 5, comma 4, del decreto legislativo n. 36/2023 che attribuisce alla stazione appaltante, condannata al risarcimento del danno in favore del terzo pretermesso, il potere di agire direttamente nei confronti dell'operatore economico che ha illegittimamente conseguito l'aggiudicazione, al fine di recuperare, almeno parzialmente, le somme erogate.

Tale azione si configura come un rimedio tipico e specifico, in netto contrasto con la tradizionale e più generale azione di ingiustificato arricchimento prevista dall'art. 2041 c.c., la quale costituisce uno strumento residuale e sussidiario destinato a colmare lacune del sistema normativo solo quando manchino rimedi espressamente disciplinati. In quest'ottica, l'azione di ingiustificato arricchimento assume carattere residuale e trova applicazione unicamente in assenza di strumenti tipici,

risultando pertanto generalmente inammissibile nell'ambito dei rapporti contrassegnati dalla presenza di una disciplina specifica come quella degli appalti pubblici.

Inoltre, l'azione ex art. 2041 c.c. richiede un nesso diretto e univoco tra l'arricchimento di un soggetto e l'impoverimento correlativo di un altro, derivanti da un unico fatto costitutivo, condizione che nel contesto dell'azione di rivalsa appare difficilmente soddisfatta, essendo l'impoverimento della pubblica amministrazione connesso non al vantaggio dell'impresa aggiudicataria ma alla condanna risarcitoria verso il terzo pretermesso.

Sul piano processuale, l'art. 124 del codice del processo amministrativo ha esteso la cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie e di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti degli operatori economici che, violando i doveri di buona fede e correttezza, hanno contribuito a determinare un esito di gara illegittimo.

Tale previsione normativo-processuale risponde all'esigenza di garantire una tutela risarcitoria più tempestiva ed efficace, favorendo la rapida definizione della controversia nell'ambito del giudizio di cognizione unico, evitando la frammentazione delle procedure e potenziando l'effettività del ristoro per equivalente.

Nonostante ciò, permangono profili di indeterminazione circa la giurisdizione competente in relazione alle azioni risarcitorie promosse direttamente dal terzo pretermesso contro l'impresa illegittima aggiudicataria.

In tali casi, trattandosi di controversie tra soggetti privati, si ritiene prevalente l'applicazione della giurisdizione ordinaria, in virtù dell'assenza di un diretto esercizio o mancato esercizio di poteri amministrativi, nonostante la connessione fattuale con un provvedimento amministrativo.

Tale orientamento è stato consolidato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2/2017, la quale ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo laddove la domanda di risarcimento sia avanzata tra privati, anche se connessa a vicende amministrative.

Diversamente, l'azione di rivalsa esercitata dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico illegittimo appare riconducibile più chiaramente nell'ambito della giurisdizione amministrativa, data la sua natura di strumento funzionale al ristoro di un danno cagionato nell'esercizio di una funzione pubblica, e per la presenza di norme specifiche che disciplinano la materia.

Tale profilo solleva rilevanti questioni di costituzionalità riguardanti la conformità del criterio di riparto giurisdizionale adottato nel nuovo codice dei contratti pubblici, in particolare alla luce del principio affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004, secondo cui il giudice amministrativo è il giudice del potere e non semplicemente dell'amministrazione, e pertanto non può fondarsi esclusivamente sulla mera presenza dell'amministrazione in giudizio.

Alla luce di ciò, si apre un possibile e stimolante dibattito circa la necessità di elaborare una nozione più articolata e moderna di "potere pubblico", che contempli non soltanto l'azione autoritativa tipica della pubblica amministrazione ma anche il ruolo attivo e integrato degli operatori economici nel procedimento di aggiudicazione, soprattutto in considerazione dell'introduzione del principio di buona fede e tutela della fiducia previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici.

Questo paradigma innovativo potrebbe ridefinire l'ambito di operatività del potere amministrativo in senso sostanziale e ampliare la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie che, pur coinvolgendo privati, siano intimamente connesse all'esercizio di funzioni pubbliche e alla gestione dell'interesse pubblico nel settore degli appalti.

4. La disciplina speciale delle procedure di gara nel PNRR: continuità contrattuale e tutela risarcitoria

Nel contesto delle procedure di affidamento e realizzazione di opere finanziate con risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il legislatore ha introdotto una disciplina speciale finalizzata a garantire la piena attuazione degli interventi nei tempi previsti dal piano, tutelando

al contempo gli interessi degli operatori economici coinvolti.

L'art. 48, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge n. 108/2021, rinvia espressamente all'applicazione dell'art. 125 del codice del processo amministrativo (c.p.a.), la cui portata assume rilievo cruciale nel determinare la natura e l'entità della tutela esperibile in caso di annullamento o sospensione degli atti di gara.

In particolare, l'art. 125 c.p.a., al comma 3, prevede che, fatte salve le ipotesi tassative di inefficacia automatica disciplinate dagli artt. 121 e 123 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione non determinano automaticamente la caducazione del contratto già stipulato tra amministrazione e operatore economico.

Di conseguenza, il rapporto contrattuale si mantiene in essere, e ogni pregiudizio derivante dalla decisione di annullamento trova ristoro esclusivamente in sede risarcitoria, mediante il riconoscimento di un'indennità per equivalente. Questo principio segna una sostanziale discontinuità rispetto all'impostazione tradizionale, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione implicava, di regola, la nullità o la caducazione automatica del contratto.

Il regime delineato dall'art. 125 c.p.a. si giustifica in ragione delle esigenze peculiari del PNRR, dove l'ordinamento mira a garantire la realizzazione di opere pubbliche strategiche nei tempi stabiliti, evitando che contenziosi e impugnazioni possano compromettere il cronoprogramma dei lavori e, quindi, il raggiungimento degli obiettivi complessivi del piano.

Da ciò deriva una forte valorizzazione della continuità esecutiva del contratto, riconosciuta come presupposto imprescindibile per assicurare l'efficacia dell'intervento pubblico e, contemporaneamente, la necessità di riconoscere all'operatore economico un'adeguata tutela risarcitoria.

L'effetto pratico di tale disciplina è la costituzione di una tutela monca, che rinuncia alla forma specifica della prestazione – ossia al subentro nell'esecuzione del contratto – in favore di

una tutela risarcitoria pecuniaria, destinata a compensare l'utile economico che l'operatore avrebbe potuto conseguire.

Questa scelta normativa risponde alla priorità attribuita dalla legge al completamento senza ritardi delle opere pubbliche strategiche, ritenuta essenziale per il successo complessivo del PNRR, anche a costo di comprimere la tutela giurisdizionale degli operatori economici. Nonostante l'apparente ragionevolezza di questa disciplina alla luce delle esigenze di celerità e efficacia degli interventi, non mancano interrogativi di carattere costituzionale.

In particolare, si sollevano dubbi circa la piena conformità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'articolo 113 della Costituzione, in quanto la compressione della possibilità di ottenere misure cautelari e l'esclusione del subentro nel contratto possono pregiudicare in modo significativo i diritti e gli interessi legittimi dei concorrenti.

5. Conclusioni

Il contenzioso relativo ai contratti pubblici rappresenta un banco di prova cruciale per il sistema della giustizia amministrativa, mettendo a confronto esigenze spesso contrastanti: da un lato, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei concorrenti; dall'altro, la necessità di garantire la stabilità e la rapidità dell'azione amministrativa, particolarmente accentuata nel contesto strategico e urgente del PNRR.

L'evoluzione normativa, con il richiamo alla disciplina speciale dell'articolo 125 del Codice del processo amministrativo e le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici del 2023, testimonia un tentativo di trovare un equilibrio che contempli sia la tutela reintegratoria e risarcitoria sia la salvaguardia degli interessi pubblici e delle tempistiche di realizzazione delle opere.

Tuttavia, il sistema appare ancora segnato da una tensione irrisolta, in cui la compressione delle garanzie cautelari e la limitazione dell'efficacia dell'annullamento giudiziale producono un significativo sbilanciamento a favore della rapidità esecutiva.

Questo modello, seppur giustificato dalla straordinaria rilevanza e urgenza degli investimenti pubblici, solleva questioni rilevanti sul piano costituzionale e sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, lasciando aperto il dibattito su possibili rimedi e adattamenti futuri.

In definitiva, la sfida rimane quella di garantire un sistema giuridico capace di assicurare un'effettiva protezione dei diritti, senza compromettere l'efficienza e la tempestività delle procedure amministrative, soprattutto in un momento storico in cui la realizzazione delle opere pubbliche riveste un'importanza cruciale per lo sviluppo economico e sociale del Paese.

L'erogazione degli incentivi tecnici di cui all'art. 45 del codice dei contratti nelle società in house

di Salvio Biancardi

IL
PUN
TO

Premessa

Come noto, il nuovo codice dei contratti ha ampliato l'ambito di applicazione della normativa afferente all'erogazione degli incentivi tecnici di cui all'art. 45 del codice medesimo.

Con la nuova disciplina gli incentivi possono ora essere riconosciuti anche nel caso di affidamenti diretti e concessioni.

In ogni caso, anche dopo l'intervenuto restyling l'applicazione concreta della disciplina resta spesso avvolta da incertezze applicative. Tuttavia, gli interventi dell'ANAC, della Corte dei Conti e del Ministero dei Trasporti hanno contribuito a fornire un quadro complessivo più nitido.

Tra gli interventi di maggior interesse rinveniamo quelli volti a chiarire l'ambito applicativo della disciplina sugli incentivi tecnici per quanto concerne le società in house.

1. L'applicazione della disciplina sugli incentivi tecnici ai dipendenti delle società in house

La questione relativa alla erogazione degli incentivi tecnici ai dipendenti delle società in house è stata, di recente, oggetto di approfondimento da parte della Corte dei Conti per la Regione Sardegna, con la deliberazione n. 72/2024.

La Corte ha chiarito che la *ratio* sottesa al riconoscimento degli incentivi tecnici va individuata nella finalità di valorizzare le professionalità interne delle amministrazioni, incaricate di svolgere prestazioni altamente qualificate che, ove fossero affidate a soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze da ricaricare sul bilancio delle amministrazioni pubbliche. La Corte, nella deliberazione sopra citata, ha chiarito che le società in house vengono riconosciute, dalla giurisprudenza contabile e amministrativa, come una vera e propria estensione operativa dell'Amministrazione.

Di conseguenza, poiché sono assimilate a pubbliche amministrazioni, si applica integralmente anche a loro la normativa relativa agli incentivi per le funzioni tecniche, prevista dall'articolo 45 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (decreto legislativo n. 36 del 2023).

Inoltre, la Corte ha evidenziato che l'articolo 16 del D.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico sulle Società Partecipate), al primo comma, stabilisce che le società in house possono ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse un controllo analogo (o un controllo analogo congiunto, se condiviso da più amministrazioni), soltanto quando non vi sia alcuna partecipazione di capitale privato, fatta eccezione per quella espressamente prevista da norme di legge.

Inoltre, tali affidamenti devono avvenire in modo da escludere ogni possibilità per il soggetto privato di esercitare poteri di veto, forme di controllo o influenza determinante sull'attività della società.

La giurisprudenza ha quindi ribadito che la società in house non rappresenta un soggetto distinto rispetto all'Amministrazione, ma ne costituisce piuttosto una proiezione diretta, una *longa manus*, che opera in continuità con essa, senza un'autonomia effettiva.

In virtù di questa natura, alle società in house si estende l'applicazione della disciplina sulle funzioni tecniche stabilita dall'articolo 45 del D.lgs. n. 36/2023.

In altri termini, poiché vengono considerate a tutti gli effetti pubbliche amministrazioni, esse sono soggette alle stesse regole previste in materia di incentivi per le funzioni tecniche.

2. Riconoscimento degli incentivi tecnici ai soli dipendenti delle società in house

Altro aspetto che è stato chiarito è che gli incentivi per funzioni tecniche possono essere destinati solo ai dipendenti della stazione appaltante.

Non possono, pertanto, essere erogati al presidente del CdA di un'Azienda in house.

Lo ha precisato l'ANAC nel parere reso in funzione consultiva n. 16/2024.

Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, una società in house ha presentato un quesito riguardante la possibilità di riconoscere incentivi tecnici al Presidente del Consiglio di Amministrazione della stessa società.

Al Presidente erano attribuite, oltre alla rappresentanza legale, specifiche deleghe e responsabilità, tra cui l'avvio e la gestione delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture con importi inferiori alle soglie comunitarie.

Egli ricopriva, inoltre, il ruolo di Responsabile Unico del Progetto (RUP) per tali procedure, con la facoltà di delegare tali funzioni ad altro personale qualificato, nonché la supervisione sull'esecuzione dei contratti pubblici.

Il rapporto giuridico tra il Presidente del CdA e la società era regolato in modo generico come una collaborazione coordinata e continuativa.

Sulla base di tali premesse, la società ha chiesto all'Autorità di esprimersi in merito ad alcuni quesiti relativi alla possibilità di corrispondere al Presidente l'incentivo previsto per le funzioni tecniche di cui all'articolo 45 del Decreto Legislativo n. 36 del 2023, domandando in particolare se tale compenso potesse essere riconosciuto anche al soggetto in questione.

Preventivamente, l'Autorità ha sottolineato che la società in house, pur possedendo una propria autonomia giuridica, presenta caratteristiche tali da consentirne l'assimilazione a un vero e proprio ufficio interno dell'ente pubblico che l'ha istituita, fungendo quindi da prolungamento operativo dello stesso.

Pertanto, tra l'ente e la società non si configura una reale distinzione sostanziale, ma soltanto formale.

In questi casi si parla, infatti, di una immedesimazione organica tra l'amministrazione affidante e la società affidataria.

Il legislatore ha previsto che tali società, in quanto rientranti nel perimetro ampliato della pubblica amministrazione, siano soggette all'applicazione del Codice dei contratti pubblici per quanto riguarda le attività connesse all'acquisizione di beni e servizi (art. 16, comma 7, del d.lgs. 175/2016).

Da ciò discende che anche le società in house sono direttamente soggette alle disposizioni relative agli incentivi per le funzioni tecniche, disciplinate dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023 (come chiarito nel parere Funz Cons 53/2023).

L'Autorità ha inoltre precisato che, ai sensi dell'art. 45, comma 2, del d.lgs. 36/2023, primo periodo, l'erogazione dell'incentivo è strettamente legata alle funzioni tecniche effettivamente svolte dai dipendenti, così come indicate nell'allegato I.10.

A tal fine, le suddette società sono tenute a destinare specifiche risorse finanziarie per

le funzioni tecniche individuate nell'allegato I.10 e per gli obiettivi previsti dal comma 5, utilizzando gli stanziamenti indicati al comma 1, in una misura massima pari al 2% dell'importo complessivo dei lavori, servizi e forniture posti a base delle procedure di affidamento (art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023).

L'Autorità ha chiarito che l'incentivo ha lo scopo di remunerare il personale dipendente dell'amministrazione che abbia effettivamente svolto la redazione degli atti soggetti a incentivazione.

Tale compenso, infatti, può essere attribuito esclusivamente ai dipendenti dell'ente che abbiano concretamente redatto l'atto, con una finalità sia motivazionale sia premiale, in relazione all'esecuzione di compiti propri dell'ufficio pubblico.

La finalità della norma è quella di promuovere un utilizzo ottimale delle competenze interne a ciascuna amministrazione, garantendo al contempo un contenimento delle spese che l'ente dovrebbe sostenere nel caso in cui tali incarichi venissero affidati a soggetti esterni. Le modalità di incentivazione relative alle funzioni tecniche rappresentano eccezioni al principio generale dell'onnicomprendività del trattamento economico.

Pertanto, tali incentivi possono essere concessi esclusivamente per le attività che siano esplicitamente e in modo tassativo previste dalla normativa.

L'Autorità chiarisce ulteriormente che l'articolo 45 del Codice, interpretato anche alla luce della finalità su cui si fonda l'istituto in esso disciplinato, menziona esplicitamente le *"risorse finanziarie destinate alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti indicate nell'allegato I.10 e per gli scopi stabiliti al comma 5"*.

La disposizione – in linea con quanto già previsto dal precedente articolo 113 del decreto legislativo 50/2016 – si riferisce pertanto a sistemi di incentivazione destinati esclusivamente ai "dipendenti" della stazione appaltante.

Ne sono quindi esclusi sia il personale "esterno" all'amministrazione.

Tale interpretazione trova conferma anche nella Relazione Illustrativa del Codice, la quale precisa che gli incentivi per le funzioni tecniche devono essere corrisposti direttamente al personale dipendente.

In base a quanto affermato dall'Autorità, dal contenuto letterale della norma e dalla sua finalità – che mira a incentivare il personale interno della stazione appaltante, riconoscendo un premio per l'esecuzione di compiti propri dell'amministrazione e favorendo al contempo il contenimento della spesa pubblica – risulta pertanto da escludere la possibilità di attribuire l'incentivo per le funzioni tecniche, previsto dalla disposizione ai membri degli organi di amministrazione delle stazioni appaltanti, i quali, in linea generale, non possono essere equiparati al personale dipendente dell'ente o della società pubblica.

3. Il caso dell'affidamento diretto di un servizio ad una società in house

Nel parere n. 36 del 3 luglio 2024, l'ANAC ha chiarito che, qualora una stazione appaltante proceda con l'affidamento diretto di un servizio a una propria società in house, non è possibile riconoscere ai suoi dipendenti gli incentivi previsti dall'articolo 45 del decreto legislativo 36/2023.

L'Autorità, in via preliminare, richiama quanto disposto dall'articolo 7 del d.lgs. 36/2023, secondo cui *"Le pubbliche amministrazioni organizzano in modo autonomo l'esecuzione di lavori o la fornitura di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione, nel rispetto delle norme del codice e del diritto dell'Unione europea"*.

Nel caso di auto-produzione, *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono procedere con affidamenti diretti a società in house per lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi contenuti negli articoli 1, 2 e 3"*, basandosi su un provvedimento adeguatamente motivato.

Partendo da tali premesse, l'ANAC specifica che una società in house, sebbene dotata di una propria personalità giuridica, possiede caratteristiche tali da consentirne l'assimilazione a un "ufficio interno" dell'amministrazione che l'ha costituita, fungendo in pratica come un'estensione operativa (*longa manus*) dell'ente stesso.

Di conseguenza, tra l'ente pubblico e la società non si instaura un rapporto di effettiva alterità, bensì una distinzione solo formale.

In questa prospettiva, si parla quindi di una relazione di immedesimazione organica tra la stazione appaltante e il soggetto affidatario: si tratta cioè di una dinamica interna all'organizzazione (endo-organizzativa), che non corrisponde allo schema tipico del contratto d'appalto stipulato con soggetti terzi esterni alla pubblica amministrazione.

In conformità con quanto stabilito dall'articolo 7, il modello di gestione denominato "in house providing" si distingue per l'assenza di una vera e propria terzietà e autonomia del soggetto incaricato rispetto alla pubblica amministrazione che affida l'attività.

Ciò comporta che, a differenza delle situazioni di esternalizzazione, non vi è un effettivo rapporto tra soggetti distinti: in sostanza, il bene o il servizio risulta come se fosse realizzato da un organo interno della stessa amministrazione che esercita il controllo.

È proprio questa caratteristica a costituire la base della particolare normativa che disciplina gli affidamenti diretti alle società in house.

Da tali considerazioni si deduce che – sebbene l'articolo 45 si applichi alle "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture", avendo quindi un ambito operativo più ampio rispetto all'articolo 113 del precedente decreto legislativo 50/2016 (che prevedeva la possibilità di riconoscere incentivi solo nei casi di "gara") – la specificità degli affidamenti in house rende impossibile la concessione di incentivi tecnici.

Questo perché sussiste un rapporto di

immedesimazione organica tra la società in house e l'ente che ne dispone, e di conseguenza viene meno il requisito della terzietà necessario per l'attribuzione di tali incentivi.

4. Incentivi per funzioni tecniche ai dipendenti delle società in house che collaborano per lo svolgimento della procedura per l'affidamento ad operatori economici esterni

Un'ulteriore conferma riguardo alla possibilità di erogare incentivi tecnici al personale delle società in house è stata fornita dalla Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia – con la deliberazione n. 128 del 23 maggio 2025.

Nel caso in questione, il Sindaco di un Comune ha sottoposto alla Corte dei Conti la richiesta di chiarimenti in merito alla possibilità, per una Pubblica Amministrazione, di istituire un percorso di collaborazione integrata con la propria società in house.

Tale cooperazione sarebbe finalizzata allo svolgimento delle funzioni tecniche indicate nell'Allegato I.10 del Decreto Legislativo 30 marzo 2023, n. 36 e successive modifiche e integrazioni, relative all'affidamento a soggetti terzi – attraverso una delle procedure previste dal Codice – di lavori, servizi e forniture inseriti nella programmazione dell'Ente.

L'obiettivo di tale iniziativa consisterebbe nel compensare eventuali carenze, sia qualitative sia quantitative, del personale interno e, al contempo, valorizzare le competenze professionali coinvolte.

In caso di riscontro favorevole, il Sindaco ha chiesto inoltre di precisare se sia consentito, sulla base di un apposito disciplinare e nei limiti delle somme accantonate dall'Amministrazione per uno specifico contratto di lavori, servizi o forniture, riconoscere un incentivo al personale partecipante, individuato dal Responsabile Unico del Progetto (RUP) come gruppo di lavoro, per l'espletamento delle funzioni tecniche previste dall'Allegato I.10.

Tale incentivazione riguarderebbe sia i dipendenti dell'Amministrazione sia quelli della società in house, e verrebbe distribuita secondo i criteri fissati nella disciplina adottata dall'Ente ai sensi dell'articolo 45, comma 3, ultimo periodo, del Codice.

La Corte ha sottolineato che la società in house rappresenta un modello organizzativo peculiare attraverso il quale la Pubblica Amministrazione ottiene, al proprio interno, prestazioni di natura negoziale.

Ciò avviene tramite l'utilizzo di un ente strumentale che, pur risultando formalmente distinto, non lo è dal punto di vista sostanziale. In ambito giurisprudenziale, è ormai consolidato l'orientamento secondo cui le società in house, *"pur possedendo una propria autonomia giuridica, devono essere considerate alla stregua di una componente interna dell'ente pubblico che le ha istituite"*.

Da ciò discende l'obbligo di rispettare i principi che regolano la legittimità e la correttezza dell'azione amministrativa, in quanto finalizzata alla tutela dello specifico interesse pubblico cui tali società sono destinate (si veda, ad esempio, Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza n. 18623/2024).

Per quanto riguarda invece gli incentivi tecnici, la Relazione illustrativa di accompagnamento al Codice dei contratti chiarisce che la loro attribuzione al personale della Stazione appaltante ha una duplice funzione: da un lato, promuovere l'accrescimento delle competenze professionali interne all'amministrazione; dall'altro, garantire un risparmio economico derivante dal mancato utilizzo di professionisti esterni.

Ciò avviene in relazione alle attività specificate nell'Allegato I.10 del decreto legislativo n. 36/2023, le quali sono elencate in modo tassativo e devono essere svolte secondo criteri rigorosi.

Secondo la Corte, da quanto finora illustrato, emerge la possibilità che il personale appartenente alla società in house possa

collaborare con quello dell'Amministrazione controllante per lo svolgimento delle suddette funzioni tecniche, nel contesto di un procedimento più ampio finalizzato all'affidamento a soggetti terzi (ad esempio, per attività di progettazione preliminare a una gara d'appalto).

Tale collaborazione è comunque ammessa solo in presenza di comprovate carenze qualitative o quantitative del personale comunale, come evidenziato nella stessa nota dell'Ente.

La risposta positiva al primo quesito, secondo la Corte, risulta coerente con una migliore applicazione dei principi sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, in particolare quelli relativi al buon andamento, all'imparzialità e alla valorizzazione del merito, i quali si integrano con i criteri di economicità, efficacia ed efficienza stabiliti nello statuto generale del procedimento amministrativo (articoli 1 e seguenti della legge n. 241/1990). Ciò contribuisce anche a garantire un uso ottimale delle risorse umane appartenenti alla sfera amministrativa.

Per quanto riguarda il secondo quesito, il Comune ha chiesto – in seguito alla risposta favorevole al primo – se, in base ai presupposti dell'articolo 45 del Codice dei contratti, sia possibile riconoscere incentivi non solo al personale dell'Amministrazione, ma anche a quello della società in house che abbia preso parte alla procedura di affidamento a terzi. Anche su questo punto, il Collegio ritiene di dover fornire una risposta positiva.

È stato infatti chiarito che la *ratio* della disciplina sugli incentivi tecnici risiede nella volontà di valorizzare le professionalità interne all'Amministrazione, impegnate in attività di elevata qualificazione che, se affidate a professionisti esterni, rientrerebbero tra le prestazioni libero-professionali, comportando quindi un aumento dei costi per incarichi e consulenze a carico del bilancio dell'ente pubblico (cfr. Sezione delle Autonomie, delibera n. 6/2018/QMIG; SRC Lazio, deliberazione n. 60/2020/PAR; Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 10/2021/QMIG).

Da ciò deriva che la disciplina relativa alle funzioni tecniche prevista dall'articolo 45 del

nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) si applica anche alle società in house, in quanto queste ultime sono considerate a tutti gli effetti pubbliche amministrazioni (cfr. Sezione Sardegna, deliberazione n. 72/2024/ PAR del 9 luglio 2024).

Secondo quanto espresso dalla Corte, l'interpretazione adottata risulta in linea con la visione funzionale che caratterizza il settore dei contratti pubblici.

In conclusione, la Corte, seguendo un approccio di tipo sistematico e orientato alla funzione, ha stabilito che l'espressione "proprio personale" contenuta nell'articolo 45 deve essere intesa come riferita a tutti i lavoratori appartenenti all'organizzazione dell'Ente pubblico.

In tale definizione rientrano, quindi, anche i dipendenti delle società in house collegate.

5. Il riconoscimento degli incentivi tecnici al personale in house a valere su un quadro economico della stazione appaltante

Un ulteriore interessante parere del MIT riguardante l'erogazione degli incentivi al personale in house è il n. 3174 del 30/01/2025.

Nel caso specifico, una Stazione appaltante, dopo aver operato una ricognizione interna del proprio personale finalizzata all'individuazione di una figura tecnica cui affidare le funzioni di Direttore dei Lavori, conclusasi con esito negativo, aveva individuato in un dipendente di una propria società in house, controllata al 100% da questa A.C., la professionalità richiesta.

Assumendo tale decisione si era così evitato di ricorrere ad una prestazione libero-professionale esterna, peraltro in regime di equo compenso, realizzando, di fatto, un risparmio di risorse comunali ed al contempo valorizzando le professionalità interne della Amministrazione, seppur formalmente dipendenti di una società in house, in linea, così operando, con la *ratio* degli incentivi tecnici, ovvero la logica alla base del loro riconoscimento.

Partendo dal presupposto della sussistenza, più volte rilevata dalla giurisprudenza, contabile ed amministrativa, e dalla stessa ANAC (in ultimo, parere n. 36/2024), di un rapporto di immedesimazione organica tra stazione appaltante e società in house, tale da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, in assenza di un "...vero e proprio rapporto di alterità tra la stessa e l'amministrazione pubblica..", la Stazione appaltante chiedeva di chiarire se, anche in relazione alla fattispecie sopra descritta, fosse possibile riconoscere a detto dipendente, gli incentivi ex art. 45 D.lgs. 36/23 già stanziati nel quadro economico della S.A.

Il Ministero, con risposta assai scontata e condivisibile ha fornito una risposta positiva. In particolare, la fattispecie prospettata era infatti diversa da quella esaminata nel parere ANAC 36/2023 che si riferiva agli incentivi per il personale della stazione appaltante in caso di affidamento diretto "a monte" alla società in house (attività non incentivabile).

6. ANAC ha confermata l'erogazione degli incentivi tecnici al personale in house

Si conclude il presente contributo riportando i contenuti dal parere reso dall'ANAC n. 53 del 2023. Con il quesito posto all'Autorità, è stato chiesto di chiarire se le società in house siano obbligate a destinare risorse finanziarie per le finalità indicate dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023, in relazione quindi al riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche al personale impegnato nelle attività indicate nell'Allegato I.10 del Codice dei contratti pubblici.

Al fine di fornire riscontro al quesito posto, l'Autorità ha osservato preliminarmente che il d.lgs. 36/2023 ha disciplinato la materia degli affidamenti in house all'art. 7 ("principio di auto-organizzazione amministrativa"), stabilendo, tra l'altro, al comma 2 che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 (...)" e prevedendo, altresì, nell'Allegato I.1, lett. e), la

definizione dell'istituto come "l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE".

A sua volta, il d.lgs. 175/2016 (Testo Unico delle società partecipate), fornisce una descrizione dell'istituto in esame, chiarendo che le società in house sono "le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3» (art. 2, co.1, lett. o).

L'art. 16 (società in house) del TUSP, cui rinvia la disposizione dell'art. 2 citato, stabilisce a sua volta, al comma 1, che "le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata".

Dalle disposizioni sopra richiamate deriva, dunque, che la società in house - al ricorrere dei presupposti e delle condizioni stabilite dall'art. 7 del Codice e dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE - pur dotata di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus* dello stesso; non sussiste

quindi tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale.

Si parla infatti, in tal caso, di immedesimazione organica tra ente affidante e soggetto affidatario, ossia di vicenda endo-organizzativa che non rientra nello schema tipico del contratto d'appalto con affidamento di beni e servizi a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante (Anac ex multis pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP, parere Funz Cons 20/2023 e precedenti ivi richiamati).

Il legislatore ha statuito per dette società, in quanto riconducibili al perimetro allargato dell'amministrazione pubblica, quale *longa manus* della stessa (nel senso sopra indicato), che per le attività svolte dalle medesime, debba trovare applicazione il Codice dei contratti pubblici, in relazione agli acquisiti di beni e servizi.

Dispone infatti, l'art. 16, comma 7, del d.lgs.175/2016 che *"Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

L'art. 16, comma 7, citato, contemplante la sottoposizione alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, delle società in house, consente di ricondurre le stesse nella definizione di "stazione appaltante" ai fini dell'applicabilità del d.lgs. 36/2023.

Ai sensi dell'Allegato I.1 del predetto decreto legislativo, infatti, per "stazione appaltante" si intende *"qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice"*.

Si tratta, come è evidente, di una definizione ampia, nella quale vanno ricondotti tutti i soggetti pubblici e privati tenuti all'osservanza del d.lgs. 36/2023, incluse le società in house. Da quanto sopra deriva altresì la diretta applicabilità alle stesse società in house, (anche) della disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, disciplinata dall'art. 45, del d.lgs. 36/2023.

Dispone, infatti, tale norma che *"Gli oneri relativi*

alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. (...)".

Il comma 2 aggiunge che *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti"*.

Per quanto di interesse ai fini del parere, la disposizione fa espresso riferimento (oltre agli "enti concedenti" anche) alle "stazioni appaltanti", intendendosi per tali, come sopra osservato, qualsiasi soggetto, pubblico o privato tenuto al rispetto del Codice, incluse quindi le società in house.

Secondo l'Autorità, trova pertanto applicazione anche per tali società ("stazioni appaltanti" ai sensi del Codice), l'art. 45 del d.lgs. 36/2023, ai fini del riconoscimento dell'incentivo per funzioni tecniche al personale dipendente che abbia svolto le attività elencate nell'Allegato I.1 del Codice.

Tale considerazione, peraltro, trova conforto nell'avviso giurisprudenziale che, ancorché espresso in relazione al previgente assetto normativo di settore (d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016) con riguardo alla riconducibilità della spesa relativa alle remunerazioni per funzioni tecniche nel quadro economico dell'appalto (nei termini ivi indicati), appare ancora attuale, laddove afferma che la disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche "è applicabile alle società in house che sono destinatarie di affidamenti diretti in quanto esse stesse sono considerate "pubbliche

amministrazioni" (ovvero, "amministrazioni aggiudicatrici") ai fini della disciplina dell'evidenza pubblica" (Corte dei conti, sez. Reg. controllo Puglia, parere n. 119/2022).

Il giudice contabile ha osservato al riguardo (tra l'altro), in coerenza con l'avviso dell'Autorità in materia, che *".... il modello "in house providing", come noto, si caratterizza per la mancanza di una concreta terzietà ed estraneità del soggetto affidatario dell'attività rispetto alla pubblica amministrazione affidante, per cui, diversamente da quanto si verifica sia nel caso dell'appalto pubblico che in quello della concessione, manca una reale relazione intersoggettiva e proprio tale circostanza fonda la deroga alla disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica, in quanto nella sostanza è come se il bene o il servizio fosse prodotto da un organo interno dell'amministrazione controllante. Da quanto detto deriva che nell'acquisizione di lavori, servizi e forniture le società in house sono tenute ad attenersi alla disciplina del Codice dei contratti pubblici: l'affidamento diretto "a monte" dell'attività alla società in house, viene in parte bilanciato dall'obbligo per quest'ultima di seguire "a valle" le regole dell'evidenza pubblica per gli appalti da stipulare. Il principio risulta, tra l'altro, positivizzato all'art. 16, d.lgs. n. 175/2016, avente ad oggetto le "società in house" che, al comma 7, statuisce: le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016"* (parere Corte dei conti cit.).

Secondo l'ANAC, per quanto sopra, dunque, in risposta al quesito posto, la disciplina in tema di incentivi per funzioni tecniche, contenuta nell'art. 45, del d.lgs. 36/2023 è applicabile (anche) alle società in house, qualificabili come "stazioni appaltanti" ai sensi dell'Allegato I.1 del Codice.

L'ANAC sottolinea al riguardo che ai sensi dell'art. 45, comma 2, d.lgs. 36/2023, primo periodo, l'incentivo è strettamente correlato alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti, come specificate nell'allegato I.10.

Lo spazio discrezionale dell'Amministrazione Pubblica nel pervenire a decisioni motivate, coerenti e congrue rispetto all'obiettivo finale. Presupposti secondo gli attuali orientamenti giurisprudenziali

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. L'uso della discrezionalità amministrativa da parte delle Amministrazioni pubbliche

Le amministrazioni aggiudicatrici dispongono delle libertà di determinare, conformemente alla loro necessità, il livello di qualità tecnica che le offerte devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto, nonché della libertà di stabilire criteri e clausole di sbarramento. Alla competente Autorità Amministrativa sono riconosciuti dal legislatore margini di operatività, più o meno ampi, idonei a consentire una corretta composizione del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da soddisfare.

L'agire autoritativo dell'Amministrazione Pubblica coinvolge interessi (pubblici e privati) talvolta di non agevole e prevedibile composizione a livello normativo, per tali ragioni le leggi attributive disciplinanti poteri pubblici solitamente riconoscono alle Autorità

competenti una certa discrezionalità al fine di demandare ad una valutazione caso per caso il concreto determinarsi delle relative finalità. Esistono in capo all'Amministrazione Pubblica margini di discrezionalità implicanti valutazioni di opportunità al fine di un contemperamento degli interessi pubblici ed eventualmente anche privati coinvolti, ogniqualvolta il legislatore non vincoli l'agire autoritativo dell'Amministrazione Pubblica in tutti i suoi aspetti.

Ai principi generali è assegnato il ruolo di strumento di indirizzo della scelta della Amministrazione Pubblica, proprio laddove i correlati compiti ricadano su aspetti non regolati direttamente dalla legge. Le decisioni amministrative devono quindi tenere conto di questi presupposti e per tale ragione devono essere supportate da una motivazione che descriva i presupposti di fatto e di diritto che conducono alla scelta adottata. Nell'ambito del diritto amministrativo il potere di scegliere deve avvenire entro limiti prefissati dalla legge ed è per questo denominato discrezionale.

La discrezionalità amministrativa, riguardante le modalità a valle di esercizio del potere, comporta per l'Amministrazione Pubblica la possibilità di effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguate, opportune, congrue, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto, nel caso degli affidamenti, dell'appalto da affidare.

La discrezionalità amministrativa si riferisce al bilanciamento tra interessi contrapposti, da effettuarsi sempre alla luce dei principi di proporzionalità e razionalità (la discrezionalità tecnica invece implica l'assunzione di scelte alla stregua di canoni tecnici o scientifici). Ciò comporta negli appalti che la norma di riferimento sia vincolante dal momento preliminare alla scelta di procedere all'affidamento. Lo scopo, in ogni procedura, è quindi la cura dell'interesse pubblico che deve essere comunque il più virtuoso (Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 25.09.2024, n. 7798).

La discrezionalità amministrativa richiede un impegno da parte dell'Amministrazione Pubblica volto a fare emergere l'iter logico e procedurale esperito al fine di raggiungere nel migliore dei modi l'interesse pubblico.

Ne consegue che pur essendo riconosciuto questo ampio potere nell'agire, l'Amministrazione Pubblica incontra dei limiti e dei vincoli nel momento che assume determinazioni conclusive. In linea di principio, quindi, il potere pubblico amministrativo è discrezionale, salvo che non risulti diversamente dalla norma che lo prevede o che ne regola l'esercizio.

Le scelte così operate, ampiamente discrezionali, si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo – nel caso degli appalti – alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 22/10/2018, n. 6006, Consiglio di Stato, sez. III, 28/12/2020, n. 8359).

“ La discrezionalità amministrativa, riguardante le modalità a valle di esercizio del potere, comporta per l'Amministrazione Pubblica la possibilità di effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguate, opportune, congrue, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare. ”

Gli spazi previsti di discrezionalità dell'Amministrazione Pubblica non possono essere compressi e ciò per non sostituire la facoltà dell'Amministrazione Pubblica di valutare, facoltà che infatti solo la medesima può esprimere in base alle competenze assegnate. È riconosciuto pertanto alle stazioni appaltanti il potere-dovere di declinare requisiti speciali correttamente calibrati sulla natura e sul valore della procedura selettiva.

Le scelte discrezionali dell'Amministrazione Pubblica non devono presentare macroscopici vizi di illegittimità, in quanto la scelta operata da una stazione appaltante non può ledere, come già rilevato, l'interesse pubblico sotteso.

Ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

È quindi chiaro che la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, con il solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2015, n. 259; Sez. IV, 04/06/2013, n. 3081).

Ciò presuppone che le valutazioni tecniche, incluse quelle che riguardano la determinazione della base d'asta in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, come giurisprudenza conferma (Cfr. Consiglio di Stato sez. V. 22/10/2018, n. 6006).

Ogni potere amministrativo deve soddisfare il principio di legalità sostanziale, ciò non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa che produca l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (cfr. Corte Cost. n. 307 del 2003 e sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982).

L'agire autoritativo dell'Amministrazione Pubblica coinvolge interessi (pubblici e privati) talvolta di non agevole e prevedibile composizione a livello normativo, per tali ragioni le leggi attributive disciplinanti poteri pubblici solitamente riconoscono alle Autorità competenti una certa discrezionalità al fine di demandare ad una valutazione caso per caso il suo concreto determinarsi.

Non è quindi sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che l'esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (cfr. Corte Cost. n. 115/2011).

È quindi riconosciuta alla competente Autorità Amministrativa margini di operatività, più o

meno ampi, idonei a consentire una corretta calibrazione del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da perseguire. La discrezionalità amministrativa si traduce in una scelta fra interessi contrapposti, considerati sussistenti i presupposti per l'esercizio di quel potere.

In sintesi, la discrezionalità costituisce l'espressione stessa del potere pubblico che assicura la necessaria flessibilità per adattare la scelta legislativa alla specificità della fattispecie concreta.

“Ogni potere amministrativo deve soddisfare il principio di legalità sostanziale, ciò non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione; la discrezionalità costituisce l'espressione stessa del potere pubblico.”

2. Il principio di risultato e di fiducia ed alcuni esempi di scelte discrezionali con i relativi limiti

Il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della Amministrazione Pubblica in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinati inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita

dell'intervento medesimo (cfr. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, N. 03185/2023 REG.RIC.). Con l'applicazione di tali principi il legislatore ha inteso valorizzare il comportamento legittimo, trasparente e corretto dell'Amministrazione Pubblica e degli operatori economici.

Il principio della fiducia, di cui all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della Amministrazione Pubblica in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Il principio del risultato e quello della fiducia sono avinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Il "risultato" che l'Amministrazione Pubblica persegue deve essere "virtuoso", esprimendosi in quello che conduce a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività. Il perseguimento di tale interesse pubblico costituisce il "risultato" cui deve tendere l'appalto, rappresentando, come previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, il "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale".

Il "risultato" che l'Amministrazione Pubblica deve perseguire, deve essere "virtuoso", esprimendosi in quello che conduca a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività.

Nelle proprie scelte discrezionali l'Amministrazione Pubblica, secondo il principio del risultato, è chiamata a compiere le scelte più "virtuose", assicurando il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. A questo consegue che non può ritenersi che tale "miglior rapporto" sia raggiunto nel caso in cui la propria decisione si basi su una valutazione largamente connessa, ad esempio, al maggior ribasso praticato dall'operatore economico, disattendendo, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio che quest'ultima è chiamata a svolgere, finendo così "per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere" (Cfr. **TAR Catania, 07.02.2024 n. 478**).

L'ampliamento dei poteri valutativi in capo alla Stazione appaltante non può implicare che la stessa possa compiere scelte manifestamente illogiche o irragionevoli, ove quest'ultime, determinino il rischio di non ottenere il miglior risultato possibile, e, quindi, di ledere l'interesse pubblico sotteso all'indizione di una procedura di affidamento. L'Amministrazione Pubblica, nell'esercizio della sua discrezionalità ampliata, tra l'altro, dal principio di risultato, deve assicurarsi costantemente, come detto, di compiere la scelta più funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di scelta del contraente.

Le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella lex specialis parametri specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità: le medesime sono quindi legittimate ad introdurre disposizioni finalizzate a consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, in particolare tutte le volte in cui tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza essendo correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo da perseguire (Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185; Cons. di St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008).

“ L’ampliamento dei poteri valutativi in capo alla Stazione appaltante non può implicare che la stessa possa compiere scelte manifestamente illogiche o irragionevoli, ove quest’ultime, determino il rischio di non ottenere il miglior risultato possibile, e, quindi, di ledere l’interesse pubblico sotteso all’indizione di una procedura di affidamento. ”

La discrezionalità della stazione appaltante si concretizza in valutazioni svolte dall’organo amministrativo caratterizzate da un margine di opinabilità: la determinazione di quale sia la scelta migliore, per i bisogni della pubblica Amministrazione Pubblica, è rimessa alla stessa che nelle proprie valutazioni deve seguire (per poi dimostrare) parametri di puntualità, ragionevolezza, logicità e coerenza.

Nel caso di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ad esempio, la Commissione individuata, al fine di valutare l’offerta, deve quindi essere orientata a scelte chiare, attendibili e coerenti, fondate su un’adeguata istruttoria. Risulta infatti perseguito l’interesse pubblico, ispirato al principio di buon andamento, aggiudicare la gara ad un concorrente che abbia presentato un’offerta idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi indicati negli atti di avvio della procedura.

Un altro esempio di discrezionalità è il giudizio di anomalia che è sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di manifesta irragionevolezza, macroscopica illogicità o palese travisamento dei fatti. Il giudice non può sostituirsi all’Amministrazione pubblica nella valutazione di merito, ma può verificare la correttezza della motivazione e l’iter logico seguito dalla stazione appaltante. Il giudizio di anomalia dell’offerta non può estendersi oltre l’apprezzamento di logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all’organo giurisdizionale la

possibilità di svolgere un’autonoma verifica circa la sussistenza o meno dell’anomalia, trattandosi di questione riservata all’esclusiva valutazione dell’amministrazione (Cfr. C.d.S, V, 29.4.2024, n. 3854).

L’esteso margine di discrezionalità, come rappresentata, di cui beneficia la stazione appaltante si esprime:

- nei parametri a cui “agganciare” la capacità tecnica delle imprese partecipanti;
- nella scelta tra il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso;
- nell’individuazione dei parametri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte e nella determinazione della misura della loro valorizzazione;
- nell’attribuzione di maggiore rilevanza all’elemento economico (nel caso di prestazione particolarmente semplice), ovvero all’elemento tecnico (nel caso di prestazione particolarmente complessa).

“ La discrezionalità della stazione appaltante si concretizza in valutazioni svolte dall’organo amministrativo, caratterizzate da un margine di opinabilità: la determinazione di quale sia la scelta migliore, per i bisogni della pubblica Amministrazione Pubblica, è rimessa alla stessa Amministrazione Pubblica. ”

L’unico limite è quello della proporzionalità e della ragionevolezza che deve guidare la stazione appaltante nell’individuazione di un giusto equilibrio tale da non svilire sensibilmente o completamente il temperamento tra i valori interessi coinvolti nella realizzazione dell’interesse pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3121; Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2015, n. 205). Ne deriva che il giudice amministrativo può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito nell’attività amministrativa.

3. Il potere discrezionale negli affidamenti diretti ed i relativi principi da applicare

La definizione di affidamento diretto è contenuta nell'Allegato 1.3, art. 3 lett. d) al D.Lgs. 36/2023 secondo cui trattasi dell'affidamento del contratto, senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50 comma 1, lett. a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice.

Questa disposizione riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di assumere, in occasione della scelta a cui affidare un appalto, decisioni in autonomia nei limiti previsti dalla norma di riferimento, secondo quanto stabilito dall'art. 50, comma 1 del d.lgs. 36/2023 (Anac con la pubblicazione del Vademecum del 30 luglio 2024, ha ribadito, tra l'altro, la discrezionalità dell'operato dell'Amministrazione pubblica qualora adotti la procedura informale dell'affidamento diretto).

Le procedure di affidamento diretto, di cui al d.lgs. n. 36/2023, pur prevedendo che la scelta dell'operatore "anche nel caso di previo interpello di più operatori economici" è "operata discrezionalmente dalla stazione appaltante" (art. 3, allegato I.1), impongono l'obbligo di motivarne le ragioni (art. 17, comma 2: "in caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale"), "di modo che tale scelta - pur eminentemente discrezionale - non sfugga al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, ove sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti" (Cfr. Tar Campania sezione distaccata di Salerno (Sezione Prima), 00958/2025).

“ Le procedure di affidamento diretto di cui al d.lgs. n. 36/2023, impongono l'obbligo di motivarne le ragioni di modo che tale scelta pur eminentemente discrezionale non sfugga al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, ove sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti. ”

L'art. 17, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 36/2023, prevede che: "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte".

Il citato atto contiene, unitamente alle ragioni della scelta, i requisiti di carattere generale e, se necessari, quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

Il provvedimento con cui si esterna la decisione dell'Amministrazione pubblica di contrarre è direttamente costitutivo dell'affidamento. La necessità dell'adozione di un provvedimento motivato che contenga le ragioni dell'individuazione dell'operatore economico come affidatario ha come presupposto, in ogni caso, la disciplina di cui alla L. 241/1990.

Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere, infatti, motivato (salvo alcune specifiche ipotesi).

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione pubblica, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Per Anac negli affidamenti diretti è presente una discrezionalità della stazione

appaltante in materia, come peraltro osservato nel sopra citato “Vademecum” dalla medesima Autorità adottato, che può condurre ad una motivazione, anche in forma estremamente sintetica, nella determina di affidamento (Anac - Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’adunanza del 11 settembre 2024).

“ Il provvedimento con cui si esterna la decisione dell’Amministrazione pubblica di contrarre è direttamente costitutivo dell’affidamento; la necessità dell’adozione di un provvedimento motivato che contenga le ragioni dell’individuazione dell’operatore economico come affidatario ha in ogni caso come presupposto la disciplina di cui alla L. 241/1990. ”

Il potere discrezionale assegnato all’Amministrazione Pubblica non è come detto un potere arbitrario in quanto implica tanto un’adeguata istruttoria, quanto una compiuta motivazione della decisione adottata (cfr. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima) 09871/202 REG.RIC.).

Negli affidamenti diretti la motivazione è necessaria proprio perché non si configura una procedura ordinaria, ma un’attività istruttoria con scelta diretta dell’operatore economico.

Ciò tenuto conto che la richiesta eventuale di preventivi, non comporta la trasformazione della procedura in una gara vera e propria, trattandosi di un mero confronto di preventivi, con conseguente dovere della stazione appaltante di motivare la scelta dell’affidatario non in ottica comparativa (rivolta agli operatori economici), ma solo in termini di economicità e di rispondenza dell’offerta alle proprie esigenze.

Gli affidamenti diretti, come previsto nella materia degli appalti pubblici, in quanto espressione di interessi pubblici generali, sono informati al rispetto dei principi generali, di

derivazione costituzionale e dell’Unione europea, di imparzialità, buon andamento, trasparenza dell’agire (v. artt. 97, 41 e 43 Cost).

La garanzia della *par condicio* tra gli operatori economici è invece tutelata dalla corretta applicazione del principio di rotazione. Il paradigma dell’affidamento diretto, di cui all’articolo 50, comma 1, lettera a), presuppone la non invocabilità della deroga al principio di rotazione. In ragione di ciò, la discrezionalità della stazione appaltante trova limiti nell’affidamento continuativo al medesimo operatore economico (cfr. **Consiglio di Stato, sez. III, 05.06.2025 n. 4897**).

In applicazione del principio di rotazione è vietato, infatti, l’affidamento di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi (cfr. tra l’altro, il parere del MIT n. 2177/2023).

Il rappresentato presupposto costituisce un vincolo per l’autorità amministrativa e per il relativo potere discrezionale: la rotazione opera proprio per mitigare la discrezionalità delle scelte adottate mediante l’affidamento diretto.

“ Il principio di rotazione opera per mitigare la discrezionalità delle scelte adottate mediante l’affidamento diretto, rappresenta un vincolo per l’autorità amministrativa e per il relativo potere discrezionale al fine di garantire la par condicio e la motivazione è necessaria proprio perché non si configura una procedura ordinaria. ”

Pareri & Sentenze



T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. I, 13/10/2025 n.1638

Quota di qualificazione e prestazioni erogate negli appalti di servizi e forniture

La sentenza del T.A.R. Calabria, n. 1638 del 13 ottobre 2025, afferma che negli appalti di servizi e forniture non esiste una norma (ex lege) che imponga una corrispondenza automatica tra la qualificazione di un'impresa e la quota di prestazione da essa eseguita. L'appalto di progettazione è l'ambito di riferimento per l'analisi. Corrispondenza tra qualificazione e prestazione: Il principio di corrispondenza non è applicato in modo rigido per legge negli appalti di servizi e forniture. La disciplina specifica è rimessa al bando di gara (la lex specialis). La questione affrontata dalla sentenza riguarda un appalto di progettazione.

Essa riguarda precisamente l'esclusione di un consorzio aggiudicatario di un appalto di progettazione perché la mandataria, pur non avendo i requisiti tecnici per la categoria T.02, si è impegnata a realizzare l'intera progettazione di quella categoria. La ricorrente contesta che questa assegnazione violi l'articolo 68, comma 11 del D. Lgs. 36/2023 sul principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione, ritenendo illegittima anche la clausola del disciplinare che prevedeva che non fosse richiesta una percentuale minima di requisito ai membri del Raggruppamento Temporaneo (RTP).

L'atto di gara sarebbe illegittimo perché ha permesso a un RTP, composto da una mandataria priva di requisiti specifici, di aggiudicarsi un appalto di progettazione, violando la disciplina in materia di qualificazione e corresponsabilità tra i membri del raggruppamento.

Questo caso solleva un dubbio interpretativo fondamentale: se il principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione, previsto dalla nuova normativa, si applichi anche agli appalti di servizi e se il disciplinare di gara possa prevedere disposizioni che derogano a questo principio.

I giudici hanno stabilito che le quote di partecipazione e di esecuzione nei raggruppamenti temporanei d'impresa (RTI) sono distinte: la quota di partecipazione definisce la "presenza" di un'impresa e la sua responsabilità complessiva, mentre la quota di esecuzione indica la parte di lavoro che l'impresa eseguirà effettivamente. Le norme attuali consentono una libera determinazione della quota di partecipazione entro i limiti dei requisiti di qualificazione posseduti, con la possibilità di modificare la quota di esecuzione previa autorizzazione della stazione appaltante.

Consiglio di Stato sez. III 8/10/2025 n. 7898

Criteri Ambientali Minimi (CAM) – Obbligo di Inserimento nella lex specialis

La sentenza del Consiglio di Stato sez III 8/10/2025 N.7898 ha asserito che la mancata o generica indicazione dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) nei documenti di gara è una violazione di una norma imperativa che rende l'intera procedura illegittima, annullando anche l'eventuale aggiudicazione.

Questo vizio non può essere sanato dai principi del risultato o della fiducia, poiché questi presuppongono il rispetto della legalità e non giustificano l'affidamento in violazione di norme a tutela di interessi ambientali sovraordinati.

L'omissione dei CAM è considerata una violazione di una norma imperativa (violazione di legge), secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato. La norma di riferimento è l'art. 34 del D.Lgs. 50/2016, ora confluita nell'art. 57 del D.Lgs. 36/2023.

Le conseguenze sulla procedura sono che codesta violazione rende illegittima l'intera procedura di gara, compromettendone la validità fin dall'inizio e di conseguenza travolgendo l'aggiudicazione.

Vi è una insanabilità del vizio, la mancanza dei CAM non può essere sanata o "superata" invocando i nuovi principi del risultato e della fiducia. Questi principi sono subordinati al rispetto delle regole di legalità e non possono essere usati per legittimare un affidamento avvenuto in violazione di norme di legge a tutela dell'ambiente.

I Criteri Ambientali Minimi sono strumenti obbligatori per la Pubblica Amministrazione e servono a individuare la soluzione progettuale o il servizio migliore dal punto di vista ambientale lungo l'intero ciclo di vita, secondo le indicazioni del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica.

I suddetti Criteri non possono essere surrogati da un semplice punteggio premiale, poiché costituiscono requisiti obbligatori e inderogabili che devono essere inclusi nella legge di gara. Riconoscere il rispetto dei CAM come un requisito essenziale del bando, e non come una caratteristica opzionale, garantisce che tutte le offerte siano conformi alle specifiche minime ambientali stabilite dalla legge, e non un elemento che può essere ignorato.

Essi sono specifiche tecniche e clausole contrattuali definite per l'acquisto di beni, servizi e lavori pubblici, che stabiliscono i requisiti ambientali minimi da rispettare lungo l'intero ciclo di vita del prodotto o servizio.

TAR Lazio Roma sez. I quater 10/10/2025 n. 17374**Annotazione casellario ANAC: contraddittorio necessario**

Secondo questa sentenza del TAR Lazio, il procedimento di iscrizione nel Casellario Informatico dell'ANAC, avviato su segnalazione, è un procedimento amministrativo autonomo e, come tale, l'ANAC deve rispettare le garanzie partecipative del soggetto interessato. Questo include la necessità di inviare una comunicazione di avvio del procedimento (secondo l'art. 7 della Legge 241/1990) per consentire all'operatore economico di presentare memorie e controdeduzioni.

La segnalazione da parte di una stazione appaltante avvia un procedimento autonomo a carico di un operatore economico. L'ANAC deve garantire il diritto di difesa del soggetto interessato, che comprende la facoltà di presentare memorie difensive e documentazione. L'avvio del procedimento deve essere comunicato all'operatore economico, fornendo così la possibilità di esercitare il proprio diritto di partecipare e di essere ascoltato.

Il TAR Lazio ha accolto parzialmente il ricorso di un'impresa, annullando un'annotazione negativa iscritta a suo carico nel Casellario Informatico dell'ANAC per un vizio di procedura, ma al contempo chiarendo i limiti del potere dell'Autorità. La decisione ribadisce un principio fondamentale a garanzia del diritto di difesa delle imprese: l'ANAC non può catalogare negativamente un'impresa senza averla prima sentita, ma deve effettuare una verifica sommaria.

Il TAR ha stabilito che l'ANAC ha **violato il diritto al contraddittorio** (art. 7 della L. 241/1990) ed ha respinto però anche le censure dell'impresa specificando che l'ANAC non ha il ruolo di giudice per risolvere controversie contrattuali, ma si limita appunto ad una verifica sommaria per accertare la serietà delle segnalazioni e a registrarle come "fatto utile" per le altre stazioni appaltanti.

Queste ultime sono le sole a poter valutare autonomamente l'affidabilità dell'impresa, in un contesto in cui il compito di decidere chi ha ragione o torto spetta esclusivamente a un giudice competente. La risoluzione delle controversie contrattuali pertanto è compito esclusivo di un giudice competente, civile o amministrativo.

TAR Piemonte Torino sez. II 6/10/2025 n. 1367**Verifica postuma dei requisiti - Rinnovo CCNL in corso di gara**

In virtù di tal sentenza del TAR Piemonte si è stabilito che, la mancata verifica dei requisiti del progettista è un vizio procedurale che può essere sanato con effetto retroattivo (*ex tunc*) se una verifica successiva conferma la sussistenza dei requisiti al momento dell'offerta. Questo approccio, in linea con il principio del risultato (art. 1, D.Lgs. 36/2023), privilegia la sostanza sulla forma e convalida l'aggiudicazione se l'operatore possedeva effettivamente il requisito.

Vi è quindi un vizio procedurale; la mancata verifica dei requisiti del progettista da parte della stazione appaltante prima dell'aggiudicazione viola la [*lex specialis*](#) e l'articolo 17, comma 5, del D.Lgs. 36/2023. Il vizio può essere sanato, anche dopo l'instaurazione di un giudizio, attraverso una verifica postuma da parte della stazione appaltante.

Effetto della sanatoria, se la verifica postuma conferma l'effettiva sussistenza dei requisiti al momento della presentazione dell'offerta, l'aggiudicazione rimane valida con effetto retroattivo ([*ex tunc*](#)).

Il principio applicato è innanzitutto il principio del risultato che promuove l'efficienza dell'azione amministrativa e la valorizzazione della sostanza rispetto alla mera forma procedurale ovvero la prevalenza della sostanza sulla forma; viene privilegiato il possesso sostanziale del requisito da parte del progettista, anziché l'errore formale (la mancata verifica preliminare) da parte della stazione appaltante.

Con la sentenza in questione, il TAR Piemonte ha accolto parzialmente il ricorso di una S.r.l., annullando l'aggiudicazione di un appalto di manutenzione all'A.O.U. Città della Salute di Torino.

La decisione è di fondamentale rilievo perché, pur salvando l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, ha riscontrato un vizio insanabile nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, imponendo all'amministrazione di rinnovare tale valutazione.

TAR Campania Napoli sez. VII 13/10/2025 n. 6673**Grave illecito professionale (art. 98, D.Lgs. 36/2023) – Procedimento penale pendente – Decreto di rinvio a giudizio – Mezzo di prova adeguato**

Con la sentenza in esame è stato stabilito che un “decreto che dispone il giudizio” per determinati reati di particolare gravità, come quelli contro il patrimonio mediante frode e associativi connessi al riciclaggio, costituisce un “adeguato mezzo di prova” ai sensi dell’art. 98 del D.Lgs. 36/2023. Ciò legittima la stazione appaltante ad avviare una valutazione discrezionale del grave illecito professionale senza attendere una condanna definitiva.

Come è noto “il decreto che dispone il giudizio e/o rinvio a giudizio” è un atto processuale con il quale il giudice stabilisce che un imputato debba affrontare un giudizio penale, ritenendo sussistenti elementi sufficienti per l’accusa, a tal fine vengono presi in considerazione reati di particolare gravità, come i delitti contro il patrimonio mediante frode e i reati associativi, inclusi quelli legati al riciclaggio di denaro, mentre per “adeguato mezzo di prova” significa che la stazione appaltante può utilizzare questo provvedimento come una prova sufficiente per avviare una valutazione discrezionale.

Ciò consente alla S.A. di escludere un operatore economico se essa ha ritenuto il fatto gravemente illecito anche prima che ci sia una condanna definitiva. Non è necessario attendere una sentenza di condanna passata in giudicato per poter avviare la valutazione.

Il giudizio discrezionale della stazione appaltante sull’inaffidabilità di un operatore economico è legittimo se si basa su un’istruttoria completa e una motivazione che chiarisca la gravità dei reati, la loro pertinenza all’appalto e gli elementi indiziari emersi dal procedimento penale. Questa valutazione rientra nelle cause di esclusione non automatica, dove la stazione appaltante valuta l’affidabilità dell’operatore alla luce dei reati contestati e delle eventuali misure di “self-cleaning” adottate, come previsto dal nuovo Codice degli Appalti (D.Lgs 36/2023).

La stazione appaltante valuta se le misure di “self-cleaning” adottate dall’operatore economico sono tempestive e sufficienti a ripristinare l’affidabilità, comunicandone le ragioni se le ritiene inadeguate. In un contraddittorio procedimentale, l’onere di provare la propria affidabilità spetta all’operatore economico, che deve fornire prove concrete (come il self-cleaning) per contrastare le accuse dell’amministrazione. Affermare genericamente la presunzione di non colpevolezza non è sufficiente a superare una valutazione negativa basata su un quadro indiziario grave e lineare, sottolinea il testo.

Con questa sentenza, il TAR Campania ha rigettato il ricorso di un’impresa, confermando la legittimità della sua esclusione da una procedura per l’affidamento di una concessione demaniale marittima a causa di un “grave illecito professionale”.

Consiglio di Stato sez. V 17/10/2025 n. 8082

Proroga tecnica disposta dopo il 1° luglio 2023

Secondo questa sentenza, la proroga tecnica, ai sensi dell'art. 120, comma 11, del D.Lgs. 36/2023, è un istituto eccezionale e straordinario che permette di prolungare un contratto scaduto, solo se l'interruzione causerebbe pericolo o grave danno all'interesse pubblico. Deve avvenire alle stesse condizioni economiche, patti e prezzi del contratto originario. Modificare le condizioni, come ad es. una diminuzione dell'aggio, trasforma una proroga in un rinnovo illegittimo, poiché viola i principi di evidenza pubblica richiedendo una trattativa privata.

È un'ipotesi straordinaria/eccezionale, non un diritto dell'appaltatore, e si applica solo in casi di necessità oggettiva, come ritardi "oggettivi e insuperabili" nella conclusione della nuova gara. L'interruzione del servizio deve poter causare situazioni di pericolo per persone o cose, o un grave danno all'interesse pubblico. La proroga deve avvenire mantenendo gli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto scaduto. È concessa solo per il tempo "strettamente necessario" a concludere la nuova gara d'appalto. Se la stazione appaltante modifica le condizioni economiche (anche a suo favore), si configura un rinnovo illegittimo per trattativa privata, in contrasto con i principi di trasparenza e concorrenza. La proroga non è legittima se i ritardi sono imputabili a inerzia o colpa della stessa stazione appaltante.

Ogni proroga di un contratto, anche se continua con proroghe precedenti, è considerata una nuova e autonoma decisione amministrativa. Di conseguenza, la sua legittimità deve essere valutata secondo la legge in vigore al momento dell'atto, secondo il principio del tempus regit actum. Per una proroga decisa dopo il 1° luglio 2023, si applicano quindi le regole più restrittive del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 36/2023), indipendentemente dal fatto che il contratto originale fosse stato stipulato sotto il vecchio codice (D.Lgs. 50/2016).

Le proroghe non sono una mera continuazione, ma un nuovo atto amministrativo. La proroga è soggetta alla legge vigente nel momento in cui viene disposta (c.d. tempus regit actum).

Una proroga emessa dopo il 1° luglio 2023 deve rispettare le disposizioni del D.Lgs. 36/2023, che ha introdotto norme più restrittive.

Con questa importante sentenza, il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello di una società, confermando la decisione del TAR Lazio che aveva annullato un affidamento diretto disposto dal Comune di OMISSIS per la gestione del servizio tributi.

La decisione è significativa perché chiarisce che una "proroga tecnica" non può mai comportare una modifica delle condizioni economiche del contratto, neanche se a vantaggio dell'amministrazione.

Consiglio di Stato sez. V 17/10/2025 n. 8078**Scorrimento in graduatoria**

In caso di risoluzione del contratto o annullamento dell'aggiudicazione al primo classificato per perdita dei requisiti, la stazione appaltante deve offrire l'appalto al secondo classificato alle medesime condizioni economiche offerte inizialmente. Questa è la regola generale, secondo l'articolo 124, comma 2, del D.Lgs. 36/2023, e si applica solo se la *lex specialis* (il bando o il disciplinare) non prevede diversamente. In pratica, l'appalto viene aggiudicato al secondo classificato alle stesse condizioni economiche proposte dall'originario aggiudicatario.

La stazione appaltante può derogare a questa regola solo se la normativa di gara (*lex specialis*) lo ha previsto espressamente, autorizzando l'affidamento a condizioni diverse, basate sull'offerta dell'operatore interpellato. Lo scorrimento della graduatoria avviene in seguito a eventi come la risoluzione del contratto o l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, spesso a causa della perdita dei requisiti da parte del primo classificato.

E' noto poi che la garanzia definitiva ha una natura civilistica e risarcitoria, volta a coprire l'inadempimento contrattuale dell'appaltatore. La sua escussione sarà legittima solo se l'inadempimento è imputabile all'appaltatore e la stazione appaltante deve dimostrare l'entità del danno subito. La garanzia è una forma di protezione per l'adempimento degli obblighi contrattuali. Serve a risarcire i danni derivanti da un eventuale inadempimento dell'appaltatore. Per poter escutere la garanzia, la stazione appaltante deve provare: 1) L'esistenza di un inadempimento da parte dell'appaltatore. 2) Che l'inadempimento sia imputabile all'appaltatore. 3) L'entità del danno concretamente subito.

Non è sufficiente invocare il "principio di fiducia" o un generico "ritardo" per escutere una garanzia. È necessario che la stazione appaltante dimostri un danno economico concreto e quantificabile derivante da una violazione, come l'omessa comunicazione della perdita di un requisito.

La mancata comunicazione di un requisito perso è senz'altro un problema, ma non giustifica automaticamente l'escussione. In assenza di una dimostrazione di danno, si fa riferimento al principio di fiducia, per cui il garante risponde solo in presenza di una responsabilità effettiva.

Anche il "ritardo" generico non è sufficiente. La stazione appaltante deve provare che tale ritardo ha causato un pregiudizio economico effettivo e quantificato, come ad esempio l'aumento dei costi per rifare la gara. Se non viene provato un danno economico, la stazione appaltante non può escutere la garanzia, poiché il mero inadempimento formale non è considerato un motivo sufficiente.

In sintesi, la stazione appaltante deve dimostrare di aver subito un danno economico concreto e quantificato, e non può basarsi solo su inadempimenti formali o generiche affermazioni di danno.

La stazione appaltante può annullare in autotutela l'aggiudicazione e il contratto se l'aggiudicatario perde un requisito essenziale come l'attestazione SOA, anche dopo la stipula. Tale potere rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto si agisce su un vizio originario (la carenza del requisito), e non su un semplice inadempimento civilistico. Il Consiglio di Stato ha confermato questa posizione, oltre a chiarire aspetti riguardanti lo scorrimento della graduatoria e l'escussione della garanzia.

La sentenza del Consiglio di Stato ha pertanto rigettato l'appello principale relativo a un errore del Comune sullo scorrimento della graduatoria, ma ha accolto parzialmente l'appello incidentale annullando l'escussione della cauzione per mancanza di prova del danno.

TAR Calabria Catanzaro sez. I 15/10/2025 n. 1669

Divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica

L'esclusione di un concorrente per aver inserito dati economici nell'offerta tecnica è illegittima se causata da un errore tecnico della piattaforma di gara, come un campo obbligatorio "valore offerto" nell'offerta tecnica. In questo caso, i principi di tutela del legittimo affidamento e buona fede prevalgono, poiché l'errore non è imputabile all'operatore ma all'amministrazione che ha predisposto la piattaforma.

In linea di principio, è richiesta una netta separazione tra offerta tecnica e offerta economica per garantire la segretezza delle offerte e il corretto svolgimento della procedura, come stabilito dalla giurisprudenza in materia di appalti pubblici (es. [sentenza 19 ottobre 2020, n. 6308 del Consiglio di Stato, citata in ANCE Brescia](#)). L'esclusione è illegittima se l'inserimento dei dati economici non è una scelta consapevole del concorrente, ma una conseguenza diretta di un'indicazione fuorviante della piattaforma telematica, come ad esempio un campo obbligatorio.

In questa situazione, prevalgono i principi di tutela del legittimo affidamento e buona fede (art. 5, D.Lgs. 36/2023). L'errore non può essere addebitato alla negligenza dell'operatore economico, ma è causato da un malfunzionamento tecnico o da un'errata impostazione della piattaforma predisposta dall'amministrazione stessa. Non si tratta di un divieto assoluto; il divieto di commistione non va inteso in senso stretto e non deve impedire di fornire informazioni utili alla valutazione della qualità di una offerta. Non è un divieto assoluto, infatti il divieto di commistione non va inteso in senso stretto e non deve impedire di fornire informazioni utili alla valutazione della qualità di un'offerta.

La violazione sussiste solo se l'anticipazione di elementi economici influenza concretamente il giudizio della commissione sulla parte tecnica. Ogni caso va valutato singolarmente per accertare se gli elementi economici resi anticipatamente noti siano effettivamente in grado di condizionare le scelte della commissione. La violazione non sussiste se l'elemento economico è in un file separato, generato automaticamente e non oggetto di valutazione tecnica.

Se la commissione dimostra di aver completato la valutazione tecnica (relativa alla qualità) prima di prendere visione del contenuto economico e comunque dopo l'apertura delle buste economiche, il principio non è violato. In tali casi, l'esclusione del concorrente costituirebbe un'applicazione sproporzionata e formalistica del principio.

PARERE MIT 3689/2025 del 20/10/2025**Pubblicazione dell'assenza di programmazione triennale va effettuata**

Con tal Parere il MIT ha chiarito che anche in assenza di lavori pubblici da programmare, un ente deve comunque adempiere agli obblighi di trasparenza. L'ente deve pubblicare un atto che dichiari la mancanza dei presupposti per la programmazione triennale, indicando che non ci sono lavori, forniture o servizi in programma per il triennio di riferimento. La comunicazione va collocata nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale, in una sottosezione appropriata come "Bandi di gara e contratti" o "Programmi per l'affidamento di appalti".

Anche se non ci sono lavori in programma, è obbligatorio e/o necessario pubblicare un atto che ne attesti la mancanza. L'atto deve esplicitare che non ci sono presupposti per la redazione dei programmi triennali di lavori, forniture o servizi. La comunicazione deve essere pubblicata nella sezione del sito istituzionale dedicata all'Amministrazione Trasparente, preferibilmente in una sottosezione che riguarda l'affidamento di appalti pubblici. Il MIT conferma che l'obbligo di trasparenza esiste anche in assenza di programmazione.

L'amministrazione non deve creare un programma senza contenuto, ma deve invece pubblicare una comunicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" che chiarisca l'assenza di programmazione (ad esempio, "per assenza di lavori") e trasmettere la comunicazione alla BDNCP se si tratta di lavori. Questo garantisce la piena conoscibilità dell'azione amministrativa e dimostra che la mancata programmazione deriva da cause oggettive e non da un'omissione.

Riassumendo, per i Lavori pubblici si deve pubblicare sul sito istituzionale (*Amministrazione trasparente*) e comunicare alla BDNCP l'assenza di lavori programmabili (art. 5, co. 8, All. I.5 D.Lgs. 36/2023); per Forniture e servizi bisogna pubblicare sul profilo del committente, nella sezione *Amministrazione trasparente*, la presa d'atto dell'assenza di acquisti previsti (art. 7, co. 4, All. I.5 D.Lgs. 36/2023). Per quanto concerne la forma dell'atto invece è sufficiente una delibera o determinazione di presa d'atto, senza necessità di redigere un programma formale. La finalità è quella di assicurare la trasparenza amministrativa e la tracciabilità delle decisioni in materia di programmazione.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere di precontenzioso n. 347 del 09 settembre 2025****UPREC-PRE 0234-2025-S**

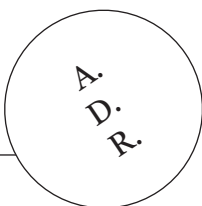
In virtù di tale parere, si ritiene che gli aumenti del costo del lavoro dovuti all'aggiornamento di luglio 2024 non possono giustificare una rinegoziazione prima della stipula del contratto perché tali aumenti erano già noti al momento dell'indizione della gara.

Il concorrente era obbligato a considerare questi costi nella formulazione dell'offerta e il meccanismo revisionale non è previsto per recuperare variazioni retributive già note al momento della gara, ma piuttosto per aggiustamenti durante l'esecuzione in casi specifici e imprevisti. Si riscontra una responsabilità del concorrente: Era onere del concorrente calcolare nel prezzo dell'offerta gli aumenti previsti, compresi quelli relativi al costo del lavoro.

La circostanza dell'aumento non è considerata "imprevedibile e sopravvenuta" nel senso che era già nota prima dell'indizione della gara, quindi non giustifica la rinegoziazione prima della firma del contratto.

Scopo della revisione: Il meccanismo revisionale è destinato a coprire eventi sopravvenuti in corso d'opera, non costi già conosciuti al momento della presentazione dell'offerta.

A Domanda Rispondiamo



1

**Come si adempie
correttamente all'obbligo di
cui all'art. 50 comma 2-bis
del d.lgs. 36/23?**

Con proprio parere n. 3484 del 23/06/2025, il MIT "ritiene che la pubblicizzazione preventiva, mentre è assolta nel caso di pubblicazione di avvisi per la selezione degli operatori economici da consultare, deve essere attuato nelle ipotesi in cui l'individuazione degli operatori economici suddetti avvenga attraverso altre modalità, come ad esempio attraverso elenchi di operatori economici.

Si ritiene, inoltre, che detta disposizione sia in armonia con i principi di pubblicità e trasparenza perseguiti dal legislatore. L'avviso di cui al comma 2-bis dell'articolo 50 del Codice dovrebbe contenere gli elementi essenziali dell'appalto, il settore merceologico di riferimento e l'utilizzo della procedura negoziata. Si ritiene sia sufficiente inserire i dati inseriti nei documenti del programma triennale degli acquisti di lavori, servizi e forniture."

2

**Ai sensi dell'art. 125 comma
1 del codice l'erogazione
dell'anticipazione è subordinata
alla costituzione di garanzia
fideiussoria bancaria o
assicurativa. Quali conseguenze
se un operatore economico
produce una garanzia
fideiussoria contraffatta?**

Nel caso di contraffazione della polizza, ferma restando la necessaria attività di denuncia da parte delle stazioni appaltanti presso le competenti Autorità Giudiziarie, di segnalazione alla Autorità di riferimento di settore (Banca d'Italia o IVASS), nonché ad ANAC, la giurisprudenza ha mostrato un orientamento non sempre uniforme tanto da ritenere non sanabile la polizza contraffatta ovvero considerare che l'operatore economico possa essere anch'egli destinatario della truffa stessa.

Occorre, dunque, verificare in quali circostanze l'operatore economico debba trovare la sanzione espulsiva dalla gara e quando invece possa essergli richiesta la presentazione di una nuova garanzia fideiussoria. Su tale aspetto rileva, pertanto, la necessaria dimostrazione da parte dell'operatore economico interessato dell'adozione di tutte le cautele a supporto della propria buona fede nella definizione della polizza sottoscritta dimostrando, ad esempio, di avere effettuato tutte quelle verifiche propedeutiche alla corretta emissione di una polizza da parte del soggetto garante in possesso della necessaria autorizzazione al rilascio di garanzie (Cfr. *Comunicato del Presidente del 23 luglio 2025*).

3

In ordine al noto principio di separazione degli elementi tecnici da quelli economici in una gara pubblica quali sono le principali regole elaborate dalla giurisprudenza?

Il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica nonché presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti.

La giurisprudenza ha elaborato note regole per cui: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche, e la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016, n. 3287); b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); c) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti della stessa o che consentano comunque di ricostruirla (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612); d) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché non facenti parte dell'offerta economica (come i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato), e, in quanto isolati e del tutto marginali rispetto a essa, non ne consentano la sua complessiva ricostruzione (Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); e) per integrare la violazione del divieto, gli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza o, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a permettere al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta, anche solo potenzialmente (Cons.

Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530); f) anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione, alterandola o perlomeno rischiando di alterarla in astratto (Cons. Stato, V, n. 612/2019; n. 3287/2016; n. 5181/2015, cit.); il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica.

In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di volta in volta a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Cons. Stato, V, 2 maggio 2017, n. 1988; 29 febbraio 2016, n. 824)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 24.10.2022, n.9047).

Il Consiglio di Stato sez. V, con sentenza n. 9191 del 6.2.2025 ha precisato "è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell'appalto".

4

E' possibile prevedere nelle gare di appalto il possesso delle certificazioni di qualità quali requisito di partecipazione?

L'Anac, con parere di precontenzioso n.375, ha ritenuto la previsione delle certificazioni di qualità come requisito di capacità tecnico-professionale, non conforme alla disciplina prevista dall'attuale codice degli appalti, violando la previsione di cui all'art. 100 del medesimo codice.

Nello stesso parere Anac richiama l'orientamento già espresso con atto del Presidente dell'11 ottobre 2023 - Fasc. 4314/2023 - URCP 63/2023 - deliberazione n. 203/2025, in base al quale "deve pertanto escludersi che la stazione appaltante abbia la facoltà di stabilire nel bando di gara quale requisito di selezione dei partecipanti, a pena di esclusione, il possesso della certificazione di qualità".

5

Secondo quali modalità procede la stazione appaltante che ricorre all'inversione procedimentale?

Con l'inversione procedimentale, si procede preliminarmente, nei confronti di tutti i concorrenti, alla verifica del pagamento del contributo ANAC e dell'ulteriore documentazione amministrativa che la stazione appaltante si riserva di verificare preliminarmente. Successivamente, si procede alla valutazione dell'offerta tecnica, poi alla valutazione dell'offerta economica, ed infine alla verifica della documentazione amministrativa dei concorrenti ammessi alla fase successiva.

6

In caso di inversione procedimentale, è consentito l'accesso rispetto al materiale documentale inerente la documentazione amministrativa non noto all'amministrazione e dunque del tutto estraneo alla formazione del provvedimento finale e all'intero procedimento di gara?

No, non è consentito alcun accesso a tali atti. Nel caso in cui la Stazione Appaltante faccia ricorso all'inversione documentale, l'accesso agli atti è limitato alla sola documentazione amministrativa che sia stata valutata ed esaminata dall'Amministrazione o Ente concedente.

7

L'omissione del contributo ANAC può considerarsi una causa autonoma di caducazione dalla partecipazione alle procedure di gara?

Ricalcando l'orientamento della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria n. 6/2025, il Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 7397/2025, ha ribadito che:

- il tardivo pagamento non legittima l'esclusione automatica;
- rende necessaria l'attivazione del soccorso istruttorio con assegnazione di un termine per la regolarizzazione;
- tali obblighi si estendono anche alle gare gestite con l'inversione procedimentale.

Conferma altresì sulla base della natura del contributo, (finalizzato a finanziare le attività dell'Autorità), il relativo pagamento è svincolato dall'adempimento nel termine perentorio di scadenza delle offerte previsto in atti.

8

E' possibile applicare l'istituto della proroga all'affidamento diretto?

La legittimità di tale previsione è confermata dalla risposta fornita dal MIT con parere n. 3677/2025 nel quale precisa che: "laddove la stazione appaltante abbia stimato il valore dell'appalto comprensivo di proroghe e rinnovi ed il valore complessivo sia inferiore alle soglie di rilevanza europea e purché tali modifiche siano presenti ed esplicitate correttamente nei documenti di gara, la stessa potrà valutare di far ricorso alle procedure di cui all'art. 50 comma 1 del codice".

Pertanto, la proroga sarebbe legittima solo se parte integrante della programmazione iniziale, diversamente, costituirebbe una modalità illegittima di prosecuzione artificiosa della durata dell'affidamento stesso.

9

Quando il soccorso istruttorio può essere applicato al contenuto dell'offerta tecnica?

Nel caso affrontato dal Tar Lazio - Roma, con sentenza n. 12976, la previsione dell'inammissibilità dell'offerta tecnica in caso di mancanza di una espressa dichiarazione prevista in atti, va interpretata restrittivamente in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Pertanto, il soccorso istruttorio potrebbe essere applicato per integrare documenti che incidono sulla partecipazione dell'operatore senza sconfinare nella modifica dell'offerta medesima. Infatti, nella fattispecie, il Tar ha chiarito che l'attivazione del soccorso istruttorio non ha comportato nessun vantaggio competitivo in favore della società aggiudicataria, considerato che anche senza la dichiarazione in contestazione la Commissione sarebbe stata in condizioni di attribuire i punteggi previsti".

10

A quali adempimenti è tenuta un'amministrazione nel caso di assenza dei presupposti per la predisposizione della programmazione triennale di lavori e servizi?

Al quesito ha risposto il MIT con parere n. 3689/2025 prevedendo espressamente quanto di seguito richiamando l'applicazione del comma 8 dell'art. 5 dell'allegato I.5 al codice degli appalti: "Nei casi in cui le stazioni appaltanti o gli enti concedenti non provvedano alla redazione del programma triennale dei lavori pubblici, per assenza di lavori, questi ne danno comunicazione sul proprio sito istituzionale nella sezione «Amministrazione trasparente» di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e ne danno comunicazione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici." – e - "Nei casi in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non provvedano alla redazione del programma triennale degli acquisti di beni e servizi, per assenza di acquisti di beni e servizi, ne danno comunicazione sul profilo del committente nella sezione «Amministrazione trasparente» di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33".

La stipula del contratto, inammissibilità della conclusione contrattuale per fatti concludenti

TAR Calabria - Catanzaro, Sez. I, 13/10/2025 n. 1637

IN
PIL
LOLE

La stipula del contratto, forma scritta ad "substantiam".

La Sentenza del TAR Calabria Catanzaro SEZ. I del 13/10/2025 N. 1637 ha stabilito che i contratti pubblici, secondo l'articolo 18 del D.Lgs. 36/2023, devono essere stipulati per iscritto, anche in forma semplificata, per avere validità legale ("ad substantiam").

Questo esclude la possibilità di contratti conclusi "per fatti concludenti" (cioè attraverso comportamenti), e, pertanto, atti preparatori come l'invio della garanzia definitiva o una dichiarazione di disponibilità alla firma non perfezionano il contratto, ma attestano solo la sussistenza delle condizioni per la futura stipula. Il requisito, quindi, è quello della *Forma scritta*; infatti, a pena di nullità, il contratto pubblico deve essere stipulato per iscritto, anche tramite corrispondenza commerciale (scambio di lettere).

La forma scritta è un requisito essenziale ("ad substantiam"), quindi un contratto non può considerarsi concluso per fatti concludenti. Atti come l'invio della garanzia definitiva o una dichiarazione di disponibilità alla firma sono considerati preparatori. Non sono sufficienti per creare un vincolo contrattuale, ma solo per attestare che le condizioni per la stipula formale sono soddisfatte.

Aggiudicazione, mancata stipula, diritto di scioglimento dal vincolo (art. 18, co. 5, D.Lgs. 36/2023).

Se la stipula del contratto non avviene entro 60 giorni dall'aggiudicazione, l'aggiudicatario ha il diritto di sciogliersi dal vincolo dell'offerta con

una semplice notifica. Questa dichiarazione di recesso diventa immediatamente efficace se il contratto non è ancora stato formalmente stipulato e dà diritto al rimborso delle spese documentate sostenute in vista della stipula.

Trattasi di un diritto potestativo: L'aggiudicatario ha il diritto di decidere di sciogliersi dal contratto, anche se la stipula non è avvenuta per fatto della stazione appaltante. La volontà di recedere si esprime attraverso una semplice notifica alla stazione appaltante.

La dichiarazione di recesso è efficace se, alla data di notifica, la stipulazione del contratto in forma scritta non è ancora avvenuta. Il recesso comporta la liberazione da ogni vincolo derivante dall'offerta; Il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate e sostenute in vista della stipula.

La domanda risarcitoria, nel processo amministrativo, deve essere formulata analiticamente nella parte dell'atto "in diritto" e nelle conclusioni.

La domanda di risarcimento del danno non è proposta correttamente nel processo amministrativo se menzionata solo nell'epigrafe del ricorso, senza una specifica articolazione nella parte "in diritto" e la sua riproposizione nelle conclusioni.

In assenza di una puntuale allegazione e argomentazione a supporto, la domanda risarcitoria non è giuridicamente configurabile e il giudice non può pronunciarsi su di essa. La mera indicazione nell'epigrafe non è sufficiente, poiché non fornisce al giudice gli

elementi necessari per valutare e decidere sulla richiesta. L'attore ha l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento della sua richiesta di risarcimento. La domanda deve essere dettagliatamente argomentata nella parte in diritto e riproposta nelle conclusioni per essere considerata ritualmente presentata, permettendo al giudice di esercitare la sua funzione giurisdizionale.

Con la sentenza in esame, il TAR Calabria ha accolto il ricorso di un'impresa, stabilendo che un contratto d'appalto con la Pubblica Amministrazione non può mai ritenersi concluso "per fatti concludenti", ma necessita sempre della forma scritta, e ha confermato il diritto dell'impresa di svincolarsi dall'offerta a causa dei ritardi dell'ente.

Nel caso in questione, pertanto, l'impresa può sciogliersi dal vincolo dell'offerta, come previsto dall'art. 18 del Codice degli Appalti, perché il Comune de quo, nel caso di specie, non ha stipulato il contratto entro i termini (60 giorni dall'aggiudicazione). La trasmissione della documentazione e la frase "nulla osta alla firma" non equivalgono alla stipula formale del contratto e non creano un "contratto per fatti concludenti", poiché l'efficacia del contratto richiede la stipula formale.

Pertanto, se la stipula del contratto non avviene entro il termine previsto (60 giorni), l'aggiudicatario può sciogliersi dall'offerta mediante un atto notificato, come ha fatto l'impresa.

Quindi anche se l'impresa ha trasmesso la documentazione e dichiarato che "nulla osta alla firma", questo non è equiparabile alla stipula formale del contratto. Il perfezionamento del contratto avviene con la stipula, non con l'invio di documenti o la dichiarazione di disponibilità.

Si conferma quindi che, per "*Fatti concludenti*" la stazione appaltante non può sostenere che il contratto sia perfezionato. La stipula formale è un atto necessario per la conclusione del contratto, e non può essere sostituita da comportamenti che, pur manifestando la volontà di concludere, non costituiscono una vera e propria stipula.

Il Tar ha stabilito che il contratto non è mai esistito: Conclusioni.

Il Tribunale ha dato ragione all'impresa confermando che nessun contratto è mai stato concluso, basandosi su tre principi: la necessità di una forma scritta a pena di nullità per i contratti pubblici, che impedisce la conclusione per comportamento concludente; la distinzione tra atti preparatori (come l'invio di una garanzia definitiva) e l'effettiva stipula; e la legittimità del recesso dell'impresa, non essendo stato il contratto firmato entro il termine di legge di 60 giorni.

I principi chiave di tale decisione sono, innanzitutto che nessun contratto può essere senza forma scritta: Il TAR ha ribadito che la legge impone la forma scritta a pena di nullità per i contratti pubblici, escludendo che un accordo possa considerarsi concluso per comportamento concludente, anche nelle procedure semplici come gli affidamenti diretti.

Gli atti preparatori non sono un'accettazione: La trasmissione della garanzia definitiva o il nulla osta sono solo atti preparatori alla firma del contratto, non l'accettazione della proposta contrattuale. La successiva richiesta di documenti da parte del Comune ha confermato che il contratto non era ancora stato firmato.

Legittimo il recesso dell'impresa: Poiché il contratto non è stato firmato entro il termine di 60 giorni, l'impresa era nel suo diritto di recedere dall'offerta, ai sensi dell'art. 18, comma 5, del Codice dei contratti pubblici. In conclusione, quindi il TAR ha condannato il Comune a rimborsare all'Impresa le spese sostenute per il rilascio della garanzia definitiva.



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!