

Rivista mensile - Anno XV, Numero 9

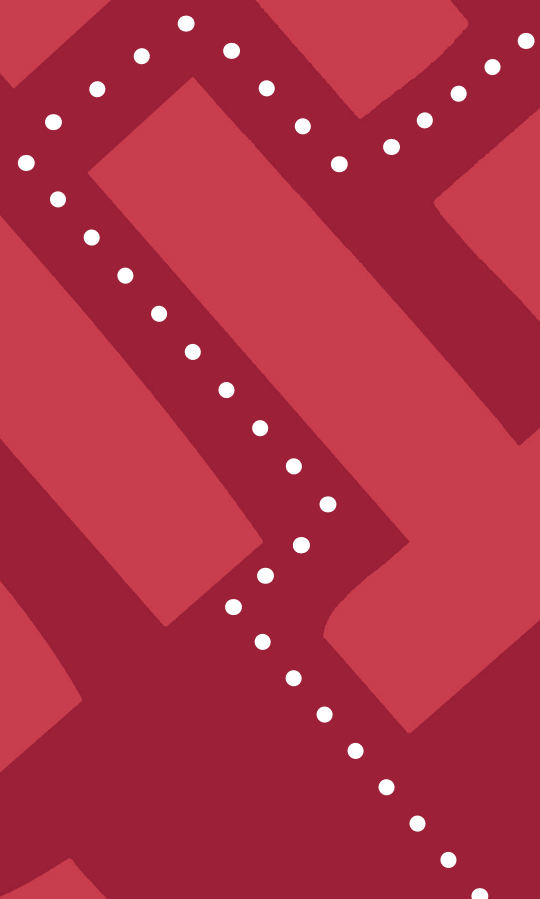
dicembre
2025

MEDIA APPALTI

**La semplificazione
amministrativa nei
contratti pubblici:
inversione procedimentale
e invarianza della soglia
di anomalia al vaglio della
Corte costituzionale**

**Il nuovo F.V.O.E. 2.0: la
verifica dei requisiti tra
luci ed ombre**

**Evoluzione normativa
e giurisprudenziale
dell'istituto della
"Clausola Sociale"**



**"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**

**dicembre
2025**

Restanza

Tutt'intorno era scomparso nel fragore della polvere. L'ultima scossa venne e si portò via secoli di preghiere, riti religiosi, tradizioni popolari, opere d'arte. Uno sguardo fugace avrebbe potuto giurare che l'edificio era salvo. Era stato risparmiato. Un occhio attento invece s'avvide che quelle pietre che fissavano la piazza nascondevano la devastazione. Erano una maschera, l'unica ammessa nella vita, secondo la poetessa Alda Merini, quella che serve a "nascondere il proprio dolore [...] per non perdere la propria dignità". Così, la facciata bianca e ritta ostentava la sua bellezza per schermare una desolante realtà. Dopo il trambusto, dopo che ci si assicurò che non c'erano vittime, ci si rese conto che la basilica, oltre la facciata, non esisteva più.

La sequenza sismica, iniziata nell'agosto 2016 e perpetratasi fino al gennaio dell'anno successivo nel centro Italia, ha devastato oltre cinque mila edifici pubblici, quattro mila chiese,

migliaia di abitazioni private. La ricostruzione è ancora in corso. Tra le opere concluse, la chiesa di Norcia, riaperta ai fedeli a nove anni esatti dal terremoto: il 31 ottobre scorso nel duomo dedicato a San Benedetto si è tornato a dir messa. Una storia a lieto fine. Tante altre storie del finale non hanno alcuna percezione.

Nell'agosto scorso, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, per voce del presidente Giuseppe Busia, ha ribadito "l'impegno costante a fianco delle amministrazioni per evitare infiltrazioni e garantire la regolarità".

È di fine giugno la sottoscrizione di un protocollo di intesa tra Commissario straordinario del Governo e Struttura per la prevenzione antimafia del Viminale che prevede di "rafforzare le misure di prevenzione contro le infiltrazioni mafiose nei cantieri della ricostruzione pubblica e privata con contribuzione pubblica attivi nei territori colpiti dagli eventi sismici del 2016".

Questi due interventi che manifestano l'impegno attuale e futuro delle autorità nel preservare l'integrità delle procedure d'appalto confermano che la ricostruzione non è omogenea. Vive di fasi differenti per ogni specifico caso. Ci sono cantieri che si chiudono ed altri che non sono stati ancora affidati. L'entità del disastro giustifica in parte la dilatazione di questo tempo che chiamiamo "ricostruzione". Un tempo lento, nel quale si sono sovrapposti fattori che non hanno giovato alla celerità. Anzi, hanno aggiunto elementi di incertezza che le stazioni appaltanti stentano a gestire.

Ricordiamolo, si tratta di piccole realtà locali che spesso non vantano in organico personale con una formazione specifica in materia di appalti pubblici. Materia che negli ultimi anni è stata sottoposta a riforme e correttivi che richiedono un costante lavoro di aggiornamento. È stata questa evoluzione normativa che ha di frequente costretto taluni enti locali a far ricorso al supporto dell'ANAC. Nel documento di agosto, l'Agenzia fa sapere che in questi anni "sono state formulate numerose osservazioni, motivate da carenze, disallineamenti e incoerenze nei dati, nelle informazioni e nelle clausole e condizioni contenute nei vari documenti di gara, che in assenza del controllo preventivo avrebbero potuto comportare controversie e contenziosi, con allungamento delle tempistiche di affidamento e ritardi nell'attuazione degli interventi".

E nelle more della ricostruzione, cosa succede? Accade che il territorio del cratere si impoverisce.

La gente va via. I centri abitati si svuotano. Appena dopo lo sciame sismico lo spopolamento ha fatto registrare cifre vertiginose. Uno studio del CRESME fa notare che nel periodo 2016-2019 l'abbandono della propria terra natale ha coinvolto 153.000 residenti. La perdita della propria abitazione, la distruzione delle infrastrutture hanno costretto all'esodo da un territorio che stava già vivendo un processo di svuotamento. I numeri sono migliorati con la ricostruzione. Nelle zone in cui è in una fase avanzata, la gente sta tornando.

A Norcia il profumo di incenso sale tra i banchi della basilica di San Benedetto. Ha preso il posto della polvere e degli odori dei materiali serviti per ricostruirla. Norcia, che è tra i centri in cui la ricostruzione è a buon punto, si sta ripopolando. Chi è andato via per necessità, rientra per scelta. Sceglie le proprie origini, le proprie radici.

Si comprende così che ricostruire non è solo un lavoro edile. Le maestranze non edificano solo mura e tetti ma anche speranze, sogni, l'avvenire. Un futuro nel quale un posto, le tradizioni, la storia, la cultura siano salvi. In cui, come afferma l'antropologo Vito Teti, si possa avere il "diritto di restare nei luoghi in cui si è nati". Ogni gara d'appalto che prevede la realizzazione o il ripristino di una strada, di una scuola, di un ospedale, di un centro sportivo, starà contribuendo a far valere questo diritto al non andar via che Teti chiama "restanza".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Restanza

4

In evidenza

Le novità di maggior rilievo, sotto il profilo pratico/operativo, del nuovo bando tipo n. 1/2025

7

Sotto la lente

Evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto della "Clausola Sociale"

13

Hanno collaborato a questo numero:

Adriano Falsone
esperto in contrattualistica pubblica

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

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

Irene Bonifaccio
avvocato Associate Studio WSY

Matteo Corbo
Ph.D.: avvocato Socio Studio WST e docente presso Università di Padova

Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca Università Tor Vergata

Francesco Stornello
avvocato amministrativista

Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

Luigi Vacilotto
Praticante avvocato Studio WSY

Francesco Vergine
Magistrato TAR, già dirigente pubblico

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabili Web
Lorenzo Antonicelli
Gianluca Negro

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

La semplificazione amministrativa nei contratti pubblici: inversione procedimentale e invarianza della soglia di anomalia al vaglio della Corte costituzionale

21

Le cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici. Profili critici dell'illecito professionale. Commento a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 07282/2025

32

Il nuovo F.V.O.E. 2.0: la verifica dei requisiti tra luci ed ombre

40

L'affidamento diretto degli impianti sportivi. L'ANAC chiarisce i presupposti.

48

Il meccanismo della revisione prezzi, facoltà o obbligo? L'irretroattività dell'istituto come chiarito da Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza, 6 ottobre 2025, n. 7779

57

Pareri & Sentenze

63

A Domanda Rispondiamo

72

In pillole

76

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le novità di maggior rilievo, sotto il profilo pratico/operativo, del nuovo bando tipo n. 1/2025

di Stefano Usai



Premessa

Con la "Delibera n. 365 del 16 settembre 2025" (rubricata "Bando tipo n. 1/2023 aggiornato al decreto legislativo 31 dicembre 2024 n. 209 - Schema di disciplinare di gara" l'Autorità Anticorruzione ha pubblicato l'adeguamento al bando tipo n. 1/2023 relativo agli appalti di forniture e servizi nel sopra soglia comunitario (con allegato schema di domanda di partecipazione).

Il bando tipo è stato pubblicato in G.U. Serie Generale n.235 del 09/10/2025 con conseguente vincolo dei RUP di applicarlo (ogni scostamento come ricorda l'articolo 82, secondo comma, del codice deve trovare adeguata motivazione da inserire nella decisione a contrarre (ex art. 17 che "avvia" il procedimento/procedura con l'assunzione della prenotazione di impegno di spesa).

Il bando, pertanto, diventa vincolante al quindicesimo giorno dalla pubblicazione (considerato che il giorno della pubblicazione (definito come "*dies a quo*" non deve essere conteggiato mentre viene considerato il c.d. "*dies a quem*" (il giorno finale di pubblicazione), il bando tipo è diventato vincolante a far data dal 24 ottobre 2025.

L'oggetto principale del bando tipo, pertanto, è la procedura ordinaria nel sopra soglia comunitario (dove, come noto, la procedura ordinaria si impone salvo adeguatissime motivazioni non consentano l'esperimento della procedura negoziata senza bando di cui all'articolo 76 del codice).

La prima sottolineatura, come premessa all'analisi delle principali differenze rispetto al bando tipo n. 1/2023, è che a ben valutare non si tratta di un bando vero e proprio ma, caso mai, di uno schema di disciplinare che può essere utilizzato anche per scrivere la legge di gara nel sottosoglia (con gli opportuni adattamenti).

“ **Il bando tipo diventa vincolante dopo 15 giorni di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Ogni scostamento dalle indicazioni del documento redatto dall'ANAC deve trovare adeguata motivazione (da innestare nella decisione a contrarre) come prescrive l'articolo 82 del codice (secondo comma)** ”

1. Le principali novità

Al netto degli aspetti formali, la prima indicazione pratico/operativa che si può desumere dal documento in commento è che, a differenza del bando pregresso, è il “massiccio” coinvolgimento del responsabile di fase (dell’affidamento). È noto che le figure dei responsabili di fase (uno per l’affidamento, il secondo per le fasi tecniche della programmazione, progettazione ed esecuzione) sono state introdotte nel codice dei contratti con l’articolo 15 (sulla falsariga di esperienza di leggi regionali come la legge regionale n. 8/2018 della Regione Sardegna, in tema di appalti).

Come detto, l’articolo 15 prevede che la stazione appaltante possa darsi dei modelli organizzativi in cui innestare queste figure di collaboratori “qualificati”.

In realtà, in modo più semplice, il RUP, in presenza di organico può chiedere al proprio responsabile di servizio di essere affiancato da uno o dai due responsabili di fase. Il MIT esclude che possano essere più di due – con il parere n. 2098/2025 – pertanto, le fasi indicate dal legislatore non possono essere ulteriormente scorpolate.

In presenza di esigenze (ad esempio appalto complesso e/o carico gravoso di lavoro sul RUP sempre che ovviamente la stazione appaltante abbia un organico tale da consentirne la nomina), il Responsabile Unico del Progetto può chiedere la nomina/individuazione di questi (ma anche altri collaboratori).

È molto importante ricordare che, come emerge dal comma 4 dell’articolo 15 del codice, si tratta di meri responsabili di procedimento *ex lege* 241/90 a cui possono essere affidate esclusivamente compiti/funzioni istruttorie propositive ma non anche compiti/responsabilità decisorie (in tempi recenti, Tar Lazio, con la sentenza della sezione III-ter, n. 13575/2025).

Come si diceva, il responsabile di fase (di affidamento) a differenza del pregresso bando del 2023 che richiamava la figura solo in relazione ai compiti di previa escussione della documentazione amministrativa e di verifica della stessa, nel caso del nuovo bando, la figura viene richiamata in

ben 12 casi. Oltre ai casi predetti, la figura viene richiamata, per l’apertura delle “buste” (compito che può svolgere direttamente anche il RUP oppure un ufficio ad *hoc* appositamente deputato).

L’ANAC richiama il responsabile di fase anche in relazione alla verifica dell’anomalia assegnando ad esso, in alternativa al RUP, addirittura il potere di escludere.

Questa competenza, alla luce della recente giurisprudenza e delle chiare indicazioni legislative non può essere assegnata ad un responsabile di fase visto che l’allegato I.2 assegna questo compito (con l’articolo 7, comma 1 lett. d)) solo ed esclusivamente al RUP.

In questo senso, anche come si legge nella sentenza sopra appena richiamata, i soggetti solo responsabili di procedimento (ausiliari del RUP) si devono limitare, ad esempio, alla predisposizione di verbali in cui propongono una data scelta/azione amministrativa, ma la decisione rimane di competenza del RUP (ora anche chiaramente esplicitato nel comma 1 dell’articolo 2 dell’allegato I.2 come modificato dal decreto legislativo 209/2024).

“ **In presenza di esigenze specifiche (ad esempio appalto complesso e/o carico gravoso di lavoro sul RUP sempre che ovviamente la stazione appaltante abbia un organico tale da consentirne la nomina), il responsabile unico del progetto può chiedere la nomina/individuazione di responsabili di fase (ma anche l’istituzione di un ufficio di supporto o la nomina di altri responsabili di procedimento in ausilio).** ”

2. L'utilizzo della PAD

Uno degli adeguamenti che non può essere sottovalutato è che nel "nuovo" bando tipo si consacra il riferimento alla piattaforma di approvvigionamento digitale (PAD) (art. 25 dell'attuale codice) – a differenza del pregresso in cui si "parlava" di piattaforma telematica.

È noto che la piattaforma di approvvigionamento – che la stazione appaltante qualificata può anche noleggiare – rappresenta il momento fondamentale del ciclo di vita digitale dell'appalto (visto l'interoperabilità con i sistemi ANAC).

Da notare che per PAD si intende anche lo stesso MEPA (piattaforma certificata fin dalla fine del 2023), la piattaforma del soggetto aggregatore ma anche quella eventualmente acquisita dalla stazione appaltante (ente concedente).

Da ricordare che il MIT con il parere n. 2961/2024 ha chiarito che le stazioni appaltanti/enti concedenti possono considerare le piattaforme di approvvigionamento certificate, come una *species* di mercato elettronico alternativo al MEPA e alle piattaforme della centrale di committenza regionale (il soggetto aggregatore).

Aspetto non irrilevante, ad esempio, per l'esperimento delle procedure negoziate nel sottosoglia (anche esperibili dalle stazioni appaltanti non qualificate).

Proprio sulla PAD (sul funzionamento) si concentra una delle principali novità. L'ANAC, in pratica – come già accadeva nel pregresso bando –, si pone il problema, ovviamente con delicate implicazioni, del malfunzionamento della piattaforma che può impedire o rendere difficoltosa la partecipazione degli operatori con un notevole contenzioso.

L'ultima parte del comma 2 dell'articolo 25 del codice – il terzo periodo –, si limita a precisare che *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il*

normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento".

In pratica, il rimedio unico, per il RUP – valutato in modo proporzionale – è quello della proroga.

Nel bando tipo, invece, si prevedono almeno tre differenti situazioni che, nel tentativo di semplificare e fornire maggiori elementi al RUP, sembrano superare il dettato normativo e, paradossalmente potrebbe determinare anche ulteriori contenziosi. In primo luogo, si prevede che il RUP, può, in situazione di malfunzionamento di breve durata/limitato/contenuto, limitarsi a prorogare o riaprire il *"termine di scadenza di presentazione delle offerte limitata ad un periodo massimo di 48 ore dalla data di scadenza indicata nel bando è resa nota sulla PAD e sul sito internet della stazione appaltante"* – ed occorre indicare il link *"unitamente all'indicazione della durata e dei motivi del malfunzionamento"*. Ipotesi che sembra rientrare nell'ambito del quadro normativo anzidetto.

In una simile eventualità non è necessaria – secondo ANAC –, *"la pubblicazione di una rettifica al bando di gara ai sensi dell'articolo 27 del codice, né la riedizione della procedura"*.

Qualche problema emerge nel caso in cui una simile proroga contenuta sia ritenuta dal RUP non sufficiente ovvero risulti necessario prorogare la scadenza del termine di presentazione delle offerte per un periodo più lungo. In questo caso, secondo il bando, il RUP deve rettificare *"il bando di gara con indicazione della nuova scadenza"*.

Pertanto, la differenza tra le due fattispecie, evidentemente, è sostanziale visto che in questo secondo caso occorre modificare le regole della partecipazione (quanto a termine della presentazione delle offerte).

Si tratta di una ipotesi estremamente gravosa e c'è da chiedersi cosa potrebbe accadere se il RUP, invece di disciplinare la casistica indicata nel bando si affida semplicemente al dato normativo.

Applicare solamente la norma piuttosto che le indicazioni del bando tipo che cosa potrebbe comportare? Effettivamente la disposizione rimette al RUP di valutare secondo i casi senza una cornice così rigorosa.

Il bando prevede anche una terza situazione quando *“la sospensione o la proroga dei termini”* delle due precedenti fattispecie *“non siano considerati idonei a garantire la par condicio dei partecipanti e/o la segretezza delle offerte, la stazione appaltante”* (nda il RUP deve decidere di procedere *“alla riedizione della procedura”*).

Non v'è dubbio che la scelta di riavviare l'intera gara potrebbe essere oggetto di contestazione da parte di chi ritiene che non sia necessario. Altresì vero è che chi non può partecipare alla competizione a causa di malfunzionamenti, ritenuti sostanziali e non solo temporanei, potrà lamentarsi di questo. Probabilmente indicazioni così dettagliate rischiano di alimentare il contenzioso (almeno rispetto a quanto indica la norma citata).

“ Per PAD si intende anche lo stesso MEPA (piattaforma certificata fin dalla fine del 2023), la piattaforma del soggetto aggregatore ma anche quella eventualmente acquisita dalla stazione appaltante (ente concedente). ”

3. Altre novità: il malfunzionamento del fascicolo virtuale dell'operatore economico

Si registrano altre integrazioni (ad esempio la necessità di allegare il progetto nel caso di appalto di servizi) e un primo chiarimento (rispetto all'equivoco del primo bando tipo) secondo cui, seppur vero che in generale di costi della manodopera non sono ribassabili è altrettanto vero – per espressa previsione contenuta nel comma 14 dell'articolo 41 del codice -, il legislatore spiega che *“(...) I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Il pregresso bando n. 1/2023 si limitava ad evidenziare che i costi della manodopera non erano ribassabili senza chiarire le conseguenze.

L'attuale bando, oltre alla precisazione predetta, completa spiegando che il ribasso può essere consentito solo *“per dimostrate ragioni attinenti ad una più efficiente organizzazione aziendale o a condizioni fiscali o contributive di maggior favore che non comportano penalizzazioni per la manodopera”*.

Si ristabilisce una più corretta impostazione tutelando le libertà di iniziativa dell'imprenditore il quale deve essere avvisato che in caso di ribasso si attiverà la verifica sul modello di quanto prevede l'articolo 110 con richiesta di adeguate giustificazioni (che devono essere concretamente verificate dal RUP).

Nello stesso tenore l'adeguamento (soft) nel caso di proposizione, da parte dell'operatore, di un contratto alternativo rispetto a quello indicato dal RUP nella legge di gara.

Il pregresso bando, evidentemente, riferiva dell'esigenza di verifica la c.d. equivalenza delle tutele economico/normative del contratto collettivo richiesto nella legge di gara.

L'attuale bando – ribadito evidentemente che un problema di contratto collettivo non si pone per le forniture senza posa in opera e per i servizi intellettuali, ricorda che nella verifica (sulle c.d. equivalenze) il RUP è tenuto ad applicare il nuovo allegato I.01 (che ha delle novità rispetto al pregresso bando tipo pur riprendendo, in parte, le indicazioni riportate nella relazione tecnica che accompagna questo documento, in particolare rispetto alla circolare dell'ispettorato del lavoro n. 2/2020)).

Si tratta di un passaggio, questo delle verifiche delle equivalenze in caso di proposta di contratto collettivo alternativo a quello indicato nella legge di gara, che il responsabile unico del progetto non deve sottovalutare visto che l'analisi/verifica dell'esistenza di pari (o complessivamente uguali) condizioni normative ed economiche rappresenta il presupposto essenziale per poter aggiudicare.

Non è senza rilievo pratico/operativo, annotare che il Tar Campania, sez. IV, con la recente sentenza n. 7073/2025 ha chiarito che la verifica deve essere globale e sostanziale. Non sono sufficienti, in pratica, considerare le sole differenze oggettive e fisiologiche (tra i contratti collettivi, quello richiesto dalla stazione appaltante e quello proposto dall'operatore economico), occorre valutare l'impatto di queste differenze rispetto alla situazione dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione dell'appalto.

Lo stesso giudice appena citato, infatti, spiega come non a caso "l'attuale *disciplina del giudizio di equivalenza ex art. 11, comma 4*" del codice (dopo le modifiche introdotte dal D.lgs. n. 209/2025) è stata integrata con il rinvio ai nuovi parametri di cui all' all. I.01 (comma 4). Rinvio da cui emerge come soglia di equivalenza, "*il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua*" per le tutele economiche e "*lo scostamento marginale*" rispetto ai parametri relativi alle tutele normative.

Il nuovo bando, a differenza del quello pregresso, spiega che il ribasso sugli oneri della manodopera può essere consentito solo "per dimostrate ragioni attinenti ad una più efficiente organizzazione aziendale o a condizioni fiscali o contributive di maggior favore che non comportano penalizzazioni per la manodopera".

4. Alcuni chiarimenti in tema di accesso

Nell'ambito dell'attuale bando si registra una più chiara disciplina dell'accesso, soprattutto in relazione al caso di richiesta di "oscurare" parti dell'offerta (o delle giustificazioni prodotte per certificarne la congruità).

Nel bando si precisa che quando viene richiesto l'oscuramento di parti delle offerte e dei giustificativi, le decisioni in ordine all'accoglimento o al rigetto della richiesta sono rese note dal Responsabile unico di progetto (mentre il codice attribuisce in modo generico alla stazione

appaltante) al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Le decisioni di cui sopra possono essere impugnate innanzi al giudice amministrativo di competenza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione.

Prima del decorso di tale termine le offerte e i giustificativi dei primi cinque classificati sono messi reciprocamente a disposizione, con le modalità suindicate, nella versione oscurata.

I soggetti oltre il quinto potranno accedere ai dati solamente nel caso in cui abbiano un interesse qualificato e quindi ai sensi dell'articolo 22 della legge 241/90.

Se viene richiesto l'oscuramento (anche) di parti delle offerte e dei giustificativi, le decisioni in ordine all'accoglimento o al rigetto della richiesta sono rese note dal Responsabile unico di progetto (mentre il codice attribuisce in modo generico alla stazione appaltante) al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

5. La verifica della potenziale anomalia dell'offerta

Si è rilevato in premessa che dal bando tipo emerge che il RUP può chiedere "ausilio" a vari collaboratori, tra questi il responsabile di fase dell'affidamento.

L'aspetto che occorre ben soppesare è che questo collaboratore "qualificato" tende ad essere equiparato al RUP almeno (in realtà non solo) nel caso dell'avvio del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte fino ad ipotizzare (a scelta della stazione appaltante) che questi possa adottare il provvedimento di esclusione in luogo del RUP.

Si è già evidenziato che la giurisprudenza, il MIT ma la stessa ANAC (si pensi alle FAQ espresse in tema di qualificazione in cui si riconosce che il RUP ha una responsabilità ben diversa rispetto al responsabile di fase) evidenziano che le due figure non possono essere affatto equiparate.

Lo stesso codice, sia nell'art. 15, comma 4, e soprattutto nel comma 1 dell'articolo 2 dell'allegato I.2, evidenzia che il RUP anche in presenza di responsabili di fase deve mantenere la sua centralità e coordinamento e, soprattutto, non può assegnare ad altri la prerogativa decisoria.

La stessa giurisprudenza, a più riprese, ha ribadito che il potere di adottare il provvedimento di esclusione e di competenza del RUP ed in ogni caso, anche in presenza di una organizzazione autonomamente decisa dalla stazione appaltante, non può essere estromesso dal processo decisionale (per intendersi, se anche il provvedimento venisse, erroneamente, firmato dal responsabile di fase perché non venga sancita l'illegittimità dell'azione è necessario dimostrare che il RUP era a conoscenza del provvedimento e l'ha condiviso).

“ La giurisprudenza, a più riprese, ha ribadito che il potere di adottare il provvedimento di esclusione e di competenza del RUP ed in ogni caso, anche in presenza di una organizzazione autonomamente decisa dalla stazione appaltante, non può essere estromesso dal processo decisionale a pena di illegittimità dell'azione amministrativa. ”

6. La redazione della graduatoria (di merito)

Ulteriore novità del bando tipo ricalibrato, rispetto al pregresso del 2023, è quella relativa alla redazione della graduatoria di merito. Trattandosi di appalto aggiudicato con il multicriterio, evidentemente, la redazione della graduatoria veniva rimessa alla commissione di gara (e quindi all'organo straordinario deputato alla valutazione delle offerte).

Nel nuovo bando tipo, invece, si rimette all'organizzazione della stazione appaltante la scelta su come individuare il soggetto/organo chiamato a redigere la graduatoria.

Nel documento ricalibrato/corretto, in effetti, si puntualizza che "all'esito delle operazioni" la stazione appaltante è deputata a scegliere tra "Commissione giudicatrice, RUP, responsabile di fase, apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante" al fine della redazione della graduatoria.

Oggettivamente il bando pare eccessivamente chirurgico nelle sue indicazioni. Circostanza che può alimentare/facilitare i contenziosi.

Si ritiene, sotto il profilo pratico operativo, che nella legge di gara ci si possa attenere tranquillamente alle disposizioni note secondo cui la proposta "atecnica" di aggiudicazione viene predisposta dalla commissione con successivo invio al RUP per la verifica della potenziale anomalia.

Verificata l'anomalia la commissione proporrà la proposta allo stesso responsabile unico il quale andrà a predisporre la "reale" proposta di aggiudicazione (sotto forma di decisione di aggiudicazione) per il proprio responsabile del servizio.

Occorre rammentare, infatti, che l'articolo 17, non si preoccupa della redazione graduatoria riferendosi direttamente ad una proposta di aggiudicazione "alla migliore offerta non anomala".

Il secondo periodo dell'articolo citato spiega poi che "l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace".

L'organo citato, in realtà, è il dirigente/responsabile del servizio che eseguirà i controlli di legittimità e conformità all'interesse pubblico per il tramite del responsabile unico di progetto (qualora, ovviamente, i due "organi" non coincidessero).

Evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto della "Clausola Sociale"

di Claudio Beneduce

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

I principi che regolano l'istituto della Clausola Sociale - Il previgente Codice dei Contratti Pubblici - La giurisprudenza consolidata.

Il presente contributo si occupa di esaminare i profili normativi e giurisprudenziali che hanno caratterizzato i risvolti pratico-applicativi dell'istituto della cd. Clausola Sociale in tema di procedure ad evidenza pubblica, atteso che è un modulo procedimentale che oggi assume un ruolo sempre più centrale, in quanto rivolto alla delicato bilanciamento giuridico (e forse anche, si potrebbe tentare di dire, etico) di tutti gli interessi che emergono nelle procedure concorsuali ed in particolare da un lato quelli economici e di politica aziendale dell'Operatore Economico, che necessita oggi più che mai in un contesto dettato da un mercato sempre più mutevole e soggetto ad elementi patogeni non preventivabili (basti pensare alle oscillazioni dettate dai sempre più frequenti conflitti internazionali e dagli eventi epidemiologici), dall'altro quelli occupazionali e di tutela della "forza lavoro", che sono -

notoriamente - l'indice della salute di uno Stato Sociale. Riconoscere e definire i delicati confini di tale "conflitto" e di tale dicotomia procedimentale è funzionale alla esatta definizione dei parametri cui ancorare l'impatto, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, l'esegesi di tale istituto.

L'art. 50 del previgente Codice (D.Lgs 50/2016) prevedeva espressamente che **"Art. 50. (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) 1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto"**.

Richiamato espressamente il dettato normativo del modulo procedimentale de quo, si precisa che l'istituto della clausola sociale - in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale - necessita, in via liminare, di un'applicazione elastica e non rigida del dettato di cui alla normativa richiamata, per temperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (si veda in terminis Cons. St., sez. V, 1 agosto 2023 n. 7444).

È istituito che, richiamato nelle *lex specialis* delle procedure di gara, deve essere conforme ai principi nazionali ed eurounitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, condizionati con la clausola sociale al fine di perseguire interessi socialmente rilevanti, come il diritto al lavoro. Invero, già nella prospettiva costituzionale (artt. 1, 41 e 117 comma 2 lett. e), nella quale la stessa norma chiave sulla libertà economica funzionalizza quest'ultima all'utilità sociale (art. 41 comma 2 Cost.), la clausola sociale è ritenuta avente una portata elastica, condizionata al giudizio di compatibilità delle scelte organizzative degli operatori economici, così da evitare il sacrificio totale delle esigenze (organizzative) imprenditoriali, che comporterebbe il venir meno del nucleo distintivo dell'attività imprenditoriale, appunto l'organizzazione a proprio rischio (e quindi a propria scelta) di mezzi e risorse (Corte cost. 19 giugno 1998 n. 226 e 3 marzo 2011 n. 68). La cornice nella quale sono state rese le pronunce richiamate è quella di bilanciamento delle tutele sociali non solo con le libertà economiche (*"minore apertura dei servizi alla concorrenza"*, così la sentenza n. 68 del 2011) ma anche con le prerogative pubblicistiche di buon andamento dell'attività amministrativa, considerando *"il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato"* (sentenza n. 68 del 2011). Detta ultima prospettiva finisce per intercettare il tema della stessa soddisfazione delle esigenze

della collettività di riferimento, in ragione del costo della commessa pubblica e delle correlate prerogative di scarsità di risorse pubbliche, con conseguenza necessità dell'Amministrazione di temperare le esigenze occupazionali con la soddisfazione di altri bisogni della collettività. In tal modo il grado elastico di vincolatività della clausola sociale di assorbimento del personale si fonda non solo sul bilanciamento delle tutele del lavoro con l'art. 41 Cost. ma anche sul principio, tipicamente pubblicistico, di buon andamento dell'azione amministrativa.

Non solo. La dimensione costituzionale non è l'unico ambiente e campo ove sono proliferati (e proliferano) le coordinate di indagine di legittimità e conformità (anche sul piano operativo) degli obblighi connessi alla clausola sociale. Si riferisce, in particolar modo, nella normativa e nella giurisprudenza eurounitaria, in una prospettiva quindi tipicamente concorrenziale (art. 3 TFUE) e di implementazione del mercato interno (art. 2 TFUE). Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui valore giuridico, lo stesso dei Trattati, è attualmente (a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il primo dicembre 2009) sancito dall'art. 1 del TUE, contempla quali principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori. In una prima fase la Corte pertanto ha composto il rapporto tra diritti sociali e libertà economiche attribuendo una rilevanza alle seconde (Cgue 9 dicembre 2004, C-460/02, 14 luglio 2005, C-386/03 e sez. II, 3 aprile 2008, C-346/06), pur ammettendo che la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione di una libertà fondamentale e che l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro rappresenta una ragione imperativa di interesse generale (Cgue, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C-438/05). In tale contesto la direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, abrogando la precedente direttiva 2004/18/CE, ha introdotto specifiche norme a garanzia dei lavoratori. In particolare, l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, intitolato *"Principi per l'aggiudicazione degli appalti"*, stabilisce che gli Stati membri adottino *"misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti*

pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e da disposizioni transnazionali" (par. 2). Una particolare attenzione alle ragioni di tutela del lavoro è confermata dall'art. 70, con il quale il legislatore europeo ha sancito la possibilità di introdurre clausole sociali (*"Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione"*).

È accertata la compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, è accertato che tale istituto si insinua nel meticoloso groviglio di elementi giuridici che rispondono alla necessità di tutelare, oltre al reddito dei lavoratori, anche e soprattutto la continuità dell'occupazione, che a ben guardare – in chiave keynesiana – è forse un obiettivo ancora più importante, se non prioritario. Si legittima il modello regolativo delle clausole sociali nel rispetto delle prerogative concorrenziali e del mercato (e quindi imprenditoriali), e comunque compatibilmente alle scelte del legislatore nazionale, intestatario delle attribuzioni relative ai diritti sociali e di organizzazione delle funzioni pubbliche (COM/2003/0458). Nel rispetto del (delicato) equilibrio fra esigenze del mercato (e della concorrenza per il mercato) e esigenze di tutela sociale, rispetto alla clausola di assorbimento l'impostazione eurounitaria premia le decisioni dei singoli Stati membri, così derivando che la stessa è caratterizzata dal trattamento (sopra richiamato) che l'ordinamento italiano le riserva. Dalla disciplina e dalla giurisprudenza eurounitaria non discende quindi il disconoscimento del carattere elastico delle clausole sociali, rispetto al trattamento che ricevono nell'ordinamento italiano.

È stato da ultimo affermato dalla V Sez. del TAR per la Campania che *"l'obbligo di rispettare la clausola sociale, anche nella parte in cui è*

preordinata alla stabilità occupazionale, non implica, in conformità ai principi di matrice eurounitaria (come riconosciuti anche dalla giurisprudenza ormai consolidata - cfr., quam multis, Consiglio di Stato, 1.8.2023, n. 7444; TAR Lazio - Roma, 18.1.2022, n. 557), che l'aggiudicataria assorba l'intero personale della ditta uscente, bensì (più limitatamente) quello compatibile con le esigenze organizzative dell'imprenditore subentrante, risolvendosi, in definitiva, nell'obbligo di assunzione prioritaria del personale uscente, fatta salva la libertà dell'aggiudicataria di individuare il proprio fabbisogno, in termini di figure professionali da impiegare nell'appalto, quantità di lavoratori da utilizzare e monte ore-uomo (un conto è assorbire tutti o solo qualcuno, un conto è garantire la parità di monte-ore, altro ancora assorbire il personale uscente, o parte di esso, decurtando tuttavia la quantità di ore lavorate)" **(si veda T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 14/07/2025, (ud. 08/07/2025, dep. 14/07/2025), n.5288).**

Ed ancora, è stato evidenziato che *"La clausola sociale non comporta, pertanto, l'obbligo dell'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato, alle medesime condizioni, dalla precedente impresa affidataria del servizio, ma consente di introdurre al riguardo dei lievi scostamenti (Cons. Stato, Comm. spec., parere, 21 novembre 2018, n. 2703), essendo necessario solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (Cons. Stato n. 5444 del 2018; Id. n. 2569 del 2018; Id. n. 272 del 2018; Id. n. 3554 del 2017)[..] La giurisprudenza ha evidenziato che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola sociale, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, il che conferma che dalla clausola sociale non può trarsi sic et simpliciter un obbligo in capo al concorrente di inquadrare il lavoratore con lo stesso livello di anzianità posseduto (Cons. Stato n. 5338 del 2020; Id. n. 4539 del 2022)"* **(v. Consiglio di Stato sez. V, 05/04/2024, (ud. 18/01/2024, dep. 05/04/2024), n.3144)**

È quindi chiaro che la possibilità di destinare il personale assorbito in ragione della clausola sociale in altre attività trova conferma nell'ordinamento italiano ed eurounitario. Innanzitutto, le modalità di adempimento dell'obbligo di assorbimento del personale impiegato dal gestore uscente rientrano nelle facoltà di armonizzazione di detto obbligo con l'organizzazione aziendale. Ciò può comportare, in fase esecutiva, che *"l'obbligo di assorbimento del personale potrebbe essere assolto anche destinando solo parte dello stesso all'esecuzione di quel medesimo contratto"* (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8442).

In secondo luogo, la competizione alla quale è preordinata (qualsiasi) gara è volta a valorizzare la migliore offerta in termini di qualità e di costo (per l'erario), con una combinazione variabile, nel rispetto di quanto previsto dalla disciplina di settore. Detta competizione si concretizza, sul lato dell'offerta economica, nella possibilità (ordinaria) di utilizzare economie di scala (cioè di valorizzare la più ampia realtà imprenditoriale nella quale si inserisce l'esecuzione della commessa al fine di ridurre i relativi costi): *"l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento"* (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8442). Ritenere che l'offerta economica non possa ordinariamente tenere conto delle economie di scala, produce rilevanti conseguenze in termini di privazione della commessa delle offerte potenzialmente portatrici di esse, così potendo produrre un potenziale vulnus alla prospettiva pubblicistica dell'efficienza della prestazione e della spesa pubblica. E ciò tanto più se si considera che l'imposizione di un necessario approfondimento in ordine alla sostenibilità delle eventuali economie di scala, rispetto alla complessiva realtà imprenditoriale nella quale si colloca l'offerta, richiede la valutazione di elementi del tutto estranei alla medesima. La conseguenza è tanto più rilevante allorquando l'appalto è ad alta

intensità di manodopera, in quanto, in tale caso, la conseguenza è una ridottissima competizione sul prezzo, a discapito delle esigenze dell'erario (tipiche della disciplina nazionale di stampo contabilistico), la cui rilevanza è riconosciuta anche dall'Unione europea in termini di funzionalizzazione delle gare all'"efficienza della spesa pubblica" e all'"uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici" (considerando 2 della direttiva n. 2014/24/UE).

La ricostruzione, seppur sintetica, del diritto vivente della giurisprudenza amministrativa sul tema, ha la necessaria funzione di porre le basi per la corretta individuazione prima e applicazione poi dell'istituto della clausola sociale anche nella variegata, multiforme e mai cristallizzata nuova dimensione caratterizzata dal Nuovo Codice disciplinato dal D.Lgs 36/2023.

“ **È istituto che deve necessariamente essere conforme ai principi nazionali ed eurounitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, condizionati con la clausola sociale al fine di perseguire interessi socialmente rilevanti, come il diritto al lavoro. Invero, già nella prospettiva costituzionale (artt. 1, 41 e 117 comma 2 lett. e), nella quale la stessa norma chiave sulla libertà economica funzionalizza quest'ultima all'utilità sociale (art. 41 comma 2 Cost.), la clausola sociale è ritenuta avente una portata elastica, condizionata al giudizio di compatibilità delle scelte organizzative degli operatori economici, così da evitare il sacrificio totale delle esigenze (organizzative) imprenditoriali, che comporterebbe il venir meno del nucleo distintivo dell'attività imprenditoriale, appunto l'organizzazione a proprio rischio (e quindi a propria scelta) di mezzi e risorse** ”

2. L'intervento dell'ANAC sull'istituto della Clausola Sociale – Le Linee Guida n. 13/2019.

Fermo quanto ricostruito anche dall'orientamento pretorio, per completezza espositiva, si precisa che con le Linee guida n 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13.2.2019, l'ANAC ha tracciato alcune dirimenti (ed interessanti) traiettorie interpretative, d'indagine ed applicative con riferimento all'istituto in esame.

Invero, l'Autorità ha reputato opportuno fornire, a beneficio del mercato, ai sensi della generale previsione di cui all'articolo 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, un quadro esaustivo delle problematiche che riguardano l'istituto, sia per gli affidamenti di rilievo comunitario che per quelli sotto soglia, tenuto conto che le clausole sociali *"hanno particolare impatto sia nella fase di predisposizione dei bandi di gara che nella fase di esecuzione dei contratti; riguardano una notevole quantità di affidamenti; possono essere oggetto di rilevanti controversie fra le parti contraenti, coinvolgendo spesso anche le associazioni sindacali"*. È scelta di proporre soluzioni interpretative e operative che si sottopongono all'attenzione degli stakeholders.

Non essendo questa la sede ove scandagliare meticolosamente le specifiche questioni approfondite e affrontate e le relative tematiche, si evidenzia – in via di sintesi che - l'Autorità indipendente, in primo luogo, ha accertato che la normativa del D.LGS 50/2016 è *"previsione che sovverte l'impostazione originaria del nuovo Codice dei contratti pubblici, che invece stabiliva una mera facoltà di inserimento ("possono inserire...specifiche clausole sociali")*. Riconduce la ratio della clausola sociale, in primo luogo, alla necessità di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto non solo con riferimento alle dinamiche tese al mantenimento del posto di lavoro, bensì alle dinamiche tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente.

Evidenzia, come anche già rilevato *supra*, che

la scelta del legislatore nazionale tiene conto delle indicazioni contenute nelle Direttive 23/24/25 UE (considerando nn. 37, 93, 99 e articolo 18, paragrafo 2, e articolo 70 della Direttiva 2014/24/UE). Anche la legge delega per l'attuazione delle citate Direttive (legge 28 gennaio 2016, n.11) reca disposizioni specifiche sul tema delle clausole sociali. Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 1, comma 1, lettere fff) e ggg), il cui contenuto è confluito nell'articolo 50 del Codice, in merito alla promozione della stabilità occupazionale, ma anche all'articolo 1, comma 1, lettera ddd) sulla valorizzazione delle "esigenze sociali e di sostenibilità ambientale" ai fini della valutazione delle offerte (articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici).

“ Con le Linee guida n 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13.2.2019, l'ANAC ha tracciato alcune dirimenti traiettorie interpretative, d'indagine ed applicative con riferimento all'istituto in esame. Invero, l'Autorità ha reputato opportuno fornire, a beneficio del mercato, ai sensi della generale previsione di cui all'articolo 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, un quadro esaustivo delle problematiche che riguardano l'istituto, sia per gli affidamenti di rilievo comunitario che per quelli sotto soglia, tenuto conto che le clausole sociali “hanno particolare impatto sia nella fase di predisposizione dei bandi di gara che nella fase di esecuzione dei contratti; riguardano una notevole quantità di affidamenti; possono essere oggetto di rilevanti controversie fra le parti contraenti, coinvolgendo spesso anche le associazioni sindacali”. È scelta di proporre soluzioni interpretative e operative che si sottopongono all'attenzione degli stakeholders.

Il fattore ricorrente – evidenza ancora l'ANAC – rappresentato dalla qualificazione in termini di "clausola", a sottolineare che la tutela della finalità sociale richiede, in capo alle parti contraenti, ed alla stazione appaltante in primis, la necessità di un formale e specifico recepimento nella lex specialis e nel contratto di appalto/concessione.

In argomento giova richiamare altresì le previsioni contenute nei bandi-tipo adottati dall'Autorità (si vedano il paragrafo 24 del bando-tipo n. 1/2017 e il paragrafo 25 del bando-tipo n. 2/2017).

3. L'approdo normativo dell'istituto della Clausola Sociale - Il Codice dei Contratti Pubblici - Il D.Lgs 36/2023.

Si arriva quindi ora alla disciplina vigente in tema di clausola sociale. L'istituto della Clausola Sociale, a seguito dell'integrale processo di riforma da parte del Legislatore del 2023, trova oggi positivizzazione **nell'art. 102 del D.Lgs 36/2023** che così prevede:

"Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

- a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;*
- c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate."*

In altri termini, l'art. 102 prevede, al comma 1, una serie di obblighi che l'operatore deve assumere per garantire la stabilità del personale impiegato (lett. a); per garantire l'applicazione dei contratti nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e significativamente applicati nel settore di riferimento, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare (lett. b); per garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate (lett. c).

La disposizione costituisce applicazione del criterio di delega di cui alla lett. h) della l. n. 78 del 2002, relativamente alle c.d. clausole sociali.

Per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2 si prevede che l'adempimento di tali obblighi sociali è ritenuto assicurato con l'impegno dell'operatore economico, impegno cui è correlata la verifica da parte delle stazioni appaltanti dell'attendibilità dell'impegno dichiarato, verifica che può essere svolta con qualsiasi mezzo adeguato, anche con le modalità dell'art. 110 solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Si esaminano, nel dettaglio, le prescrizioni della novella legislativa.

Quanto **alla dichiarazione di cui alla lett. a) del citato art. 102, comma 1**, essa – riprendendo in parte qua il contenuto dell'art. 57, comma 1, del codice dei contratti pubblici – impone all'operatore economico l'assunzione dell'impegno a «*garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato*». La formula è la medesima già utilizzata nell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, salvo l'impiego del verbo garantire in luogo di promuovere, il che tuttavia discende direttamente dal criterio direttivo dettato dall'art. 1, comma 2, lett. h), n. 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78 («*Delega*

al Governo in materia di contratti pubblici»), a sottolineare, anche testualmente, la tensione verso l'effettivo conseguimento dell'obiettivo della stabilità occupazionale. Anche il significato attribuibile al sintagma non è variato rispetto alla norma antecedente, indicando l'impegno dell'appaltatore subentrante a riassorbire i lavoratori impiegati nella gestione dell'appalto da parte del precedente affidatario, nel rispetto della libertà di organizzazione dell'impresa (costituzionalmente tutelata: art. 41 Cost.) e in conformità ai principi europei in materia di tutela della concorrenza, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (per tutte si veda Consiglio di Stato, sezione quinta, 2 novembre 2020, n. 6761, in cui si ribadisce che la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa.

Una diversa interpretazione che volesse ricavare un vincolo per i concorrenti al mantenimento dei livelli d'anzianità vantati dai lavoratori risulterebbe contraria allo spirito e al significato delle clausole sociali, come delineato dalla giurisprudenza. Ciò in quanto è necessario un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Costituzione e dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (parte integrante dei Trattati: art. 6, paragrafo 1, del TUE), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro il diritto art. 102. (Impegni dell'operatore economico) al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Costituzione nonché dall'art. 15 della stessa Carta di Nizza).

Con riferimento **alla dichiarazione di cui alla lett. b) del più volte citato art. 102 del codice**, si richiama la dichiarazione indicante il CCNL che l'aggiudicataria applicherà al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto. Segue che l'ulteriore eventuale pretesa della Stazione appaltante in ordine alle modalità con cui si intende adempiere all'impegno è assolutamente irragionevole, atteso che non si comprende

“ **Quanto alla dichiarazione di cui alla lett. a) del citato art. 102, comma 1, essa – riprendendo in parte qua il contenuto dell'art. 57, comma 1, del codice dei contratti pubblici – impone all'operatore economico l'assunzione dell'impegno a «garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato».**

Con riferimento alla dichiarazione di cui alla lett. b) del più volte citato art. 102 del codice, si richiama la dichiarazione indicante il CCNL che l'aggiudicataria applicherà al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto. Segue che l'ulteriore eventuale pretesa della Stazione appaltante in ordine alle modalità con cui si intende adempiere all'impegno è assolutamente irragionevole, atteso che non si comprende quali potrebbero essere tali modalità specifiche, trattandosi essenzialmente di dare puntuale applicazione ai contratti, fermo restando il dovere dell'amministrazione appaltante di verificarne l'effettiva applicazione nel corso dell'esecuzione del contratto, e ancor prima in sede di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 4, lett. a) del codice dei contratti pubblici.

Le medesime considerazioni valgono con riferimento alla dichiarazione di impegno a «garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» (lett. c) dell'art. 102 cit.).

quali potrebbero essere tali modalità specifiche, trattandosi essenzialmente di dare puntuale applicazione ai contratti, fermo restando il dovere dell'amministrazione appaltante di verificarne l'effettiva applicazione nel corso dell'esecuzione del contratto, e ancor prima in sede di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 4, lett. a) del codice dei contratti pubblici, che – in continuità con quanto previsto dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 – non ammette giustificazioni *«in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge»*).

Né tale richiesta può basarsi sul comma 2 dell'art. 102 cit. (secondo cui, ai fini del comma 1, *«l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni»*), prescrizione che va calibrata, sul piano interpretativo, in relazione al possibile contenuto delle dichiarazioni da rendere (come già si è veduto con riferimento alla dichiarazione sulla garanzia occupazionale).

Le medesime considerazioni valgono con riferimento alla dichiarazione di impegno a *«garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate»* (lett. c) dell'art. 102 cit.).

L'istituto che noi oggi conosciamo trova, pertanto, radici e genesi nella costante opera di "incisione" da parte della giurisprudenza di matrice eurounitaria e costituzionale e poi definita dalla giurisprudenza amministrativa, sempre più attenta a tutti gli interessi in gioco e ulteriore (spesso tacita) protagonista dei sempre più evidenti vuoti legislativi.

Conclusivamente, a parere dell'estensore, si considerano condivisibili le affermazioni così rese¹ *«In definitiva, poiché nell'ordinamento dell'Unione europea, dalla «volontà politica» di promuovere misure sociali (e ambientali*

all'interno degli appalti pubblici non discende ancora la predisposizione di adeguati strumenti che permettano la concreta realizzazione di tali politiche», occorre che l'ordinamento interno si faccia carico di agganciare l'effettività delle clausole sociali a una combinazione di fattori ancora non del tutto sviluppati, tra cui un quadro normativo chiaro e coerente, una contrattazione collettiva di qualità, sistemi di controllo efficaci, sanzioni adeguate e una cultura della legalità funzionale a diffondere un reale sistema di fair competition tra imprese.”

1. Fonte: Diritto delle Relazioni Industriali, fasc.1, 1 MARZO 2025, pag. 99 Autori: Fabiola Lamberti L'esigibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici: profili problematici tra "elasticità" dell'applicazione ed effettività delle tutele

La semplificazione amministrativa nei contratti pubblici: inversione procedimentale e invarianza della soglia di anomalia al vaglio della Corte costituzionale

di Matteo Corbo, Irene Bonifaccio e Luigi Vacilotto

IL
PUN
TO

Premessa

Le innovazioni nella disciplina dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni, ispirate ormai da tempo a finalità di semplificazione e snellimento, non hanno lasciato intatto praticamente alcuno dei settori della legislazione: com'è tuttavia evidente e noto, tale circostanza ha posto numerose problematiche, peraltro assai differenziate fra settore e settore.

Vi sono infatti campi dell'*agere* amministrativo in cui alla semplificazione formale è davvero conseguita una semplificazione in concreto. Si pensi, ad esempio, alla sostituzione di molte "espressioni amministrative" esplicite, un tempo necessarie e oggi sostituite con dichiarazioni o segnalazioni di provenienza privata (quali, ad esempio, la SCIA per l'agibilità); all'analitica regolamentazione del silenzio dell'Amministrazione, allora ostativo rispetto all'attività privata, ora spesso indicato *ex lege* come condotta di assenso; a molti altri campi in cui, nelle norme d'azione e ancor di più in quelle di relazione, si è avvertita – anche concretamente – la tensione verso una normazione semplificatrice.

Tuttavia, è parimenti evidente come residuino campi in cui, a causa delle peculiarità che li caratterizzano, la semplificazione risulta di più complessa attuazione. Tale complessità verso una "spinta semplificatrice" pare peraltro andare

di pari passo con la rilevanza economica e competitiva, oltre che la complessità oggettiva o soggettiva, del settore del diritto amministrativo in cui si interviene.

Ad esempio, nel settore dell'edilizia "leggera", non invasiva per il tessuto urbano in cui si inserisce un determinato intervento, la semplificazione normativa ha avuto dei positivi ed indubitabili riscontri. Viceversa, in materia di contratti pubblici, pressoché ogni innovazione legislativa ispirata a finalità semplificatorie è stata oggetto di attenzione (o, per meglio dire, di vera e propria diffidenza) da parte di dottrina e giurisprudenza. E ciò perché in tale settore si incontra una spiccata multilateralità a fronte dell'unicità del bene della vita a cui tutti gli interessati aspirano, con la conseguente necessità di garantire una molteplicità di posizioni soggettive meritevoli di tutela giuridica. In merito alla complessità che caratterizza l'adozione di meccanismi acceleratori e semplificatori delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, illuminante risulta l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale che, in più di un'occasione¹, ha affermato che il legislatore è tenuto a operare "*un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure*".

Si consideri, infatti, che il campo dei contratti

1. *Inter alia*, nelle sentenze del 28 gennaio 2022, n. 23 e del 6 marzo 2020, n. 39.

pubblici è caratterizzato da un'elevata rilevanza economica, sia in termini di flusso finanziario diretto verso gli operatori economici che eseguono lavori, servizi o forniture in favore di un soggetto pubblico, sia di effetto sull'intero sistema economico nazionale.

Oltre alle considerazioni finora svolte, v'è da evidenziare anche un altro, centrale freno allo snellimento della regolamentazione delle procedure ad evidenza pubblica, emergente dalla giurisprudenza costituzionale appena citata: il settore degli affidamenti pubblici, infatti, risente dell'influenza dei principi e delle norme di matrice eurounitaria e, in particolar modo, del fondamentale principio di tutela della concorrenza. Come è noto, corollari immediati del principio in parola sono, a propria volta, i principi di trasparenza e di parità di trattamento: dall'analisi della disciplina dei contratti pubblici globalmente intesa, risulta agevole concludere che, fra le molte, spicca proprio la garanzia della trasparenza, della concorrenza e della legalità sostanziale (oltre che formale) del mercato delle commesse pubbliche quale "elemento frenante" rispetto ad ogni apertura alle esigenze semplificatorie.

Un esempio su tutti di (un tentativo di) semplificazione nella disciplina concernente gli appalti pubblici, ove sono peraltro rinvenibili tutte le problematiche appena indicate, è costituito dall'introduzione della c.d. inversione procedimentale.

Tale istituto, dopo un iniziale periodo di operatività limitata ai settori speciali - come si avrà modo di dire appresso - ha visto l'estensione del proprio ambito oggettivo di applicazione alla generalità

delle procedure di affidamento, giungendo allo stesso tempo ad una stabilizzazione del proprio operare, non più legato ad esigenze "a tempo determinato". Pur avendo caratteri di assoluta innovatività, tendenti a quell'obiettivo di semplificazione di cui si è detto sopra, a beneficio delle stazioni appaltanti, l'istituto in parola non è rimasto indenne dai rilevanti dubbi di natura sistematica che sovente vedono al centro gli istituti ed i meccanismi di snellimento delle procedure di gara, tanto da aver spinto il Giudice amministrativo a sollevare una questione di legittimità costituzionale².

Nello specifico, la fattispecie giudiziale nel cui contesto è scaturita detta necessità è stata quella originata da una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori ove la scelta di operare secondo l'inversione procedimentale, per via delle particolarità concrete dei fatti di causa, aveva - nell'ottica del Giudice *a quo* - causato una violazione del principio di invarianza delle soglie di anomalia e, per tale tramite, dei precetti costituzionali di cui agli articoli 3, 41 e 97.

1. L'inversione procedimentale e il principio di invarianza delle soglie di anomalia

Come già anticipato, l'istituto dell'inversione procedimentale, relativamente giovane nel nostro panorama codicistico, nasce come strumento di semplificazione del momento di aggiudicazione di contratti pubblici.

Introdotta dall'articolo 56, paragrafo 2 della "Direttiva appalti"³ nel 2014, ha visto una prima applicazione interna - limitata ai settori

-
2. Trattasi dell'ordinanza del TAR Campania, Napoli, Sez. I, 21 maggio 2024, n. 3280.
 3. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. La disposizione, testualmente, prevede che *"nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

c.d. speciali - nel Codice dei contratti pubblici del 2016 che, all'articolo 133, comma 8, disponeva che *"nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti"*; con l'introduzione dell'articolo 107, comma 3 del D. Lgs. n. 36 del 2023, detta applicazione si è allargata in via definitiva all'intero settore dei contratti pubblici⁴.

Da un punto di vista più prettamente "operativo", l'inversione procedimentale consiste nella scelta di valutare le offerte tecniche, nonché economiche, prima della documentazione amministrativa, relativa al possesso dei requisiti generali e speciali. Il fine, come anticipato, è quello di snellire l'onere comportato dal vaglio della documentazione amministrativa, dacché tale verifica viene poi effettuata solo per il soggetto individuato come aggiudicatario (e non, invece, per tutti i concorrenti-offerenti). Risulta utile mutuare le parole della Corte costituzionale, la quale ha affermato che *"(l)a finalità della disposizione è quella di semplificare e accelerare l'iter di gara e di ridurre il possibile contenzioso: qualora la stazione appaltante dichiara nel bando di volersi avvalere dell'inversione procedimentale, non sarà necessario effettuare nei confronti di tutti gli offerenti il controllo della documentazione amministrativa"*.

Il principio di invarianza delle soglie di anomalia delle offerte, – precipitato, come si è già avuto modo di dire, dei principi (anche di matrice eurounitaria, si ricordi) di tutela della concorrenza e di imparzialità, invece, consiste nella cristallizzazione in unica battuta di un parametro, non modificabile, di dette soglie⁵.

Sul punto, l'articolo 108 del vigente Codice, al comma 12, prevede infatti che *"ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara"* ⁶.

È tuttavia attraverso l'analisi del rapporto concreto fra l'istituto dell'inversione procedimentale e il principio di invarianza della soglia di anomalia che si possono comprendere le ragioni alla base del dubbio di costituzionalità.

Queste, infatti, non emergono da un astratto conflitto di carattere logico, bensì solo in quelle circostanze in cui si trovano ad essere congiuntamente rilevanti all'interno di una procedura ad evidenza pubblica.

-
4. Ciò è avvenuto all'esito di un periodo - quello fra l'entrata in vigore del Codice del 2016 e quella, invece, del Codice del 2023 - in cui l'applicazione era stata già estesa a tutti i settori, ma in via meramente sperimentale e temporanea.
 5. Utile è la definizione che del principio di invarianza della soglia di anomalia ha dato la Corte costituzionale proprio nella sentenza alla base della presente analisi, n. 77 del 30 maggio 2025: afferma la Corte che esso *"consiste nella intangibilità della soglia di anomalia e nella conseguente immutabilità della graduatoria, in deroga all'ordinario meccanismo della regressione procedimentale. In applicazione di tale principio non è dunque consentita la variazione della soglia già calcolata nel corso della gara, variazione derivante da provvedimenti amministrativi o giurisdizionali di esclusione (o anche di riammissione) dei concorrenti successivi all'aggiudicazione"*.
 6. Chiarificatrice è anche la "Relazione agli articoli e agli allegati" del Codice dei contratti pubblici redatta dal Consiglio di Stato che, commentando il comma in parola, ha affermato che con esso, *"in sostanziale continuità con la regola vigente, si prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara"*.

Oggetto della questione sollevata dal Giudice amministrativo campano è, difatti, solo l'inciso normativo *"successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale"*.

2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Campania, Napoli

2.1 La questione si incardina nel contesto di un giudizio originato da un ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara d'appalto per lavori di manutenzione stradale straordinaria, avente quale criterio di aggiudicazione il "minor prezzo", nell'ambito del quale la stazione appaltante si era avvalsa della c.d. inversione procedimentale⁷, attesa la previsione di un numero ingente di offerte, effettivamente poi pervenute⁸.

In seguito all'apertura delle offerte economiche, la Stazione appaltante determinava immediatamente la soglia di anomalia, individuando di conseguenza le offerte automaticamente escluse e quelle, invece, non anomale. Nella medesima seduta il seggio decideva di verificare la documentazione amministrativa dei primi due operatori classificati, oltre a quella di altre otto offerenti, come previsto dal Disciplinare⁹. Dalla verifica suddetta, anche a seguito di un'attività di soccorso istruttorio nei confronti dei soggetti verificati articolata in più fasi, si giungeva ad un ricalcolo al ribasso della soglia di anomalia e, di conseguenza, alla revisione della graduatoria

iniziale, con l'esclusione della (precedente) aggiudicataria provvisoria e la conseguente aggiudicazione ad un diverso operatore economico.

2.2 A fronte del ricorso della prima aggiudicataria, poi esclusa, il Giudice amministrativo campano, pur ritenendo la condotta della Stazione appaltante conforme alla lettera del Codice dei contratti pubblici, ha ritenuto che l'articolo 108, comma 12 si attagli perfettamente ad un procedimento effettuato secondo la più ordinaria scansione, ma molto meno ad uno in cui la Stazione appaltante abbia deciso di applicare il meccanismo dell'inversione procedimentale. Secondo quanto asserito dalla ricorrente e condiviso dal Giudice *a quo*, infatti, ammettendo *"la modifica della soglia di anomalia che avverrebbe a seguito della successiva esclusione di uno o più concorrenti, all'esito del soccorso istruttorio, quando tutti i valori economici degli offerenti sono noti"* risulterebbero *"contraddetti i principi della segretezza delle offerte e, sul piano che più direttamente investe la questione di legittimità costituzionale, i principi di buon andamento (art. 97 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di libertà di iniziativa economica privata (art. 41)"*¹⁰.

In altri termini, la scelta di cristallizzare la soglia di anomalia nel momento dell'aggiudicazione, indifferentemente dall'ordine di valutazione delle offerte e dei requisiti - e non nel momento in cui sono rese note le offerte economiche dei concorrenti - nel particolare caso di utilizzo combinato dell'inversione procedimentale e del

-
7. Come riferimento operativo, l'apposito articolo del Disciplinare di gara così disponeva: *"ai sensi dell'art. 107 comma 3 del Codice, la Stazione Appaltante esaminerà le offerte economiche prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti"*.
 8. Le offerte pervenute nel caso di specie erano state addirittura 144.
 9. Esso prevedeva che *"il RUP o il seggio di gara attiverà la procedura di elaborazione della graduatoria attraverso la piattaforma informatica e successivamente procederà alla verifica della documentazione amministrativa contenuta nella busta A sia dei soggetti individuati come primo e secondo in graduatoria che di un campione significativo del 5% dei concorrenti in gara estratto casualmente dalla stessa piattaforma. Qualora ricorrano le ipotesi di cui all'art. 101 del Codice, si provvederà all'attivazione della procedura di soccorso istruttorio"*.
 10. TAR Campania, ord. n. 3280/2024 cit.

soccorso istruttorio, finirebbe per mettere gli eventuali concorrenti chiamati ad integrare la documentazione nella posizione di determinare, attraverso la scelta potestativa di dare o meno effettivo riscontro con le proprie integrazioni documentali, una variazione della soglia di anomalia.

Pertanto, tali soggetti si troverebbero nella condizione di poter provocare "ad arte" l'esclusione dei concorrenti classificatisi tra i primi, in particolare nel caso in cui questi ultimi abbiano praticato ribassi vicini alla soglia di anomalia¹¹.

Rafforzerebbe inoltre questa interpretazione la previsione, rinvenibile proprio all'articolo 107, comma 3 del Codice, secondo cui, nei casi di applicazione dell'inversione procedimentale, *"la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente"*: imparzialità e trasparenza, nel caso di specie e negli altri casi sovrapponibili, non risulterebbero garantite, secondo l'interpretazione della ricorrente e del Giudice *a quo*, da una tale applicazione dell'articolo 108, comma 12¹².

In conclusione, il Collegio ha prospettato la soluzione "sostitutiva" costituita dall'individuazione – ove si proceda all'inversione procedimentale – di *"un unico momento, corrispondente all'originaria determinazione*

*della soglia di anomalia, oltre il quale la stessa resta insensibile a qualsivoglia sopravvenienza, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali che in conseguenza dell'esclusione di concorrenti"*¹³. Tale soluzione consentirebbe di *"non sovvertire la valutazione compiuta, per l'incomprimibile necessità di evitare un andamento "altalenante" della gara"*¹⁴.

3. La pronuncia della Corte costituzionale n. 77/2025

Dopo aver tratteggiato brevemente le circostanze inerenti alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione sollevata dal TAR Campania, la Consulta ha tuttavia concluso per l'infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale sopra prospettati¹⁵.

Il Giudice delle leggi ha difatti affermato, con riferimento alla questione relativa all'art. 97 della Costituzione, che la facoltà della Stazione appaltante di rettificare (ma non di modificare) aspetti quali la determinazione della soglia di anomalia nelle gare pubbliche, anche nei casi in cui trova applicazione l'inversione procedimentale, non collide con il principio di buon andamento, risultando la stessa invece del tutto rispondente alla necessità di prevenire *"eventuali distorsioni del confronto competitivo tra gli operatori economici causate da illegittime ammissioni o esclusioni dalla procedura, così tutelando la par condicio tra i partecipanti e il buon andamento dell'azione amministrativa"*.

11. Illuminante è il tratto dell'ordinanza di remissione in cui si afferma che *"stride con i canoni costituzionali del buon andamento e imparzialità la possibilità, concessa alla Pubblica Amministrazione, di operare (quale effetto del comportamento di un concorrente) successive determinazioni della soglia di anomalia, sino all'aggiudicazione. Il principio del buon andamento esige che l'operato della Pubblica Amministrazione debba essere esente da ogni (ancorché ipotetico) condizionamento e indifferente a una soluzione in luogo di un'altra, che possa anche solo astrattamente farsi dipendere da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato"*.

12. Afferma a tal proposito, nella medesima ordinanza, il TAR Campania che *"il principio di imparzialità opera nel senso di imporre alla Pubblica Amministrazione la parità di trattamento tra tutti concorrenti, garantendo lo svolgimento di un procedimento insensibile a ogni influenza (se ne rinverrebbe un indiretto riflesso nel nuovo codice dei contratti pubblici che, proprio per l'ipotesi di inversione procedimentale, garantisce il rispetto di criteri di selezione "in maniera imparziale e trasparente": art. 107, co. 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)"*.

13. TAR Campania, n. 3280/2024 cit.

14. *Ibid.*

15. Corte costituzionale, sent. 77 del 21 maggio 2025.

La Consulta ha poi proseguito affermando, ora con riferimento specifico ai casi in cui avviene l'inversione della tipica scansione procedimentale, che *"qualora nel corso della gara con inversione procedimentale non fosse più consentita, dopo l'apertura delle offerte economiche, la modifica della soglia di anomalia, la possibilità di selezionare la migliore offerta potrebbe risultare eccessivamente compromessa. Ciò in quanto la stazione appaltante potrebbe trovarsi costretta, nonostante la gara non si sia ancora conclusa, a mantenere ferma una graduatoria in cui sono presenti operatori economici che, non avendo dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione, non avrebbero potuto partecipare alla selezione e, quindi, non sarebbero stati in grado di esprimere un'offerta valida"*.

Nella statuizione di tutto quanto appena riportato, la Corte costituzionale si è basata proprio su una peculiare lettura del principale motivo di remissione, vale a dire il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione. Infatti, afferma la Consulta: *"la scelta del legislatore di individuare nell'aggiudicazione il momento oltre il quale non è più consentita la variazione della soglia di anomalia, anche nel caso di gare nelle quali ha trovato applicazione l'inversione procedimentale, risulta coerente col rispetto del principio di buon andamento"*.

Di non secondario momento, inoltre, risulta la particolare chiave di lettura fornita dalla Corte con riferimento a due delle principali addizioni

innovative portate dal Codice dei contratti pubblici del 2023, rinvenibili agli articoli 1, recante il "principio del risultato", e 2, che invece contiene il "principio della fiducia". Afferma infatti – con una scelta sicuramente innovativa – che questi ultimi principi costituiscono fondamentali corollari proprio dello stesso principio di buon andamento dell'Amministrazione¹⁶.

4. Conclusioni

L'ordinanza di remissione e la successiva pronuncia della Corte costituzionale fanno emergere la possibile presenza di un nuovo indirizzo ermeneutico: dinanzi alle perplessità sollevate dall'applicazione concreta delle disposizioni finora descritte, il Giudice costituzionale ha ritenuto preminente l'interesse alla semplificazione dell'azione amministrativa in un campo ove, tradizionalmente, la prevenzione – anche formale – di ogni eventuale distorsione concorrenziale ha (o aveva, quantomeno) ricoperto il ruolo di protagonista anche, talvolta, in spregio a considerazioni di carattere maggiormente sostanzialistico.

In questo contesto, v'è da domandarsi se, e fino a quale estensione, si possa ritenere che i principi della fiducia e del risultato, unitamente alla prospettiva marcatamente sostanzialistica e semplificatoria da essi recata, stiano assumendo un ruolo propulsivo.

Partendo dal presupposto che non risulta possibile scorgere all'orizzonte un superamento del principio di legalità formale¹⁷, anche alla

16. Con riferimento al secondo, dice infatti la Consulta che *"nell'ambito delle procedure di affidamento trova applicazione il principio della «fiducia» di cui all'art. 2 cod. contratti pubblici, che è anch'esso corollario di quello costituzionale di buon andamento"* mentre, riguardo al principio del risultato, ha sottolineato che è *"uno dei principi che reggono l'azione amministrativa nel settore degli appalti pubblici (sentenza n. 132 del 2024). Tale principio costituisce diretta attuazione del canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., in quanto orienta l'azione delle stazioni appaltanti affinché si realizzi «il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»"*

17. La giurisprudenza amministrativa è peraltro intervenuta per ribadire che i principi del risultato e della fiducia non devono essere intesi come derogatori rispetto al principio di legalità, che rimane centrale nel sistema del Codice dei contratti pubblici (si veda, in tal senso ed *inter alia*, Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866).

luce dello spazio aperto con la sentenza 77 del 2025 della Consulta, sarà interessante seguire gli sviluppi concreti dell'applicazione che verrà data ai principi di cui agli articoli 1 e 2 del Codice dei contratti pubblici e dalla semplificazione normativa che questi recano con sé, con particolare riguardo al modo in cui questi potranno impattare su quel *"delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione (...) e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure"*¹⁸ di cui si è già avuto modo di dire, tenendo a mente la rilevanza che, con la sentenza finora analizzata, si è affermato e ribadito essere propria dei principi in questione, veri e propri precipitati diretti del principio di buon andamento dell'Amministrazione.

18. Così Corte costituzionale, sentenze n. 23 del 2022 e n. 39 del 2020.

La formazione per la qualificazione delle S.A.

- FASE DI PROGETTAZIONE E AFFIDAMENTO -

► **Clicca sui link  sede/webinar per conoscere tutti i dettagli sui corsi**

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

Formazione Specialistica

► 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, Rizzo, 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, Santoro, Tramontana

 Webinar - dal 25/02

Formazione Base

► APPALTI PUBBLICI

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

 Morolla, Rizzi  Webinar - dal 20/02

Il ciclo dell'appalto dalla parte del RUP: aspetti organizzativi e procedurali.

 Cacciari, Caruocciolo, Faviere, Maceroni, Miniero, Rizzo, Toschei

 Cagliari - dal 12/03

 Roma - dal 17/03

 Bologna - dal 19/03

 Bolzano - dal 9/04

 Milano - dal 23/04

Una guida sicura alla gestione della procedura, alla redazione degli atti e simulazioni sul MePA **SNA BASE (20 ore - 4 incontri)**

 Miniero, Porzio

 Webinar - dal 23/02

► PROJECT MANAGEMENT

CORSO BASE DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base®

 Legisa, Santoro, Tramontana

 Webinar - dal 25/02

CORSO DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Av®

 Tramontana

 Webinar - dal 29/05

PROGRAMMAZIONE 2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

La formazione per la qualificazione delle S.A.

- FASE ESECUTIVA -

► **Clicca sui link  sede/webinar per conoscere tutti i dettagli sui corsi**

I nostri corsi sono in linea con quanto richiesto dalle Tabelle C/bis e C/ter dell'Allegato II.4 del Codice dei Contratti, ai fini della formazione valida per ottenere e mantenere i requisiti richiesti per le stazioni appaltanti qualificate.

Esecuzione per gare di Lavori Pubblici

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

 **Maceroni** - I edizione -

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 20/01

L3 (6 ore)  Webinar - 20/01

 **Gianforte** - II edizione -

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 10/02

L3 (6 ore)  Webinar - 10/02

La fase esecutiva dei lavori pubblici e il BIM

 **Accettulli, Barutta, Maceroni, Mottola, Piatti, Ruscio, Versolato**

L1 (28 ore - 7 incontri)  Webinar - dal 20/01

L2 (20 ore - 5 incontri)  Webinar - dal 20/01

 **Accettulli, Barutta, Gianforte, Mottola, Piatti, Ruscio, Versolato**

L1 (28 ore - 7 incontri)  Webinar - dal 10/02

L2 (20 ore - 5 incontri)  Webinar - 10/02

L'implementazione del BIM nella PA.

Organizzazione, best practices e casi pratici

 **Accettulli, Barutta, Mottola, Piatti, Ruscio, Versolato, Vigliarolo**

L1 (14 ore - 4 incontri)  Webinar - dal 29/01

L2 (10 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 29/01

Esecuzione per gare di Servizi e Forniture

La fase esecutiva negli appalti di forniture e servizi: soggetti, adempimenti e responsabilità

 **Ponti**

SF1 - SF2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 17/02

SF3 (6 ore)  Webinar - 17/02

Analisi della fase esecutiva negli appalti di servizi e forniture. Soggetti, documenti, procedure, responsabilità.

SF1 (14 ore - 2 incontri)

 **Ponti, Toschei** -  **Roma** - dal 19/02

 **Ponti** -  **Trieste** - dal 10/03

Calendario formativo dei prossimi mesi

► **Clicca sui link**  **sede/webinar per conoscere tutti i dettagli sui corsi**

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

Percorsi per esperti

Percorso di Alta Formazione in Appalti e Concessioni
- XX EDIZIONE

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

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,
Risso, 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 - 5 incontri)

 Morolla, Rizzi  Webinar  dal 20/02

ABC degli appalti pubblici

 Morolla  Webinar  dal 20/02 (3 incontri)

Sottosoglia

**Spese giornaliere, microaffidamenti,
affidamenti diretti e procedure negoziate:
guida ai sottosoglia**

 Miniero  Webinar  23/02 e 02/03

Il RUP tra anticorruzione e trasparenza

Il nuovo PNA 2025 parte speciale appalti

 Toschei  Webinar  15/01

Il RUP e le procedure di gara

**Il ciclo dell'appalto dalla parte del RUP:
aspetti organizzativi e procedurali.**

SNA BASE (21 ore - 3 incontri)

 Cacciari, Caruocciolo, Faviere, Maceroni, Miniero,
Risso, Toschei

 Cagliari  dal 12/03

 Roma  dal 17/03

 Bologna  dal 19/03

 Bolzano  dal 9/04

 Milano  dal 23/04

**Una guida sicura alla gestione della procedura,
alla redazione degli atti e simulazioni sul MePA**

SNA BASE (20 ore - 4 incontri)

 Miniero, Porzio

 Webinar  dal 23/02

Esercitazioni su MePA e strumenti CONSIP

**Simulazioni sul Mepa CONSIP:
affidamenti diretti e procedure negoziate**

 Porzio  Webinar  14/04 e 21/04

PROGRAMMAZIONE 2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Adempimenti e verifiche su operatori economici

Gli adempimenti della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

 Rizzi  Webinar  23/03 e 30/03

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, Santoro, Tramontana
 Webinar  dal 25/02

CORSO BASE DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base®
SNA BASE (30 ore - 7 incontri)

 Legisa, Santoro, Tramontana
 Webinar  dal 25/02

CORSO DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Av®
SNA BASE (34 ore - 8 incontri)

 Tramontana  Webinar  dal 29/05

► BUILDING INFORMATION MODELLING

L'implementazione del BIM nella PA. Organizzazione, best practices e casi pratici

 Accettulli, Barutta, Mottola, Piatti, Ruscio,
Versolato, Vigliarolo

L1 (14 ore - 4 incontri)  Webinar  dal 29/01

L2 (10 ore - 3 incontri)  Webinar  dal 29/01

La gestione della fase esecutiva

► LAVORI PUBBLICI

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

 Maceroni - I edizione -

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 20/01

L3 (6 ore)  Webinar - 20/01

 Gianforte - II edizione -

L1 - L2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 10/02

L3 (6 ore)  Webinar - 10/02

La fase esecutiva dei lavori pubblici e il BIM

 Accettulli, Barutta, Maceroni, Mottola, Piatti,
Ruscio, Versolato

L1 (28 ore - 7 incontri)  Webinar - dal 20/01

L2 (20 ore - 5 incontri)  Webinar - dal 20/01

 Accettulli, Barutta, Gianforte, Mottola, Piatti,
Ruscio, Versolato

L1 (28 ore - 7 incontri)  Webinar - dal 10/02

L2 (20 ore - 5 incontri)  Webinar - 10/02

► SERVIZI E FORNITURE

La fase esecutiva negli appalti di forniture e servizi: soggetti, adempimenti e responsabilità

 Ponti

SF1 - SF2 (14 ore - 3 incontri)  Webinar - dal 17/02

SF3 (6 ore)  Webinar - 17/02

Analisi della fase esecutiva negli appalti di servizi e forniture. Soggetti, documenti, procedure, responsabilità.

SF1 (14 ore - 2 incontri)

 Ponti, Toschei -  Roma - dal 19/02

 Ponti -  Trieste - dal 10/03

Le cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici. Profili critici dell'illecito professionale. Commento a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 07282/2025

di Francesco Vergine

IL
PUN
TO

Premessa

Una interessante pronuncia del giudice amministrativo consente di esaminare lo stato dell'arte in materia di cause di esclusione dalle gare, partendo dai principi.

L'art. 10 del D. Lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36, nuovo codice dei contratti pubblici, rubricato (*Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*), stabilisce:

- 1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.*
- 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.*
- 3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.*

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara

L'art. 10 del nuovo codice introduce il principio di tassatività delle cause di esclusione e comporta il divieto di introdurre clausole espulsive con fonti diverse della legge.

Già l'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006, aggiunto dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, introducendo nel sistema dei contratti pubblici il principio di tassatività delle cause di esclusione, era volto a impedire l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali e con l'esigenza, nella prospettiva di tutelare la concorrenza, di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sugli operatori economici, riconoscendo giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisca il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta (Consiglio di Stato sez. VI, 27/02/2018, n.1202).

Nel precedente codice dei contratti, d.lgs. 50/2016, l'articolo 80 disciplinava i motivi di esclusione, ivi compreso l'illecito professionale (art. 80 c. 5).

L'art. 83 comma 8, in ordine ai requisiti di partecipazione, stabiliva altresì che bandi e lettere di invito non potessero recare ulteriori prescrizioni a pena di esclusione oltre quelle

di legge: le esclusioni extra legem erano da considerare nulle.

Si è affermato che viene meno, attraverso la sanzione della nullità testuale, ogni ipotesi di esclusione dalle gare incentrata sulle forme in quanto non ritenute coerenti con la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, Sez. V, 30.10.2017, sent. n.4795; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; id. sent. n. 4350/2017).

Si è introdotto un argine alla discrezionalità delle stazioni appaltanti di imporre e sanzionare con la misura espulsiva automatica adempimenti non previsti dal Codice dei contratti o da altre disposizioni di legge, privilegiando solo quelli necessari per garantire principi fondamentali in materia di gare, quali la segretezza delle offerte ovvero la loro imputabilità ad uno specifico offerente.

Ne è derivato il principio secondo cui solo la legge può prevedere le fattispecie escludenti dalla partecipazione alla gara e le disposizioni relative integrano la *lex specialis*.

Il principio, oggi reso nel nuovo codice in forma espressa, è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, ammettendo solo adempimenti strettamente necessari in linea con i principi generali dell'evidenza pubblica, evitando eccessi di formalismo.

Il legislatore ha scelto la strada della riduzione del potere amministrativo discrezionale nella decisione di esclusione dell'operatore economico dalla gara, in ragione dell'interesse pubblico tutelato dalla previsione cui è collegata la sanzione espulsiva.

Detta ratio legis va coniugata con l'esigenza di consentire la massima partecipazione alle selezioni pubbliche degli operatori economici in regola con i requisiti di *lex specialis*.

L'art. 10, D. Lgs. n. 36 del 2023 infatti pone, accanto al principio di tassatività delle clausole di esclusione, il principio del *favor participationis*. La disposizione ora vigente recepisce anche la giurisprudenza formatasi nel vigore del d. lgs. 50/2016 in punto di nullità.

Il nuovo codice, inoltre, recepisce l'orientamento giurisprudenziale espresso dalla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 22 del 2020, secondo cui ulteriori clausole escludenti non previste dalla legge di gara devono considerarsi come non apposte.

2. Il principio di etero integrazione del bando di gara

Pur in assenza di qualsivoglia richiamo nella *lex specialis* alle disposizioni di legge, le cause di esclusione devono trovare applicazione, con conseguente contemperamento di detto meccanismo con il principio, di derivazione comunitaria, dell'affidamento.

Ne discende che, limitatamente alla verifica dei requisiti di partecipazione, il principio di esclusività del bando subisce una rilevante attenuazione, non potendo essere considerato l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva.

Non si può quindi prescindere dalle fonti esterne che, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge, devono considerarsi prevalenti o, comunque, integrative (T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 7 aprile 2023, n. 6037).

L'eterointegrazione della legge di gara con tutte le disposizioni precettive, ovvero imperative di determinati oneri di partecipazione, a prescindere da una loro espressa previsione nel bando di gara, costituisce un corollario del principio di tassatività.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che la declaratoria di nullità della clausola di gara per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50 del 2016, si riferiva a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico- finanziaria e tecnica (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1434).

Devono tenersi distinte le cause di esclusione dai requisiti di partecipazione, evitando che possa esservi una sovrapposizione tra essi.

La mancanza dei requisiti di partecipazione rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto con l'aggiudicatario (Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1617).

3. I requisiti di ordine generale. Le cause di esclusione

Il principio di tassatività delle clausole di esclusione era già previsto dal codice de Lise (D.Lgs. n. 163 del 2006) e poi dal codice che ha preceduto l'attuale testo (D.Lgs. n. 50 del 2016).

Il D. Lgs. n. 163 del 2006 all'art. 46 stabiliva: *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Invece l'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50 del 2016, sotto la rubrica "Criteri di selezione e soccorso istruttorio" stabiliva che *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

L'art. 94, D.Lgs. n. 36 del 2023 enuclea i casi di esclusione automatica, mentre l'art. 95 prevede i casi di esclusione non automatica.

Ad esempio la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali (v. allegato X alla Dr. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014).

Rispetto alle cause di esclusione non automatica il codice attribuisce alla P.A. il potere discrezionale di adottare la decisione espulsiva,

con la conseguenza che il provvedimento escludente deve essere corredato da adeguata motivazione.

La fonte primaria stabilisce i casi di esclusione automatica e i casi di esclusione non automatica e si occupa dei requisiti che l'operatore economico deve possedere per poter partecipare alla competizione.

La disciplina dei requisiti di ordine generale con la correlativa previsione delle cause di esclusione (automatica e non automatica) nel codice è dettata da ben cinque articoli, in luogo dell'unico articolo di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Detta scelta, come chiarito nella relazione, è stata dettata dall'esigenza di chiarire alcune questioni controverse. Infatti, si è riscontrato nella prassi giurisprudenziale che la disciplina del previgente art. 80 era quella sulla quale si era maggiormente concentrato il contenzioso in materia di appalti.

Nel nuovo codice dei contratti pubblici la disciplina è dettata agli articoli da 94 a 98.

In particolare:

- l'art. 94 individua le cause di esclusione "automatica", mutuando un aggettivo contenuto in numerose decisioni della Corte di giustizia e della giurisprudenza nazionale;
- l'art. 95 individua le cause di esclusione "non automatica", tra le quali rientra il c.d. "illecito professionale", che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del capo II, in attuazione della espressa prescrizione di cui all'art. 1 della lett. n) della legge delega;
- l'art. 96 detta la disciplina procedimentale comune agli "eventi" che conducono all'esclusione dell'operatore economico; in esso sono indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre all'esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. "self-cleaning";
- l'art. 97 contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese;

- l'art. 98 disciplina separatamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle linee guida Anac n. 6, approvate dal consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, aggiornate al decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56.

L'art. 100, D.lgs. n. 36 del 2023 disciplina, infine, i requisiti di ordine speciale.

4. L'illecito professionale. Art. 98 d.lgs 36/2023 (Illecito professionale grave)

La vicenda affrontata dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame, come vedremo, va ricondotta al tema dell'illecito professionale.

Fra le cause di esclusione non automatica, figura all'art. 95, primo comma, lett. e) del codice, l'illecito professionale, le cui ipotesi, peraltro sono espressamente previste dal successivo art. 98, nel quale sono confluite, seppur parzialmente modificate, le previsioni di cui alle lettere c bis), c ter), c quater), h) e l) del quinto comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'art. 98 codice dei contratti dispone:

1. *L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).*
2. *L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*
 - a) *elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
 - b) *idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;*
 - c) *adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.*
3. *L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti*

elementi:

- a) *sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;*
- b) *condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione".*

In particolare, l'art. 98 stabilisce che la stazione appaltante è l'autorità competente a disporre l'esclusione "non automatica" di cui all'art. 95, comma 1, lett. e); descrive le fattispecie rilevanti; individua i mezzi di prova delle medesime; chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale ove si disponga l'esclusione dell'operatore.

Nell'art. 98, comma 4, alla lett. h) è stato poi recepito, tra l'elencazione dei reati "diversi" e di minor gravità di quelli comportanti l'esclusione obbligatoria di cui al primo comma dell'art. 94, quanto previsto dalle linee guida Anac n. 6.

Relativamente alle fattispecie di esclusione per illecito professionale, la giurisprudenza così si è espressa, in sede di prima applicazione del codice:

i) a fronte del chiaro dettato normativo recato dall'art. 96, comma 10, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale la causa di esclusione di cui all'art. 95, primo comma lett. e), rileva per tre anni decorrenti "dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi", è precluso alla stazione appaltante, nell'ambito di un provvedimento di esclusione motivato con riferimento a pregresse risoluzioni contrattuali, estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse;

ii) il T.A.R. per la Lombardia, sez. IV, n. 2189 del 2024, ha ritenuto illegittima l'esclusione

di un operatore economico, motivata con riferimento a tre risoluzioni contrattuali, di cui due intervenute in data antecedente il triennio, senza tenere in considerazione le misure di self-cleaning adottate dall'impresa, addirittura ammissibili in fase di gara, secondo la più recente giurisprudenza, con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 724 del 2024;

iii) in base al nuovo codice degli appalti pubblici può ritenersi che l'adozione del decreto che dispone il giudizio per le fattispecie di reato di cui all'art. 94, primo comma, lett. b), integri una causa di esclusione non automatica.

Pertanto, l'esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che abbia puntualmente indicato le vicende ostative e le misure di self – cleaning, ex art. 96, deve essere sostenuta da una motivata valutazione.

In particolare, la stazione appaltante è tenuta a vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso.

Inoltre, deve valutare le predette misure di self-cleaning con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e alla loro sufficienza a ristabilire la fiducia.

iv) in assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il dies a quo del termine triennale capace di elidere la rilevanza dei fatti determinanti l'impossibilità di contrattare con la p.a., deve aversi riguardo alla data dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto e non, dunque, alla mera commissione del fatto in sé.

In linea con tale esegesi, il nuovo codice dei contratti pubblici ha dato rilievo al "fatto

processuale" quale adeguato mezzo di prova dell'illecito professionale (cfr. art. 98, comma 6, lett. g) e h), in relazione al terzo comma e all'art. 95, comma 1, lettera e) (Cons. Stato, sez. IV, n. 2931 del 2024, relativo a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, con richiamo ai precedenti, n. 8611 del 2022 e n. 8563 del 2020 e al par. 39 della decisione della Corte giustizia UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, C-124/17).

Il Consiglio di Stato ha in un caso respinto l'appello presentato dall'operatore escluso, sulla base del rilievo che il triennio non poteva intendersi decorso, avuto riguardo alla data con cui i reati contestati al legale rappresentante erano stati accertati e qualificati.

5. L'esclusione per omesse informazioni alla stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 07282/2025)

Poste queste coordinate ermeneutiche è agevole esaminare la vicenda affrontata dal giudice amministrativo.

Nel caso in esame una società proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'annullamento del verbale e della comunicazione del Responsabile Unico del progetto, aventi ad oggetto l'esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto del *'servizio di pulizia delle spiagge libere e dei litorali del centro urbano del Comune di -triennio 2024 – 2026'*, nonché del provvedimento del 2.7.2024, avente ad oggetto *'richiesta di offerta'* per *"l'affidamento del servizio di pulizia delle spiagge libere e dei litorali del centro urbano del Comune di ... – stagione estiva 2024, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023"*, e del successivo provvedimento, avente ad oggetto *"l'affidamento del servizio di pulizia delle spiagge libere e dei litorali del centro urbano del Comune di ... – stagione estiva 2024"*.

Il Comune aveva posto a base del contestato provvedimento di esclusione le seguenti argomentazioni:

- a) l'impresa non aveva comunicato le pendenze giudiziarie che la vedevano coinvolta, impedendo una piena valutazione delle circostanze legittimanti l'esclusione;
- b) i reati contestati (occupazione ed innovazione abusiva di spazio demaniale, estorsione) incidevano sulla moralità e sulla professionalità dell'impresa, mettendo in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, anche in considerazione del fatto che *"il reato di estorsione, insieme agli altri ad esso connessi, è stato contestato in relazione ad un servizio espletato per conto del Comune di....."*, e che *"se l'amministrazione comunale avesse avuto la possibilità di valutare l'offensività del reato, in costanza di rapporto, avrebbe senz'altro risolto il contratto, così verificandosi una causa necessaria di esclusione del contratto"*;
- c) il Comune si era costituito parte civile nei processi penali contro l'operatore in questione, creando una sostanziale incompatibilità per conflitto di interesse, *"non potendosi stipulare un contratto con un operatore economico sulla cui professionalità si dubita, tanto da contrapporsi in un processo penale"*;
- d) la presenza di procedimenti penali e di condanne era considerata prova sufficiente per l'esclusione.

La procedura era stata dichiarata deserta e il servizio era stato affidato ad altro operatore economico per la stagione estiva 2024.

A sostegno del gravame la ricorrente denunciava anche la violazione dell'art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023, per l'esclusione dalla gara pronunciata al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 94, 95 e 98 del medesimo decreto. Evidenziava di avere rispettato tutti gli obblighi dichiarativi imposti dalla *lex specialis*, e che i reati contestati e/o accertati nei suoi confronti non rientravano tra quelli che richiedevano una dichiarazione obbligatoria da parte del concorrente.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, con sentenza n. 1324 del 2024, respingeva il ricorso.

Il Collegio di prima istanza osservava che il Codice dei contratti pubblici, nel fornire una

tipizzazione tassativa delle ipotesi di 'gravi illeciti professionali', annoverava tra queste, ai sensi dell'art. 98, comma3, lett. b) la *"... condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"*.

Nella specie, assumeva rilievo il tentativo della ricorrente di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante attraverso l'omissione di informazioni che, ove correttamente e tempestivamente fornite, sarebbero state suscettibili di incidere sull'esito del procedimento di gara, in quanto relative a fatti di rilievo penale, commessi in occasione di un pregresso analogo appalto, eseguito dallo stesso soggetto per conto della stessa Amministrazione e riguardante i medesimi servizi di spiaggia.

Secondo il T.A.R. *"la ricostruzione ermeneutica sopra tratteggiata è avvalorata dalla considerazione che il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, pone tra i principi fondanti il rapporto contrattuale con la P.A. quello della fiducia, che nella specie è minato alla radice dall'esistenza di gravi ipotesi delittuose – si ripete, emerse in occasione dell'esecuzione dei precedenti simili servizi, resi in favore della stessa P.A."*.

L'impresa ha proposto appello avverso la suddetta pronuncia e si è posta quindi all'esame del Consiglio di Stato la questione seguente: *se "l'omissione dichiarativa di pendenze penali a carico dell'operatore economico, per reati non ricompresi dell'elencazione tassativa indicata dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), possa legittimare l'esclusione dalla gara, in fattispecie, come quella in esame, nell'ambito della quale sia stata valutata negativamente da parte dell'Ente comunale l'affidabilità ed integrità del suddetto operatore, il quale è stato accusato di condotte penali.... contestate anche in relazione ad un servizio espletato per conto della stessa Amministrazione appaltante, e in costanza di rapporto, e che*

risulta coinvolto in altri procedimenti penali (per violazione degli artt.) nell'ambito dei quali il Comune si è già costituito parte civile, o è in procinto di costituirsi".

6. La decisione del Consiglio di Stato

Al suddetto quesito il Collegio ritiene di dare risposta positiva.

Il giudice d'appello è pervenuto attraverso una serie logica di argomentazioni, basate sull'evoluzione del diritto positivo e sui recenti arresti, ad un ampliamento della discrezionalità della stazione appaltante in ordine alla valutazione dell'illecito professionale dell'operatore economico.

Si ammette che l'illecito in parola possa essere integrato in due ipotesi generali:

- false informazioni alla stazione appaltante, di seguito S.A., condotta attiva;
- omissione di informazioni doverose alla S.A., condotta omissiva.

L'ipotesi omissiva di una circostanza rilevante ai fini della legittima partecipazione alla gara laddove non integra una ipotesi tipica di esclusione, può assumere carattere pertinente ai fini della integrazione di un illecito professionale.

Occorrono a tal fine alcune condizioni:

- violazione dell'obbligo di comunicazione di cause escludenti (art. 96 c. 14 codice);
- omissione grave tale da influenzare indebitamente le decisioni della S.A. (art. 98 c. 3, b);
- idoneità ad integrare un illecito professionale;
- incidenza dell'omissione sulla affidabilità dell'operatore economico (art. 98 c. 2, b).

L'approdo del Consiglio di Stato ha fondamento in alcune considerazioni di carattere generale:

- le novelle legislative che hanno introdotto altre ipotesi extra codicistiche di esclusione dalle gare;
- la giurisprudenza del 2024 che ha progressivamente esteso i poteri valutativi rimessi alla S.A. in ordine all'illecito in parola;
- le pregresse condotte di rilievo penale ascritte all'operatore per fatti ostativi relativi

a contratti precedenti con lo stesso Comune, di cui è stata omessa la notizia nell'offerta de quo.

La soluzione prescelta privilegia quindi la discrezionalità della S.A. nell'accertamento della condotta illecita e assieme la necessità di motivare adeguatamente in ordine alla specifica vicenda procedimentale, al suo oggetto, al luogo, alle condizioni di esecuzione, circostanze di fatto che condizionano il giudizio rimesso alla S.A.

La ratio delle conclusioni del giudice amministrativo si rinviene nei principi del codice dei contratti ed ha un duplice profilo:

- a) l'osservanza ad opera delle parti dei principi generali del codice quali buona fede, fiducia, risultato, compromessa da condotte fuorvianti e /o mendaci nel procedimento selettivo;
- b) la lesione dell'interesse pubblico alla piena affidabilità del soggetto cui la PA affida una commessa ed alla sua integrità professionale, nel rispetto della *par condicio competitorum*.

Il nuovo codice ha infatti esaltato il principio della fiducia, all' art. 2, che a sua volta ha ampliato l'autonomia decisionale della SA che ha la responsabilità del buon esito della selezione. Da ciò l'ampliamento dei poteri valutativi della SA e del potere-dovere di esclusione che si colloca a seguito di una valutazione discrezionale di inaffidabilità, che a sua volta consegue all'accertamento dell'illecito professionale. La vicenda trova quindi il suo legittimo esito nella rottura del rapporto di fiducia tra concorrente e S.A.

7. L'omessa comunicazione di reati

L'ipotesi esaminata dal Consiglio di Stato integra in definitiva un illecito professionale dell'operatore e può condurre alla esclusione dalla gara.

Nel caso di specie si trattava dell'omessa comunicazione di alcune condanne riportate dal concorrente, tra cui un decreto penale di condanna, definitivo, che non risultava oggetto

di decreto giudiziale di estinzione.

L'amministrazione non poteva quindi tenerne conto atteso che l'estinzione deve essere dichiarata dal giudice dell'esecuzione ed annotata in calce all'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale. L'art. 460 c. 5 cpp infatti stabilisce: *"... Il reato è estinto se il condannato ha pagato la pena pecuniaria e, nel termine di cinque anni, quando il decreto concerne un delitto, ovvero di due anni quando il decreto concerne una contravvenzione, non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale e la condanna non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena"*.

Si prevede la regola generale delle cause di estinzione del reato, che hanno efficacia solo a seguito di atto del giudice, che ne accerta i presupposti di legge e dichiara l'effetto estintivo della condanna.

Nel caso di specie il ricorrente aveva dedotto il decorso del tempo e la buona condotta nel periodo di legge: tuttavia faceva difetto il relativo provvedimento del giudice dell'esecuzione penale.

8. La buona fede precontrattuale. "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"

In conclusione, il principio fin qui espresso trova conforto sistematico nel codice civile.

Il principio generale di ordine privatistico, come noto, discende dagli artt. 1337 e 1338 c.c., richiamati nella pronuncia dell'Adunanza plenaria Consiglio di Stato n. 16/2020, citata nella pronuncia in esame del Consiglio di Stato.

In uno specifico e diverso ambito, il contratto di assicurazione, la Corte di Cassazione ha inteso richiamare il dovere di buona fede dell'assicurando, onerato dagli artt. 1892 e 1909 c.c. di una dichiarazione completa dei pregressi eventi dannosi e di eventuali fatti rilevanti per la valutazione del rischio da assicurare (cfr. Cass. civ., ord. N. 29456 del 7.11.2025).

La Cassazione ha richiamato il dovere dell'assicurato di *"uberrima bona fides"*, che gli impone di dichiarare all'atto della stipula della polizza gli elementi di rischio, anche per le polizze *"claims made"*, conosciuti o conoscibili dall'interessato a quella data.

L'obbligo informativo discende dalla legge, non solo dal contratto, e tutela l'interesse della compagnia e dell'intera collettività degli assicurati (equilibrio premio/ rischio). Analoga previsione riguarda l'aggravamento del rischio assicurato ex art. 1988 c.c..

Buona fede e collaborazione sono doveri dell'assicurato, come lo sono più in generale del contraente nelle trattative precontrattuali.

Nel rapporto orizzontale tra S.A. ed operatore economico ciascuna parte è tenuta a doveri di condotta ulteriori ed atipici, che traggono fondamento dai principi del risultato, della buona fede, della fiducia, fin dalla fase precedente e prodromica alla stipula del contratto di affidamento della commessa.

Il dovere paritetico della buona fede fin dalla fase precontrattuale, previsto dall'art. 1 c. 2 bis della legge 241/1990, viene esteso alle gare ed è ora sancito dall'art. 5 d.lgs. 36/2023.

Sono state infatti introdotte regole di correttezza e buona fede nel settore dell'attività amministrativa, a seguito della modifica dell'art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990, operata dalla legge 15/2005, nonché dell'introduzione del comma 2-bis allo stesso art. 1, ad opera del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e, infine, anche dell'art. 5 del nuovo codice, che fa espresso riferimento anche alle stazioni appaltanti, prima dell'aggiudicazione, richiamando *«...un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede»*.

Si tratta in conclusione di una regola di condotta che grava su entrambe le parti, che sono onerate di doveri di correttezza, lealtà e salvaguardia fin dalla fase pubblicistica della selezione per l'affidamento delle commesse pubbliche, ivi compreso quindi il dovere di informazione.

Il nuovo F.V.O.E. 2.0: la verifica dei requisiti tra luci ed ombre

di Salvio Biancardi

Premessa

Il nuovo F.V.O.E. 2.0 è un sistema digitale sviluppato dall'ANAC per supportare le stazioni appaltanti nella gestione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, consentendo la verifica centralizzata, e automatizzata dei requisiti degli operatori economici.

Il suddetto strumento consente alle stazioni appaltanti di accertare che non sussistano motivi di esclusione e di controllare che gli operatori economici possiedano i requisiti richiesti, utilizzando un fascicolo virtuale.

Il fascicolo raccoglie informazioni e documenti forniti dalle banche dati detentrici e dall'operatore stesso e li mette a disposizione delle Stazioni appaltanti, assicurando un controllo trasparente e centralizzato, nonché più rapido.

L'accesso al F.V.O.E. è consentito al Responsabile Unico del Progetto (RUP) attraverso l'utilizzo della propria identità digitale.

1. Elenco delle utilità conseguibili mediante il F.V.O.E.2.0

Sono molteplici le utilità conseguibili dalle Stazioni appaltanti mediante l'utilizzo del F.V.O.E.2.0, anche se poi, come diremo, vi possono essere problematiche di funzionamento, nonché tipologie di controlli che, al momento, non possono ancora essere effettuati attraverso di esso.

In particolare, la Stazione appaltante mediante il F.V.O.E 2.0. può:

- a) effettuare l'accertamento dell'assenza di cause di esclusione e la conferma del possesso dei requisiti di selezione previsti dagli articoli 94, 95, 98, 100 e 103 del Codice, da parte degli operatori economici che partecipano alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché degli eventuali soggetti ausiliari e dei subappaltatori coinvolti;
- b) effettuare, durante la fase di esecuzione del contratto, il controllo sulla permanenza, da

parte degli operatori economici affidatari, dei requisiti sopra specificati.

In sostanza:

a) le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono, tramite i servizi di interoperabilità con gli Enti Certificanti, acquisire le informazioni certificate necessarie per dimostrare il possesso dei requisiti di natura generale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici;

b) gli operatori economici, attraverso specifiche funzioni, devono inserire all'interno del F.V.O.E. i dati e le certificazioni che attestano il possesso dei requisiti speciali, la cui produzione è a loro carico;

c) è consentito il riutilizzo dei documenti già presenti nel F.V.O.E. per partecipare a più procedure di affidamento, entro i limiti del periodo di validità dei medesimi; la durata convenzionale di validità delle certificazioni relative ai requisiti di carattere generale è fissata in 120 giorni, salvo diverse disposizioni;

d) le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riutilizzare gli esiti delle verifiche già svolte sulle singole certificazioni impiegate in precedenti procedure di affidamento, in cui l'operatore economico sia risultato aggiudicatario o subappaltatore autorizzato, sempre nel rispetto del termine di validità temporale sopra specificato.

2. Mancato riscontro alle richieste di verifica e problematiche di funzionamento del F.V.O.E.

Come si accennava, nonostante i vantaggi conseguibili attraverso il F.V.O.E., non mancano le problematiche che possono essere legate all'inerzia delle amministrazioni detentrici delle banche dati, oppure ad un malfunzionamento del F.V.O.E.

La questione, prima di essere presa in considerazione del legislatore con il Decreto correttivo (d.lgs. n. 209/2024), come vedremo,

è stata affrontata dalla giurisprudenza, la quale si è pronunciata con sentenze sicuramente audaci e in contrasto con i pronunciamenti dell'ANAC.

Tra questi va sicuramente annoverata la sentenza del T.A.R. Campania 18 novembre 2024, n. 6332.

I giudici hanno precisato che l'inerzia da parte dei soggetti titolari delle banche dati, incaricati di fornire riscontro alle stazioni appaltanti durante la fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, legittima l'aggiudicazione dell'appalto anche in mancanza dei suddetti controlli.

Tale interpretazione trova fondamento nel principio del risultato, sancito dal codice dei contratti, che mira a garantire la celere conclusione del procedimento e, di conseguenza, l'assegnazione tempestiva dell'appalto.

I principi sanciti nella sopra citata sentenza sono certamente rilevanti, se si tiene conto che nel nuovo codice vige la regola in base alla quale il controllo dei requisiti del concorrente al quale affidare l'appalto deve precedere il provvedimento di aggiudicazione.

Infatti, l'art. 17, co. 5 del codice così dispone: *"L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace."*

Come è evidente, la norma contenuta nel codice non affronta la questione pratica riguardante la lentezza dei controlli da parte degli enti detentori delle banche dati e degli effetti che possono derivare da ritardi o totale inerzia da parte degli stessi.

In particolare ci si è chiesti se, in caso di mancato riscontro, si possa parlare della formazione di un silenzio assenso. Relativamente alla questione riguardante la verifica dei requisiti

dell'operatore economico e l'eventuale applicazione del silenzio assenso trascorsi 30 giorni dalla richiesta, l'ANAC si è pronunciata attraverso due pareri distinti: n. 57/2023 e n. 57 bis/2023. Inoltre, come sarà illustrato di seguito, è possibile rinvenire un parere analogo anche da parte del MIT.

L'Autorità ha assunto una posizione netta in merito.

Secondo quanto affermato dall'ANAC, infatti, non sussistono le condizioni per applicare l'articolo 17-bis della Legge 241/1990, che disciplina il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni o tra amministrazioni pubbliche e soggetti gestori di beni o servizi pubblici. Tale disposizione è stata successivamente modificata dalla Legge n. 124/2015 (cosiddetta Legge Madia).

Di conseguenza, qualora trascorra inutilmente il termine generale di 30 giorni, la procedura non può proseguire: essa rimane sospesa e non è possibile procedere all'aggiudicazione fino a quando non venga acquisita la documentazione richiesta, la quale può comunque essere nuovamente sollecitata. A conferma di ciò, si richiama anche il parere del MIT n. 188/2018.

È proprio in questa situazione di stallo procedimentale che si è innestato il pronunciamento del T.A.R. Campania.

Infatti, secondo il parere espresso dal Collegio, la scelta della stazione appaltante di procedere comunque con l'aggiudicazione, pur non avendo ancora ottenuto il certificato di regolarità rilasciato dall'Agenzia delle Entrate, non costituiva una violazione dell'art. 17, comma 5, del Codice e doveva pertanto considerarsi legittima.

I giudici hanno sottolineato che tale decisione era stata motivata in modo articolato e fondato, e che la stazione appaltante aveva adottato misure di tutela inserendo nel contratto una clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'articolo 1456 del Codice civile.

Tale clausola prevedeva che, qualora dopo la firma del contratto fossero stati rilasciati dalle

Autorità competenti i certificati mancanti con esiti contrari alla prosecuzione del rapporto contrattuale, il contratto stesso sarebbe stato risolto.

Il Collegio ha inoltre rilevato che la decisione della Stazione appaltante era coerente con il "principio del risultato", che orienta l'azione delle stazioni appaltanti anche in base al criterio della tempestività nell'affidamento e nell'esecuzione del contratto. Questo principio impone di superare eventuali situazioni di stallo o inattività, come quelle che si erano verificate nel caso in esame.

3. L'intervento del legislatore con il decreto correttivo (d.lgs. n. 209/2024)

Successivamente, assunta consapevolezza delle descritte problematiche, il legislatore si è deciso ad introdurre una importante modifica nel testo dell'art. 99 del codice dei contratti, nel quale è stato innestato un comma 3-bis.

La disposizione trova applicazione nelle ipotesi in cui il dato acquisibile tramite il F.V.O.E., per un malfunzionamento dello stesso F.V.O.E. o delle piattaforme/banche dati ad esso interconnesse, non viene messo a disposizione della stazione appaltante/ente concedente entro 30 giorni dalla proposta di aggiudicazione.

In questo caso, la stazione appaltante/ente concedente, previa richiesta di una nuova autodichiarazione attestante il possesso dei requisiti che non è stato possibile verificare, può disporre l'aggiudicazione, ferma restando l'attivazione di quanto previsto nell'ultimo periodo del comma 3-bis nel caso in cui venga accertata la mancanza dei requisiti da parte dell'operatore economico.

Si riporta di seguito il contenuto del nuovo comma 3-bis del decreto correttivo:

"3-bis. In caso di malfunzionamento, anche parziale, del fascicolo virtuale dell'operatore economico o delle piattaforme, banche dati o sistemi di interoperabilità ad esso connessi ai sensi dell'articolo 24, decorsi trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione, l'organo

competente è autorizzato a disporre comunque l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace, previa acquisizione di un'autocertificazione dell'offerente, resa ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che attesti il possesso dei requisiti e l'assenza delle cause di esclusione che, a causa del predetto malfunzionamento, non è stato possibile verificare entro il suddetto termine con le modalità di cui ai commi 1 e 2. Resta fermo l'obbligo di concludere in un congruo termine le verifiche sul possesso dei requisiti. Qualora, a seguito del controllo, sia accertato l'affidamento a un operatore privo dei requisiti, la stazione appaltante, ferma l'applicabilità delle disposizioni vigenti in tema di esclusione, revoca o annullamento dell'aggiudicazione, di inefficacia o risoluzione del contratto e di responsabilità per false dichiarazioni rese dall'offerente, recede dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle prestazioni eseguite e il rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procede alle segnalazioni alle competenti autorità".

È importante precisare che la modifica non sembra offrire una soluzione anche nel caso di semplice inerzia delle amministrazioni detentrici di banche dati (ma solo in caso di malfunzionamenti), anche se, sul punto, è comunque rilevante esaminare le considerazioni riportate nel comunicato ANAC dell'aprile 2025, di seguito oggetto di approfondimento.

Il problema era, invece, stato risolto in modo esaustivo dal TAR Campania, come precedentemente evidenziato.

4. Il comunicato dell'ANAC dell'aprile 2025

Sulla questione era intervenuta anche l'ANAC, con il comunicato 16 aprile 2025 fornendo chiarimenti in merito alle modalità operative da porre in essere in conformità al comma 3 bis dell'art. 99, del Codice.

L'Autorità ha raccomandato alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di tenere conto del fatto che eventuali disservizi del F.V.O.E., quando riguardano informazioni che possono essere recuperate in modalità asincrona entro il periodo tecnico previsto per quella specifica categoria di dati, potrebbero essere di natura solo temporanea.

In tali circostanze, invece di attendere il termine completo dei trenta giorni, le amministrazioni hanno la possibilità di accelerare la conclusione della procedura, ripetendo la consultazione del sistema per ottenere il dato mancante entro i tempi stabiliti.

Pertanto, le amministrazioni interessate sono invitate a inoltrare nuovamente la richiesta al sistema prima che decorra il limite dei trenta giorni fissato dalla normativa.

Per aumentare la trasparenza e garantire maggiore sicurezza agli operatori, l'ANAC pubblica sul proprio sito le segnalazioni relative a eventuali malfunzionamenti dei propri sistemi, qualora questi abbiano una durata o un impatto temporale significativo.

5. Applicazione analoga della disciplina di cui all'art. 99, co. 3-bis per i controlli da effettuare fuori dal F.V.O.E.

L'ANAC, nel medesimo comunicato del 16 aprile 2025, ha chiarito che occorre distinguere dalle ipotesi di malfunzionamento previste dal comma 3-bis tutte quelle situazioni in cui non è possibile reperire le certificazioni richieste tramite il F.V.O.E., poiché l'Ente certificatore non le emette, non le raccoglie in un'unica banca dati oppure non ne consente la consultazione attraverso sistemi centralizzati.

Tali circostanze, che rappresentano un numero limitato di casi e che sono elencate in un apposito allegato al comunicato (riportato nelle righe a seguire), non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 99.

Questo perché non è possibile instaurare connessioni interoperabili con banche dati

che non esistono o che non vengono rese accessibili dall'Ente certificatore. In queste ipotesi, le certificazioni devono essere ottenute seguendo le modalità tradizionali, ossia quelle utilizzate prima dell'introduzione del processo di digitalizzazione.

Di conseguenza, quando tali documenti risultano necessari per la verifica dei requisiti generali o speciali, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a rivolgersi con tempestività agli Enti certificatori competenti per ottenerli.

L'ANAC, inoltre, ha precisato che, nei suddetti casi, applicando per analogia quanto previsto dal comma 3-bis, qualora trascorrono inutilmente trenta giorni dalla richiesta senza che la certificazione venga rilasciata,

la stazione appaltante o l'ente concedente può comunque procedere all'aggiudicazione, previa acquisizione di un'autodichiarazione dell'operatore economico, restando fermo l'obbligo di completare le verifiche dei requisiti entro tempi adeguati.

Infine, l'Autorità si impegna ad aggiornare progressivamente l'elenco delle certificazioni escluse, man mano che diventerà possibile attivare collegamenti interoperabili con le banche dati attualmente non ancora disponibili.

In allegato è fornita una tabella riepilogativa che indica gli accertamenti da effettuare tramite FVOE e quelli che, in attesa del completamento del sistema, devono per ora essere ancora eseguiti con le modalità tradizionali.

Stato disponibilità	Documento/ Provvedimento	Ente Certificante	Sincrono/ Asincrono	Tempi di rilascio
ASPETTI TECNICI DA DEFINIRE	CONTRATTI DI AFFITTO REGISTRATI	Agenzia delle Entrate		
ASPETTI TECNICI DA DEFINIRE	ISCRIZIONE RUNTS	Ministero del Lavoro		
ASPETTI TECNICI DA DEFINIRE	RAPPORTO SULLA SITUAZIONE DEL PERSONALE	Ministero del Lavoro		
IN TEST	CERTIFICATO ISO	Accredia – BD IAF	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	DATI REDDITUALI PERSONE FISICHE E SOCIETÀ DI PERSONE	Agenzia delle Entrate	Asincrono	24 ore
DISPONIBILE	CARICHI FISCALI DEFINITIVAMENTE ACCERTATI	Agenzia delle Entrate	Asincrono	10 giorni lavorativi
DISPONIBILE	CARICHI FISCALI PENDENTI	Agenzia delle Entrate	Asincrono	30 giorni solari
DISPONIBILE	ESTRATTO CASELLARIO DELLE IMPRESE	ANAC	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	VISURA REGISTRO IMPRESE	CCIAA	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	BILANCIO	CCIAA	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	CONSISTENZA MEDIA PERSONALE	INPS	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	CEL MAE	Ministero degli Affari Esteri	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	PROSPETTO INFORMATIVO DISABILI	Ministero del Lavoro / servizio territoriale	Sincrono	Immediato

Stato disponibilità	Documento/ Provvedimento	Ente Certificante	Sincrono/ Asincrono	Tempi di rilascio
DISPONIBILE	WHITE LIST ANTIMAFIA	Ministero dell'Interno	Sincrono	Immediato
DISPONIBILE	ffCOMUNICAZIONE ANTIMAFIA	Ministero dell'Interno	Asincrono	5 giorni
DISPONIBILE	CERTIFICATO INTEGRALE DEL CASELLARIO GIUDIZIARIO	Ministero della Giustizia	Asincrono	2 ore
DISPONIBILE	ANAGRAFE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE DIPENDENTI DA REATO	Ministero della Giustizia – Anagrafe sanzioni dipendenti da reato	Asincrono	2 ore
DISPONIBILE	RAPPORTO DI GENERE	OPERATORE ECONOMICO/ Ministero del Lavoro	Sincrono	Immediato
IN PRETEST - *CRITICITA*	INFORMAZIONE ANTIMAFIA	Ministero dell'Interno	–	–
IN TEST - *CRITICITA*	DURC	INPS, INAIL, Casse Edili, Cassa Geometri, INARCASSA	–	–
IN TEST - *CRITICITA*	SANZIONI INL	Ispettorato Nazionale del Lavoro	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	SANZIONI SETTORE	Autorità di settore	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	ISCRIZIONE ALBO IMPRESE ARTIGIANE	CCIAA		
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	PATENTINI	INPS	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	DIPLOMA RILASCIATO DA SCUOLE DI ALTA FORMAZIONE E DI STUDIO DI CUI AL D.LGS. 368/1998 E IL CODICE DEI BENI CULTURALI	Ministero dell'Università e della Ricerca/ Ministero della Cultura	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	QUALIFICA DI RESTAURATORE EX ART. 182 CODICE DEI BENI CULTURALI	Ministero dell'Università e della Ricerca/ Ministero della Cultura	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	TITOLO DI STUDIO PREVISTO DAL DECRETO MINISTERIALE 20 MARZO 2009, N. 60.	Ministero dell'Università e della Ricerca/ Ministero della Cultura	–	–
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	LAUREA MAGISTRALE IN CONSERVAZIONE DEI BENI CULTURALI.	Ministero dell'Università e della Ricerca	–	–

Stato disponibilità	Documento/ Provvedimento	Ente Certificante	Sincrono/ Asincrono	Tempi di rilascio
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	ISCRIZIONE ALBO PROFESSIONALE	Ordini Professionalisti	—	—
INTERLOCUZIONE DA AVVIARE	SANZIONI SICUREZZA SUL LAVORO altri soggetti	VVFF CC ASL	—	—
NO BANCHE DATI	CEL PRIVATI Titoli autorizzativi esecuzione lavori privati/Progetti depositati	Amministrazioni Regionali e Comunali	—	—
NO BANCHE DATI	PROCEDURE CONCORSUALI IN CORSO	Cancellerie tribunali fallimentari/ CCIAA	—	—
NO BANCHE DATI	PROVVEDIMENTO DEL TRIBUNALE O DEL GIUDICE DELEGATO	CCIAA	—	—
NO BANCHE DATI	FATTURE	Committenti pubblici o privati	—	—
NO BANCHE DATI	TITOLO DI STUDIO	Istituti di istruzione/ Università/ Provveditorati regionali	—	—
NO BANCHE DATI	ISCRIZIONE ALBO COOPERATIVE EDILIZIE LEGGE 59/1992	Ministero delle imprese e del made in Italy	—	—
NO BANCHE DATI	ISCRIZIONE ALBO/REGISTRO COOPERATIVE SOCIALI L. 381/91	Ministero delle imprese e del made in Italy	—	—
NO BANCHE DATI	ISCRIZIONE ALBO/ REGISTRO SOCIETÀ COOPERATIVE	Ministero delle imprese e del made in Italy	—	—
NO BANCHE DATI	ISCRIZIONE DEL REGISTRO DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE	Ministero delle imprese e del made in Italy	—	—
NO BANCHE DATI	CERTIFICATO DEI CARICHI PENDENTI	Procura della Repubblica presso il Tribunale	—	—
NO BANCHE DATI	RINVIO A GIUDIZIO	Procura della Repubblica	—	—
NO BANCHE DATI	PATENTINO ABILITATIVO	Scuole ed Enti di formazione abilitati	—	—
NO BANCHE DATI	CERTIFICAZIONE DI SOCIETÀ DI REVISIONE O ALTRI SOGGETTI PREPOSTI SUI PARAMETRI RICHIESTI DALLA S.A.	Società di revisione o altri enti preposti	—	—

6. Conclusioni

Come si è evidenziato, la disciplina introdotta dal decreto correttivo aiuta le Stazioni appaltanti, ma non risolve tutti i problemi che possono sorgere in fase di accertamento dei requisiti degli operatori economici ai quali affidare gli appalti.

La nuova disciplina presente anche alcune problematiche applicative.

Risulta sicuramente un evidente appesantimento procedimentale, non conforme al principio di semplificazione, richiedere una ulteriore autocertificazione all'operatore economico se si considera che il medesimo l'aveva già rilasciata in fase di partecipazione alla procedura.

In secondo luogo, la disposizione di cui al comma 3-bis prevede che il termine di 30 giorni, prima di procedere alla stipula del contratto, decorra dalla proposta di aggiudicazione.

Questo potrebbe portare all'aberrante risultato di autorizzare la Stazione appaltante a predisporre una proposta di aggiudicazione ed attendere 29 giorni prima di attivare i controlli; in questo caso potrebbe poi, dopo un solo giorno, procedere con l'aggiudicazione dell'appalto.

Ecco che la modalità più corretta, come sembra suggerire l'ANAC, sarebbe quella di predisporre la proposta, ma anche di inviare la richiesta di controllo ai soggetti competenti al rilascio delle attestazioni (ripetendola anche nel corso dei 30 giorni successivi).

La norma parla di proposta di aggiudicazione, ma in alcune procedure d'appalto, come gli affidamenti diretti, è assente tale tipologia di documento; forse in questi casi, proprio per poter fruire della disposizione in esame, sarebbe opportuno predisporre un atto simile.

Va infine annotato che dalla nuova norma si ricava che fino a quando i controlli non si sono conclusi non sono ammessi pagamenti a favore dell'operatore economico. Solo qualora i controlli, una volta espletati, dovessero evidenziare una irregolarità, allora si dovrà

procedere al pagamento del valore delle prestazioni eseguite e al rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte contrattuale rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, procedendo al contempo alle segnalazioni previste e alle prescritte azioni sul contratto sottoscritto.

L'affidamento diretto degli impianti sportivi. L'ANAC chiarisce i presupposti.

di Giuseppe Laurieri

IL
PUN
TO

Premessa

A poco più di due mesi dall'approvazione della vendita del compendio immobiliare dello stadio "Giuseppe Meazza" da parte del Consiglio Comunale di Milano¹, il tema della gestione degli impianti sportivi è oggi estremamente attuale, non solo per l'interesse che la collettività ripone presso luoghi che molto spesso, soprattutto in realtà urbane di piccole dimensioni, rappresentano centri di attrazione e di condivisione per la comunità, ma anche e soprattutto alla luce del recente parere in funzione consultiva reso dall'Autorità nazionale anticorruzione ("ANAC"), n. 33 dell'8 ottobre 2025 (di seguito anche solo "**Parere**")².

Il Parere, in particolare, risulta di grande importanza perché definisce con maggiore chiarezza un tema rispetto al quale vi era grande incertezza pratica, precisando i presupposti affinché sia legittimo l'affidamento diretto della gestione di un impianto sportivo.

1. Le fonti normative

L'affidamento della gestione di impianti pubblici, ivi inclusi gli impianti sportivi, soggiace ad un quadro normativo complesso, labirintico, per alcuni tratti, come si vedrà, difficile da decifrare coinvolgendo diverse fonti normative spesso tra loro non perfettamente coordinate. All'interno dell'ordinamento italiano, infatti,

l'affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi è disciplinato anzitutto dalla normativa generale sui pubblici affidamenti di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ("**Codice dei Contratti Pubblici**" o "**Codice**"), nonché dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 ("**Decreto**") che specificamente si occupa di regolare e riordinare la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dettagliatamente, nell'ipotesi in cui il servizio di gestione dell'impianto assolve ad un interesse di carattere generale - ossia, secondo la definizione offerta dal Decreto³, nell'ipotesi in cui il servizio di gestione in parola non sarebbe svolto senza un intervento pubblico o a condizioni differenti, in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, e sia ritenuto comunque necessario per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, al fine di garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale - allora, in base all'art. 14 del Decreto, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengano che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante **una delle seguenti modalità di gestione**:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica;
- b) affidamento a società mista;
- c) affidamento a società in house;

-
1. Si veda il sito ufficiale del Comune di Milano: <https://www.comune.milano.it/-/consiglio-comunale.-approvata-la-vendita-del-compendio-immobiliare-san-siro-comprendivo-dell-impianto-giuseppe-meazza->.
 2. Parere consultabile al link del portale ufficiale ANAC: <https://www.anticorruzione.it/-/news.22.10.25-fc33.25>.
 3. Decreto legislativo 201/2022, art. 2, comma 1, lett. c).

d) gestione in economia o mediante aziende speciali, strumentali agli enti locali⁴.

Per le ipotesi *sub a)*, *b e c)*, il Decreto richiede che siano **sempre rispettate le regole e i principi sugli affidamenti definiti dal diritto dell'Unione europea**.

Dunque, fuori dai casi in cui l'affidamento sia disposto in favore di un soggetto dalla natura pubblicistica o "filo-pubblicistica" (società mista, società in house, azienda speciale) l'Amministrazione è tenuta sempre a rispettare le regole concorrenziali definiti dalla normativa nazionale e comunitaria sugli affidamenti di servizi, forniture e/o lavori pubblici. Regole e principi che impongono all'autorità pubblica di condurre un confronto trasparente e concorrenziale tra tutti gli operatori interessati alla gestione dell'impianto.

Segue lo stesso approccio il Codice dei Contratti Pubblici che dedica al Libro IV, la disciplina del "partenariato pubblico-privato e delle concessioni". Più nello specifico, l'art. 182 del Codice prevede espressamente, in ottica pro-concorrenziale, che l'affidamento di una concessione sia preceduta da una procedura ad evidenza pubblica, resa nota per mezzo della

pubblicazione di un apposito bando ove gli enti concedenti indicano, ai sensi dell'art. 183, comma 3, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione e, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare. La disciplina richiede che venga posto a base del confronto competitivo almeno un progetto di fattibilità, con l'onere in capo all'aggiudicatario, di predisporre il successivo livello progettuale. L'aggiudicazione, anche in questo caso al pari di quanto previsto dal Decreto nelle disposizioni prese in esame, in base all'art. 185 del Codice, segue "**criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente**".

Solo ed esclusivamente nel caso in cui il valore della concessione sia inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 14, comma 1, lett. a) del Codice⁵, è riconosciuta all'ente concedente la facoltà di procedere mediante **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara**, previa consultazione di **almeno 10 operatori economici**, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di

-
4. Trattasi delle aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000.
 5. Come recentemente aggiornate, a decorrere dal 12 novembre 2025 e con effetto dal 1 gennaio 2026 ai sensi di quanto disposto dal regolamento (UE) n. 2025/2152 e dal regolamento (UE) n. 2025/2151 che modificano, rispettivamente, la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/23/UE, le soglie di rilevanza europea sono:
 - a) euro 5.404.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
 - b) euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali;
 - c) euro 216.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;
 - d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.
 Nei settori speciali le soglie di rilevanza europea sono:
 - a) euro 5.404.000 per gli appalti di lavori;
 - b) euro 432.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
 - c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.

indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici⁶.

In posizione, per così dire, “invertita” rispetto all’ordinario, il Codice prevede anche l’istituto della “finanza di progetto” (cd. “*project financing*”)⁷ che rimette all’operatore privato in funzione “propulsiva”, la presentazione di progetti alla pubblica amministrazione, siano essi inclusi o meno nella programmazione degli interventi dell’ente pubblico.

Anche in tal caso, però, **è obbligatorio il rispetto delle regole concorrenziali**: come è noto, infatti, l’operatore economico, all’esito di una preliminare fase di valutazione dell’interesse pubblico alla realizzazione del progetto – che segue, eventualmente, la presentazione di una manifestazione di interesse – presenta una proposta che sarà sottoposta ad un duplice confronto: **(i)** un confronto che consente ad altri operatori di presentare proposte differenti relative al medesimo intervento e **(ii)** un confronto competitivo sulla proposta (o sulla proposte) individuata dall’ente – ed eventualmente modificata secondo le indicazioni dell’amministrazione competente – nell’ambito del quale gli operatori economici interessati alla realizzazione della proposta presentano un’offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara.

Alla luce delle coordinate normative indicate, è evidente che l’affidamento sottosoglia delle concessioni, diversamente da quanto accade ordinariamente per i contratti di appalto⁸, può avvenire soltanto secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura

negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici⁹.

“ **Il quadro normativo italiano definisce e disciplina le procedure di affidamento delle concessioni di un servizio di pubblico interesse al Decreto 201/2022 e, in generale, nel Codice dei Contratti Pubblici, in chiave pro-concorrenziale imponendo l’osservanza ed il rigido rispetto di stringenti regole sul confronto competitivo tra gli operatori interessati alla gestione di un bene e/o servizio pubblico.** ”

2. La concessione degli impianti sportivi

La disciplina sulla concessione degli impianti sportivi rientra esattamente nell’ambito del quadro normativo descritto nel precedente paragrafo.

Con specifico riguardo all’applicabilità del Decreto, la giurisprudenza ha pacificamente concluso che la gestione dell’impianto sportivo comunale **rientra nella gestione di un servizio pubblico locale**, ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. 267/2000, “per cui l’utilizzo del patrimonio si fonda con la promozione dello sport che, unitamente all’effetto socializzante ed aggregativo, assume in ruolo di strumento di miglioramento della qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche

6. Art. 187 del Codice.

7. Art. 193 del Codice.

8. Si rinvia all’art. 50 del Codice.

9. T.A.R. Palermo, Sez. II, 27 maggio 2025, n. 1165 e, in termini, T.A.R. Parma, sez. I, 18 giugno 2024, n. 155; T.A.R. Catania, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 3956 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 25 marzo 2025, n. 6043.

per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio, etc.).”¹⁰

L'affidamento della gestione di impianti sportivi, quindi, ricade nell'ambito delle concessioni di un servizio pubblico sottoposto alla disciplina del Decreto legislativo 201/2022, da una parte, e della Parte II del Codice dei Contratti Pubblici sopra analizzata, dall'altra¹¹. In altri termini, anche alle concessioni di impianti sportivi, si applicano gli articoli 14 e seguenti del Decreto e 187 del Codice, evidenziati nel precedente paragrafo.

Ebbene, a complicare il quadro regolatorio sin qui descritto si inserisce il decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38 (**"Decreto 38/2021"**), adottato in attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86, il quale, all'art. 6, sebbene espressamente preveda che gli affidamenti degli impianti sportivi avvengano nel rispetto delle disposizioni di cui al Codice dei Contratti Pubblici¹², e della normativa eurounitaria, detta dei criteri di affidamenti al quanto peculiari e, quantomeno, discutibili.

In primo luogo, infatti, nel caso in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la norma prevede che la relativa gestione sia affidata **in via preferenziale** a "società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali".

In secondo luogo, e per quanto di interesse in questa sede, l'art. 5 del Decreto 38/2021 prevede un ulteriore beneficio per le

associazioni e le società sportive senza fini di lucro alle quali **l'ente locale competente può affidare direttamente la gestione gratuita dell'impianto sportivo.**

L'affidamento diretto può essere disposto, in particolare, nel caso in cui i soggetti indicati presentino progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento e per la successiva gestione con la previsione di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile, il cui interesse pubblico sia riconosciuto dall'ente competente. La norma in parola, come risulta immediatamente, sembrerebbe contrastare con l'assetto definito dal Codice.

L'articolo 176 del Codice prevede che alle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applichino le norme della Parte II del Codice, ivi incluso l'art. 187 che vieta l'affidamento diretto delle concessioni "sottosoglia", e che, allo stesso tempo, **esclude ogni forma di prevalenza indiscriminata di un operatore rispetto all'altro.**

Pertanto, per i profili non disciplinati dal Codice, l'art. 176, comma 2, secondo periodo, rinvia al Decreto 201/2022, nonché alle altre norme speciali di settore.

Nel ricercare il coordinamento tra le due fonti normative indicate, sembrerebbe che, da una parte il Decreto 38/2021 rinvii all'applicazione delle regole sull'affidamento degli impianti sportivi dettate dal Codice e, dall'altra, il Codice dei Contratti Pubblici, rinvii, per tutto quanto non disciplinato, alle specifiche disposizioni

10. T.A.R. Milano, Sez. V, 4 gennaio 2024, n. 25 secondo cui, quindi, "sotto il profilo considerato, l'affidamento in via convenzionale di immobili, strutture, impianti, aree e locali pubblici – appartenenti al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826 del c.c., quando siano o vengano, come nella specie, destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive – non è sussumibile nel paradigma della concessione di beni, ma struttura, per l'appunto, una concessione di servizi"; in questi termini si veda anche TAR Lazio, Roma, II S, 27 marzo 2023, n. 5246; TAR Lombardia, Milano, I, 24 febbraio 2023, n. 485; Cons. St., Sez. V, 18 agosto 2021, n. 5915.

11. L'art. 176 del Codice, espressamente dispone che alle concessioni di servizi di interesse generale si applicano le norme della presente parte (Parte II), includendo, quindi, l'applicazione dell'art. 187 sugli affidamenti diretti.

12. art. 6, comma 3, del Decreto 38/2021.

settoriali per quanto concerne la disciplina delle concessioni di servizi di interesse generale tra i quali, come si è detto, rientra il servizio di gestione degli impianti sportivi comunali.

Tuttavia, il vizio di coordinamento tra le due disposizioni si rinviene nella parte in cui il **Decreto 38/2021 si occupa di una disciplina già espressamente regolamentata dal Codice dei Contratti Pubblici** (al quale l'art. 6 del Decreto 38/2021 rinvia): l'affidamento delle concessioni. Il Codice non consente espressamente una deroga alla sua disciplina, in quanto, come già detto, l'art. 176 al comma secondo rinvia alla disciplina contenuta nel Decreto 201/2022 e alle altre norme speciali di settore (tra le quali potrebbe ricondursi il Decreto 38/2021), ma solo ed esclusivamente per **"i profili non disciplinati"**.

Sia i criteri di affidamento che le ipotesi di affidamento "sottosoglia" delle concessioni sono già oggetto di regolamentazione da parte del Codice, con ciò, conseguentemente, dovendosi ragionevolmente escludere la legittimità di ogni qualsivoglia deroga da parte del Decreto 38/2021.

Peraltro, lo stesso articolo 227 del Codice richiede che ai fini della deroga al Codice, vi sia una espressa previsione in tal senso¹³, assente nel caso di specie.

La norma in parola, inoltre, **non appare neppure correttamente coordinata con la disciplina descritta dall'art. 4 del Decreto 38/2021** che regola, in termini generali, le modalità di affidamento degli impianti sportivi. L'art. 4, dettagliatamente, prevede la possibilità per gli operatori economici interessati all'ammodernamento e costruzione di impianti sportivi, anche d'intesa con una o più delle Associazioni o Società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto, di presentare un **documento di fattibilità**

delle alternative progettuali, corredato di un piano economico-finanziario e degli ulteriori documenti indicati dalla norma, predisposto in conformità alle disposizioni del Codice.

La disposizione, in commento, disciplina la procedura di valutazione/approvazione del predetto documento, nonché del successivo progetto di fattibilità tecnica ed economica (anch'esso predisposto a cura del proponente nel rispetto del Codice), il quale **è posto a base di gara per l'affidamento degli interventi, da effettuarsi ai sensi dell'art. dell'art. 193 del Codice in materia di finanza di progetto** (per quanto non diversamente disciplinato dalla norma). Si specifica inoltre, al comma 12, che le previsioni dello stesso art. 4 trovano applicazione anche nel caso in cui la proposta di ammodernamento e riqualificazione sia presentata dalla sola Associazione o Società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto, nei termini indicati nella disposizione

Mentre, all'opposto, l'art. 5 si limita a richiedere che le associazioni e le società sportive senza fini di lucro possano beneficiare dell'affidamento diretto, esclusivamente in base alla presentazione di un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico-finanziaria.

Di qui, il cortocircuito del sistema.

“Dallo studio delle fonti normative vigenti è facile scrutare una potenziale antinomia tra il sistema definito dal Codice dei Contratti Pubblici e dal Decreto legislativo 201/2022, e l'art. 5 del Decreto legislativo 38/2021 il quale introduce un'ipotesi eccezionale di affidamento diretto della gestione di un impianto sportivo a favore di associazioni/ società sportive senza fini di lucro.”

13. Letteralmente, l'articolo 227 del Codice prevede che "Ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute".

3. I chiarimenti offerti da giurisprudenza e AGCM

La potenziale antinomia tra le norme indicate, ha spinto giurisprudenza e Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM") a ricercare una soluzione.

La giurisprudenza, in precedenti occasioni, ha precisato che l'art. 5 disciplina l'affidamento diretto della gestione gratuita di un impianto sportivo a un'associazione o a una società sportiva senza fini di lucro, "allorquando una di queste presenti di propria iniziativa all'Ente locale un progetto preliminare per la rigenerazione, la riqualificazione, l'ammodernamento e la successiva gestione dell'impianto, al fine di favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile; il predetto affidamento diretto, [tuttavia, chiarisce il collegio], **non può operare dove ci sono una pluralità di proposte, poiché in tal caso deve applicarsi il disposto di cui al successivo art. 6.**"¹⁴

La *ratio* della norma, sempre secondo l'interpretazione offerta dal giudice amministrativo, consiste "nell'esigenza di soddisfare i principi generali di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento, che sono espressione sia di regole europee, sia di principi costituzionali quali quello di tutela dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). Ne discende che quei principi generali di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento non possono essere messi fuori gioco per il solo fatto che la gestione degli impianti sportivi, assicurata all'associazione selezionata, abbia carattere non pienamente esclusivo. L'associazione che stipula la convenzione, infatti, viene comunque a trovarsi, rispetto alla gestione degli impianti sportivi, in una posizione di preminenza rispetto alle altre associazioni, le quali non potranno utilizzare quegli impianti, se non dopo che siano state

soddisfatte tutte le esigenze dell'associazione gestrice, e a condizione che quest'ultima vi acconsenta; e una tale posizione di preminenza può essere attribuita dal Comune solo all'esito di una procedura di evidenza pubblica."¹⁵

Per l'AGCM, l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali "deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive". Ove intenda ricorrere a terzi, il Comune ne affida la gestione "in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari", nel rispetto del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023) e della normativa euro-unitaria vigente. Uno dei principi cardine del nuovo Codice dei contratti pubblici è quello di accesso al mercato, sulla base del quale "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità" (articolo 3 del D.lgs. n. 36/2023)¹⁶.

Il Codice, come ricorda (bene) sempre l'AGCM, **non consente infatti "il ricorso all'affidamento diretto in caso di concessione di servizi, per il quale deve farsi ricorso a procedura pubblica (articolo 182) oppure a procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara**, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 187).

14. T.A.R. Milano, 9 dicembre 2024, n. 3519.

15. T.A.R. Brescia, 13 giugno 2025, n. 520.

16. Atto AS2064 del 5 febbraio 2025, AGCM.

Il ricorso ad affidamenti diretti in casi del genere è stato escluso **anche dal MIT** in due recenti pareri (n. 2409 e n. 2441 del 2024)" ¹⁷. Pertanto, la regola da seguire è l'evidenza pubblica.

4. La posizione dell'ANAC

La potenziale antinomia descritta nei precedenti paragrafi ha condotto un'Amministrazione comunale ad interpellare l'ANAC, chiedendo che venissero fornite indicazioni in ordine alle disposizioni del citato articolo 5 del Decreto 38/2021 nell'ambito del quadro normativo sulla disciplina degli affidamenti delle concessioni.

L'ANAC, dopo aver ricostruito il quadro normativo vigente, effettivamente intravede un potenziale contrasto tra l'art. 5 del Decreto 38/2021 e il Codice dei Contratti Pubblici.

Appurato il possibile disallineamento tra le disposizioni normative, l'Autorità **esclude che l'art. 5 in commento possa essere letto e interpretato "come disposizione derogatoria alle previsioni del d.lgs. 36/2023,** posto che una simile deroga non è contenuta nella norma"¹⁸, ben essendo, invece, come già detto in chiusura del paragrafo II, necessario che ogni deroga al Codice sia espressamente prevista e, inoltre, più correttamente, la norma andrebbe letta **in coerenza sistematica con le disposizioni di cui al Decreto 38/2021.**

Alla luce dell'unico criterio interpretativo plausibile del noma, dunque, per l'Autorità, anzitutto, l'art. 5 del Decreto 38/2021 non può che avere una applicazione "residuale" rispetto agli articoli 4 e 6 del Decreto 38/2021, esclusivamente in presenza delle specifiche e delimitate circostanze ivi indicate, opportunamente motivate dall'ente locale nel

provvedimento che dispone l'affidamento del contratto ai sensi dello stesso articolo 5¹⁹. In secondo luogo, la norma in commento deve necessariamente essere coordinata in modo sistematico con la normativa pro-concorrenziale prevista dal Codice dei Contratti Pubblici.

A questo specifico riguardo, osserva l'ANAC, l'affidamento diretto prescritto dall'art. 5 del Decreto 38/2021 **"dovrebbe trovare applicazione solo ed esclusivamente nel caso di un affidamento di valore inferiore alle soglie comunitarie,** (richiedendo, invece, gli affidamenti di valore superiore a tali soglie, lo svolgimento di procedure competitive ai sensi del Codice stesso)" ²⁰.

L'applicazione della disciplina codicistica è, dunque, obbligatoria per diversi ordini di ragione.

In primo luogo, non rileva la natura dei soggetti a favore dei quali il Decreto 38/2021 riconosce l'affidamento diretto.

La **manca di scopo di lucro,** infatti, non impedisce a che l'affidamento di una concessione sia svincolata dal rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, come regolata dal Codice.

L'art. 1, comma 1, lett. I), dell'allegato I.1. al Codice, infatti, non esclude espressamente dalla definizione di "operatore economico", il soggetto che offra sul mercato beni o servizi al fine di ricavare somme da destinare alla realizzazione di un fine non lucrativo (come appunto, le associazioni o società sportive indicate dall'art. 5 del Decreto 38/2021). Da ciò deriva, inevitabilmente, che, da un punto di vista soggettivo, il Codice dei Contratti Pubblici trova applicazione anche ai contratti affidati ad un'Associazione/Società sportiva senza fini di lucro, non potendo, la mancanza di un di uno scopo di lucro, impedire la riconducibilità dei

17. Ibid., in termini anche T.A.R. Parma, 24 ottobre 2024, n. 155.

18. Parere, p. 3.

19. Parere, p. 5.

20. Parere, p. 4.

contratti in parola ai contratti sottoposti alla disciplina codicistica.

All'attenzione dell'Autorità è posto anche il profilo della **gratuità della gestione dell'impianto**. Neppure tale aspetto, sottolinea bene l'Autorità, è in grado di svincolare la concessione di un impianto sportivo dalle regole concorrenziali previste dal Codice.

Dettagliatamente, come è ben noto, il Codice trova applicazione esclusivamente per i contratti "onerati", non estendendo la sua disciplina ai contratti a titolo gratuito, anche nell'ipotesi in cui questi offrano indirettamente l'opportunità di guadagno economico²¹.

Tuttavia, la gratuità prevista dall'art. 5 non è certamente in grado di escludere l'affidamento in commento dalla disciplina codicistica perché, come osserva bene l'Autorità, lo schema delineato dalla disposizione identifica e presuppone la **rilevanza economica almeno potenziale dell'impianto**, ovvero la sua "idoneità a produrre reddito, quale presupposto della sostenibilità del progetto proposto"²², di tal che il riferimento alla gratuità sarebbe solamente inteso ad escludere la corresponsione di un canone periodico, associato all'utilizzo dell'impianto sportivo.

In altri termini, la gratuità è un elemento "normale" e connaturato allo schema concessorio di "servizi", in quanto la redditività è interconnessa – quanto meno in termini generali, salvo squilibri che richiedano un adeguamento economico-tariffario – alla gestione del servizio svolto dall'operatore che abbia ottenuto l'affidamento del contratto²³.

Ad ulteriore conferma dell'applicazione della disciplina codicistica, non è ultroneo il riferimento all'allegato XIV della direttiva 2014/14/UE che indica tra i servizi, proprio la gestione degli impianti sportivi²⁴.

“ L'unica lettura accettabile ed ammissibile dell'art. 5 del Decreto 38/2021 impone un necessario coordinamento interpretativo con le disposizioni di cui al Codice dei Contratti Pubblici e del Decreto 201/2022, evitando che l'affidamento diretto si traduca in una manifesta violazione dei principi e delle regole concorrenziali imposte dall'ordinamento tanto nazionale, quanto comunitario. ”

21. art. 13, comma 2, del Codice: "Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto".

22. Parere, p. 4.

23. Si legge espressamente nel Parere, a p. 4: "la fattispecie disciplinata dall'art. 5 del d.lgs. 38/2021 appare più correttamente riconducibile ad uno schema concessorio dove l'affidatario dovrebbe trarre dalla gestione dell'impianto, presumibilmente qualificabile come dotato di rilevanza economica, una remunerazione sufficiente a coprire l'investimento e i costi di gestione, come sembra derivare dalla previsione per cui l'affidamento è condizionato alla presentazione all'ente locale di "un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento" - documento quest'ultimo che pare assimilabile al PEF nell'ambito dello schema concessorio - e dal fatto che la durata del contratto è "proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento", presumibilmente per consentire al gestore di avere a disposizione il tempo sufficiente per rientrare rispetto all'investimento inizialmente sostenuto per i lavori di rigenerazione, riqualificazione o ammodernamento. Secondo la definizione del d.lgs. 36/2023, mutuata dal considerando n. 11 della direttiva 2014/23, e contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. c), Allegato I, il sinallagma della concessione consiste dunque nello scambio tra l'affidamento di lavori e servizi e il diritto di gestirli, perché da tale gestione, eventualmente integrata da un prezzo pagato dell'ente concedente, il concessionario trae le risorse che remunerano l'attività svolta e coprono gli investimenti sostenuti".

24. CPV 92610000-0.

5. Conclusioni

La conclusione a cui giunge l'Autorità, alla luce delle coordinate interpretative illustrate nel Parere non può che essere una soltanto, imposta dalla lettura sistematica e coordinata delle disposizioni prese in esame.

In sintesi, suggerisce l'ANAC, l'affidamento diretto di cui all'art. 5 del Decreto 38/2021 può ritenersi ammissibile esclusivamente al ricorrere delle seguenti condizioni:

- i. nel caso in cui un'Associazione o Società Sportiva senza fini di lucro, abbia presentato all'ente locale una proposta relativa ad un impianto da riqualificare;
- ii. all'ente locale deve pervenire una sola proposta in tale senso;
- iii. la proposta, corredata da un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria, deve riguardare un impianto sportivo da "rigenerare, riqualificare o ammodernare", quindi un impianto che necessita di importanti lavori di adeguamento, in quanto evidentemente non più adeguato alle sue esigenze funzionali;
- iv. la proposta deve perseguire la finalità di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile;
- v. il valore dell'affidamento deve essere inferiore alla soglia comunitaria individuata dall'art. 14 del Codice;
- vi. l'ente locale deve garantire la conoscibilità del progetto presentato, mediante pubblicazione dello stesso sul proprio sito internet;
- vii. l'affidamento diretto deve essere opportunamente motivato, con indicazione precisa di tutti i presupposti sopra elencati.

Al di fuori delle ipotesi descritte (anche se non espressamente indicate dalla norma), conclude il Parere, l'applicazione dell'art. 5 del Decreto 38/2021 si tradurrebbe in una "violazione dei principi, anche di derivazione comunitaria, di concorrenza, pubblicità, trasparenza e parità di trattamento"²⁵.

Osservazione e conclusione piuttosto coerente con la descrizione del quadro normativo illustrato e dell'orientamento giurisprudenziale formatosi a riguardo. Certamente, forse un elemento più chiaro che si sarebbe potuto precisare nell'occasione che ha condotto l'ANAC all'adozione del Parere, avrebbe potuto essere relativo all'indicazione per cui la consultazione preliminare deve comunque essere condotta dall'ente locale che, soltanto in assenza di 10 operatori esistenti, può procedere all'affidamento diretto²⁶.

25. Parere, p. 6.

26. Indicazione, questa, potenzialmente riconducibile nel punto ii) dell'elenco fornito.

Il meccanismo della revisione prezzi, facoltà o obbligo? L'irretroattività dell'istituto come chiarito da Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza, 6 ottobre 2025, n. 7779

di Francesco Stornello e Adriano Falsone

IL
PUN
TO

1. La ratio dell'istituto della revisione prezzi

La revisione prezzi è un istituto centrale nella disciplina dei contratti pubblici e su cui ricade grande attenzione da parte delle amministrazioni, degli operatori economici e del legislatore stesso.

Ciò è riprovalo dal fatto che ogni qual volta si interviene sulla disciplina codicistica si ritocca tale meccanismo, coma da ultimo con il D. Lgs. n. 36/2023.

L'istituto intende garantire la conservazione dell'equilibrio contrattuale, tutelando tanto l'interesse pubblico alla corretta e celere esecuzione delle prestazioni, quanto l'interesse dell'operatore a non subire l'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni affidategli.

Infatti, ben può accadere che rispetto alle originarie condizioni contrattuali pattuite vi siano delle sopravvenienze che rendano le prestazioni eccessivamente gravose – in termini economici – per l'operatore.

In tali evenienze la revisione prezzi è un ottimo strumento rimediale.

Invero, come saggiamente di recente chiarito dalla giurisprudenza, tale strumento codicistico è volto a "garantire l'interesse pubblico alla perdurante qualità delle prestazioni contrattuali evitando che il corrispettivo subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto e allo stesso tempo di tutelare anche l'interesse dell'impresa a non subire alterazioni dell'equilibrio contrattuale per l'incremento dei costi sopravvenuto durante l'arco del rapporto, che potrebbe indurla ad una surrettizia riduzione degli standards qualitativi delle prestazioni"¹.

La ratio dell'istituto è più facilmente comprensibile anche alla luce del principio dell'equilibrio contrattuale² come statuito dall'art. 9, D. Lgs. n. 36/2023, secondo cui "se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".

1. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 25/07/2025, n. 6638.

2. Cfr. BIANCHI A., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici* (a cura di CARTEI G. F., IARIA D.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 107 e ss.

Tale norma impone alla stazione appaltante di adottare ogni misura opportuna – fra cui spicca proprio la revisione prezzi – a ripristinare l'equilibrio contrattuale se quest'ultimo dovesse essere alterato.

Invero, l'istituto vuole, in caso di eventi non disponibili alle parti ed imprevedibili al momento della presentazione dell'offerta, "dando continuità al contratto in corso di esecuzione mediante l'interposizione di una fase di negoziazione procedimentalizzata ... condurre la Stazione appaltante e l'appaltatore a raggiungere un accordo sull'*an* e sul *quantum* dell'intervento riequilibratore"³.

Il D. Lgs. n. 36/2023 ha introdotto notevoli novità in materia, anche radicali rispetto al precedente Codice.

Vista tale recente innovazione, e la concreta necessità di dover esaminare, interpretare e giudicare appalti conclusi durante la vigenza dell'uno o dell'altro Codice dei contratti pubblici, è necessario comprendere le differenze fra le due discipline.

Pertanto, tale contributo intende, anzitutto, rappresentare quali sono le tipicità dell'istituto della revisione prezzi in un raffronto tra il vecchio e nel nuovo Codice.

Ulteriormente, si illustrerà la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, Sent., 6 ottobre 2025, n. 7779), con cui si è chiaramente affermato il principio di irretroattività del meccanismo disciplinato dall'art. 60, D. Lgs. n. 36/2023, alla luce della quale – in tema di gare d'appalto – è necessario tracciare un netto distinguo a seconda che il contratto pubblico d'appalto sia stato stipulato sotto la vigenza del precedente o del nuovo Codice.

2. Il meccanismo nel vecchio codice (D. Lgs. n. 50/2016)

Il previgente Codice dei contratti pubblici non dedicava alla revisione prezzi una specifica disposizione. Piuttosto, la disciplina era riversata all'art. 106, quale disposizione generale sulla "modifica dei contratti durante il periodo di efficacia". Infatti, il comma 1, lett. a), dell'art. 106, disponeva che era assentita la modifica del contratto, senza la necessità di una nuova procedura di affidamento, se le modifiche erano previste "nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro".

Pertanto, era statuito un principio generale di immodificabilità del prezzo secondo cui i prezzi erano da intendersi accettati a rischio e pericolo del contraente-esecutore. Piuttosto, solo ove i documenti di gara (bando, disciplinare, capitolato) avessero previsto e introdotto puntualmente la clausola di revisione prezzi a questa l'operatore economico-contraente avrebbe potuto appellarsi e ricorrere.

Infatti, l'art. 106, D. Lgs. n. 50/2016, si era limitato a facoltizzare l'inserimento della previsione nei documenti di gara.

Invero, "la logica ... era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti ..."⁴.

3. Cfr. G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La tribuna, 2023, p. 324.

4. T.A.R. Emilia-Romagna Parma, Sez. I, Sent., 06/09/2024, n. 228.

Pertanto, il Codice presentava un meccanismo revisione-prezzi che era così caratterizzato:

- natura non obbligatoria: la clausola della revisione prezzi non è elemento essenziale-obbligatorio del contratto pubblico d'appalto, piuttosto è espressione di discrezionalità della stazione appaltante, atteggiandosi a vera e propria facoltà⁵;
- indispensabilità dell'espressa previsione ai fini della sua attivazione: vista la facoltatività, perché l'operatore potesse auspicare all'applicazione dell'istituto era necessario che nei documenti di gara ci sia una clausola intelligibile. Infatti, non potendosi parlare di un obbligo di revisione prezzi, e quindi di norma imperativa, qualora i documenti di gara non la menzionassero non si poteva rimediare a tale mancanza appellandosi all'inserzione automatica delle clausole e all'eterointegrazione delle norme del Codice dei contratti pubblici. Infatti, come chiarito definitivamente dalla giurisprudenza, "in mancanza di un obbligo legale di previsione contrattuale della revisione dei prezzi dell'appalto, è infondata la pretesa di parte ... di inserzione automatica della clausola revisionale nel contratto ... dal momento che il meccanismo previsto dall'art. 1339 cod. civ. presuppone una norma imperativa"⁶.
- necessaria dimostrazione dell'effettivo squilibrio contrattuale: nella prassi l'appaltatore, che chiedeva l'attivazione della clausola prevista dalla lex specialis, era gravato dall'onere di dimostrare che la variazione dei costi era esorbitante l'alea contrattuale ed era tale da incidere e pregiudicare l'equilibrio contrattuale.

Ecco che l'istituto, alla luce di tali caratteristiche stringenti, era di scarsa e difficile applicazione.

3. Le innovazioni con il D. Lgs. n. 36/2023

Il legislatore con il nuovo Codice ha voluto dare centralità all'istituto e ampliarne l'applicazione. Ciò è stato possibile anzitutto, da un punto di vista prettamente strutturale, dedicandovi una specifica disposizione, qual è l'art. 60, D. Lgs. n. 36/2023.

Ulteriormente, da un punto di vista sostanziale, si è totalmente ribaltata la prospettiva rispetto al precedente Codice.

Infatti, è stata introdotta l'obbligatorietà delle clausole di revisione-prezzi in luogo della previgente facoltatività⁷.

L'art. 60, c. 1, nuovo Codice dei contratti pubblici, dispone infatti che "nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto".

Pertanto, "l'inserimento di tali clausole ... diviene dunque obbligatorio con riferimento a tutte le procedure di gara in relazione a contratti di durata, ad esecuzione continuata o periodica"⁸.

I successivi commi (dal 2 al 5) dell'art. 60 si occupano di disciplinare in modo dettagliato l'operatività del meccanismo.

Il comma 2 precisa che le clausole di revisione prezzi comunque "non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro", pertanto si riafferma il principio di invariabilità della natura contrattuale.

5. Cfr. G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La tribuna, 2023, p. 322-323.

6. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 18/11/2024, n. 9212.

7. Cons. Stato, Sez. III, 13/07/2023, n. 6847.

8. Cfr. IARIA S., *La revisione dei prezzi*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici* (a cura di CARTEI G. F., IARIA D.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 454.

Ulteriormente, sempre il comma 2 prescrive le condizioni al ricorrere delle quali si attiva la revisione prezzi e la misura della variazione "coperta".

Infatti, dispone che le clausole si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinino "a) una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento applicata alle prestazioni da eseguire; b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire".

Quindi, anzitutto il rimedio risulta attivabile al ricorrere di "particolari condizioni di natura oggettiva"⁹.

In questo senso, "la necessaria oggettività dei presupposti, al pari dell'obbligo di non alterare la natura del contratto, si giustifica in ragione della necessità di non incidere sul legame tra gara e contratto, evitando affidamenti diretti distorsive delle dinamiche concorrenziali"¹⁰.

Però, a dispetto del previgente art. 106, c. 1, D. Lgs. n. 50/2016, non è più richiesto che le condizioni oggettive sopravvenute siano "non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta"¹¹.

In secundis, altro aspetto innovativo è l'individuazione normativa della misura delle variazioni rilevanti ai fini dell'attivazione del meccanismo.

Infatti, si dà rilevanza alle variazioni, in aumento o in riduzione, rispetto all'importo originariamente pattuito, che siano superiori al 3% se si tratta di lavori o superiori al 5% se si tratta di servizi-forniture.

Diversamente, sotto tali soglie "il legislatore ha ritenuto operare la normale alea contrattuale, bloccando *ex lege* l'operatività di qualsiasi meccanismo revisionale"¹².

Poi, la revisione è assentita nella misura dell'90% per i lavori e dell'80% per servizi e forniture rispetto alla variazione eccedente la percentuale sovrabbondante di cui sopra (3% o 5 %).

Ciò vuol dire che una parte della variazione dei prezzi (il restante 10% per i lavori o il 20% per servizi e forniture) rimane a carico dell'operatore economico-appaltatore, quale alea contrattuale irrimediabile¹³.

La parametrizzazione dei prezzi e dei costi di riferimento è fatta esclusivamente attingendo dagli indici ISTAT, secondo quanto indicato ai commi 3, 4, 4 bis e 4 ter dell'art. 60, del Codice. Infine, il comma 5 del medesimo articolo, sulla scia delle previsioni emergenziali contenute nel cd. Decreto Sostegni *bis*¹⁴, precisa che gli oneri conseguenti alla revisione-prezzi sono sostenuti dalle stazioni appaltanti facendo uso delle: 1) risorse appositamente accantonate nel quadro economico di ogni intervento (per la misura del 50% di quanto necessario alla variazione); 2) somme derivanti dai ribassi d'asta; 3) somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante.

Una precisazione è necessaria: infatti altro dalla revisione-prezzi è l'adeguamento

9. Art. 60, c. 1, D. Lgs. n. 36/2023.

10. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 393.

11. Art. 106, c. 1, D. Lgs. n. 50/2016.

12. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 393.

13. Cfr. GIUSTINIANI M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, Dike giuridica, Napoli, 2023, p. 187.

14. Cfr. IARIA S., *La revisione dei prezzi*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici* (a cura di CARTEI G. F., IARIA D.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 459.

del prezzo contrattuale all'indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti. Tanto è vero che, qualora ci fosse un incremento del prezzo per allineamento alle variazioni inflazionistiche questo non andrebbe valutato e computato ai fini dell'applicazione della revisione dei prezzi.

Per cui revisione-prezzi e adeguamento all'indice inflattivo seguono comunque due canali totalmente distinti.

4. Irretroattività dell'istituto (Consiglio di Stato, Sez. V, Sent., 6 ottobre 2025, n. 7779)

Alla luce di quanto appena rappresentato, l'aspetto centrale del nuovo istituto della revisione-prezzi è l'obbligatorietà delle clausole di revisione-prezzi in luogo della precedente facoltatività-discrezionalità delle stesse.

Questo aspetto ha determinato il sorgere di situazioni dubbie nei casi in cui si abbiano contratti pubblici di appalto stipulati durante la vigenza del precedente Codice, privi di clausole di revisione-prezzi e rispetto ai quali si dovessero presentare sopravvenienze che alterino l'equilibrio contrattuale.

In questi casi, la questione è: può comunque invocarsi il meccanismo della revisione-prezzi anche per quei contratti che non menzionino espressamente le clausole revisionali, ritenendo pertanto l'istituto obbligatorio e ad applicazione automatica?

La posizione che porterebbe a rispondere in senso affermativo si fonderebbe sulla potenziale generalizzazione del principio di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, di cui l'istituto della revisione prezzi è diretto corollario.

A far luce sul tema è intervenuto di recente il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza del 6 ottobre 2025, n. 7779.

In tale pronuncia è stato statuito che "la norma sopravvenuta del D.Lgs. n. 36 del 2023 non ha portata retroattiva poiché non è norma interpretativa né applicativa di un principio generale già presente nell'ordinamento, ma introduce *ex novo* il rimedio generale di manutenzione del contratto"¹⁵.

Infatti, anche in precedenza a tale pronuncia, il giudice amministrativo aveva chiarito che "la revisione dei prezzi introdotta dall'art. 60 del D.Lgs. n. 36 del 2023 è un istituto di carattere innovativo rispetto alla disciplina previgente, stante il carattere di obbligatorietà dell'inserimento nei documenti di gara della relativa clausola"¹⁶.

In questo senso allora "si condivide l'orientamento secondo cui la portata innovativa della disposizione impedisce che la stessa fornisca un criterio interpretativo della previgente disciplina, volta a rendere facoltativo l'inserimento di clausole revisionali"¹⁷.

Pertanto, è stata sancita la assoluta irretroattività delle norme sulla revisione-prezzi, che risultano applicabili soltanto ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Per cui il privato che ha stipulato un contratto d'appalto con la Pubblica Amministrazione durante la vigenza del D. Lgs. n. 50/2016, qualora dovessero sopraggiungere condizioni eccessivamente onerose, non potrà invocare l'applicazione del combinato disposto degli artt. 9 e 60, del D. Lgs. n. 36/2023.

Né tantomeno potrà ambire alla "inserzione automatica della clausola revisionale, dal

15. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 06/10/2025, n. 7779.

16. T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, Sent., 03/07/2025, n. 13114.

17. *Ibidem*.

momento che il meccanismo previsto dall'art. 1339 cod. civ. presuppone una norma imperativa ... che consenta l'integrazione *ex lege* del contratto o la sostituzione della clausola difforme apposta dalle parti"¹⁸.

Infatti, per poter sollecitare l'attivazione del meccanismo civilistico dell'inserzione automatica è necessario potere attingere da una norma imperativa.

Quest'ultima però manca nel precedente Codice. Infatti, come rappresentato al paragrafo 2, il previgente Codice prevedeva esclusivamente la facoltatività delle clausole revisionali, essendo applicabili solo ove inserite dalla Stazione Appaltante nei documenti di gara, secondo una piena discrezionalità.

Pertanto, qualora il contratto stipulato non dovesse prevedere espresse clausole in tal senso, il contraente non potrà sollecitare l'attivazione né del meccanismo di revisione prezzi di cui all'art. 60, Codice dei contratti pubblici, né l'istituto dell'inserzione automatica civilisticamente intesa *ex art.* 1339 c.c. vista l'assenza del suo necessario presupposto qual è la norma imperativa di riferimento.

L'unica possibilità che ha l'appaltatore è ricorrere all'istituto dell'art. 1467 c.c., che codifica la cd. risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta (o l'alternativa rinegoziazione volontaria).

Infatti, il Codice Civile, per i contratti di durata (cioè quelli ad esecuzione continuata o periodica) ammette che al sopraggiungere di un costo eccessivo della prestazione – straripante rispetto alle condizioni originariamente pattuite – il contraente-prestatore possa domandare la risoluzione del contratto.

All'opposto, l'altra parte – cioè chi riceve la domanda risolutiva – può evitare la risoluzione offrendo di adottare le opportune modifiche al contratto.

Quindi, con tutta evidenza, lo strumento di cui all'art. 1467 c.c., nonostante possa risultare certamente utile, comunque ammette la mera possibilità della rinegoziazione delle condizioni contrattuali e non certo la doverosità della stessa, come invece avviene alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Ecco allora che, per i contratti stipulati durante la vigenza della precedente codificazione risultano davvero limitati i margini di intervento sul prezzo contrattuale.

5. Conclusione

Alla luce del quadro normativo ricostruito e raffrontato, è possibile dire che devono seguirsi due regimi distinti a seconda del momento di conclusione del contratto, quali:

- per i contratti stipulati durante la vigenza del D. Lgs. n. 50/2016 (vecchio Codice): l'operatore economico potrà attivare il meccanismo della revisione-prezzi solo ove sia stato puntualmente inserito nei documenti di gara dalla stazione appaltante. Infatti, l'introduzione di tali clausole è meramente facoltativa. Pertanto, in assenza di tali previsioni, di regola il rischio dell'eccessiva onerosità prestazionale grave totalmente in capo all'appaltatore (salvo la possibilità di ricorrere *in extremis* alla risoluzione-rinegoziazione alternativa ai sensi dell'art. 1467 c.c.);
- per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore ed efficacia del D. Lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice): la previsione delle clausole di revisione-prezzi nei documenti di gara è obbligatoria per tutte le amministrazioni.

L'operatore economico, nei casi di variazioni – in aumento o in diminuzione – dell'importo originario a causa di condizioni oggettive (non necessariamente imprevedibili), può vantare e pretendere la revisione-prezzi nei confronti della stazione appaltante.

18. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 06/10/2025, n. 7779.

Pareri & Sentenze



TAR Lombardia Milano sez. IV 29/10/2025 n. 3459

Inversione procedimentale e accesso agli atti, sopralluoghi e proroghe, ammissibilità.

In virtù di tale sentenza, si è stabilito che, in una gara con inversione procedimentale, la documentazione amministrativa degli altri concorrenti non è un "atto presupposto" all'aggiudicazione perché l'amministrazione verifica solo quella del primo classificato. Di conseguenza, le richieste di accesso a questi documenti devono essere respinte per carenza di interesse concreto ed attuale, poiché l'interesse potrebbe nascere solo in caso di successivi scorrimenti di graduatoria dovuti a vicende che caducano l'aggiudicazione.

Come noto, l'inversione procedimentale è una modalità prevista dall'art. 107, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023 che consente alla stazione appaltante di valutare le offerte prima di verificare la documentazione amministrativa dei concorrenti. La Verifica è limitata: Nell'inversione procedimentale, la stazione appaltante, per snellire la procedura, verifica la documentazione amministrativa solo del vincitore. La documentazione degli altri concorrenti non viene quindi esaminata né utilizzata per l'aggiudicazione. Atto presupposto: Ai sensi dell'art. 36, comma 1, del Codice, un "atto presupposto" è un atto che precede e fonda un'aggiudicazione. La documentazione degli altri concorrenti, non essendo stata verificata, non rientra in questa categoria. Pertanto una istanza di accesso a codesti documenti deve essere respinta. Questo perché l'interesse del ricorrente non è né concreto né attuale; si tratta di un interesse meramente ipotetico che potrà concretizzarsi solo se l'aggiudicazione verrà annullata e si procederà allo scorrimento della graduatoria per un nuovo vincitore.

Il diritto di accesso difensivo, secondo l'art. 35, co. 5, D.Lgs. n. 36/2023, richiede un nesso di strumentalità tra i documenti richiesti e la tutela in giudizio; tale nesso non sussiste se le buste dei concorrenti non aggiudicatari non sono mai state aperte dalla stazione appaltante, poiché risultano "estrane" all'aggiudicazione e ai suoi vizi. In questo caso, il ricorrente non può avvalersi di tali informazioni per il giudizio pendente, poiché non sono mai state valutate e sono quindi irrilevanti per la valutazione del provvedimento finale contestato. Tali documenti sono "estranei" alla formazione del provvedimento finale (l'aggiudicazione) e ai vizi che si lamentano nel giudizio, pertanto non sono funzionali alla difesa. L'ostensione potrebbe diventare utile solo in futuro, ad esempio in caso di decadenza dell'aggiudicazione (per annullamento in autotutela o giudiziale) e della conseguente necessità di scorrere la graduatoria, ma non può essere utilizzata nel giudizio attuale. Pertanto, se l'amministrazione dichiara formalmente e si assume la responsabilità per l'inesistenza del documento (come i giustificativi dell'offerta facoltativi e non prodotti da nessuno), l'istanza è inammissibile per mancanza di oggetto, non potendo il giudice ordinare la consegna di un atto che non esiste.

È stata ritenuta fondata invece la richiesta di accesso agli atti specifici della procedura di gara (diversi dalle offerte o dalla documentazione amministrativa dei concorrenti), quali le istanze relative ai sopralluoghi obbligatori, i verbali di sopralluogo e i documenti relativi alla decisione di prorogare i termini di presentazione delle offerte, in quanto tali atti sono direttamente afferenti allo svolgimento della procedura e alle attività valutative della stessa.

TAR Puglia Lecce sez. I 3/11/2025 n. 1449**Sostituzione CCNL in corso di gara da parte del concorrente**

In virtù di tale sentenza l'individuazione del contratto collettivo (CCNL) è un elemento essenziale dell'offerta in un appalto pubblico, necessaria in base agli artt. 11 e 41 del D.Lgs. 36/2023 e influisce direttamente sul costo del lavoro, ed è un fattore cruciale per valutarne la sostenibilità. L'applicazione di un CCNL diverso da quello corretto può rendere l'offerta anomala, dato che ha un impatto diretto sui costi della manodopera, che devono essere valutati per garantirne la correttezza e la sostenibilità. Quindi: 1) Gli articoli 11 e 41 del D.Lgs. 36/2023 impongono di indicare il contratto collettivo applicabile, trattasi di un obbligo normativo. 2) Il CCNL è un parametro utilizzato dalla stazione appaltante per verificare la correttezza e la sostenibilità dell'offerta, sia in fase iniziale che durante il sub-procedimento di anomalia. Le conseguenze della mancata o errata indicazione sono le seguenti: 1) Anomalia dell'offerta: Se il CCNL indicato è scorretto, l'offerta può essere considerata anomala e venire esclusa. 2) Legittima esclusione: Non indicare il CCNL può comportare l'esclusione dell'offerta, come confermato dalla giurisprudenza. Vi è pertanto un divieto di modifica: Il CCNL applicato e i relativi costi della manodopera non possono essere modificati dopo la presentazione dell'offerta, a pena di illegittimità.

La modifica del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) applicato in una gara d'appalto non è considerata neutrale perché può alterare l'offerta economica e tecnica originaria, violando il divieto di modifica della stessa. La stazione appaltante deve valutare l'impatto complessivo della modifica per garantire che l'offerta non venga alterata rispetto a quanto presentato in sede di gara. Ciò deriva dall'applicazione degli articoli 11 e 41 del D.Lgs. 36/2023, che stabiliscono l'obbligo per l'operatore economico di rispettare l'offerta originale e la stazione appaltante di valutarne la congruità.

La modifica del contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) dopo l'aggiudicazione di un appalto è illegittima se è una scelta volontaria dell'aggiudicatario e non è dovuta a circostanze sopravvenute. La sostituzione di un CCNL con un altro non equivalente, se avvenuta in corso di gara e non successivamente all'aggiudicazione, può violare i principi di trasparenza e parità di trattamento, rendendo l'offerta non più conforme a quanto dichiarato e verificato. Questo è in linea con quanto stabilito dagli articoli 11 e 42 del D.Lgs. 36/2023.

La giurisprudenza consolidata pertanto, vieta la modifica dei costi della manodopera durante la verifica di anomalia dell'offerta, poiché ciò costituirebbe una rettifica inammissibile dell'offerta economica, a tutela della parità di trattamento tra concorrenti e delle condizioni di lavoro. È consentita, al massimo, una modifica limitata e giustificata di singole voci di costo a condizione che l'importo totale dell'offerta resti invariato e la riallocazione abbia una fondata base economica. Tale orientamento si applica anche sotto il nuovo Codice dei contratti pubblici. Nel caso *de quo*, la modifica del contratto collettivo non discende da circostanze sopravvenute ed estranee rispetto alla volontà dell'aggiudicatario.

TAR Campania Napoli sez. IV 30/10/2025 n. 7073**Valutazione di equivalenza CCNL - Ammissibile il "superminimo"**

Secondo tale sentenza la verifica di equivalenza delle tutele tra il CCNL della stazione appaltante e quello dell'operatore economico è un obbligo a carico della stazione appaltante e non un atto discrezionale. Tale valutazione, soggetta a controllo solo per manifesta illogicità, non richiede l'identità dei due contratti, ma una valutazione complessiva e sintetica che consideri l'equipollenza delle tutele normative ed economiche. Sono ammessi scostamenti marginali, come bilanciamenti tra istituti diversi (es. malattia e ferie), purché il giudizio complessivo rimanga positivo. La valutazione è discrezionale e sindacabile solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza o errore di fatto.

Nell'ambito della verifica di equivalenza del CCNL ex art. 11 del D.Lgs. 36/2023, l'operatore economico può fornire chiarimenti su voci come il "superminimo" o altre integrazioni retributive. Questa non è una modifica illegittima dell'offerta, ma un legittimo chiarimento che serve a dimostrare l'equivalenza economica dell'offerta proposta rispetto al CCNL di riferimento indicato dalla stazione appaltante.

Secondo tale sentenza deve essere un chiarimento, non una modifica, l'integrazione di voci salariali che non figurano nel CCNL applicato, ed è una prassi legittima per completare l'informazione sul costo del personale. Non si tratta di un'aggiunta a posteriori che alteri l'offerta iniziale, ma di una precisazione sulla composizione del costo orario medio dichiarato. Il chiarimento serve a supportare la stazione appaltante nel giudizio di equivalenza economica. L'operatore economico dimostra che, pur applicando un CCNL diverso, l'intero costo del personale (inclusi superminimi e altre integrazioni) è pari o superiore a quello previsto dal CCNL indicato nel bando. L'obiettivo è garantire che il trattamento economico complessivo del personale sia equipollente e non ci sia un vantaggio competitivo sleale basato su un trattamento economico inferiore, nel rispetto dei principi di cui all'art. 11 del D.Lgs. 36/2023.

Il giudizio di congruità dell'offerta, secondo l'art. 110 D.Lgs. 36/2023, è una valutazione globale e sintetica della sua sostenibilità, non un'analisi di singole inesattezze. Uno scostamento del costo della manodopera rispetto alle tabelle ministeriali o alle stime della stazione appaltante non è di per sé sufficiente a dimostrare l'anomalia, poiché può essere giustificato da economie di scala, maggiore efficienza organizzativa o altre scelte imprenditoriali legittime. La valutazione finale spetta alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che deve considerare il quadro complessivo dell'offerta. L'art. 11 del D.Lgs. n. 36/2023 bilancia la tutela dei lavoratori con la libertà d'impresa, permettendo di applicare un contratto diverso da quello "leader" (specificato dalla Stazione Appaltante) se l'operatore dimostra che il contratto alternativo garantisce tutele complessive equivalenti. Questa valutazione deve essere fatta in modo non eccessivamente restrittivo, evitando così un'applicazione rigida che potrebbe escludere la concorrenza basata sul costo del lavoro, in linea con il principio di libera iniziativa economica.

TAR Puglia Lecce sez. II 5/11/2025 n. 1461**Equivalenza CCNL - Superminimo non ammesso**

In virtù di tale sentenza invece, l'art. 11 del D.Lgs. n. 36/2023 obbliga la stazione appaltante a condurre una verifica approfondita dell'equivalenza tra un diverso CCNL proposto dall'operatore economico e quello previsto dalla legge di gara ([lex specialis](#)), prima dell'aggiudicazione. Questa verifica, seguendo le modalità dell'art. 110 (verifica di anomalia), deve esaminare sia gli aspetti economici (componenti fisse della retribuzione) sia quelli normativi (istituti contrattuali) nel loro complesso. L'obiettivo è accertare che l'offerta del concorrente garantisca tutele equivalenti a quelle previste dal contratto collettivo di riferimento.

La verifica di equivalenza è obbligatoria ogni volta che l'operatore economico indica un CCNL diverso da quello specificato negli atti di gara. La modalità della verifica deve essere sostanziale e approfondita, analogamente alla verifica dell'anomalia dell'offerta, come previsto dall'art. 110. La valutazione deve considerare l'insieme delle tutele, incluse le componenti economiche (tutele fisse) e quelle normative (istituti contrattuali), come un unico blocco. L'obiettivo è quello di assicurare che l'operatore economico garantisca ai lavoratori trattamenti equivalenti a quelli previsti dal CCNL indicato dalla stazione appaltante, sia in termini economici che normativi.

Nel caso di specie, la pretesa dell'aggiudicataria (avallata dalla S.A.) di colmare le differenze retributive (pacificamente esistenti) tramite l'istituto del "superminimo" è stata respinta dal T.A.R.. Il "superminimo" è una parte accessoria e non fissa della retribuzione, spesso legata ad accordi futuri (commissione bilaterale), e non può garantire *ex ante* l'equiparazione delle componenti fisse e continuative della retribuzione (minimi tabellari, scatti, ecc.), che sono l'oggetto della verifica di equivalenza (come chiarito da ANAC e INL).

I TAR ha annullato l'aggiudicazione per un difetto di istruttoria e illogicità nella verifica del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) da parte della stazione appaltante. La stazione appaltante non ha compiuto una valutazione sostanziale dell'equivalenza delle tutele economiche e normative, come imposto dall'Art. 11 del D.Lgs. 36/2023, limitandosi a recepire la dichiarazione dell'aggiudicataria. L'Art. 11 del D.Lgs. 36/2023 obbliga la stazione appaltante a verificare l'equivalenza delle tutele, sia economiche che normative, quando un operatore indica un CCNL diverso da quello previsto nel bando.

La stazione appaltante ha omesso di effettuare un'analisi comparativa approfondita tra i diversi CCNL, "appiattendosi" sulla dichiarazione dell'aggiudicataria, dimostrando un difetto di istruttoria. Il TAR, con la sua decisione, ha ritenuto questo vizio grave, ritenendolo assorbente rispetto agli altri motivi di ricorso, e ha annullato l'aggiudicazione.

TAR Firenze Toscana, Sez III, 14/11/2025, n.1856**L'utilizzo del FVOE non può essere imposto a pena di esclusione**

Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico non è un requisito indispensabile per la partecipazione alla gara, ma uno strumento di supporto per la stazione appaltante. Pertanto, se un concorrente non è registrato o il sistema non funziona, è ammessa la presentazione di autocertificazioni che attestino i requisiti.

L'RTI ricorrente si è aggiudicato il secondo posto in una gara d'appalto e contesta l'esclusione dell'operatore economico che si è aggiudicato il primo posto, affermando che quest'ultimo non avrebbe presentato correttamente la propria documentazione sulla piattaforma di gara, non formando un fascicolo virtuale completo. In assenza di questa documentazione completa, secondo il ricorrente, l'operatore aggiudicatario non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione e quindi la sua ammissibilità.

Il fascicolo virtuale dell'operatore economico non può essere imposto a pena di esclusione da una gara d'appalto, a meno che una legge lo preveda espressamente. Le sentenze chiarisce che tale fascicolo serve come supporto per la stazione appaltante nella verifica dei requisiti, ma non costituisce di per sé un elemento necessario per la partecipazione alla gara.

I giudici hanno respinto il ricorso, ritenendolo infondato perché l'interpretazione offerta (basata su sentenze del Consiglio di Stato) consente l'uso delle autocertificazioni in caso di malfunzionamento del fascicolo virtuale, inclusi gli errori dell'operatore. Questa interpretazione rispetta i principi del [favor participationis](#) e della [par condicio](#) tra i concorrenti, attuando il soccorso istruttorio ex art. 101 del d. lgs. n. 36/2023.

TAR Basilicata, Sez I, 18/11/2025, n.528**Il progetto di assorbimento non deve essere presentato dal gestore uscente**

Il TAR Basilicata, con la sentenza n. 528/2025, ha chiarito che **il gestore uscente non deve presentare il progetto di riassorbimento del personale in un appalto di servizi se il subentrante è lo stesso gestore, poiché non vi è una successione nella gestione e il presupposto della clausola sociale** (impegno a garantire la stabilità occupazionale) non sussiste. La presentazione di un progetto di assorbimento sarebbe un formalismo eccessivo e inutile in questo caso, poiché il "commitment" alla stabilità occupazionale è già garantito dall'operatore uscente/entrante.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, nell'ambito di una gara di appalto relativa al servizio di gestione e funzionamento del centro di permanenza per i rimpatri, un consorzio contestava l'esito della procedura e tra le censure sollevate, affermava la violazione della clausola sociale di cui all'art. 102, in merito alla presentazione del progetto di riassorbimento del personale.

Secondo il ricorrente, l'aggiudicataria, avendo omesso di allegare tale documento all'offerta tecnica, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non potendosene consentire la produzione postuma in sede di soccorso istruttorio.

Occorre rimarcare che l'aggiudicataria corrispondeva con il gestore uscente del servizio.

TAR Toscana Firenze sez. III 14/11/2025 n. 1857

Errore materiale e rettifica aggiudicazione

Secondo tale sentenza è necessario richiamare l'orientamento giurisprudenziale il quale richiede che un errore materiale sia riconoscibile come una svista palese, ovvero una discrasia tra la volontà effettiva e la sua espressione formale, che non necessiti di complesse valutazioni interpretative. La rettifica è legittima solo se l'errore è obiettivamente e univocamente identificabile, in modo da evitare la creazione di un "affidamento incolpevole" del destinatario dell'atto.

Le caratteristiche dell'errore materiale sono quindi: deve essere un "errore ostativo", cioè un errore nella fase di estrinsecazione formale della volontà, non un'errata valutazione della sostanza, deve altresì essere riconoscibile e palese, non richiedendo il minimo sforzo interpretativo e deve trattarsi di una discrasia obiettivamente rilevabile tra la volontà sostanziale dell'amministrazione e la sua manifestazione nell'atto.

Le implicazioni pratiche sono innanzitutto che la Stazione Appaltante può correggere l'errore solo se è immediatamente manifesto e percepibile, secondo un criterio di normalità, e poi che, la riconoscibilità dell'errore palese, è fondamentale per escludere la tutela dell'affidamento incolpevole del destinatario dell'atto. Se l'errore non è palese, il destinatario non può essere considerato in buona fede nel ritenere che l'atto rifletta la reale volontà dell'amministrazione.

Il TAR ha quindi rigettato il ricorso relativo a una svista nell'aggiudicazione, confermando che l'atto doveva contenere solo i dispositivi offerti e non le ulteriori componenti dell'allegato. L'amministrazione, infatti ha - nel caso attuale - correttamente provveduto a correggere l'errore con una determina successiva, chiarendo l'intento originario, e per questo il ricorso è stato respinto con condanna alle spese per l'amministrazione. Infatti il provvedimento iniziale conteneva un errore (svista) che creava una discrepanza tra la volontà dell'amministrazione e l'atto pubblicato. L'amministrazione voleva aggiungere solo i dispositivi relativi all'impianto tipo, ma per errore il documento includeva anche altre componenti. L'errore è stato corretto attraverso una successiva determina, nella quale l'amministrazione ha spiegato la svista e ha ribadito l'esatta portata dell'aggiudicazione, ovvero solo i dispositivi di offerta relativi all'impianto tipo. Il TAR ha respinto il ricorso, accogliendo la versione corretta dell'aggiudicazione e condannando il ricorrente alle spese di giudizio in favore dell'amministrazione.

TAR Puglia-Bari (Sez. I) sentenza 13 novembre 2025, n. 1299**Grave Illecito Professionale – Pendenza giudizio contro risoluzione**

Con tal sentenza si stabilisce che, la risoluzione di un contratto per inadempimento è considerata un grave illecito professionale ai sensi del D.Lgs. 36/2023, sia per la tipizzazione come prova (art. 98, co. 3, lett. c) che per l'esclusione dalla gara (art. 95, co. 1, lett. e)). La stazione appaltante non ha discrezionalità sulla valutazione di quali fatti costituiscano illecito professionale né sui mezzi di prova idonei, poiché l'art. 98 del D.Lgs. 36/2023 individua tassativamente le fattispecie e i relativi mezzi di prova, incluso il caso di risoluzione contrattuale. L'esclusione può essere legittimamente fondata anche su un singolo episodio di risoluzione, purché la gravità delle inadempienze (come nel caso di gravi inadempienze, percezione di somme eccedenti e abbandono cantiere) sia accertata e la stazione appaltante possa fondare la sua valutazione su tale episodio.

La pendenza di un contenzioso relativo alla risoluzione contrattuale non impedisce alla stazione appaltante di escludere un operatore economico dalla gara. La risoluzione, anche se impugnata, costituisce un fatto sufficiente a far sorgere un dubbio sull'affidabilità dell'operatore, e la stazione appaltante può esercitare il suo potere discrezionale di valutare questo fatto ai fini dell'esclusione.

L'operatore economico non è esonerato dall'obbligo di dichiarare esplicitamente le informazioni negative, anche se sono già presenti nel proprio Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), nel Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) e nella domanda di partecipazione. L'omissione di tali informazioni costituisce una violazione dei principi di buona fede e correttezza e configura un grave illecito professionale, poiché è una condotta fuorviante che mira a influenzare la decisione della stazione appaltante.

Un'impresa non può lamentarsi di una violazione del contraddittorio o della mancata assistenza istruttoria se è stata esclusa da una gara per aver fornito dichiarazioni false o incomplete. Ciò si basa sui principi di buona fede e autoresponsabilità, poiché l'impresa ha agito in malafede per nascondere fatti negativi (come una precedente risoluzione per inadempimento). In applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, L. 241/1990, il contraddittorio è superfluo se l'operatore non può dimostrare che la sua partecipazione avrebbe potuto cambiare l'esito, dato il carattere oggettivo e grave della violazione.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Parere di precontenzioso n. 438 del 11 novembre 2025

UPREC/PRE/0334/2025/S/PREC

Tale Parere asserisce che, se un servizio rientra nel campo di applicazione dei Criteri Ambientali Minimi (CAM), l'Amministrazione non ha discrezionalità e deve obbligatoriamente includere le specifiche tecniche e le clausole contrattuali stabilite dal decreto nella documentazione di gara. Questo principio, spesso confermato anche dall'ANAC vuol dire che non è possibile derogare o modificare i CAM, pena l'annullamento della procedura di gara.

L'ANAC ha chiesto al Comune di Bari di annullare in autotutela un bando di gara per il servizio di trasporto scolastico perché la deroga ai requisiti di cui all'articolo 57 del Codice degli Appalti si poneva in contrasto con la normativa. Le motivazioni alla base della deroga sono state considerate carenti, in quanto si basavano su dati di mercato non aggiornati e non giustificavano l'esclusione di potenziali concorrenti.

Pertanto, la deroga (e/o violazione) a quanto previsto dall'articolo 57 del Codice degli Appalti è considerata illegittima e le motivazioni errate, infatti, la giustificazione addotta dal Comune, basata su una carenza di operatori economici idonei, si riferiva a un mercato precedente (2022-2023) e non a quello attuale, non escludendo quindi che altri operatori si fossero adeguati nel tempo. Vi è stato un difetto di istruttoria: la Relazione Tecnica fornita dal Comune è stata ritenuta affetta da un evidente difetto di istruttoria; vi è stata una Richiesta di annullamento: L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha chiesto al Comune di Bari di annullare in autotutela il bando di gara per evitare la restrizione della concorrenza.

Il Comune di Bari, dopo l'annullamento del bando di gara, deve ora rifare la documentazione riprendendo espressamente le specifiche tecniche e le clausole contrattuali e rielaborando i criteri di valutazione delle offerte in base ai requisiti minimi per i mezzi da utilizzare. In sostanza, deve correggere la precedente gara per assicurarne la conformità con la normativa vigente, soprattutto per quanto riguarda i requisiti tecnici e la loro corretta valutazione nella scelta del vincitore-aggiudicatario.

**Corte dei Conti – Sez. Reg. controllo per la Lombardia
Delibera del 13 novembre 2025 n. 372****Rinnovo del contratto e incentivi: ammessi nel nuovo Codice**

La delibera di cui trattasi asserisce che secondo l'articolo 45 del D.Lgs. 36/2023, gli incentivi per funzioni tecniche sono ammissibili anche nei casi di rinnovo del contratto (nuovo affidamento diretto), poiché il nuovo codice ha esteso il riconoscimento degli incentivi a tutte le procedure di "affidamento" in generale. Questo supera il limite del vecchio articolo 113 del D.Lgs. 50/2016, che era più restrittivo e legato al solo "appalto". L'articolo 45 si riferisce a tutte le "procedure di affidamento" (e non solo ad "appalti"), includendo quindi implicitamente anche gli affidamenti diretti, sia quelli originari che quelli derivanti da un rinnovo contrattuale. Vi è quindi un superamento del vecchio Codice: La differenza sostanziale rispetto al precedente art. 113 del D.Lgs. 50/2016 risiede nella volontà legislativa di allargare la platea dei beneficiari, rendendo l'incentivo applicabile in modo più ampio. Le Condizioni per il riconoscimento: L'erogazione dell'incentivo è comunque subordinata all'attestazione del Responsabile Unico del Procedimento (RUP) che il personale abbia svolto le specifiche attività tecniche previste dall'Allegato I.10 del decreto. Distinzione dalla proroga: È importante distinguere un rinnovo (che costituisce un nuovo affidamento) da una mera proroga, la quale non rientrerebbe tra le procedure che consentono l'erogazione degli incentivi tecnici.

Per le procedure disciplinate dal precedente codice D.Lgs. 50/2016, il rinnovo diretto di un contratto (senza gara) non permette la corresponsione degli incentivi tecnici, poiché l'art. 113 richiede una procedura comparativa. La Sezione Autonomie della Corte dei Conti, ad esempio, ha specificato che la corrispondenza degli incentivi tecnici è legata all'effettivo conseguimento dell'efficienza tramite una procedura selettiva e comparativa, come indicato nella motivazione del provvedimento.

Si ribadisce quindi che secondo il D.Lgs. 36/2023 (Art. 45), gli incentivi sono ammissibili anche in caso di rinnovo diretto di un contratto, qualificato come "nuovo affidamento". L'Art. 45 estende infatti il riconoscimento degli incentivi a tutte le procedure di "affidamento" e non più solo alle procedure di "appalto", come era in precedenza, includendo così anche gli affidamenti diretti e i loro rinnovi. Questa modifica riflette la volontà di incentivare il personale interno per qualsiasi tipo di affidamento, a patto che venga certificato dal RUP l'effettivo svolgimento delle attività tecniche previste, come specificato nell'Allegato I.10.

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

Quali sono i limiti del soccorso istruttorio di rettifica?

L'articolo 101, comma 4 dispone: <<Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.>>.

In linea con la giurisprudenza il T.A.R. Puglia, I, in una recente sentenza n. 641 del 06 maggio 2025 ha stabilito *"l'errore deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile ictu oculi della lettura del documento d'offerta; che la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa a quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena altrimenti l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della par condicio dei concorrenti; che tale complessiva operazione deve fondarsi su elementi - identificativi dell'errore - desumibili dall'atto stesso, non già da fonti esterne (cfr. Cons. Stato, n. 5638 del 2021, cit.; cfr. anche Id., V, 5 aprile 2022, n. 2529) (Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2022, n. 5344)"*.

2

Cosa deve intendersi per garanzia fideiussoria emessa in formato nativo digitale?

In tema di garanzie per la partecipazione alla procedura la principale novità attiene alla garanzia fideiussoria che, ai sensi dell'art. 106 comma 3, secondo periodo, deve obbligatoriamente essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme digitali specificate. Va precisato che, pur non essendo obbligatorio prestare garanzia fideiussoria, in quanto si è mantenuta l'alternativa con la cauzione, si è tuttavia previsto che quando l'operatore economico scelga la prima, la polizza debba essere c.d. nativa digitale. L'obbligatorietà del formato nativo digitale delle garanzie è un presupposto necessario per aumentare l'efficienza e la sicurezza del sistema, la riduzione degli oneri amministrativi".

Sono documenti emessi digitalmente, o nativi digitali, quelli di cui all'art. 1, comma 1, lett. p) C.A.D. (d.lgs. n. 82/2005), cioè "il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". Sono invece documenti non emessi digitalmente, cioè non nativi digitali, le copie informatiche di documento analogico (art. 1, comma 1, lett. i-bis C.A.D.) e le copie per immagine di documento analogico (art. 1, comma 1, lett. i-quater C.A.D.). Sebbene l'art. 22 C.A.D. stabilisca in via generale una equiparazione, in termini di efficacia, tra un documento nativo digitale e una copia informatica di documenti analogici firmata digitalmente, tale previsione viene derogata dal suddetto art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, essendo norma riguardante un documento in particolare, e dunque norma speciale (Cfr. TAR Reggio Calabria, 01.12.2025 n. 2039).

3

In fase di soccorso istruttorio, quando un operatore economico può essere rimesso in termini?

Il termine concesso in fase di soccorso istruttorio è assolutamente perentorio. L'inutile decorso del termine determina l'automatica esclusione dalla procedura di gara (art. 101 del codice comma 2). Nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell'attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimità del provvedimento espulsivo (Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592).

Come chiarito, infatti, da Consiglio di Stato, Sez. V, 11 marzo 2025 n.1985, il soccorso istruttorio – previsto in favore della massima partecipazione – non può tradursi in un meccanismo dilatorio della procedura di gara, a fronte del disinteresse o della mancata collaborazione di chi per primo è tenuto ad attivarsi. Si deve aggiungere che l'amministrazione è mossa, nelle procedure selettive, dal bisogno attuale e concreto di acquisire i servizi di cui necessita. Le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso, in capo alle imprese partecipanti, di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale sia nella formulazione e presentazione delle offerte sia nella fase di verifica dei requisiti. L'operatore economico negligente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato, arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2024, n. 9063).

Ulteriori chiarimenti dopo l'attivazione del soccorso istruttorio possono essere richiesti solo in caso di non agevole comprensione della richiesta formulata dalla stazione appaltante o nei casi in cui dalla documentazione integrativa residuino margini di incertezza superabili in modo agevole.

4

Quando lo sfioramento dei termini di conclusione delle procedure previsti dall'Allegato I.3 al codice, costituisce causa di annullamento della procedura di gara?

La sentenza del Tar Sardegna n. 1079 del 1/12/2025, si è espressa sul punto chiarendo la natura meramente acceleratoria dei termini sopra citati da cui potranno solo scaturire responsabilità disciplinari per i pubblici dipendenti ma non l'illegittimità dell'aggiudicazione.

Tale ritardo viene assimilato ad un vizio formale e non sostanziale che non incide sulla validità dell'atto finale emesso dall'amministrazione.

5

I criteri premiali volti a favorire la parità di genere di cui all'art. 108 comma 7 del D.Lgs. 36/2023 si applicano agli appalti di mera fornitura?

L'articolo 108 comma 7 prevede che: "Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198". Questo è un precetto di carattere generale, che non specifica l'ambito oggettivo di applicazione in termini di tipologia di appalto (lavori, servizi, forniture), lasciando intendere una applicabilità estensiva a tutte le procedure in cui vi sia valutazione dell'offerta con criteri di aggiudicazione diversi dal solo prezzo (Cfr. Parere MIT n. 3636 del 23/06/2025).

6

L'incarico di collaudatore statico è compatibile con le attività di vigilanza e controllo sull'opera?

Sul punto, la Circolare del Consiglio Nazionale degli Ingegneri del 12/11/2025, riprende il parere del Mit del 2/10/2025 n. 3687, ribadendo quanto disposto dall'art. 116 comma 6, lett. d) del d.lgs. 36/23 in merito all'incompatibilità tra la funzione del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione e di collaudatore statico dell'opera.

"Il Ministero ha quindi osservato che il Coordinatore per la Sicurezza in fase di esecuzione, ai sensi degli articoli 89 e 924 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n.81 ("Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro"), esercita funzioni di "alta vigilanza" tecnica sull'andamento dei lavori, finalizzate al rispetto delle prescrizioni in materia di sicurezza.

Sebbene tale funzione non coincida con la direzione operativa delle attività di cantiere, essa rientra comunque nella sfera della vigilanza e del controllo, che la norma citata considera elementi di incompatibilità con il successivo svolgimento del collaudo statico.

In ragione di ciò, il parere ministeriale afferma che l'incarico di CSE deve ritenersi, in linea di principio, incompatibile con quello di collaudatore statico sulla medesima opera, poiché la posizione di chi ha esercitato funzioni di vigilanza non garantirebbe il necessario grado di indipendenza e imparzialità richiesto al collaudatore."

In ogni caso sarà necessario verificare se le funzioni svolte dal coordinatore influiscano sulla terzietà richiesta al collaudatore.

7

La mancata allegazione del progetto di assorbimento nell'offerta può essere oggetto di soccorso istruttorio?

Il Tar Lazio con la recente sentenza del 4/12/2025 n. 21832, ha annoverato tale documento tra gli elementi strutturali dell'offerta e non un mero adempimento formale, motivo per cui non può essere ammessa la sua integrazione postuma ex post. Tale obbligo sussiste anche quando il concorrente dichiara di voler assorbire la totalità dei dipendenti del personale uscente.

Il Tar chiarisce che la disposizione della lex specialis che prevede l'esclusione in caso di omissione di tale documento, non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto configura una carenza sostanziale e necessario ai fini dell'individuazione del numero dei lavoratori da assorbire, le ore lavorate, l'inquadramento contrattuale e il relativo trattamento economico.

Indici necessari e fondamentali, questi ultimi, per consentire alle amministrazioni di procedere con la verifica di congruità dei costi della manodopera, attività imprescindibile cui è chiamata ogni stazione appaltante.

8

Quali sono i limiti di azione di una stazione appaltante non qualificata?

Con il parere n. 3807/2025 il MIT ha chiarito che aderire ad una convenzione non equivale a bandire una gara pertanto: "come previsto all'art. 2 co 1 dell'allegato II.4, non è necessaria la qualificazione per l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per quanto riguarda il secondo punto, si conferma quanto richiesto.

Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'articolo 62, comma 6, lettera f) del codice, le stazioni appaltante non qualificate eseguono i contratti affidati ai sensi delle lettere c) e d) dello stesso co 6 dell'art. 62, per affidamenti di appalti di servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché per affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente (lett. c); oppure per ordini effettuati su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori (lett. d).

Come previsto all'art. 8 co 5 dell'Allegato II. 4, resta ferma la possibilità per le stazioni appaltanti non qualificate ai sensi dell'articolo 63, comma 2 di eseguire i contratti affidati ai sensi dell'articolo 62, comma 6, lettere c) e d), nonché i contratti al di sotto delle soglie di qualificazione di cui all'articolo 62, comma 1."

Il malfunzionamento delle piattaforme digitali

IN
PIL
LOLE

Problematiche in caso di malfunzionamento delle piattaforme telematiche

In virtù della sentenza del TAR Piemonte Torino sez. I del 23/10/2025 n. 146, l'operatore economico che non riceve la conferma di invio dell'offerta telematica e non si attiva immediatamente per verificare il problema, viola il canone di "*diligenza media*" e impedisce l'applicazione del soccorso procedimentale dall'art. 25, comma 2, del D.Lgs. 36/2023. L'esclusione è legittima perché la negligenza dell'operatore economico impedisce di dimostrare che il malfunzionamento della piattaforma è la causa del mancato invio, e il soccorso è riservato solo ai casi di malfunzionamento comprovato.

Responsabilità dell'O.E., cosa avviene in caso di mancata conferma

Nell'ipotesi in cui *lex specialis* (o le regole tecniche) richiedano la notifica di invio, l'offerta non è perfezionata finché non viene ricevuta la conferma. Vigge, pertanto, una responsabilità dell'O.E.. Infatti, se il concorrente non riceve la conferma, questi deve attivarsi subito contattando l'assistenza tecnica per comprenderne le cause prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Le conseguenze della negligenza dell'operatore sono le seguenti.

Se il concorrente non agisce e il termine scade, non può invocare il soccorso procedimentale. Questo perché il soccorso è previsto solo per i malfunzionamenti della piattaforma, e

l'operatore non ha fornito la prova che la causa non sia una sua negligenza. In via del tutto eccezionale il soccorso si applicherebbe quindi solo se il malfunzionamento fosse chiaramente imputabile alla piattaforma e non all'operatore.

Obbligazione di risultato

Nelle gare telematiche, la presentazione tempestiva dell'offerta è un'obbligazione di risultato. Per liberarsi dalle conseguenze del ritardo, il concorrente dovrà dimostrare che la causa non è a lui imputabile, come un malfunzionamento della piattaforma, pertanto, gli screenshot dell'upload non sono sufficienti; devono essere allegati i file di log della stazione appaltante che dimostrino il mancato "invio" finale. La presentazione tempestiva dell'offerta sulla piattaforma è un'obbligazione di risultato a carico del concorrente. Il principio si basa sull'articolo 1218 del codice civile (art. 1218 c.c.). Come liberarsi dalle conseguenze del ritardo? Il concorrente deve provare che l'inadempimento è derivato da una causa a lui non imputabile, come un malfunzionamento accertato della piattaforma. La giurisprudenza stabilisce un onere di prova rigoroso in caso di mancato invio.

Bisogna altresì asserire che gli screen shot presentano dei limiti, infatti, gli screenshot che attestano il mero "caricamento" (c.d. upload) dei file non sono sufficienti per dimostrare l'avvenuto "invio" (c.d. send).

L'invio è l'operazione finale che completa il processo di deposito dell'offerta.

Efficacia probatoria dei file di log

I file di log prodotti dalla stazione appaltante hanno piena efficacia probatoria. Se i log dimostrano che l'invio finale non è mai stato completato, l'operatore economico non può liberarsi dalle conseguenze del ritardo, anche se ha effettuato il caricamento.

In ragione di tanto quindi, le stazioni appaltanti devono usare piattaforme di approvvigionamento digitale per le gare d'appalto, senza alterare la parità di accesso e la concorrenza. La giurisprudenza interpreta il caricamento tempestivo della documentazione come un'obbligazione di risultato, il cui adempimento richiede l'effettivo caricamento online; l'esecutore può liberarsi dalla responsabilità del ritardo solo provando che l'impossibilità è a lui non imputabile. In caso di malfunzionamento temporaneo delle piattaforme, le stazioni appaltanti devono garantire la partecipazione, anche prolungando i termini se necessario.

Utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono utilizzare queste piattaforme per tutte le procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, seguendo regole tecniche specifiche. Esse (le piattaforme) non possono alterare la parità di accesso degli operatori, limitare la loro partecipazione o distorcere la concorrenza.

In caso di malfunzionamento, le stazioni appaltanti devono comunque assicurare la partecipazione degli operatori, potendo sospendere e prorogare i termini per la ricezione delle offerte per il tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento.

Sintesi circa la responsabilità O.E. e obbligazione di risultato

La giurisprudenza equipara il caricamento tempestivo della documentazione a un'obbligazione di risultato. La parte è considerata inadempiente fino a quando non ha effettivamente caricato la documentazione richiesta nel sistema.

Esonero dalla responsabilità: Per liberarsi dalla responsabilità del ritardo, si deve dimostrare che l'impossibilità di caricare i documenti è dovuta a una causa a lui non imputabile.

Conclusioni

Il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Piemonte ha respinto il ricorso, confermando l'esclusione dell'azienda dalla gara d'appalto per la Linea 2 della Metropolitana di Torino.

La sentenza ha giudicato infondati i motivi presentati dalla società, confermando la legittimità dell'esclusione dalla gara pubblica.

Il ricorrente, non avendo ricevuto la notifica di conferma (come da esso asserito), avrebbe dovuto, secondo il canone di media diligenza, muoversi tempestivamente per risolvere il problema, senza attendere lo scadere, non facendolo, si è assunta il rischio del mancato invio.



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!