

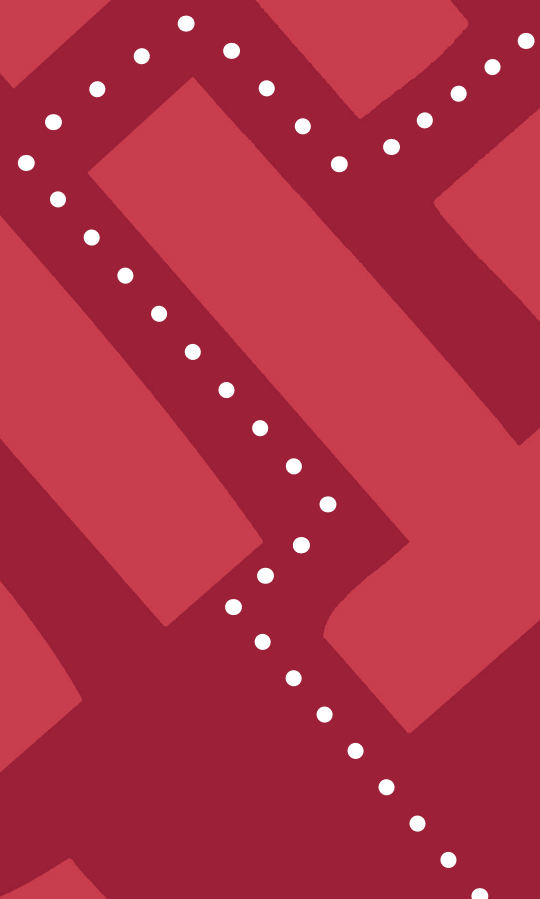
maggio
2026

MEDIA APPALTI

Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle procedure di gara con riferimento ai "Settori Speciali". Focus relativo alle novità introdotte e alla definizione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

Il principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia: nuove interpretazioni giurisprudenziali e margini di deroga

Le novità introdotte dalla legge n. 34/2026 sulla qualificazione dei consorzi "non necessari"



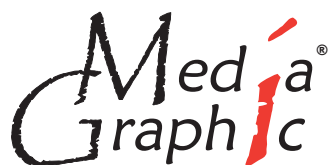
"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

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**

**maggio
2026**

Gregor

Al quinto giorno di lavoro, Gaetano lo trovò chiuso nel bagno chimico. Si era rifugiato lì. Bussò. Lui rispose con le lacrime che gli bagnavano le poche sillabe che attraversavano quella porta di plastica maleodorante. Negli occhi aveva la stessa paura di quando aveva smarrito la strada nella megalopoli sconosciuta, in piena notte, con lo smartphone scarico e nessun passante che gli potesse dare indicazioni. Era arrivato in cantiere il terzo lunedì di aprile, fiero e orgoglioso del suo nuovo lavoro.

Subentrava a un operaio specializzato in particolari mansioni che era andato via prima del suo arrivo. Non c'era stato un passaggio di consegne. In quei primi cinque giorni gli erano stati affidati lavori sui quali non aveva istruzioni e per i quali i suoi colleghi sapevano solo in parte come aiutarlo. In quei primi cinque giorni era stato travolto da una parola, la stessa parola ripetuta per enne volte al giorno: urgente. Mentre prendeva dimestichezza con il suo nuovo ruolo, mentre era dedito a portare a compimento

il compito da eseguire con urgenza, assegnato solo un'ora prima, subentrava un'ulteriore urgenza. Così, per tutta la giornata. Così per tutte le sue prime cinque giornate di lavoro. Alle 13,45 del venerdì dopo la pausa pranzo, non aveva più retto.

Gregor non è un caso isolato. Situazioni come la sua fatte di carichi di lavoro, orari prolungati, scarsa chiarezza dei ruoli, inesistenza di processi definiti, assenza di supporto, autonomia, sono sempre più diffuse, con forti ripercussioni sulla sfera psicologica e sociale. Un rischio pari a quello in cui si incorre se si opera in condizioni di scarsa sicurezza o senza indossare i dispositivi antinfortunistici adeguati.

Il tema è di tale rilevanza che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) lo ha proposto come riflessione centrale della Giornata Mondiale della Salute e Sicurezza sul Lavoro celebrata lo scorso 28 aprile.

“Quando i fattori psicosociali danneggiano i lavoratori, questi fattori diventano rischi che, insieme a quelli fisici, chimici e biologici, devono essere affrontati e gestiti per garantire ambienti di lavoro sicuri e salubri”, si legge sulla documentazione diffusa dall’OIL. I numeri parlano di 840.000 decessi l’anno in tutto il mondo correlati ai rischi psicosociali sul lavoro che si manifestano in malattie cardiovascolari e disturbi mentali, incluso il suicidio.

In questo dato sono escluse tutte le patologie che possono insorgere a causa di un sistema immunitario indebolito dallo stress. Il 40% dei lavoratori italiani, come afferma un recente studio dell’Agenzia Europea per la Sicurezza e Salute sul Lavoro, denuncia di vivere uno stato di malessere lavorativo. “La sua soddisfazione è il nostro miglior premio” ripeteva ostinatamente il dott. Thomas all’operaio interpretato da Lino Banfi, con i nervi messi alle corde per il sovraccarico di operazioni da eseguire senza una precisa priorità.

Il fenomeno è attenzionato dal settore degli appalti pubblici che già dal precedente codice avevano introdotto la “clausola sociale”. Si tratta di uno strumento finalizzato a privilegiare le aziende che rispettano determinati standard di protezione sociale dei lavoratori. Il problema tuttavia persiste. Come ha affermato il Presidente dell’ANAC Giuseppe Busia proprio alla vigilia del 28 aprile, “i rischi maggiori si annidano nei subappalti, soprattutto quando si moltiplicano “a cascata”, erodendo trasparenza e responsabilità”.

“Come va al lavoro?” è la provocazione lanciata dall’OIL. La risposta non dipende dal lavoro svolto e nemmeno da quanto sia remunerato. In una tavola rotonda promossa dal Ministero della Salute nel 2023 era emerso che “l’80% delle persone che lavorano in azienda dichiara di preferire più benessere mentale a uno stipendio più alto”.

Insomma, il benessere non ha valore. Non lo si può monetizzare. Idea sulla quale, evidentemente, poggia la sentenza del Consiglio di Stato n. 3209/2026 del 24 aprile. I giudici hanno affermato che non è ammissibile l’applicazione

di un contratto di lavoro che non garantisce le stesse tutele di quello stabilito nel bando di gara anche nel caso in cui l’impresa aggiudicataria colmi la differenza del trattamento economico a favore dei propri dipendenti riconoscendoli un superminimo. Diversamente, il rischio sarebbe quello di “ammettere Ccnl strutturalmente meno protettivi, purché accompagnati da correttivi retributivi”, commentano su *IlSole24Ore* Giada Benincasa e Michele Tiraboschi.

Il principio di “appalti pubblici socialmente responsabili” si pone a tutela di un lavoro dignitoso, sul piano del conferimento di stipendi adeguati, certo, ma anche sul fronte di una piena umanizzazione del lavoro. Nelle linee guida diffuse dall’Unione Europea si afferma che le stazioni appaltanti “possono promuovere opportunità di lavoro, il miglioramento del livello di competenze e la riqualificazione della forza lavoro, condizioni di lavoro dignitose, l’inclusione sociale, la parità di genere e la non discriminazione, l’accessibilità, una progettazione adeguata per tutti, il commercio etico, nonché cercare di conseguire un rispetto più ampio degli standard sociali”. Una nobile ambizione con una piccola incrinatura che potrebbe determinarne la totale inefficacia: quel “possono” che andrebbe sostituito con un “devono”.

Il lavoro sta subendo una metamorfosi. L’utilizzo delle nuove tecnologie, l’intelligenza artificiale, i cambiamenti climatici, l’instabilità geopolitica. Sono tutti fattori che stanno cambiando pelle al lavoro. Dentro quella pelle che muta però ci sono ancora delle persone con le proprie vite, i propri sentimenti, le proprie ambizioni. Non possono essere svendute alla molteplicità delle richieste, all’accumulo delle urgenze a una disorganizzazione cronica che non conosce la differenza tra urgenze e priorità, a stipendi non adeguati. Il rischio è di finire per rivivere l’esperienza di Gregor Samsa che “svegliandosi una mattina da sogni agitati si trovò trasformato, nel suo letto, in un enorme insetto immondo”.

sommario

Editoriale

Gregor

4

In evidenza

Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle procedure di gara con riferimento ai "Settori Speciali". Focus relativo alle novità introdotte e alla definizione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

7

Sotto la lente

Le regole del sopralluogo negli appalti pubblici

15

Hanno collaborato a questo numero:

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

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

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

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

Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca Università Tor Vergata

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

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

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

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

Il principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia: nuove interpretazioni giurisprudenziali e margini di deroga

22

La responsabilità amministrativa nei contratti pubblici alla luce della legge n.1 del 2026

29

Raggruppamenti temporanei di imprese e partecipazione alla procedura di gara pubblica

35

Il subappalto e l'avvalimento: caratteristiche, diversità ed analogie nella fase procedurale e di esecuzione dell'appalto

41

Le novità introdotte dalla legge n. 34/2026 sulla qualificazione dei consorzi "non necessari"

48

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

Osservatorio della Corte dei Conti

Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle procedure di gara con riferimento ai “Settori Speciali”. Focus relativo alle novità introdotte e alla definizione dell’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

di Claudio Beneduce

IN
EVIDENZA

Premessa - I “settori speciali” – La dinamica eurounitaria

L’obiettivo del presente contributo è rivolto alla definizione – nei limiti del plausibile con riferimento allo *spatium deliberandi* concesso in sede editoriale (a cui va rivolto il mio più sentito plauso per il costante aggiornamento delle tematiche oggetto di trattazione e lo spiccato taglio pratico dei risvolti contenutistici) – della dimensione e normativa e giurisprudenziale ove collocare l’espressione “settori speciali” nell’ambito delle procedure concorsuali nonché individuarne i tratti salienti, in modo da fungere quale “rosa dei venti” e “bussola applicativa” per l’operatore economico, che naviga in mari sempre meno monocromatici. È rivolto altresì a condensare gli obiettivi del Legislatore del Nuovo Codice e a valutarne i suoi effetti, senza tuttavia addivenire a conclusioni azzardate e nemmeno affrettate.

Ci si chiede in primo luogo se è possibile dare una definizione approssimativa ma “complessiva” del “settore speciale”, intendendo con esso quel calderone giuridico ove il Legislatore *ab origine* ha inserito i settori che concernono beni e

servizi primari, quali quelli ritenuti di particolare utilità sociale relativi alle fonti di energia (gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi, energia termica, elettricità), quali quelli relativi beni primari ed essenziali in senso stretto (acqua) ed ancora quali quelli relativi a servizi essenziali (trasporti, servizi postali, porti e aeroporti).

È quell’insieme di beni e servizi – che sembra non avere dei confini così netti e chiari – che il diritto europeo definisce i servizi di interesse economico generale (SIEG), la cui principale caratteristica è l’assenza – per le effettive fisiologiche e ontologiche caratteristiche – di una dinamica concorrenziale ordinaria e “standard”.

La sensibilità e sul piano giuridico (con ogni conseguente risvolto in termini di contenzioso) e sul piano sociale di tale “macro indefinito” settore ha allertato sin da subito il Legislatore comunitario, che ha opportunamente predisposto una apposita disciplina – dai più definita “semplificata” – tentando di individuare una regolamentazione di base, un appiglio saldo cui ancorare tali dinamiche concorrenziali atipiche.

Basti sul punto richiamare la Direttiva

2004/17/CE, basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per gli enti aggiudicatori di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto e non conferiscano agli enti aggiudicatori una libertà incondizionata di scelta e siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al considerando 9, che espressamente prevede che *"Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall'articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest'ultimo, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità"*.

Il Legislatore comunitario chiarisce che il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in questi settori *"è il fatto che le autorità nazionali possono influenzare il comportamento degli enti in questione in vari modi, partecipando al loro capitale sociale o inserendo propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza. Un'altra delle ragioni principali per cui è necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano in questi settori è il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione."*

“ **L'obiettivo del presente scritto è rivolto alla definizione – nei limiti del plausibile con riferimento allo *spatium deliberandi* concesso in sede editoriale (a cui va rivolto il mio più sentito plauso per il costante aggiornamento delle tematiche oggetto di trattazione e lo spiccato taglio pratico dei risvolti contenutistici) – della dimensione e normativa e giurisprudenziale ove collocare l'espressione “settori speciali” nell'ambito delle procedure concorsuali nonché individuarne i tratti salienti, in modo da fungere quale “rosa dei venti” e “bussola applicativa” per l'operatore economiche, che naviga in mari sempre meno monocromatici.** ”

La disciplina degli appalti nei settori speciali a livello europeo **trova – oggi – compiuta definizione – recte approdo - in un'unica e articolata direttiva la direttiva 2014/25/UE** sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali), caratterizzata da disposizioni e prescrizioni aventi una minore rigidità rispetto a quella prevista per i settori ordinari.

È stato precisato, invero, che *"La necessità di garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato e un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali esige che gli enti interessati vengano identificati prescindendo dal loro statuto giuridico. Non dovrebbe dunque essere violata la parità di trattamento tra enti aggiudicatori del settore pubblico ed enti che operano nel settore privato. Occorre inoltre far sì che, a norma dell'articolo 345 TFUE, sia lasciato impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri."*

Ed ancora *“La nozione di diritti speciali o esclusivi è essenziale per la definizione dell’ambito di applicazione della presente direttiva, dal momento che gli enti che non sono né amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche ai sensi della presente direttiva sono soggetti alla sua applicazione solo nella misura in cui esercitano una delle attività con template sulla base di tali diritti. È pertanto opportuno chiarire che i diritti concessi mediante una procedura fondata su criteri obiettivi, in particolare in conformità alla legislazione dell’Unione, e in base alla quale è stata assicurata un’adeguata pubblicità, non costituiscono dei diritti speciali o esclusivi ai fini della presente direttiva. Tale normativa dovrebbe comprendere la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio. Occorre altresì chiarire che tale elenco di atti legislativi non è esaustivo e che i diritti concessi in qualsiasi forma, anche per mezzo di atti di concessione, mediante altre procedure fondate su criteri oggettivi e in base alle quali è stata assicurata un’adeguata pubblicità, non costituiscono diritti speciali o esclusivi ai fini della definizione dell’ambito di applicazione della presente direttiva ratione personae”*.

Sulla scorta dell’impianto e del respiro unitario richiamato è stata modellata la disciplina normativa del Libro III del nuovo Codice degli appalti di cui al D.Lgs 36 del 2023, rubricata “Dell’appalto nei settori speciali” che individua, in numero di articoli molto più limitato rispetto a quelli utilizzati dalla direttiva (32 articoli a fronte dei 110 della direttiva n. 25), le norme specifiche dei settori speciali, caratterizzato a più riprese – anche per metodologia diffusa del Legislatore del 2023 – dal rinvio alla disciplina dei settori ordinari, rinvio che come si dirà nel paragrafo che segue ha caratteristiche diverse da quello che ha contraddistinto la “lettura” del Codice previgente. Si è tentato di autonomizzare la disciplina di quella parte del Codice dedicata ai settori speciali, pur senza un incremento

significativo delle disposizioni. Un Libro III autonomo, autosufficiente e che vive attraverso un numero limitato di articoli.

1. La normativa del “nuovo” Codice dei Contratti Pubblici – L’approdo normativo - Le novità

Il Nuovo Codice degli appalti si pone in continuità con le prospettive della previgente disciplina anche in tema di “settori speciali”. Tuttavia, il Legislatore del 2023 prende le mosse e riparte proprio dalle criticità che avevano caratterizzato il testo del 2016 ed erano state “cautamente” evidenziate dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 2016.

La stessa aveva infatti previsto che *“In relazione agli appalti nei settori speciali si impone una osservazione di carattere generale, che costituirà la chiave di lettura dei rilievi puntuali. Il (pre)vigente codice appalti ha optato per un recepimento unitario delle dure direttive del 2004, nn. 17 e 18, relative ai settori speciali e ordinari. A tal fine, dopo aver dettato la disciplina per gli appalti nei settori ordinari, ha individuato quali di queste disposizioni fossero applicabili nei settori speciali, con una disposizione-elenco (art. 206 previgente) e poi ha dettato le norme autonome e specifiche. Anche il presente codice opta per un recepimento unitario delle direttive, e dopo aver dettato disposizioni comuni e disposizioni per i settori ordinari, individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica: - la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali; - la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari; - le disposizioni specifiche.*

Tuttavia, la individuazione delle disposizioni dei settori ordinari applicabili nei settori speciali non avviene in un unico articolo ricognitivo (come fa il (pre)vigente art. 206), ma con una serie di rinvii plurimi e tra loro non sempre coordinati. ...Tale tecnica comporta l’effetto pratico che in molti casi si rendono applicabili ai settori speciali le più severe disposizioni previste dal diritto comunitario per i settori ordinari

Il Nuovo Codice degli appalti si pone in continuità con le prospettive della previgente disciplina anche in tema di “settori speciali”. Tuttavia, il Legislatore del 2023 ripercorrere e riparte proprio dalle criticità che avevano caratterizzato il testo del 2016 ed erano state “cautamente” evidenziate dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 2016. La stessa aveva infatti previsto che “In relazione agli appalti nei settori speciali si impone una osservazione di carattere generale, che costituirà la chiave di lettura dei rilievi puntuali...che il presente codice opta per un recepimento unitario delle direttive, e dopo aver dettato disposizioni comuni e disposizioni per i settori ordinari, individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica: - la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali; - la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari; - le disposizioni specifiche. Tuttavia, la individuazione delle disposizioni dei settori ordinari applicabili nei settori speciali non avviene in un unico articolo ricognitivo (come fa il (pre) vigente art. 206), ma con una serie di rinvii plurimi e tra loro non sempre coordinati. ...Tale tecnica comporta l'effetto pratico che in molti casi si rendono applicabili ai settori speciali le più severe disposizioni previste dal diritto comunitario per i settori ordinari...”

(ad. es. in tema di presupposti per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione), ovvero disposizioni di maggior rigore dettate dal legislatore nazionale per i settori ordinari e finora non applicabili nei settori speciali (nell'impianto del d.lgs. n. 163/2006). La legge delega pone per i settori speciali i principi della “puntuale indicazione... delle disposizioni ad essi applicabili”, “anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati”; per gli affidamenti sotto soglia, si prevede la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti nel rispetto dei principi del TFUE a tutela della concorrenza (lett. hh) e lett. ii) legge delega). Questa Commissione speciale ritiene che i principi di delega che impongono nei settori speciali la trasparenza e l'apertura dei mercati supportino la scelta del codice di estendere ai settori speciali disposizioni di maggior rigore in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79 codice), e quelle in materia di dibattito pubblico (art. 22): non si tratta di oneri amministrativi non necessari, ma di regole proconcorrenziali, nel primo caso, ovvero, nel secondo caso, di strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle opere pubbliche, ivi comprese quelle dei settori speciali quali reti ferroviarie, porti, aeroporti.”

La disciplina prevista dal nuovo Codice cerca dunque di colmare le lacune dell'impianto previgente, con il dichiarato intento, esplicitato anche nella Relazione, di definire una disciplina pienamente rispettosa delle previsioni della direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali e, al contempo, uniforme e agevolmente fruibile dagli operatori del settore.

È un Codice che:

- i) elimina il sistema dei rinvii in precedenza operati “nei limiti della compatibilità” (clausola di per sé foriera di incertezza), in favore dei rinvii precisi, puntuali e specifici alla disciplina sui settori ordinari nei casi in cui le previsioni in raffronto (dettate per i settori generali e speciali) siano effettivamente corrispondenti;
- ii) evita una trasposizione nei settori speciali di limitazioni e vincoli procedurali, non imposti dal diritto unionale, propri dei soli settori ordinari.

iii) riconosce maggiore autonomia e libertà di azione alle stazioni appaltanti e/o enti concedenti operanti nei settori speciali rispetto al codice del 2016; in tal senso – e a titolo esemplificativo – il Legislatore del Nuovo Codice a) riconosce alle stazioni appaltanti o gli enti concedenti la facoltà di determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano (art 141 comma 5); b) consente alle imprese pubbliche e ai soggetti titolari di diritti speciali esclusivi di stabilire preventivamente e discrezionalmente quali condotte possano costituire gravi illeciti professionali (art 169 comma 1).

Si può concludere che si discute di un Libro più completo, autoinclusivo, specifico, flessibile, sicuramente più attento al perseguimento degli interessi comunitari e alle dinamiche concorrenziali. È forse ancora acerba e precoce una valutazione su quanto la nuova disciplina e soprattutto la nuova strategia metodologica abbia apportato e in termini generali e in termini peculiari una qualche forma di vantaggio per l'operatore economico "moderno", definizione questa che meriterebbe oggi un nuovo conio alla luce di una realtà sociale e giuridica sempre in costante mutamento e cambiamento (e non certamente ed esclusivamente in melius).

2. L'ambito soggettivo di applicazione - L'ambito oggettivo e la definizione di strumentalità - La definizione giurisprudenziale - Le novità

L'articolo 141 definisce l'ambito soggettivo di applicazione del Libro III, ovvero prevede che le disposizioni in esso contenute trovino applicazione nei confronti delle Stazioni Appaltanti – siano intese con definizione ampia - che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, nonché degli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi. Dunque, il primo livello di analisi deve essere condotto in relazione alla circostanza che

l'attività del soggetto "concedente" rientri o meno tra quelle definite in sede codicistica. È l'analisi e l'individuazione del requisito "soggettivo".

Tuttavia, come correttamente precisato anche in sede pretoria, l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali. È cioè necessario individuare un nesso di strumentalità. Invero, il co. 2 dell'art. 141 prevede che *"2. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152."*

La nozione di strumentalità del contratto delineata dalla disposizione richiamata è il frutto dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del 28 ottobre 2020, Pegaso S.r.l. Servizi Fiduciari e a. contro Poste Tutela S.p.a., causa C-521/18, ove è stato chiarito dalla Corte di Giustizia che rientrano tra le attività strumentali *"tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore [speciale] consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi"* precisando altresì che dalla nozione di strumentalità devono essere escluse le *"attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali"*.

Si approfondisce, pertanto, il concetto di strumentalità anche alla luce degli indirizzi giurisprudenziali nazionali. La giurisprudenza recente del Consiglio di Stato ha infatti chiarito – estendendo il tema anche al criterio di individuazione della giurisdizione – ***"che la giurisprudenza predilige un'accezione restrittiva del concetto di attività strumentale, ritenendo che rientrino nel***

perimetro dei "settori speciali" soltanto gli appalti strumentali, cioè, esclusivamente, quelli finalizzati agli scopi propri dell'attività speciale (Consiglio di Stato, sez. V, n. 590 del 2018). Secondo la giurisprudenza amministrativa, richiamata dalla recente pronuncia della Cassazione civile sez. un., 3 ottobre 2024, n. 25956, **"la disciplina per i settori speciali opera solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciale di pertinenza il nesso di strumentalità per giurisprudenza prevalente va inteso in senso restrittivo.... E quando l'impresa pubblica affida un servizio estraneo all'attività speciale, il servizio soggiace, anche quanto ad affidamento selettivo, alle norme di diritto comune, con conseguente giurisdizione ordinaria per le controversie"** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 dicembre 2019, n. 6905). Sempre le Sezioni Unite, con ordinanza n. 310 del 2023, hanno precisato che, ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, **occorre provare che la strumentalità del servizio posto a gara sia di natura prevalente o comunque principale rispetto all'attività speciale e che possono considerarsi strumentali solo quelle attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi.**" (si veda Consiglio di Stato sez. V, 04/03/2025, (ud. 16/01/2025-dep. 04/03/2025) - n. 1826).

Segue che se si discute – come quello appena esaminato dai Giudici di Palazzo Spada - di un oggetto dell'appalto totalmente al di fuori delle attività strumentali (la dismissione di materiale rotabile, essendo che i materiali rotabili sono divenuti inutilizzabili e quindi non servono più all'esercizio dell'attività rientrante nel settore) allora va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice adito, in quanto la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Il rilievo è chiaro e preciso. Aut Aut. Dentro o fuori.

La legge richiamata *supra* impone, dunque, alle imprese pubbliche di applicare le norme del citato codice dei contratti solo nei casi in cui operino nei cosiddetti "settori speciali" (quelli indicati negli articoli da 146 e 152 del D.lgs.

36/2023), a patto che si tratti di "contratti strumentali dal punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152". Per le attività diverse da quelle strumentali previste dal menzionato articolo 141, si applica la normativa ordinaria.

Se ne ricava un sistema compiuto - coerente con quello già previsto dal precedente decreto legislativo n. 50/2016 - espressamente applicabile anche alle imprese pubbliche, in base al quale il soggetto privato che opera in virtù di diritti esclusivi, così come l'impresa pubblica, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: **quando esso opera nei settori speciali; quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali.** In tale prospettiva, **"l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale"** (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); **sicché per determinare se l'affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l'affidante dev'essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l'appalto deve essere strumentale all'attività speciale).**

Il Consiglio di Stato sez. VII, 28/10/2024, (ud. 02/07/2024 - dep. 28/10/2024) - n. 8578 – a titolo esemplificativo ma dirimente – si è interrogato se l'affidamento in gestione di un'attività di ristorazione nell'ambito di una concessione demaniale sia o meno un contratto strumentale da un punto di vista funzionale all'attività portuale (che, ai sensi dell'art. 150, costituisce l'attività speciale per la quale si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici), concludendo negativamente atteso che **"l'attività di ristorazione oggetto di subconcessione non ha natura necessaria nel contesto delle operazioni di assistenza propedeutiche al trasporto marittimo,**

ma è meramente eventuale, in quanto si svolge solo su richiesta del cliente ed è remunerata autonomamente. Ne consegue che trattandosi di un'attività "estranea" a quella di gestione del porto, la società Porto... non era tenuta al rispetto della procedura di evidenza pubblica per la locazione del relativo ramo d'azienda."

La pronuncia richiamata ha altresì precisato che "quello della strumentalità è parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale, **secondo un'interpretazione "ragionevolmente restrittiva" offerta dalla giurisprudenza.** In senso inverso, non vale richiamare neanche il considerando n. 25 della direttiva 2014/23/UE giacché lo stesso non corrisponde ad alcuna norma che tracci la nozione di servizi strumentali in termini tali da ricomprendervi l'attività commerciale "non aviation" (così Cons. Stato 12 dicembre 2018 n. 7031); e ciò prescindendo dal fatto che, peraltro, lo stesso considerando richiama in termini generali le attività "pertinenti" nel settore aeroportuale, non già quelle propriamente strumentali (in tal senso, cfr. Cons. Stato n. 10634/2022). **Né la finalità "utile" di un'attività le attribuisce di per sé carattere di strumentalità, trasformandola ipso iure in un'attività funzionale agli scopi propri del c.d. core business di quella speciale. E difatti, l'accessorietà del servizio di ristorazione non viene meno per il fatto che il concessionario del sedime portuale intende usare tale attività al fine di migliorare il servizio offerto sia ai diportisti che alla generalità dei cittadini che, provenendo da terra, visitano il porto. L'attività rimane pur sempre estranea al core business dell'attività speciale, costituendo un servizio ulteriore e meramente eventuale, svolto su richiesta del cliente e remunerato autonomamente"**

La giurisprudenza in soccorso e dell'operatore economico e prima ancora del Legislatore è stata decisiva. Ci permette di navigare meglio in questo mare che l'estensore si è permesso di definire policromo.

Richiamata la giurisprudenza più rilevante e recente, si conclude il presente contributo con

una riflessione. Ci si è sempre interrogati se effettivamente il Legislatore del 2023 abbia concretamente strutturato una base normativa tale da raggiungere quei traguardi che si è auspicato di realizzare in sede preliminare. E proprio per arricchire tale dibattito, anche con funzione meramente interrogativa, approfittando del tema trattato, si evidenzia che il Libro III al fine di conformarsi a quanto previsto dalla direttiva 25/2015/UE (che all'articolo 65 non prevede alcun obbligo di motivazione) **ha eliminato l'obbligo di motivazione aggravata in tema di suddivisione in lotti per i settori speciali.**

Il rilievo che precede trovava la sua disciplina nell'art. 51, d.lgs. n. 50/2016, anche ai fini di evitare di incorrere nel divieto di "gold plating". La norma previgente prevedeva infatti che "1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti. 2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. 3. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o

nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo. 4. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti."

Se per i settori 'ordinari', la direttiva 2014/24/UE, all'art. 46 individua il principio del c.d. 'apply or explain' (imponendo un'adeguata motivazione per il caso di mancata suddivisione in lotti), al contrario, per i settori speciali tale obbligo di specifica motivazione non è previsto dall'art. 65 della direttiva 2014/25/UE, che mira evidentemente a lasciare maggiore autonomia decisionale agli enti aggiudicatori.

L'innovazione ricostruita è rilevante non tanto per la sua eventuale portata "eversiva" o per il suo tenore "di rottura"; per richiamare la riflessione accennata in precedenza, tale novità ha rilievo in quanto può assurgere proprio a paradigma di valutazione dell'operato del Legislatore del 2023 con riferimento – forse – ai "buoni propositi" che ha tentato di realizzare. Invero, se, da un lato, recepisce puntualmente la previsione ex art. 65, dir. 2014/25/UE, dall'altro, tale scelta sembrerebbe porsi quale possibile declinazione pratica dei principi del risultato e della fiducia introdotti nel nuovo codice.

Ci si chiede - dunque - se i risultati siano stati raggiunti e in che modo. E per fare ciò, come sempre, ci si affida a conclusioni "manzoniane" << ai posteri l'ardua sentenza>>.

Le regole del sopralluogo negli appalti pubblici

di Salvio Biancardi

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Il sopralluogo ha lo scopo di consentire agli operatori economici di elaborare un'offerta completa, consapevole e fondata su una conoscenza diretta delle condizioni di esecuzione dell'appalto.

Sebbene non sia più qualificato come obbligo generalizzato la cui omissione comporti automaticamente l'esclusione, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ne ammette comunque la rilevanza quale causa di esclusione, qualora sia espressamente richiesto dal bando e ritenuto "indispensabile" per la conoscenza dei luoghi.

L'articolo 92 del Codice dispone che le stazioni appaltanti garantiscano un tempo adeguato per permettere l'esecuzione del sopralluogo. Tale previsione non ne introduce un obbligo automatico di effettuazione, ma ne consente la legittima previsione all'interno della procedura.

In particolare, l'art. 92 del d.lgs. 36/2023 attribuisce alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione circa l'opportunità di richiedere il sopralluogo.

La norma stabilisce infatti che le stazioni appaltanti, nel rispetto dei termini minimi indicati dagli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, debbano fissare scadenze per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte che siano proporzionate sia alla complessità

dell'appalto sia al tempo necessario per predisporle.

In tale valutazione rientra anche il tempo occorrente per un'eventuale visita dei luoghi, qualora questa sia considerata necessaria per una corretta formulazione dell'offerta, nonché il tempo utile per esaminare direttamente sul posto la documentazione di gara e i relativi allegati.

Con riferimento agli effetti escludenti derivanti dalla mancata effettuazione del sopralluogo, la giurisprudenza evidenzia due diversi orientamenti.

Secondo una prima impostazione, l'esclusione automatica contrasterebbe con il principio del *favor participationis*, finalizzato a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara. In quest'ottica, il sopralluogo viene inteso come uno strumento conoscitivo e non come un adempimento con effetti espulsivi.

Un diverso orientamento, attualmente prevalente, attribuisce invece al sopralluogo una possibile efficacia escludente, seppur limitata: tale effetto si verifica esclusivamente quando il bando prevede espressamente il sopralluogo obbligatorio come requisito di partecipazione. In tal caso, la sua mancata effettuazione determina l'automatica esclusione dalla procedura.

Nelle righe a seguire, verranno esaminati gli aspetti sopra delineati e le regole da rispettare.

1. I termini del sopralluogo

Una regola importante da rispettare nei casi in cui si ritenga necessario introdurre nella legge di gara l'obbligo di sopralluogo, è quello di assicurare dei termini congrui.

Al tempo stesso, le disposizioni che regolano il sopralluogo nell'ambito di una procedura di appalto pubblico devono essere strutturate in modo tale da garantire rapidità ed efficienza nello svolgimento dell'intero *iter* procedurale.

Di conseguenza, non possono essere concesse proroghe dei termini qualora l'impossibilità di effettuare il sopralluogo sia imputabile a un comportamento negligente da parte del concorrente.

Tali indicazioni sono state fornite dall'ANAC nel parere di precontenzioso n. 406 del 15 ottobre 2025.

Nel caso di un appalto relativo a servizi di pulizia, un operatore economico contestava la scelta della Stazione appaltante di fissare un termine perentorio per richiedere il sopralluogo, la cui inosservanza comportava l'esclusione dalla gara, nonché il rigetto della richiesta di proroga avanzata successivamente.

In particolare, l'impresa aveva presentato l'istanza di proroga tre giorni dopo la scadenza del termine previsto.

L'Autorità ha chiarito che il sopralluogo costituisce un adempimento strumentale volto a garantire il rispetto puntuale delle ulteriori prescrizioni previste dalla *lex specialis* di gara; esso assume quindi un valore sostanziale e non meramente formale, in quanto consente agli operatori economici di formulare offerte consapevoli e adeguate alle esigenze dell'appalto.

L'obbligo di effettuare il sopralluogo, infatti, è finalizzato ad assicurare una conoscenza completa ed esaustiva dello stato dei luoghi, risultando funzionale a una più accurata valutazione degli interventi necessari e alla predisposizione di un'offerta tecnica più precisa (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1037).

È stato inoltre ribadito che tale adempimento consente al concorrente di acquisire tutte le informazioni rilevanti sulle caratteristiche dei locali, sulle condizioni operative e sulle specificità dell'appalto, con la conseguenza che grava sull'impresa l'onere di svolgere il sopralluogo con la dovuta diligenza, così da calibrare correttamente la propria offerta.

Secondo l'ANAC, tale orientamento risulta coerente con quanto previsto dall'art. 92 del d.lgs. 36/2023, che attribuisce alla Stazione appaltante la discrezionalità di stabilire la necessità del sopralluogo. La norma prevede infatti che le amministrazioni fissino termini adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo richiesto per la preparazione delle offerte, considerando anche il tempo necessario per la visita dei luoghi, qualora questa sia indispensabile, nonché per la consultazione della documentazione di gara.

Come evidenziato dalla Stazione appaltante, la previsione del sopralluogo obbligatorio a pena di esclusione non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. 36/2023. Le amministrazioni, infatti, possono introdurre regole specifiche per la partecipazione alla gara, soprattutto in presenza di appalti complessi.

In tal senso si è espresso anche il parere ANAC n. 35 del 5 febbraio 2025, secondo cui, qualora la *lex specialis* preveda l'obbligatorietà del sopralluogo secondo determinate modalità, la sua omissione configura una carenza sostanziale dell'offerta.

Ulteriore conferma deriva dalla giurisprudenza amministrativa: il TAR Campania, Napoli, Sez. I, con sentenza dell'8 maggio 2025 n. 3670, ha affermato che il sopralluogo obbligatorio consente ai concorrenti di formulare offerte realmente consapevoli e adeguate, tenuto conto delle peculiarità e della complessità dell'appalto.

Alla luce di tali considerazioni, la Stazione appaltante aveva previsto che il concorrente dovesse effettuare una visita obbligatoria presso i luoghi di esecuzione del servizio, al fine di acquisire una conoscenza diretta degli immobili,

degli spazi da gestire, delle attrezzature, degli arredi e, più in generale, di tutte le condizioni rilevanti ai fini dell'esecuzione del contratto.

La mancata effettuazione del sopralluogo comportava l'esclusione dalla gara, e la visita doveva essere svolta personalmente accedendo alle aree interessate.

L'Autorità ha quindi ritenuto che la scelta della Stazione appaltante di rendere obbligatorio il sopralluogo assistito rientri nella sua discrezionalità e che, nel caso di specie, tale decisione non fosse censurabile, in quanto non appariva né illogica, né irragionevole, né arbitraria.

Resta fermo che la Stazione appaltante, nell'esercizio di tale discrezionalità, deve fissare termini che non risultino lesivi della concorrenza, ossia che non siano manifestamente incongrui. Nel caso concreto, il termine stabilito era stato ritenuto adeguato.

Infatti, il termine per la richiesta del sopralluogo era stato fissato a una distanza di 17 giorni dalla scadenza per la presentazione delle offerte, risultando quindi non irragionevole né illogico, e senza determinare alcuna compressione dei principi di massima partecipazione e concorrenza che caratterizzano la disciplina degli appalti pubblici.

L'assenza di limitazioni, anche solo potenziali, alla platea dei partecipanti confermava la congruità del termine assegnato.

L'Autorità ha inoltre richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine per l'effettuazione del sopralluogo può essere qualificato come perentorio dall'ente aggiudicatore, qualora ciò sia giustificato da esigenze organizzative e dalla necessità di garantire un ordinato svolgimento della fase preliminare della procedura (TAR Lazio, 14 aprile 2025, n. 7218).

In presenza di un termine congruo e di una previsione chiara nel bando, spetta all'operatore economico, in base al principio di autoresponsabilità e agli obblighi di buona fede e correttezza, adottare un comportamento diligente adeguato alla propria qualificazione professionale (TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738).

Ne consegue che la richiesta tardiva di sopralluogo presentata dall'impresa doveva essere considerata inammissibile.

La programmazione dei sopralluoghi, con la previsione di un termine entro cui presentare le richieste, consente infatti alla Stazione appaltante di:

1. organizzare le proprie attività senza sottrarre il personale alle ordinarie mansioni per periodi indefiniti;
2. gestire le richieste evitando sovrapposizioni di date e orari, salvaguardando anche l'anonimato dei partecipanti;
3. permettere agli operatori economici di formulare richieste di chiarimenti entro i termini previsti dal bando.

Pertanto, l'Autorità ha concluso che nel caso in esame non vi fosse stata alcuna violazione da parte della Stazione appaltante, ma una responsabilità imputabile esclusivamente all'operatore economico, che non aveva agito con la necessaria tempestività.

2. Il sopralluogo svolto in autonomia non determina l'espulsione dalla gara

Rimane in gara l'operatore economico che dichiara di aver svolto autonomamente il sopralluogo, salvo i casi in cui tale adempimento sia espressamente previsto, a pena di esclusione, entro termini prestabiliti.

Questo principio è stato chiarito dal T.A.R. Catanzaro con la sentenza n. 1365 del 26 settembre 2024.

Nel caso in esame, un Comune aveva indetto una gara d'appalto per lavori di adeguamento sismico di edifici scolastici.

Nel corso della verifica della documentazione, veniva riscontrata la mancanza, tra gli atti presentati da uno dei concorrenti, della dichiarazione attestante l'avvenuto sopralluogo. La stazione appaltante, pertanto, attivava il soccorso istruttorio, a seguito del quale il concorrente produceva un'autodichiarazione con

cui affermava di aver effettuato regolarmente il sopralluogo sui luoghi interessati dai lavori, in modalità autonoma, come peraltro previsto dal bando.

Tale autodichiarazione era accompagnata da un'attestazione del RUP che confermava l'avvenuto sopralluogo, ma riportava una data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Sulla base di ciò, il concorrente veniva escluso dalla gara.

L'impresa interessata impugnava il provvedimento di esclusione, contestando l'interpretazione del bando adottata dalla stazione appaltante, secondo cui sarebbe stato possibile richiedere, a pena di esclusione, la presentazione di un'attestazione di sopralluogo datata anteriormente al termine di scadenza delle offerte.

La ricorrente sosteneva che la funzione del sopralluogo consiste nel tutelare l'Amministrazione nella fase esecutiva del contratto, evitando successive richieste di modifiche o varianti. Di conseguenza, l'attestazione poteva essere prodotta anche dopo la presentazione delle offerte e costituire eventualmente una condizione per la stipula del contratto, piuttosto che per l'aggiudicazione.

Inoltre, secondo il principio del risultato, non vi sarebbe alcuna utilità per l'Amministrazione nell'imporre che tale attestazione dovesse necessariamente essere resa prima della scadenza del termine da tutti i concorrenti.

Nel caso concreto, il bando prevedeva che il sopralluogo potesse essere effettuato autonomamente dai partecipanti e stabiliva l'esclusione unicamente nel caso in cui tale attività non fosse stata svolta, senza fornire ulteriori precisazioni, nemmeno sotto il profilo temporale.

Peraltro, come evidenziato successivamente, la dichiarazione della ditta risultava comunque datata anteriormente alla scadenza prevista per la presentazione delle offerte.

I giudici hanno osservato che la parte ricorrente

avesse esercitato una facoltà espressamente prevista dal bando, ovvero quella di effettuare il sopralluogo in autonomia, e aveva reso una dichiarazione in tal senso, assumendosi la responsabilità anche sotto il profilo penale in merito alla veridicità delle informazioni fornite. In tale dichiarazione veniva indicata una data di svolgimento del sopralluogo compatibile con il termine per la presentazione delle offerte, adempiendo così pienamente all'onere richiesto dalla *lex specialis*.

Al contrario, il Seggio di gara e il RUP, nel motivare l'esclusione, non avevano formulato alcuna contestazione in merito all'effettivo svolgimento del sopralluogo o alla sua tempistica. Non era infatti stata messa in discussione la mancata esecuzione del sopralluogo, che rappresentava l'unica causa di esclusione prevista dal bando. Anzi, dalla stessa affermazione secondo cui il sopralluogo era stato effettuato "*accedendo di persona alle aree oggetto dell'intervento in maniera autonoma, come previsto dall'art. 11 del disciplinare di gara*", e in assenza di ulteriori rilievi, si poteva ragionevolmente ritenere che non fosse contestata nemmeno la conformità delle modalità adottate rispetto a quanto stabilito nel disciplinare.

Diversamente, il Seggio di gara prima e il RUP poi si erano limitati a basare la decisione di esclusione unicamente sulla circostanza che l'attestazione rilasciata dal RUP fosse successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, elemento che risultava del tutto irrilevante ai fini della partecipazione alla procedura.

I giudici hanno inoltre ricordato che la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel ritenere che, nell'ambito di una gara d'appalto, la mancata produzione dell'attestazione comprovante l'esame degli elaborati progettuali o l'effettuazione del sopralluogo non comporta automaticamente l'esclusione del concorrente, qualora tale adempimento non sia previsto espressamente a pena di esclusione. Ciò in applicazione dei principi del *favor participationis* e della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 19 ottobre 2020, n. 380).

Alla luce di quanto esposto, poiché non era stata contestata la mancata effettuazione del sopralluogo e il concorrente aveva dichiarato esplicitamente di averlo eseguito nei termini previsti dal bando, la sua esclusione doveva ritenersi illegittima.

Inoltre, anche volendo ammettere una valutazione più restrittiva, dal momento che il bando prevedeva l'esclusione solamente in caso di mancato sopralluogo, la semplice tardività dell'attestazione non avrebbe comunque potuto costituire motivo di esclusione.

Infine, va rilevato che appare singolare la situazione esaminata, in cui la stazione appaltante consente al concorrente di effettuare autonomamente il sopralluogo, permettendogli di autocertificarlo, e successivamente richiede al RUP di validare tale autocertificazione.

Un simile meccanismo risulta privo di logica e, soprattutto, non può in alcun modo giustificare una causa di esclusione, nemmeno sotto il profilo temporale.

3. Sopralluogo senza violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione

Non risulta in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione la previsione dell'obbligo di effettuare il sopralluogo, qualora tale adempimento sia previsto a pena di esclusione dalla gara.

Questo è quanto chiarito dal T.A.R. Napoli con la sentenza n. 4387 del 25 luglio 2024.

La vicenda esaminata riguardava una procedura di appalto avente ad oggetto il servizio di igiene urbana.

La stazione appaltante aveva disposto l'esclusione della società ricorrente in quanto questa non aveva svolto il sopralluogo secondo le modalità stabilite dal Disciplinare di gara, che ne prevedeva l'obbligatorietà.

Pertanto, la mancata esecuzione del sopralluogo costituiva motivo di esclusione dalla procedura.

La previsione secondo cui il sopralluogo dovesse essere svolto alla presenza del personale della stazione appaltante rispondeva a una duplice esigenza: da un lato assicurare una reale presa visione dei luoghi, dall'altro consentire l'accesso anche alle aree non liberamente accessibili, in quanto chiuse.

La ricorrente contestava il provvedimento di esclusione, sostenendo di aver comunque effettuato il sopralluogo tramite un proprio delegato, seppur senza la presenza del personale dell'amministrazione, e precisando che la delega era stata formalizzata successivamente all'avvenuto sopralluogo.

Inoltre, la ricorrente eccepiva la nullità della clausola del disciplinare che imponeva il sopralluogo obbligatorio a pena di esclusione, ritenendola in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 10, comma 2, del D.lgs. 36/2023, in quanto, a suo avviso, nessuna norma di legge avrebbe previsto la possibilità di subordinare la presentazione dell'offerta allo svolgimento di un sopralluogo.

Sempre secondo la ricorrente, la previsione del sopralluogo in contraddittorio con l'amministrazione costituiva un adempimento meramente formale, sproporzionato e privo di reale utilità, considerata la natura dell'appalto, relativo al servizio di igiene urbana, le cui caratteristiche risultavano già dettagliatamente descritte nella documentazione di gara.

La stessa ricorrente sottolineava inoltre come il sopralluogo avesse un'incidenza sostanzialmente nulla sulla predisposizione dell'offerta tecnica ed economica, ritenendo quindi illogica, sproporzionata e irragionevole la scelta della stazione appaltante di subordinare a tale attività la partecipazione alla gara.

I giudici hanno ritenuto infondata tale censura, escludendo che la clausola della *lex specialis*, che prevedeva l'esclusione in caso di mancato sopralluogo obbligatorio, potesse considerarsi nulla o illegittima per contrasto con l'art. 10, comma 2, del D.lgs. 36/2023, secondo cui le clausole che introducono ulteriori cause di esclusione sono nulle e come non apposte.

Nel caso concreto, infatti, l'amministrazione, nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, aveva ritenuto che il sopralluogo assistito fosse necessario per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e adeguata, basata su una conoscenza completa ed effettiva dello stato dei luoghi.

In questa prospettiva, il sopralluogo risulta strettamente collegato alla formulazione dell'offerta, costituendone un elemento essenziale.

Quando la *lex specialis* prevede, come nel caso in esame, l'obbligatorietà del sopralluogo secondo modalità specifiche ai fini della presentazione dell'offerta, la mancata esecuzione di tale adempimento non si configura come una semplice irregolarità formale, bensì come una carenza sostanziale dell'offerta stessa e del suo contenuto.

Tale impostazione trova ulteriore conferma nell'art. 92, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023, il quale stabilisce che le stazioni appaltanti devono fissare termini adeguati per la presentazione delle domande e delle offerte, tenendo conto anche del tempo necessario per la visita dei luoghi, quando questa sia indispensabile per la formulazione dell'offerta, nonché per la consultazione in loco della documentazione di gara.

L'obbligo previsto dalla *lex specialis* di effettuare il sopralluogo, secondo le modalità indicate dal disciplinare, prima della presentazione dell'offerta, deve quindi essere considerato funzionale a garantire una conoscenza completa e approfondita dei luoghi, indispensabile per una corretta valutazione dei servizi da eseguire. Non può ritenersi sufficiente, a tal fine, la sola descrizione contenuta negli atti di gara.

Allo stesso modo, la presenza del rappresentante dell'amministrazione durante il sopralluogo, richiesta espressamente dal disciplinare, non costituisce un adempimento superfluo o meramente formale, ma risponde all'esigenza di assicurare la serietà dell'attività e la concreta visione di tutti i luoghi rilevanti, inclusi quelli non direttamente accessibili.

In tal modo viene tutelato l'interesse pubblico al corretto svolgimento della procedura e alla presentazione di offerte serie e affidabili da parte dei concorrenti, come già affermato anche dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sentenze n. 1037 del 2018 e n. 3675 del 2024).

4. Non può ritenersi legittimo accordare un termine troppo breve per effettuare il sopralluogo

Deve considerarsi illegittima la previsione di un termine eccessivamente breve e qualificato come perentorio, con sanzione di esclusione, per la sola richiesta di effettuazione di un sopralluogo obbligatorio.

Un termine di questo tipo risulta infatti sproporzionato e irragionevole qualora non tenga adeguatamente conto sia della complessità della documentazione di gara sia del tempo complessivamente concesso per predisporre l'offerta.

Secondo l'ANAC, una simile clausola inserita nella *lex specialis* determina una limitazione ingiustificata della partecipazione e della concorrenza; di conseguenza, il diniego del sopralluogo fondato su tale previsione deve ritenersi illegittimo.

Questo principio è stato chiarito dall'Autorità nel parere espresso con la deliberazione n. 342 del 9 settembre 2025. La vicenda esaminata dall'Autorità riguardava una procedura per l'affidamento di un appalto nel settore dell'igiene urbana.

Il Disciplinare di gara, oggetto di impugnazione, stabiliva sia l'obbligo di effettuare il sopralluogo sia quello di richiederlo (da parte dell'operatore economico) entro il decimo giorno successivo alla pubblicazione del bando (a fronte di un termine di scadenza per la presentazione dell'offerta di gran lunga più lungo).

Un operatore economico aveva contestato la legittimità di un termine così restrittivo, evidenziando come la scadenza per la presentazione delle offerte fosse fissata oltre

un mese dopo e come la documentazione da analizzare fosse particolarmente ampia e necessaria per valutare la partecipazione.

Nonostante la richiesta di riapertura dei termini per effettuare il sopralluogo, la stazione appaltante non aveva accolto l'istanza.

Si ricorda che l'art. 92, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che le stazioni appaltanti devono fissare termini adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario per predisporre le offerte, tenendo conto anche del tempo occorrente per la visita dei luoghi, ove necessaria, e per la consultazione in loco della documentazione di gara.

Inoltre, il Bando tipo n. 1/2023 dell'Autorità suggerisce che i sopralluoghi siano programmati in modo tale da consentire agli operatori economici di formulare eventuali richieste di chiarimento, di norma almeno tre giorni prima della scadenza del termine previsto per tali richieste.

L'Autorità aveva ritenuto che la scelta della stazione appaltante avesse determinato una riduzione della platea dei potenziali concorrenti, risultando quindi sproporzionata e illogica, soprattutto considerando che erano stati concessi 48 giorni per la presentazione delle offerte: un termine entro il quale, se la richiesta di sopralluogo fosse stata gestita in modo ragionevole, l'operatore avrebbe potuto predisporre un'offerta consapevole e adeguata. Vi è inoltre un ulteriore profilo di illegittimità: la previsione di un termine per richiedere il sopralluogo, assistito da sanzione espulsiva, contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 10 del d.lgs. 36/2023, la cui violazione comporta la nullità rilevabile d'ufficio.

Da ciò era derivato l'annullamento della nota con cui la stazione appaltante aveva negato all'operatore la possibilità di effettuare il sopralluogo.

In ogni caso, tale provvedimento sarebbe stato illegittimo anche considerando la natura ordinatoria del termine per richiedere

l'appuntamento, poiché il rifiuto era stato motivato esclusivamente dalla tardività della richiesta rispetto a un termine non necessariamente perentorio, senza fornire alcuna giustificazione circa l'impossibilità di effettuare utilmente il sopralluogo anche in un momento successivo.

5. Le conclusioni

Il sopralluogo, come già evidenziato, consente alle imprese partecipanti di acquisire una conoscenza diretta e concreta delle condizioni contrattuali, permettendo così di presentare offerte più informate, attendibili e confrontabili, limitando al contempo il rischio di errori e successive contestazioni.

Tuttavia, questo obbligo non può essere previsto in modo automatico: deve essere introdotto dalla stazione appaltante solo laddove risulti effettivamente necessario per comprendere elementi di natura tecnica, logistica o ambientale legati all'appalto.

Per tali motivi, qualora il sopralluogo non sia adeguatamente motivato, esso può assumere carattere discriminatorio.

In definitiva, il sopralluogo rappresenta uno strumento utile ma non imprescindibile, da valutare caso per caso e da richiedere esclusivamente quando necessario, nel rispetto di un corretto bilanciamento tra le esigenze dell'amministrazione e la tutela della concorrenza.

Il principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia: nuove interpretazioni giurisprudenziali e margini di deroga

di Achille Morcavallo, Giuseppe Pugliese

IL
PUN
TO

Premessa

Il principio di rotazione si colloca, nel sistema dei contratti pubblici, quale strumento di regolazione della concorrenza nei segmenti di mercato caratterizzati da minore apertura competitiva, quali sono, tipicamente, gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. La sua ratio va individuata nell'esigenza di evitare che la fisiologica semplificazione procedurale propria di tali affidamenti si traduca in un indebito consolidamento di relazioni privilegiate tra amministrazione e operatori economici, con conseguente compressione delle dinamiche concorrenziali.

In questa prospettiva, il principio in esame non assume i connotati di una regola selettiva fondata sul merito comparativo delle offerte, bensì quelli di un criterio ordinatore della discrezionalità amministrativa, volto a garantire una distribuzione temporalmente equilibrata delle opportunità di aggiudicazione.

L'avvicendamento tra operatori economici, che ne costituisce il nucleo essenziale, risponde, dunque, a una logica di apertura progressiva del mercato, nella quale l'interesse pubblico non coincide esclusivamente con l'individuazione del miglior contraente in termini di efficienza immediata, ma si estende alla salvaguardia di condizioni concorrenziali effettive nel medio-lungo periodo.

Sotto altro profilo, la rotazione si configura altresì quale presidio rispetto al rischio di utilizzo distorto della discrezionalità nella selezione degli operatori economici, soprattutto nelle procedure a invito e negli affidamenti diretti, nei quali l'amministrazione gode di un più ampio margine di scelta. Essa opera, pertanto, come contrappeso rispetto a tale discrezionalità, imponendo un limite funzionale volto a prevenire favoritismi, fenomeni di chiusura del mercato e, in ultima analisi, potenziali derive corruttive. Ne emerge una figura di principio a struttura elastica, la cui applicazione richiede una costante opera di bilanciamento tra esigenze di concorrenza, efficienza e buon andamento.

1. La disciplina dell'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023 e la rimodulazione del vincolo rotazionale

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, il legislatore ha inteso riformulare la portata applicativa del principio di rotazione, confermandone la centralità nel sistema degli affidamenti sottosoglia, ma al contempo attenuandone i tratti più rigidamente vincolanti. L'art. 49 del nuovo Codice, infatti, pur ribadendo il divieto di affidamento o aggiudicazione in favore del contraente uscente in presenza di affidamenti consecutivi riconducibili al medesimo ambito oggettivo, introduce significativi elementi di flessibilità, destinati a incidere profondamente sulla prassi applicativa. In particolare, la disposizione delimita l'operatività del divieto al solo soggetto che abbia effettivamente conseguito il precedente affidamento, escludendo espressamente dal suo ambito gli operatori meramente invitati e non aggiudicatari.

Tale scelta segna un evidente superamento dell'impostazione più rigorosa del previgente quadro normativo, nel quale anche il semplice reinvio richiedeva una specifica motivazione, e si traduce in una riduzione dell'effetto espulsivo del principio dal mercato. Resta, tuttavia, ferma la funzione di contenimento del vantaggio competitivo del contraente uscente, il quale, in ragione dell'esperienza maturata nella gestione della commessa e delle informazioni acquisite, si trova in una posizione di fisiologico vantaggio rispetto agli altri operatori.

Un altro elemento di significativa innovazione è rappresentato dalla possibilità, riconosciuta alle stazioni appaltanti, di articolare gli affidamenti in fasce economiche, introducendo una dimensione ulteriore nella concreta applicazione del principio di rotazione. Tale facoltà consente di calibrare il vincolo rotazionale in funzione del valore delle commesse, con effetti rilevanti sia sul piano organizzativo sia su quello concorrenziale.

L'opzione per la suddivisione in fasce comporta che il divieto di affidamento al contraente uscente operi esclusivamente all'interno della medesima classe di importo, con la conseguenza che l'operatore economico già affidatario di una commessa di

determinato valore può legittimamente concorrere per affidamenti collocati in una fascia differente. In tal modo, il principio viene declinato secondo una logica non assoluta, ma relativa, che tiene conto delle differenti caratteristiche economiche delle prestazioni richieste. Questa impostazione risponde all'esigenza di evitare un'applicazione eccessivamente rigida della rotazione, che potrebbe tradursi in un'irragionevole compressione delle possibilità operative degli operatori economici, soprattutto nei contesti di mercato più ristretti.

Al contempo, essa consente alle amministrazioni di organizzare in modo più efficiente la propria attività contrattuale, preservando un adeguato livello di concorrenza senza sacrificare la flessibilità gestionale. La segmentazione per fasce si inserisce, dunque, in una più ampia tendenza del legislatore a valorizzare strumenti di regolazione "soft" della concorrenza, nei quali il rispetto dei principi generali è affidato non tanto a divieti assoluti, quanto a meccanismi adattivi, suscettibili di essere modulati in relazione alle peculiarità del caso concreto. Particolarmente complessa si presenta l'applicazione del principio di rotazione nell'ambito degli affidamenti aggregati, nei quali la domanda pubblica viene concentrata attraverso centrali di committenza o forme di cooperazione interistituzionale. In tali contesti, l'individuazione del contraente uscente non può essere ancorata a un criterio meramente formale, fondato sul singolo ente beneficiario, ma richiede una valutazione sostanziale dell'operazione economica nel suo complesso.

La concentrazione della domanda, infatti, incide significativamente sulle dinamiche concorrenziali, ampliando la dimensione del mercato rilevante e accrescendo il potenziale effetto escludente di affidamenti reiterati in favore del medesimo operatore. Ne consegue che la rotazione deve essere applicata con riferimento alla procedura aggregata nella sua unitarietà, considerando l'affidamento precedentemente disposto per il medesimo perimetro oggettivo e soggettivo.

Una diversa interpretazione, che frammentasse il riferimento al singolo ente aderente, rischierebbe di svuotare di contenuto il principio, consentendone un aggiramento attraverso l'utilizzo di modelli organizzativi formalmente distinti

ma sostanzialmente equivalenti. L'approccio sostanzialistico, ormai prevalente anche nella prassi interpretativa, consente invece di preservare la funzione pro-concorrenziale della rotazione, adattandola alle trasformazioni organizzative dell'azione amministrativa.

In tale prospettiva, assume rilievo anche la distinzione tra le diverse forme di gestione aggregata, in quanto l'individuazione del soggetto rispetto al quale valutare la posizione di "uscente" dipende dal modello concretamente adottato e dal grado di autonomia delle amministrazioni coinvolte. Ciò conferma come il principio di rotazione, lungi dall'essere una regola di immediata applicazione, richieda un'attenta contestualizzazione, fondata su un'analisi puntuale della struttura dell'affidamento e del mercato di riferimento.

2. I margini di deroga al principio di rotazione: presupposti, limiti e oneri motivazionali

Nel solco delle coordinate sistematiche sin qui delineate, la disciplina delle deroghe al principio di rotazione rappresenta il naturale completamento del quadro ricostruttivo, evidenziando come la portata applicativa dell'istituto non possa essere colta in termini rigidamente prescrittivi, ma richieda una lettura integrata con le esigenze di efficienza e funzionalità dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, il legislatore, pur confermando la centralità della rotazione quale presidio concorrenziale negli affidamenti sottosoglia, ne ha progressivamente modulato l'intensità vincolante, introducendo ipotesi tipizzate di deroga che consentono alle stazioni appaltanti di discostarsene in presenza di specifiche condizioni.

La principale apertura in tal senso è contenuta nel comma 4 dell'art. 49, come riformulato dal d.lgs. n. 209/2024, il quale consente il reinvio o l'affidamento diretto in favore del contraente uscente in presenza di circostanze eccezionali, da accertarsi congiuntamente. In particolare, la deroga risulta subordinata alla dimostrazione della peculiare conformazione del mercato di riferimento e della effettiva assenza di alternative concorrenziali, nonché alla previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto

e della qualità della prestazione resa. La struttura della disposizione evidenzia chiaramente come tali requisiti non siano tra loro alternativi, bensì cumulativi, imponendo alla stazione appaltante un onere istruttorio particolarmente rigoroso.

Sotto il profilo sostanziale, il riferimento alla "struttura del mercato" impone un'analisi concreta delle condizioni concorrenziali del settore interessato, che non può esaurirsi in formule generiche o stereotipate, ma deve dar conto delle effettive caratteristiche dell'offerta disponibile. Analogamente, l'"assenza di alternative" non può essere presunta, ma deve emergere da un'indagine puntuale, idonea a dimostrare che il ricorso a operatori diversi risulterebbe, in concreto, impraticabile o gravemente pregiudizievole per l'interesse pubblico. In tale contesto, la positiva esecuzione del precedente contratto e la qualità della prestazione assumono un rilievo integrativo, contribuendo a delineare un giudizio complessivo di affidabilità e adeguatezza dell'operatore uscente, ma non potendo, da sole, giustificare la deroga.

Il rafforzamento dei presupposti derogatori, operato dal correttivo del 2024, si riflette inevitabilmente sul piano motivazionale. La scelta di non applicare il principio di rotazione deve essere sorretta da una motivazione puntuale, analitica e ancorata a elementi oggettivi e verificabili, tale da consentire il pieno sindacato sulla logicità e proporzionalità della decisione amministrativa. In questa prospettiva, la motivazione non può limitarsi a richiamare l'interesse alla continuità del servizio o la soddisfazione per il precedente rapporto contrattuale, ma deve esplicitare il percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione, dando conto delle ragioni per le quali, nel caso concreto, la deroga risulti non solo opportuna, ma necessaria.

Accanto a tale ipotesi generale, il legislatore individua ulteriori situazioni nelle quali il principio di rotazione risulta, in tutto o in parte, recessivo. Di particolare rilievo è la previsione di cui al comma 5 dell'art. 49, che esclude l'applicazione della rotazione nelle procedure negoziate precedute da indagini di mercato aperte, nelle quali non sia stato posto alcun limite al numero degli operatori economici invitabili. In tali casi, la piena apertura della fase selettiva è ritenuta

idonea a neutralizzare il rischio di consolidamento di posizioni privilegiate, rendendo superfluo il ricorso al meccanismo rotazionale. La ratio della disposizione risiede, dunque, nell'equivalenza funzionale tra rotazione e apertura al mercato: laddove quest'ultima sia garantita in modo effettivo, la prima perde la propria giustificazione. Un'ulteriore ipotesi derogatoria è prevista dal comma 6, con riferimento agli affidamenti diretti di importo particolarmente contenuto. Per tali fattispecie, il legislatore ha ritenuto prevalente l'esigenza di semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, consentendo di prescindere dall'applicazione del principio di rotazione.

Si tratta di una scelta che riflette una logica di proporzionalità, nella quale il sacrificio della concorrenza è ritenuto giustificato in ragione della modestia del valore economico dell'affidamento e dei costi, anche amministrativi, che deriverebbero da una sua applicazione rigorosa. Nel loro complesso, le deroghe al principio di rotazione delineano un sistema articolato, nel quale il vincolo concorrenziale non viene abbandonato, ma rimodulato in funzione delle caratteristiche del caso concreto. Ciò comporta, sul piano applicativo, un significativo ampliamento della responsabilità delle stazioni appaltanti, chiamate a esercitare la propria discrezionalità in modo consapevole e adeguatamente motivato. Ne deriva che il rispetto del principio di rotazione non può essere valutato in termini meramente formali, ma richiede un approccio sostanziale, fondato sulla verifica effettiva delle condizioni di mercato e sulla coerenza delle scelte amministrative rispetto agli obiettivi di concorrenza, efficienza e buon andamento.

3. Deroghe e tempi di applicazione della rotazione: i chiarimenti del MIT

Il quadro sin qui delineato, integrato dai pareri del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), offre ulteriori chiarimenti sul momento temporale e sulle condizioni operative per l'applicazione del principio di rotazione, con particolare riferimento agli affidamenti diretti. Il parere MIT n. 3635 del 23 giugno 2025 stabilisce chiaramente che la verifica della rotazione deve avvenire al momento della decisione a contrarre, ovvero nella fase in cui la stazione appaltante formalizza l'intenzione di

procedere all'affidamento e definisce le modalità di scelta dell'operatore economico.

Questo principio è essenziale perché consente di integrare la rotazione già nella pianificazione preliminare dell'affidamento, evitando esclusioni successive e arbitrarie, e garantendo trasparenza e coerenza con la programmazione dei fabbisogni. Il MIT ha altresì precisato, con riferimento alla deroga prevista dal comma 6 dell'art. 49 per affidamenti sotto i 5.000 euro, che l'esenzione dalla rotazione si applica a ciascun singolo affidamento e non cumulativamente. Ciò significa che la reiterazione di micro-affidamenti a uno stesso operatore economico, purché separati e giustificati da esigenze distinte, non costituisce di per sé violazione della rotazione. Tuttavia, il Ministero richiama la necessità di rispettare i principi generali del Codice, in particolare quelli relativi al divieto di frazionamento artificioso e alla fiducia nell'operato dell'amministrazione.

In altri termini, la deroga deve essere utilizzata con giudizio, evitando pratiche che possano configurare elusione normativa o distorsione della concorrenza. Il parere MIT n. 2145/2023 approfondisce ulteriormente la questione dei tempi, chiarendo che l'assenza di un termine temporale specifico tra un affidamento e il successivo implica che il tempo trascorso dall'ultimo affidamento non è di per sé sufficiente a derogare alla rotazione.

La valutazione deve essere effettuata in termini sostanziali, considerando se l'attività da affidare rientri nella stessa area merceologica, nella stessa tipologia di opere o nella stessa categoria di servizi del contratto precedente. Solo in casi eccezionali e ben motivati, giustificati da esigenze tecniche o operative, può essere previsto un nuovo affidamento diretto allo stesso operatore.

In tale contesto, il RUP è chiamato a integrare la deroga nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e non discriminazione, assicurando che l'accesso al mercato rimanga effettivo per tutti gli operatori economici. A livello pratico, poi, i pareri del MIT forniscono un quadro operativo chiaro. Da un lato, confermano che la rotazione non può essere interpretata come un divieto assoluto o temporale basato su criteri meramente cronologici; dall'altro, stabiliscono che le deroghe,

seppur ammesse per importi modesti o per ragioni tecniche eccezionali, devono essere documentate e motivate, evitando ogni possibile contestazione giuridica. Il riferimento ai cosiddetti "super principi" degli articoli 1, 2 e 3 del Codice sottolinea come la gestione delle eccezioni alla rotazione debba sempre armonizzarsi con i principi di fiducia, accesso al mercato e qualità del risultato, evitando pratiche di frazionamento artificioso o di elusione normativa.

In definitiva, l'attuale interpretazione ministeriale conferma che il principio di rotazione, pur mantenendo la sua funzione di strumento di equa distribuzione delle opportunità contrattuali, deve essere applicato con flessibilità e coerenza, in un contesto normativo che privilegia la concorrenza reale e la trasparenza procedurale.

Gli operatori economici, così come i RUP e le stazioni appaltanti, devono quindi operare in un'ottica di documentazione rigorosa, motivazione puntuale e utilizzo consapevole delle deroghe, garantendo al contempo che il principio non diventi un vincolo formale fine a sé stesso, ma una leva concreta per l'efficienza e la correttezza delle procedure di affidamento pubblico.

4. L'interpretazione giurisprudenziale del principio di rotazione

L'attuale giurisprudenza amministrativa, alla luce delle pronunce più recenti, offre una lettura dettagliata e progressivamente raffinata del principio di rotazione disciplinato dall'articolo 49 del D.Lgs. 36/2023, ponendo in evidenza come tale principio, lungi dall'essere un vincolo rigido e automatico, debba essere applicato congiuntamente alle esigenze di concorrenza, imparzialità e trasparenza.

La sentenza TAR Lazio n. 1087/2026 costituisce un riferimento paradigmatico in tal senso, affrontando il caso dell'esclusione di un operatore economico uscente da una procedura negoziata. Il Collegio ha chiarito che l'adozione del principio di rotazione quale unico criterio di esclusione non è sufficiente a giustificare l'inibizione dell'uscente, soprattutto se la procedura non presenta filtri oggettivi e numerici alla partecipazione.

In altre parole, se la stazione appaltante ha condotto un'indagine di mercato senza limitazioni al numero di partecipanti, consentendo a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti di presentare offerta, la rotazione non può essere invocata come strumento punitivo o restrittivo della concorrenza. Tale interpretazione rafforza il ruolo del principio come strumento di garanzia della concorrenza effettiva, anziché un vincolo formale volto esclusivamente all'alternanza degli operatori economici.

La ratio giuridica della decisione si fonda sul fatto che la rotazione ha senso solo laddove la stazione appaltante eserciti discrezionalmente la selezione di una rosa ristretta di soggetti o proceda tramite affidamento diretto, evitando rendite di posizione consolidate e favorendo l'alternanza nella partecipazione a gare sottosoglia o a contratti esclusi dal mercato aperto. Tale impostazione trova un'importante conferma anche nella giurisprudenza della V sez. del Consiglio di Stato.

In particolare, la sentenza n. 366/2025 ha chiarito che il principio di rotazione risulta superfluo qualora il nuovo affidamento sia preceduto da una consultazione di mercato aperta a tutti gli operatori interessati. In contesti caratterizzati da piena apertura al mercato e assenza di restrizioni alla partecipazione, la libera concorrenza e la parità di trattamento risultano già garantite, con conseguente esclusione della necessità di applicare la rotazione nei confronti del gestore uscente.

Nel caso esaminato, la partecipazione dell'operatore uscente era stata contestata da un concorrente; tuttavia, in sede di appello, è stata evidenziata l'erroneità di tale censura, trattandosi di una procedura sostanzialmente aperta, preceduta da una consultazione di mercato accessibile a tutti gli operatori economici.

Il Consiglio di Stato ha così riformato la decisione di primo grado, ribadendo un orientamento già consolidato secondo cui il principio di rotazione non trova applicazione quando la stazione appaltante non impone limiti al numero degli operatori selezionabili (Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999; T.A.R. Veneto, sez. I, 26 marzo 2021, n. 389). Il TAR Lazio 14113/2025 amplia e consolida questa impostazione, chiarendo che

la rotazione subisce un significativo processo di attenuazione con l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti. La sentenza affronta il caso di una procedura negoziata sottosoglia, attivata in regime di urgenza ex art. 76 D.Lgs. 36/2023, con avviso pubblico aperto alla partecipazione di tutti gli operatori qualificati.

In tale contesto, l'inclusione del precedente affidatario non viola il principio di rotazione, evidenziando come la mera appartenenza dell'operatore al precedente ciclo contrattuale non costituisca motivo di esclusione. Il TAR sottolinea inoltre la possibilità di adottare criteri selettivi oggettivi e non discriminatori, come fatturato, capacità tecnica o numero di dipendenti, senza precludere la partecipazione degli operatori precedentemente affidatari.

La giurisprudenza insiste sulla necessità di garantire un confronto competitivo reale, configurando la procedura come sostanzialmente equivalente a una procedura aperta, laddove l'indagine di mercato sia condotta senza limitazioni numeriche. Un ulteriore tassello interpretativo è fornito dal TAR Lecce, sez. II, con la sentenza n. 138/2025, che ribadisce come il principio di rotazione non abbia carattere assoluto, ma ammetta deroghe purché adeguatamente motivate. In particolare, il Tribunale richiama l'art. 49, comma 2, del D.Lgs. 36/2023, evidenziando che il divieto di affidamenti consecutivi all'operatore uscente risponde all'esigenza di prevenire vantaggi competitivi derivanti da asimmetrie informative (Cons. Stato, sez. V, n. 2292/2021).

Tuttavia, in presenza di adeguata motivazione — fondata sull'assenza di alternative di mercato o sulla qualità dell'esecuzione — è possibile procedere al reinvio o all'affidamento diretto all'uscente. Nel caso concreto, l'assenza di una motivazione in tal senso ha condotto all'accoglimento del ricorso, confermando la necessità di una motivazione rafforzata ai sensi dell'art. 49, comma 4. A completamento del quadro, il TAR Lombardia, sez. I, con la sentenza n. 28/2025, ribadisce i limiti dell'applicazione della rotazione, richiamando specificamente il comma 5 dell'art. 49. In tale pronuncia, il TAR conferma che, in procedure negoziate sottosoglia con avvisi aperti, il divieto di affidamenti consecutivi perde di efficacia,

imponendo una valutazione caso per caso circa la sussistenza di criteri oggettivi e trasparenti idonei a garantire un effettivo confronto competitivo. Nello stesso solco si inserisce anche il TAR Catania, con la sentenza n. 1926/2025, che ha escluso l'applicabilità del principio di rotazione in presenza di avvisi pubblici aperti a tutti gli operatori economici, anche quando la selezione avvenga tramite albi telematici, purché non siano previsti limiti numerici alla partecipazione. Da tali pronunce emergono con chiarezza i limiti applicativi del principio di rotazione: sul piano oggettivo, esso opera negli affidamenti diretti e nelle procedure negoziate con inviti mirati, ove la stazione appaltante delimiti la platea dei partecipanti; sul piano soggettivo, riguarda le ipotesi in cui l'amministrazione selezioni discrezionalmente gli operatori, escludendo una competizione effettivamente aperta. Diversamente, nelle procedure aperte o sostanzialmente tali, il principio di rotazione recede a favore delle esigenze di concorrenza.

L'insegnamento operativo che emerge dal complessivo quadro giurisprudenziale è chiaro: la rotazione non deve trasformarsi in un meccanismo automatico e astratto di esclusione, ma deve essere applicata in modo flessibile e proporzionato, in funzione della struttura della procedura e del grado di apertura al mercato. Essa rappresenta uno strumento dinamico di tutela della concorrenza, la cui applicazione richiede una valutazione concreta del contesto procedurale e un adeguato bilanciamento con i principi di trasparenza, imparzialità e massima partecipazione.

5. Conclusioni

L'analisi compiuta evidenzia come il principio di rotazione, sebbene ancorato storicamente alla logica di equa distribuzione delle opportunità contrattuali e di contrasto a rendite di posizione consolidate, abbia assunto con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 una fisionomia più flessibile e adattabile alle esigenze operative delle stazioni appaltanti.

L'articolazione normativa dell'art. 49 mostra come il legislatore abbia inteso bilanciare la finalità pro-concorrenziale del vincolo rotazionale con le necessità di efficienza e celerità dell'azione

amministrativa, soprattutto nei contesti caratterizzati da micro-affidamenti o procedure sottosoglia.

La segmentazione per fasce di importo, l'individuazione sostanziale del contraente uscente nelle procedure aggregate e l'introduzione di presupposti derogatori chiaramente tipizzati costituiscono strumenti idonei a modulare l'applicazione del principio senza svilirne la funzione fondamentale di salvaguardia della concorrenza. Sul piano giurisprudenziale, le pronunce più recenti consolidano un'interpretazione sostanzialistica e funzionale della rotazione, evidenziando come l'esclusione automatica dell'operatore uscente non possa costituire regola assoluta, ma debba essere valutata alla luce del contesto procedurale e della reale apertura del mercato.

La giurisprudenza conferma che il principio trova piena applicazione soprattutto nei casi in cui la discrezionalità della stazione appaltante sia ampia, come nelle procedure negoziate a invito e negli affidamenti diretti, mentre perde efficacia nelle procedure aperte o quando il confronto competitivo sia effettivo e non limitato da filtri numerici o criteri soggettivi restrittivi.

Tale impostazione sottolinea come la rotazione non debba essere concepita come vincolo formale o punitivo, ma come strumento dinamico di gestione della concorrenza e di prevenzione di fenomeni di chiusura del mercato. La combinazione di disciplina normativa, prassi ministeriale e giurisprudenza consente di delineare un quadro coerente, nel quale la rotazione si inserisce come principio regolatore "intelligente": da un lato, preserva l'accesso equo al mercato e limita i rischi di consolidamento di posizioni privilegiate; dall'altro, consente flessibilità applicativa in presenza di circostanze eccezionali, mercati caratterizzati da limitata offerta o micro-affidamenti, purché la scelta sia supportata da motivazioni puntuali, verificabili e conformi ai principi generali del Codice dei Contratti Pubblici. Ne emerge, quindi, una concezione di principio di rotazione evoluta e funzionale, che trova la propria ragion d'essere non nella semplice alternanza cronologica degli operatori economici, bensì nella promozione di una concorrenza reale, trasparente ed effettivamente accessibile. In ultima analisi, l'evoluzione normativa

e giurisprudenziale dimostra come il principio di rotazione non sia più un vincolo rigido, ma uno strumento strategico e modulabile, il cui rispetto richiede da parte delle stazioni appaltanti un approccio analitico, documentato e coerente con la programmazione dei fabbisogni e con le esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa. Tale impostazione garantisce che l'obiettivo finale, ossia la promozione di un mercato concorrenziale, efficiente e trasparente, venga perseguito senza compromettere la funzionalità e la flessibilità necessarie alla gestione dei contratti pubblici, confermando la rilevanza del principio come leva fondamentale della correttezza amministrativa e della tutela dell'interesse pubblico.

Premessa e paragrafi n. 1 - 2
a cura del Dott. Giuseppe Pugliese

Paragrafi n. 3 - 4 - 5
a cura dell'Avv. Achille Morcavallo

La responsabilità amministrativa nei contratti pubblici alla luce della legge n.1 del 2026

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

1. La legge n.1 ed il parallelo percorso del Codice dei contratti

L'entrata in vigore, lo scorso 22 gennaio, della legge n.1/2026 rappresenta un momento di rilevante importanza nel processo di evoluzione del quadro normativo in corso in diversi ambiti che, in questo caso, investe la disciplina dell'organo costituzionale cui sono riservate le funzioni di giurisdizione e controllo sul fronte della contabilità pubblica finalizzate a garantire, con autonomia e indipendenza di giudizio, legalità, tutela degli equilibri finanziari e buon andamento della spesa.

Trattasi di un processo che va avanti in parallelo con altro percorso evolutivo: quello delle regole che governano i contratti pubblici versate nel nuovo codice di cui al d.lgs. n.36/2020.

Se è vero, infatti, che l'intervento del legislatore per superare quanto disposto in via straordinaria dall'art.21 del decreto legge "semplificazioni", n.76/2020, che intendeva favorire la ripresa del ciclo economico dopo la pandemia, era atteso

da tempo, è altrettanto vero che la scelta di cancellare tout court il rilievo della colpa grave, per lo meno in tutti i casi di comportamenti attivi o commissivi, effettuata all'epoca, era funzionale alla ricerca di soluzioni che, sul fronte della spesa pubblica, specie per investimenti, ne rendessero efficace l'attivazione; esattamente, quindi, ciò che persegue la nuova disciplina dei contratti pubblici.

Il tutto rimuovendo i presupposti di quell'approccio indicato da molti in termini di amministrazione cosiddetta difensiva, a torto o a ragione invocato, quale ragione frenante.

Pur affermando la validità delle scelte operate nel 2020, confermate, soprattutto in chiave PNRR, nel 2021, dal decreto-legge n.77, via via prorogate fino al 31 dicembre 2025, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 132 del 2024, ne aveva prospettato il superamento in vista della definizione di nuovi e più certi regimi di imputabilità per l'ipotesi di responsabilità per colpa grave nel quadro di un'ampia riforma della giurisdizione contabile.

Il risultato è la legge 1/2026 recante «Modifiche alla Legge 14 gennaio 1994, n. 20, e altre disposizioni nonché delega al Governo in materia di funzioni della Corte dei conti e di responsabilità amministrativa e per danno erariale» composta di sei articoli che contemplano previsioni di immediata ed autonoma operatività, anche modificative dall'interno dell'ultima complessiva riforma di settore, la legge n.20 del 1994, in aggiunta ad un'ampia delega al Governo destinata ad incidere sulle stesse funzioni della Corte.

In un contesto innovativo senz'altro più vasto, nel portato della legge n.1 emerge tutta la centralità della questione della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici e di quanti sono assoggettati al relativo regime, con un rilievo diretto e specifico nel campo della contrattualistica pubblica dove anche altre disposizioni intendono regolare la materia.

“ La legge n.1 del 2026, sulle funzioni della Corte dei conti e la responsabilità amministrativa per danno erariale, sollecitata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n.132 del 2024 per superare il regime straordinario che, da luglio 2020, aveva sospeso la rilevanza della colpa grave, introduce una disciplina che in parte si sovrappone al codice dei contratti creando dubbi sul regime applicabile. ”

In tal senso, oltre all'introduzione di limiti massimi alla consistenza economica della responsabilità per danno erariale causato da colpa grave, che accompagna il ripristino a tutto tondo della relativa fattispecie, e all'obbligo di copertura assicurativa dei pubblici dipendenti, l'aspetto che rappresenta senza dubbio una novità sul piano delle tradizionali competenze della Corte è costituito non tanto dalla possibilità delle stazioni appaltanti, ancorché per i soli casi di problematiche afferenti PNRR e PNC, di evocare la funzione consultiva della Corte, bensì

dalla specificità degli ambiti per i quali tale possibilità viene estesa, oltre alle modalità ed ai termini temporali di validazione della soluzione operativa proposta.

In disparte ogni valutazione pro o contro la validità delle scelte compiute anche in relazione al rischio della possibile retroattività di alcune di esse, specie nel quadro dell'attuazione del PNRR avvenuta in un quadro normativo tutt'altro che chiaro ed univoco a cavallo tra vecchio e nuovo codice, e fermo quanto potrebbe argomentarsi considerando i risultati conseguiti sul fronte della accelerazione della spesa, le presenti note si limitano a riguardare lo specifico profilo dell'impatto della legge n.1 sulla disciplina dei contratti pubblici, rispetto alla quale numerosi risultano profili di interazione se non di vera e propria sovrapposizione.

2. Il perimetro della colpa grave nel codice dei contratti pubblici

Il ripristino della colpa grave sul piano generale evoca in primo luogo la considerazione per cui anche il più recente codice dei contratti pubblici aveva già dedicato al tema specifiche previsioni.

Tra queste, il comma 3 dell'articolo 2, del d.lgs. n.36/23, intitolato al principio della fiducia, dove è previsto che, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Da aggiungere come il comma 3 del successivo articolo 215, riguardante i Collegi Consultivi Tecnici, disponga che l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio ... è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; viceversa, l'osservanza delle

determinazioni è di sua causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.

Il comma 4 del citato articolo 2, infine, trattando delle coperture assicurative dei rischi per il personale, prevede che, per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono adottare azioni, mentre l'articolo 45, comma 7, dispone che parte delle risorse destinate a remunerare i cosiddetti incentivi sia in ogni caso utilizzata per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.

“ Nel codice dei contratti ai fini della responsabilità per colpa grave rileva anche la violazione degli autovincoli amministrativi, costituisce esimente l'osservanza dei pareri e delle determinazioni dei Collegi Consultivi Tecnici e l'assicurazione dei dipendenti si paga con il 20% della quota incentivi. ”

3. Il regime della colpa grave nella legge n.1

Delimitazione della nozione di colpa grave e copertura assicurativa della responsabilità sono, dunque, i due aspetti principali trattati sia nella legge di riforma n.1 che nel codice dei contratti, dove si pone il tema del rapporto tra le due fonti, questione che, pur sollevata nel corso dell'elaborazione parlamentare del testo, non trova all'interno dell'elaborato finale idonei elementi di soluzione.

Unica previsione comune riguarda la colpa grave, esclusa con identico testo, laddove la violazione o l'omissione risultino determinate dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Al di fuori della richiamata previsione di chiusura, alcuni elementi differenzianti appaiono a prima vista evidenti, il che pone la

questione dell'esistenza di due distinti ambiti di delimitazione della colpa grave a seconda che si versi nel contesto applicativo della disciplina generale, o in quella speciale dei contratti pubblici; ciò a meno di non voler considerare assorbita quest'ultima dalla prima, in quanto sopravvenuta, cosa che peraltro sembrerebbe esclusa dall'articolo 227 del codice secondo cui 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.

Senza un'abrogazione espressa della disciplina codicistica ad opera di quella generale, i due regimi appaiono dunque destinati a coesistere in rapporto di specialità.

Secondo la legge n.1, la responsabilità per colpa grave è integrata da ogni violazione delle norme di diritto applicabili, violazione che peraltro deve essere manifesta, dovendosi al riguardo tener conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza.

Oltre alla violazione manifesta della legge rilevano il travisamento dei fatti, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento.

In base alla disciplina dei contratti pubblici la violazione delle norme di diritto, quale elemento comune, è integrata da quella riferibile agli autovincoli amministrativi nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, l'omissione di cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

I due ambiti appaiono, quindi, non coincidere, risultando la responsabilità tracciata dal codice appalti in parte più ampia di quella che consegue

al regime ordinario; in tal senso rilevano, oltre alla legge, anche gli autovincoli e cioè le scelte con le relative previsioni fissate dalla stessa amministrazione pubblica nei disciplinari o nell'ulteriore documentazione di gara.

“ Per la legge n.1, è colpa grave la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, il travisamento del fatto, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa da gli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; per la violazione manifesta si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate oltre all'inescusabilità ed alla gravità dell'inosservanza. ”

Contribuiscono a circoscrivere la responsabilità per colpa grave nella disciplina generale le due fattispecie comportamentali ivi tipizzate e l'espressa previsione di esigibilità da rapportare alle competenze specifiche di chi viene chiamato in causa, oltreché al caso concreto.

Più incerta è la valutazione degli effetti rivenienti dalla diversità di definizione, nelle due fonti, della fattispecie violativa dei rispettivi parametri comportamentali, che per generare responsabilità in un caso deve essere palese e nell'altro manifesta.

4. Legge n.1 e diritto transitorio

In base all'articolo 6 della legge n.1, le disposizioni che riconfigurano il perimetro della colpa grave si applicano ai procedimenti e ai giudizi pendenti, non definiti con sentenza passata in giudicato al 22 gennaio 2026 (data di entrata in vigore); la disciplina dell'articolo 21 si applicava a tutti i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, cioè il 17 luglio 2020, termine che, in ragione del venir meno della relativa disciplina lo scorso 31 dicembre 2025, dovrebbe chiudersi in tale data.

La scelta operata appare discutibile nella misura in cui rende perseguibile in via retroattiva una definizione di colpa grave oggettivamente più restrittiva, per lo meno nei casi di attività proattiva; ulteriore elemento problematico riguarda la differenziazione, sempre in ipotesi di opzione peggiorativa, dei procedimenti chiusi da quelli ancora da definire.

Altra previsione che rischia di applicarsi retroattivamente, con effetti sanzionatori che secondo i principi generali del diritto sarebbero di regola esclusi, riguarda l'articolo 4 per il quale fatto salvo l'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità - di cui alla più recente disciplina - al pubblico ufficiale responsabile dell'attuazione dei procedimenti connessi al PNRR-PNC, in relazione ai quali si verifichi, per fatto allo stesso imputabile, un ritardo superiore al 10 per cento rispetto al tempo stabilito per la conclusione del procedimento, si applica, sulla base della gravità della colpa, una sanzione pecuniaria da euro 150 fino a due annualità del proprio trattamento economico complessivo annuo lordo.

“ Il ripristino della responsabilità amministrativa per colpa grave ed il regime sanzionatorio per ritardata attuazione dei procedimenti connessi al PNRR-PNC ha portata retroattiva, discutibile sul piano della costituzionalità ”

5. Le coperture assicurative nella legge n.1

Passando al distinto aspetto delle coperture assicurative della responsabilità, specie dei dipendenti pubblici, le differenze tra la legge generale ed il codice dei contratti appaiono ancor più rilevanti.

Il comma 4 bis dell'articolo 2 della legge 20 dispone, ora espressamente, che chiunque assuma un incarico che comporti la gestione di risorse pubbliche dalla quale discenda la sua

sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti è tenuto a stipulare, prima dell'assunzione dell'incarico una polizza assicurativa a copertura dei danni patrimoniali cagionati dallo stesso all'amministrazione per colpa grave; anche su tale questione, come detto sopra, era già intervenuto il d.lgs. n.36/2023.

Orbene il tema che al riguardo si pone è quello del chi debba farsi carico in termini economici di ciò che a tutti gli effetti costituisce un obbligo per coloro che, sia come dipendenti pubblici che come privati, assumano incarichi che comportino la gestione di risorse pubbliche: se la legge n.1 non risolve il tema, riaprendo la questione del rapporto con l'articolo 3, comma 59, della legge n. 244 del 2007 a nullità dei contratti di assicurazione stipulati a spese dell'ente per rischi connessi all'espletamento di compiti istituzionali, onde salvaguardare l'efficacia deterrente della responsabilità erariale e l'obbligo di diligenza, il codice dei contratti pareva aver superato tale scoglio, almeno in parte, esprimendosi in modo chiaro.

“ **Coperture assicurativa obbligatoria per i danni patrimoniali cagionati dal dipendente pubblico all'amministrazione per colpa grave obbligatoria** ”

Ci si riferisce all'obbligo di destinare alla copertura delle relative spese parte degli stanziamenti previsti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

Se ne può dedurre che, per lo meno nel campo di applicazione del codice dei contratti, relativamente ai dipendenti pubblici, semmai per alcune funzioni (Corte dei conti Toscana n. 167/2025/PAR), sia sostenibile che la copertura del l'obbligo resti a carico dell'amministrazione.

6. Legge n.1 ed attività consultiva della Corte

Di rilievo per la contrattualistica pubblica è poi l'intervenuto ampliamento dell'ambito entro il quale è possibile attivare i poteri consultivi della Corte già previsti dall'art.46 della legge n. 238 del 2021 (legge europea 2019-2020) oltretché delle modalità con le quali interviene il pronunciamento con i relativi effetti.

La legge n.1, infatti, torna sulla possibilità delle amministrazioni di chiedere ed ottenere pareri dalla Corte su questioni attinenti all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale Complementare (PNC) di valore complessivo non inferiore a un milione di euro in grado di escludere, se osservati, la responsabilità per colpa grave, con importanti innovazioni: la facoltà di prospettare questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete; il fatto che oltre al suo valore significativo, la questione deve risultare estranea ad atti soggetti al controllo preventivo di legittimità ovvero a fatti per i quali la competente procura contabile abbia notificato un invito a dedurre; gli effetti del mancato riscontro alla richiesta di parere nel termine di 30 giorni a seconda di come il quesito viene formulato, sempre beninteso ai fini dell'esclusione della colpa grave.

Confermato che le risposte sono rese dalle Sezioni Riunite per le Amministrazioni centrali e dalle Sezioni regionali di controllo per quelle locali, la formulazione della norma e la sua rilevanza in termini innovativi, oltre all'oggettivo interesse per i relativi contenuti ed una rilevata ambiguità semantica e sintattica del testo hanno portato a configurare diverse letture volte a restringerne o ampliarne la portata, in specie, tra le seconde, quelle che considerano l'estraneità al controllo preventivo di legittimità e l'assenza di un invito a dedurre come condizioni generali di ammissibilità del parere, dunque richiedibile rispetto a tutte le materie di contabilità pubblica, indipendentemente dal collegamento con il PNRR o il PNC.

Al riguardo, due deliberazioni della Sezione regionale di controllo dell'Emilia Romagna, la n. 14 e la 15 del 23-26 febbraio 2026 hanno

chiarito come la disposizione: conferma la competenza generale a rendere pareri in materia di contabilità pubblica, su questioni generali ed astratte; enuclea una nuova funzione consultiva ulteriore riferita a questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete connesse all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale per gli investimenti Complementari (PNC); subordina tale ultima competenza, specificamente individuata, ad una triplice condizione costituita dal superamento della soglia di valore espressamente fissata e dall'estraneità delle questioni poste tanto agli atti soggetti al controllo preventivo di legittimità quanto a fatti per i quali la competente procura contabile abbia notificato un invito a dedurre.

Se quindi l'elemento innovativo risulta senz'altro esser quello della estesa competenza a render pareri anche su fattispecie concrete, ancorché riferite solo a fattispecie PNRR e PNC, altre novità di non poco conto riguardano l'introduzione del termine di 30 giorni per il rilascio del parere che, a seconda di come la richiesta risulta formulata, produce effetti completamente diversi.

Laddove, infatti, la richiesta venga compiutamente redatta indicando una specifica soluzione operativa, il decorso del termine equivale al rilascio del parere in senso positivo, con conseguente esclusione della gravità della colpa per gli atti conseguentemente adottati in conformità; in senso negativo, all'opposto, laddove l'amministrazione richiedente non abbia prospettato alcuna soluzione.

In questo quadro è evidente la rilevanza che assumono le modalità con le quali la richiesta del parere dovrà essere formulata.

La legge n.1 amplia l'ambito applicativo dell'attività consultiva della Corte in tema di contabilità pubblica consentendo di sottoporre ad esame anche fattispecie concrete ed introducendo il silenzio assenso condizionato dall'indicazione di specifiche soluzioni operative.

7. Ulteriori questioni

Circa gli ulteriori elementi di forte innovatività della legge n.1, quali ad esempio l'introduzione del tetto al danno risarcibile da parte dei soggetti tenuti, la previsione di fattispecie obbligatorie di esercizio del potere riduttivo del giudice, non sembrano al momento configurarsi ragioni di conflitto diretto insanabile rispetto a quanto già previsto dal codice dei contratti, potendosi le relative previsioni vicendevolmente integrarsi.

Ad esempio, il fatto di dar corso alle indicazioni dei Collegi Consultivi Tecnici dovrebbe continuare ad essere considerata autonoma causa di esclusione della responsabilità di chi ha agito, in termini aggiuntivi rispetto alla disciplina generale; ciò ancorché le modifiche portate all'articolo 1, comma 1.1 della legge n.20 non facciano ad essi riferimento alcuno.

L'attuazione della delega è l'occasione da non perdere per dirimere dubbi ed incertezze.

La coesistenza delle due discipline per gli aspetti non di diretto contrasto può peraltro porre il tema del possibile appesantimento dei processi di spesa in ragione delle incertezze che possono nascere dall'esistenza di fonti diverse.

In questo senso ciò che resta da fare in termini di attuazione della legge n.1 ben potrebbe contribuire su tali aspetti; in specie valorizzando quei criteri di delega che all'articolo 3 prevedono, tra l'altro, di razionalizzare il quadro normativo, eventualmente raccogliendo in codici o testi unici le norme attinenti all'organizzazione della Corte dei conti e ... allo svolgimento dei procedimenti non giurisdizionali (lett. q) o di individuare gli atti degli enti locali di particolare rilevanza e complessità sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 20 (lett. s).

Raggruppamenti temporanei di imprese e partecipazione alla procedura di gara pubblica

di Andrea Magagnoli

IL
PUN
TO

Premessa

Il Consiglio di Stato sez.V attraverso la sentenza n. 9599 depositata il giorno 5 dicembre 2025 (Pres. Caringella, Est. Picardi) affronta una delicata questione interpretativa potenzialmente configurabile nel corso delle procedure di gara pubblica che abbiano ad oggetto il conferimento di appalti di servizi o forniture. Le procedure di selezione pubblica vincolano in molti casi la partecipazione alla presenza di specifici requisiti.

Si tratta di caratteristiche di natura piuttosto eterogenea economica, professionale, tecnica individuate dalla normativa nel bando di gara la cui mancanza determina l'esclusione dell'operatore dalla selezione pubblica.

Pertanto, si pone la seguente questione giuridica: nel caso in cui ad una procedura diretta l'affidamento di un appalto di forniture partecipi un raggruppamento temporaneo di imprese i requisiti previsti nel bando di gara dovranno essere presenti nel singolo operatore economico che fa parte dell'ente collettivo oppure è sufficiente che essi siano posseduti dal raggruppamento nel suo complesso?

1. Il caso concreto

Il caso che portato all'emissione della recente sentenza del Consiglio di Stato qui in commento trae origine da una iniziativa promossa da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che al fine di assicurarsi le risorse necessarie per lo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali indiceva una selezione diretta ad individuare un operatore economico cui affidare i relativi incarichi.

La modalità di scelta per l'acquisizione delle risorse di cui sopra era quella della gara europea a procedura aperta che avrebbe dovuto portare ad individuare l'affidatario dei servizi necessari al miglioramento del supporto al monitoraggio ed alla conduzione dei grandi contratti informatici e per la definizione della Policy e delle attività di ammodernamento dei propri sistemi e del monitoraggio del traffico marino.

La procedura di selezione dopo avere compiuto il proprio corso, ed a seguito di un esame delle posizioni dei singoli operatori economici che avevano partecipato alla selezione si concludeva con l'aggiudicazione dell'appalto

ad uno di essi ritenuto idoneo ad effettuare i compiti necessari per l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione che aveva indetto la procedura di selezione pubblica.

Tuttavia, la società che aveva riportato il secondo posto nella graduatoria redatta a conclusione della procedura di gara riteneva la decisione della Commissione aggiudicatrice illegittima in quanto contrastante in più punti con le disposizioni vigenti, pertanto, lesiva dei propri diritti, tanto da dare corso ad una specifica azione giudiziaria al fine di ottenerne l'annullamento.

La società che non aveva ottenuto l'affidamento dell'incarico ricorreva, infatti, al Tribunale Amministrativo competente per territorio al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. L'azione giudiziaria promossa innanzi ai giudici amministrativi di primo grado trovava il proprio fondamento giuridico in numerosi motivi ciascuno di essi basato su di una violazione diversa e specifica alle disposizioni vigenti. La tesi difensiva deduceva anzitutto la mancata osservanza delle norme che regolamentano la composizione e l'organico della commissione aggiudicatrice.

In particolare, veniva eccepita la mancanza di terzietà ed indipendenza nei membri dell'organo deputato all'individuazione del soggetto cui attribuire l'incarico. Ulteriore censura riguardava l'operato della Commissione aggiudicatrice ed in particolare il contenuto del provvedimento tramite quale veniva affidato l'incarico ritenuto privo di adeguata e corretta motivazione pertanto redatto in maniera lesiva dei diritti degli altri operatori economici che avevano partecipato alla procedura di selezione pubblica.

Le difese della società ricorrente si estendevano anche alle caratteristiche del soggetto che aveva riportato il primo posto nella graduatoria di merito. Veniva anzitutto eccepita la mancanza all'interno del suo organico della figura soggettiva richiesta dal bando di gara, dato che il dipendente preposto a svolgere le funzioni di R.U.A.C. era privo dei requisiti professionali richiesti, ulteriori profili d'illegittimità venivano

rilevati nelle caratteristiche dell'offerta presentata dalla società che aveva ottenuto l'affidamento dell'incarico ritenuta da parte del ricorrente non rispondente ai requisiti richiesti dalla normativa e dal bando di gara.

Il procedimento proseguiva il proprio corso attraverso la costituzione in giudizio del controinteressato che in primis contestava la procedibilità dell'azione giudiziaria promossa nel caso concreto. Rappresentava la tesi della controinteressata la carenza in capo alla società ricorrente dei requisiti richiesti dal bando di gara per potere partecipare alla selezione circostanza che le avrebbe reso impossibile ottenere l'incarico messo a gara privandola, pertanto, dell'interesse a dare corso alla procedura giudiziaria che avrebbe dovuto essere dichiarata improcedibile. Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso veniva deciso da parte dei giudici amministrativi di primo grado. I giudici del Tribunale Amministrativo Regionale ritenevano fondate le tesi rappresentate da parte dei ricorrenti. I magistrati amministrativi di primo grado infatti accoglievano non solo il ricorso principale ma anche quello incidentale.

La decisione del Tribunale Amministrativo Regionale annullava anzitutto le partecipazioni alla procedura di gara della società ricorrente e di quella controinteressata per poi provvedere ad invalidare la delibera emessa dalla stazione appaltante tramite la quale veniva affidato l'appalto.

L'annullamento della delibera d'assegnazione trovava la propria ragione giuridica secondo i giudici del Tribunale Amministrativo nelle carenze professionali del soggetto deputato a svolgere le funzioni di R.U.A.C., elemento che sicuramente rendeva inammissibile la partecipazione alla procedura di gara della società che aveva ottenuto l'affidamento dell'incarico.

Il procedimento, tuttavia, non trovava il proprio completamento con la sentenza dei giudici.

La decisione dei giudici del Tribunale amministrativo regionale veniva infatti impugnata da tutte le parti presenti nel procedimento di primo grado.

Ricorrevano al Consiglio di Stato, infatti, entrambe le società presenti nel giudizio di primo grado nonché l'amministrazione che aveva effettuato le funzioni di stazione appaltante nel corso della selezione.

Tra i motivi rappresentati ai giudici del Consiglio di Stato presenta un particolare interesse quello rappresentato dall'amministrazione inerente all'invasione da parte di giudici del Tribunale Amministrativo dello spazio riservato ai funzionari della stazione appaltante.

Argomentava infatti la tesi difensiva dell'amministrazione come la normativa vigente precludeva ogni valutazione giudiziale delle decisioni e dell'attività interpretativa del contenuto del bando di concorso posta in essere da parte dei funzionari della stazione appaltante.

Una volta esauriti tutti gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa la causa veniva discussa ed in seguito decisa con la sentenza qui in commento.

2. L'interpretazione del bando di gara

La motivazione della sentenza esamina diverse questioni giuridiche tra le quali ve ne rientra una derivante dall'esercizio dell'attività di interpretazione del contenuto del bando di gara emesso dalla stazione appaltante al fine di regolamentare lo svolgimento di una gara pubblica.

Non dobbiamo comunque dimenticare come con grande frequenza i bandi di gara contengano dei criteri di selezione degli operatori economici che potranno partecipare alla procedura di gara nel solo caso in cui sia in possesso dei requisiti previsti dallo stesso bando.

Si tratta di veri e propri presupposti per la partecipazione alla selezione che presentano un carattere piuttosto eterogeneo potendo gli stessi riguardare la sfera economica ovvero le caratteristiche professionali. Tuttavia, la loro presenza è in ogni caso necessaria in quanto la loro mancanza preclude al soggetto che ne sia privo la facoltà di potere partecipare alla gara.

Da ciò discende la necessità di una precisa determinazione del loro contenuto che potrà ricostruito a seguito di una attività di interpretazione del loro effettivo ambito di operatività. Ma a quale organo compete tale operazione? Per ovvie ragioni logiche prima ancora giuridiche l'attività esegetica dovrà essere effettuata da parte dell'organo che ha gestito lo svolgimento della procedura di gara pubblica. Sarà, pertanto, la stazione appaltante in sede di valutazione delle posizioni dei singoli operatori a dovere compiere tali operazioni.

Pertanto, non potrà che prospettarsi la questione inerente se a tale attività possa essere attribuito un carattere definitivo in quanto sottratta all'ingerenza di altre autorità, si tratta nello specifico di definire il rapporto tra l'interpretazione del contenuto del bando di concorso compiuta da parte dei funzionari della stazione appaltante e la giurisdizione amministrativa.

Nel caso di specie la questione viene portata all'esame di giudici del Consiglio di Stato a seguito della proposizione di uno specifico motivo di appello da parte dell'amministrazione. Eccepeva infatti questa ultima l'evidente errata interpretazione compiuta da parte dei giudici amministrativi di primo grado che in violazione del principio della separazione dei poteri avevano esteso il loro sindacato agli esiti dell'interpretazione effettuata da parte dei funzionari delle clausole contenute nel bando di gara.

I giudici del Consiglio di Stato che nella motivazione della sentenza qui in commento ritengono infondato il motivo di ricorso propendono per la tesi diversa che ritiene ammissibile il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in tale caso. A tale conclusione i magistrati del Consiglio di Stato giungono a seguito di un ragionamento basato sulla natura giuridica dell'attività di interpretazione posta in essere dalla stazione appaltante.

Le caratteristiche giuridiche dell'attività d'interpretazione possono a loro volta essere ricavate dalle sue caratteristiche materiali che

si sostanzia in un esame letterale e sistematico del testo diretto ad individuarne l'esatto ambito applicativo. Siamo in presenza, pertanto, osservano i giudici del Consiglio Stato, di una attività che sicuramente non presenta un carattere pubblicistico, data la mancanza nell'ordinamento di norme o disposizioni che in tal modo la qualifichino.

L'attività di interpretazione in particolare non presenta alcun margine discrezionale essendo la stessa governata dagli specifici canoni normativi contenuti nel Codice Civile previsti per l'interpretazione dei negozi privati.

Da un punto di vista strettamente processuale, pertanto, non potrà che discenderne una precisa conseguenza, non deve essere dimenticato infatti come una attività basata su precisi canoni normativi possa essere valutata e sindacata da parte del giudice amministrativo sotto l'aspetto della corretta applicazione dei predetti canoni.

Tale tesi viene accolta da parte dei giudici del Consiglio di Stato nella sentenza qui in commento.

3. Il rapporto tra le quote di partecipazione e quelle di esecuzione

Dopo avere ammesso la sindacabilità da parte del giudice amministrativo dell'attività d'interpretazione, i giudici del Consiglio di Stato passano nella motivazione della sentenza qui in commento ad esaminare un'altra questione giuridica posta alla loro attenzione da una delle parti del procedimento.

Il Consiglio di Stato esamina la questione della distribuzione dei requisiti richiesti dal bando di gara tra i diversi operatori economici che costituiscono un organismo di maggiori dimensioni la cui costituzione trae origine dalle caratteristiche stesse delle procedure di gara pubblica.

Tali procedure, infatti, sono in molti casi finalizzate all'individuazione di un soggetto giuridico dotato di particolari competenze che lo rendano idoneo allo svolgimento dell'incarico oggetto della procedura

di selezione. Si tratta di requisiti di carattere piuttosto eterogeneo che riguardano la situazione economica dell'operatore ovvero il possesso da parte di quest'ultimo di specifiche caratteristiche tecniche o professionali.

In molti casi tali requisiti presentano una considerevole rilevanza e complessità tanto da renderne improbabile il loro possesso da parte di un solo operatore economico.

Per sopperire a tale problema non è infrequente che gli operatori economici si organizzino in un più ampio soggetto collettivo al fine di consentire l'acquisizione di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura di selezione pubblica.

È intuitivo, infatti, che gli stessi possano essere più facilmente posseduti da parte di un soggetto costituito da più operatori economici rispetto ad un solo di questi. L'organismo collettivo viene chiamato nella prassi raggruppamento temporaneo di imprese.

La particolare natura del partecipante alla procedura di selezione in tali casi configura una questione giuridica specifica relativa alle modalità di distribuzione dei predetti requisiti tra diversi operatori economici astrattamente prospettandosi due diverse modalità della loro ripartizione.

Una prima di carattere più rigoroso che ritiene necessario che di essi sia in possesso il singolo operatore; una seconda di carattere meno restrittivo che ritiene sufficiente il loro possesso da parte dell'intero raggruppamento.

Si tratta di una questione la cui risoluzione presenta una considerevole importanza in quanto la partecipazione alla procedura di selezione è subordinata alla presenza di tutti i requisiti indicati dal bando di concorso.

In ogni caso il principio che la definisce dovrà contemperare tutte le esigenze presenti nella fattispecie, costituite dalla necessità di tutelare di non limitare il diritto per l'operatore di partecipare alle procedure di selezione nonché da quella di garantire la presenza di una effettiva qualificazione professionale nel soggetto che partecipa alla procedura di selezione pubblica.

Prima di passare all'analisi del principio individuato da parte dei giudici del Consiglio di Stato nella motivazione della sentenza qui in commento facciamo un accenno ai precedenti giurisprudenziali ed alle decisioni stratificate sulla complessa questione giuridica.

La problematica della distribuzione dei requisiti richiesti dal bando di gara tra i singoli operatori che formavano il raggruppamento temporaneo di imprese non presenta sicuramente il carattere della novità, più volte infatti la questione era stata esaminata da parte dei giudici amministrativi del Consiglio di Stato.

Dall'analisi delle decisioni precedenti emergono due diversi indirizzi di carattere antitetico e del tutto contrapposti.

Secondo un primo indirizzo piuttosto risalente nel tempo che trova il proprio fondamento in una decisione n. 27 emessa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel corso dell'anno 2014 e che si riferisce al d.lgs. 163/2006.

La decisione contiene uno specifico principio giuridico sicuramente favorevole alla partecipazione dell'operatore economico alla procedura di selezione pubblica che esclude la necessità di una corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota di partecipazione di rispettiva pertinenza. A tale conclusione si giunge, osservano i fautori di tale indirizzo, ad una serie di elementi del medesimo segno.

Il primo di essi lo si ricava dalla natura giuridica della necessità di una corrispondenza, si tratta di un vero e proprio obbligo che, come tale, necessita di una specifica previsione normativa del tutto mancante invece nel caso di specie. Ulteriore elemento viene dai principi generali che caratterizzano la normativa oggi vigente in materia di partecipazione alle procedure di selezione pubblica.

Dalla lettura delle disposizioni che disciplinano tale materia emerge chiaramente il principio del favor participationis alla procedura di gara pubblica sicuramente difficilmente compatibile con un obbligo di corrispondenza. Ad ulteriore riprova della bontà di tale tesi vanno altresì indicati il contenuto

della normativa europea che esprime un evidente favor per la semplificazione delle procedure di gara pubblica, nonché l'intendimento espresso dal legislatore in sede di delega all'esecutivo dell'incarico a provvedere alla riforma del delicato settore dei contratti pubblici.

Tuttavia, proseguono i giudici del Consiglio di Stato, nella motivazione della sentenza di cui sopra anche se non è ipotizzabile un obbligo generale di corrispondenza, la sua presenza non può essere esclusa in maniera categorica.

È possibile, infatti, che la stazione appaltante attraverso una clausola specifica contenuta nel bando di gara preveda l'applicabilità nella situazione concreta in tutti i casi in cui ciò si renda necessario in relazione alle caratteristiche specifiche della situazione in cui si svolge la procedura di gara.

In seguito, il Consiglio di Stato modifica la propria posizione assumendo un atteggiamento più rigoroso e meno favorevole alla partecipazione alla procedura di selezione pubblica.

L'Adunanza Plenaria n.26 del 27 marzo 2019 esamina la questione della corrispondenza in relazione ad una fattispecie giuridica che presenta una natura diversa rispetto a quella di appalto di servizi o forniture riferendosi infatti a quella dell'affidamento di lavori.

Nella sentenza di cui sopra i giudici del Consiglio di Stato ritengono necessaria la corrispondenza ma stabiliscono altresì che anche un discostamento ridotto determina non solo l'esclusione del singolo operatore dalla procedura di selezione pubblica ma dell'intero raggruppamento temporaneo di imprese.

Dopo avere compiuto alcuni cenni su precedenti storici della questione, passiamo ora ad esaminare il principio di diritto contenuto nella motivazione della sentenza qui in commento.

Il ragionamento che conduce a una conclusione di carattere negativo, escludendo la sussistenza di una necessaria corrispondenza, muove dalla considerazione che tale corrispondenza, ove configurata come obbligo, deve necessariamente trovare fondamento in una specifica previsione normativa.

Ulteriore argomento a sostegno di tale conclusione potrà essere ricavato dai principi generali espressi dalla normativa che regola l'accesso alla procedura di selezione pubblica, tra i quali può sicuramente essere rilevato quello del favor participationis, che sicuramente verrebbe limitato qualora venga previsto il principio della corrispondenza.

La tesi viene poi rafforzata attraverso un esame del contenuto delle disposizioni oggi vigenti, ed in particolare della legislazione dell'Unione Europea, che esprime il chiaro principio del favor participationis alla procedura di gara pubblica che impone di limitare il principio della corrispondenza.

Sempre a favore dell'assenza dell'obbligo di corrispondenza depone un'ulteriore considerazione basata in questo caso sul contenuto della legislazione nazionale.

I magistrati del Consiglio di Stato evidenziano, infatti, come ove si esamini il contenuto della legge delega che costituisce il presupposto del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 emerga un dato indiscutibile.

La legge delega di cui sopra, infatti, prevede un criterio specifico in sede di elaborazione della disciplina applicabile agli operatori economici che partecipano ad una gara pubblica che per potere essere ritenuta conforme alle prescrizioni della legge delega dovrà presentare in ogni caso un carattere semplificato.

Pertanto, sarà vietato al legislatore delegato modificare la precedente disciplina previgente attraverso l'inserimento di nuovi obblighi quale quello di corrispondenza.

Chiarita, pertanto, l'assenza nel nostro ordinamento di un generale principio di corrispondenza, i giudici del Consiglio di Stato passano a esaminare un ulteriore profilo della questione.

Nella motivazione della sentenza qui in commento viene esaminata anche la questione dell'ammissibilità dell'obbligo di corrispondenza, non già in forma generale e automatica, ma sulla base delle caratteristiche della situazione concreta e del contesto storico in cui si è svolta la procedura di selezione pubblica.

Il Consiglio di Stato ritiene giuridicamente ammissibile la presenza di un simile obbligo applicabile in ragione delle peculiarità della situazione concreta.

La competenza non potrà, per evidenti ragioni logiche prima ancora che giuridiche, che essere lasciata ai funzionari della stazione appaltante che trovandosi a gestire lo svolgimento della procedura di selezione pubblica conoscono in modo approfondito la situazione storica in cui essa si svolge, pertanto, sono sicuramente in grado di valutare se essa richieda la presenza di un obbligo di corrispondenza.

La clausola che introduce l'obbligo di corrispondenza deve essere espressamente contenuta nella lex specialis di gara e potrà essere ammessa nel solo caso in cui la sua presenza sia richiesta dalle caratteristiche della situazione concreta.

Il subappalto e l'avvalimento: caratteristiche, diversità ed analogie nella fase procedurale e di esecuzione dell'appalto

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Il Subappalto: elementi e finalità

È principio generale che i soggetti affidatari eseguano in proprio le prestazioni contrattuali, tuttavia, l'istituto del subappalto — disciplinato dall'art. 119 del D.lgs. 36/2023 — permette di derogare a tale disposizione.

Il subappalto si definisce come un contratto derivato (o subcontratto) con il quale l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, la prestazione che egli ha assunto nei confronti del committente originario. Secondo il codice degli appalti, all'art. 119, c. 2, in particolare: *"il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore"*.

La disciplina vigente del subappalto ha mantenuto ferma la definizione del contratto di subappalto di cui al previgente codice dei contratti pubblici, "specificando soltanto ciò che, comunque, si desumeva dal sistema, ovvero che il subappaltatore si caratterizza per avere una propria organizzazione con assunzione del rischio imprenditoriale relativamente alla parte dell'appalto che esegue" (C.d.S. IV del 28.01.2025).

La nuova normativa, in conformità con il diritto dell'Unione europea, si connota per una maggiore apertura verso questo modulo contrattuale e per l'eliminazione di alcuni limiti imposti dalla precedente normativa.

L'elemento imprescindibile dell'istituto è costituito dall'autorizzazione da parte della stazione appaltante (art. 119, c.4)

Il subappalto si definisce come un contratto derivato (o subcontratto) con il quale l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, la prestazione che egli ha assunto nei confronti del committente originario, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Il contratto di subappalto definisce analiticamente l'oggetto delle prestazioni affidate e il relativo valore economico.

È considerato quindi subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi da trasmettere alla stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle prestazioni.

L'applicazione del subappalto presuppone e richiede:

- la presenza di attività ovunque espletate che impieghino manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, per un importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o superiore a 100.000 euro. Il criterio di individuazione è l'importo delle attività che comportano, rispetto al totale della prestazione, il ricorso a manodopera;
- l'incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Il criterio di individuazione è la struttura dei costi del contratto al fine di stabilire se il contratto sia prevalentemente labour-intensive;
- una soglia non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili da affidare a piccole e medie imprese (come definite dall'art. 1, c. 1, lett. o) dell'all. I.1). Gli operatori economici possono, in ogni caso, indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni, motivando tale decisione;
- l'inserimento di clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto, che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva, di cui all'art. 60, c. 2, applicando le disposizioni di cui agli articoli 8 e 14 dell'all. II.2-bis;

- la previa autorizzazione della stazione appaltante, a condizione che:
 - a. il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
 - b. non sussistano a suo carico le cause di esclusione previste dal Dlgs. 36/2023;
 - c. all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare. È un orientamento giurisprudenziale consolidato che la mancata indicazione delle parti della prestazione che si intende subappaltare costituisce una irregolarità emendabile mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, non essendo in alcun modo riconducibile alle "irregolarità afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica";

Sono considerate attività di subappalto quelle che prevedono l'utilizzo di manodopera per un importo eccedente il 2 per cento dell'importo complessivo delle prestazioni affidate o superiore a euro 100.000. Il relativo costo della manodopera e del personale deve incidere in misura superiore al 50 per cento sull'importo del contratto da affidare.

Non costituisce subappalto l'affidamento a lavoratori autonomi di attività secondarie, accessorie o sussidiarie, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante.

Non costituiscono subappalto le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto. Non costituisce inoltre subappalto la subfornitura a catalogo di prodotti informatici e l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani ricompresi in specifici elenchi e circolari.

2. Obblighi e responsabilità dell'affidatario e del subappaltatore

L'appaltatore rimane l'unico referente principale e responsabile dell'appalto verso l'ente pubblico; il subappaltatore non "sostituisce" l'obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario. L'affidatario che ricorre al subappalto deve adempiere ad alcune prescrizioni:

- invia contestualmente alla trasmissione del contratto, la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. (La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'art. 23);
- invia, prima dell'inizio dei lavori, con riferimento al subappaltatore, la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al c. 15. (Per il pagamento delle prestazioni rese anche nell'ambito del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo ai subappaltatori);
- osserva il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'art. 11 del Dlgs. 36/2023. L'affidatario è inoltre responsabile in solido dell'osservanza, da parte dei subappaltatori, delle disposizioni previste a tutela dei dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto;
- corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso, inoltre egli è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente;
- curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli

subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario.

Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire:

- gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale;
- il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale. Qualora venga applicato un contratto collettivo diverso dovrà essere in ogni caso riconosciuto ai lavoratori impiegati nell'appalto un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto e applicato dall'appaltatore principale, con riferimento alle attività coincidenti con l'oggetto dell'appalto o alle prestazioni riconducibili alla categoria prevalente;
- nel caso di prestazione secondaria per la quale la stazione appaltante ha individuato uno specifico contratto di lavoro, anche il subappaltatore per quella prestazione deve applicare il richiamato contratto, oppure applicarne un altro equivalente avente le stesse tutele economiche e normative.

Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale

Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni. Tale solidarietà si estende agli obblighi retributivi e contributivi (ex art. 29, D.lgs. 276/2003) e alla tutela dei dipendenti. L'appaltatore è tuttavia liberato dalla responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi qualora la stazione appaltante provveda al pagamento diretto del subappaltatore.

Tale modalità avviene obbligatoriamente o su richiesta nei seguenti casi:

- il subappaltatore è un micro o piccola impresa;
- in caso di inadempimento accertato dell'appaltatore;
- su esplicita richiesta del subcontraente, se la natura del contratto lo consente.

3. Il subappalto qualificante o necessario

Nelle ipotesi di subappalto «classico» o «facoltativo» l'affidamento a terzi di una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto è il risultato di una libera scelta imprenditoriale (essendo il concorrente già in possesso di tutti i requisiti di partecipazione), il subappalto necessario si caratterizza invece per il presupposto che il concorrente non possiede tutte le qualifiche relative alle lavorazioni richieste dall'Amministrazione affidataria: il subappalto si configura allora come necessario in difetto di qualifica del concorrente ad eseguire tale tipo di prestazioni.

Qualora l'operatore economico voglia avvalersi dello strumento del subappalto c.d. necessario o qualificante, quest'ultimo deve dichiarare esplicitamente nel DGUE l'intenzione di ricorrere a tale strumento per sopperire alle carenze di qualificazione. L'operatore economico in fase di gara deve rendere la dichiarazione circa il possesso della qualificazione nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, dichiarando, se necessario, di voler ricorrere al subappalto.

"Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto nelle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (c.d. subappalto qualificante / necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto necessario, cioè di subappaltare i lavori della / e categoria / e perché privo di corrispondente qualificazione..." (TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1405).

4. L'avvalimento: tipologie, elementi e finalità

Ai sensi dell'art. 104 dl Dlgs. 36/2023 "l'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti".

La funzione dell'avvalimento si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara"; l'istituto esprime le proprie finalità in fase di partecipazione alla procedura.

Presupposto imprescindibile per il contratto di avvalimento è quello che sia il concorrente, sia l'impresa ausiliaria posseggano i requisiti di carattere generale richiesti per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione. A tal fine entrambi i soggetti devono depositare idonea documentazione a dimostrazione della propria regolarità morale, fiscale e contributiva. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. Il c. 2 dell'art. 104 prevede poi che "qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi o forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta". Ciò in una logica di avvalimento c.d. "operativo".

La giurisprudenza amministrativa ha elaborato una distinzione nell'ambito del precedente art. 89 del D.lgs. n. 50/2016 tra:

- a. avvalimento "tecnico-operativo", finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate (ora presente nelle citate disposizioni di cui all'art. 104, il c. 2);
- b. avvalimento di "garanzia", finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce chiaramente che un operatore può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei legami con questi ultimi", includendo esplicitamente i criteri di capacità economica e finanziaria (avvalimento "di garanzia"). In questa fattispecie, l'ausiliaria non presta beni materiali, ma la propria solidità patrimoniale.

Sebbene non dettagliato nel nuovo Codice, l'avvalimento "di garanzia" trova fondamento diretto quindi nella Direttiva UE 2014/24 (disposizione autoesecutiva).

Il Dlgs. 36/2023 è l'attuazione della legge delega n.78/2022 che recepisce le direttive UE 2014/23, 2014/24 e 2014/25. Esiste quindi la possibilità dell'operatore economico di conseguire un affidamento mediante le capacità di altri soggetti, acquisendo requisiti economico-finanziari non posseduti, in forza dell'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie auto esecutive: in tale tipo di avvalimento l'impresa ausiliaria garantisce la stabilità economica dell'impresa ausiliata.

Sebbene non esplicitamente dettagliato nel nuovo Codice, l'avvalimento "di garanzia" trova fondamento diretto nella Direttiva UE 2014/24 (disposizione autoesecutiva).

In questa fattispecie, l'ausiliaria non presta beni materiali ma la propria solidità patrimoniale. Esiste quindi la possibilità dell'operatore economico di conseguire un affidamento mediante le capacità di altri soggetti, acquisendo requisiti economico-finanziari non posseduti, in forza dell'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie auto esecutive.

Nell'avvalimento "di garanzia", l'unico requisito che deve essere indicato, quale elemento effettivamente messo a disposizione dall'ausiliaria, è quello del fatturato, non dovendosi, né potendosi, enucleare "le risorse umane e strumentali" (TAR Lazio 4997/2025; C.d.S., n. 1647 del 2023). Nell'avvalimento "tecnico operativo" è richiesto l'elenco specifico di risorse e beni messi a disposizione dall'ausiliaria (C.d.S. 2024/2025).

La giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Napoli, n. 3016/2024), ha chiarito che *"a seconda che si abbia riguardo all'avvalimento di garanzia ovvero tecnico/operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria, in quanto (solo) in caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto"*.

Anac in tema di avvalimento, con parere di precontenzioso n. 25 del 28/01/2026, ha precisato:

"nell'avvalimento "operativo" è imposto di indicare nel contratto i mezzi aziendali e le risorse specifiche messi a disposizione, o per lo meno i criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti, in modo da consentire alla S.A. di conoscere la consistenza del complesso tecnico - organizzativo offerto in prestito dall'ausiliaria e di valutarne l'idoneità rispetto all'esecuzione dell'appalto".

(Nel nuovo codice è precisato che l'istituto dell'avvalimento non è applicabile per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (art. 212,

D.lgs. 152/2006), trattandosi di un requisito di idoneità professionale strettamente legato alle autorizzazioni del singolo operatore, anche in considerazione delle relative finalità).

Quando oggetto dell'avvalimento – avvalimento "operativo" – sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, *"occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione"* (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169).

Analogamente per l'avvalimento della certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione, consentendo al concorrente di eseguire l'appalto con i medesimi standard di qualità (come chiarito da Anac con parere n. 25/2026).

L'operatore economico (l'ausiliata) deve allegare alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica (a differenza del subappalto in cui tale trasmissione avviene, a cura dell'affidatario, prima dell'avvio del contratto) specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta.

L'ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- di essere in possesso dei requisiti di ordine generale previsti;
- di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 100 per i servizi e le forniture;
- di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

In giurisprudenza, ancora in vigore del Dlgs. 50/2016, era ribadito il divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo fosse, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta (C.d.S. n. 1881/2020). Oggi invece il legislatore all'art. 104 ha contemplato anche la possibilità di un avvalimento "per migliorare la propria offerta" (cfr. art. 104 co 4). È così superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso C.d.S. V., n. 2526/ 2021, TAR Palermo n. 2378/2022). L'ultimo c. dell'art. 104 precisa che, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal c. 4) sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione. In tal modo il legislatore ha confermato l'apertura ad un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell'interesse della stazione appaltante.

In giurisprudenza, ancora in vigore del Dlgs. 50/2016, era ribadito il divieto dell'avvalimento meramente premiale, il cui scopo fosse esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta. Il Dlgs. 36/2023, all'art. 104 c. 4, ha invece contemplato anche la possibilità di un avvalimento "per migliorare la propria offerta"

5. Breve confronto tra i due istituti

Il subappalto si attiva in fase di esecuzione realizzando una parte di lavorazioni dichiarate in fase di gara dall'operatore economico ed autorizzate dall'ente. L'operatore economico, salvo casi specifici come il subappalto "necessario", non è obbligato a indicare subito il nome del subappaltatore. Il subappaltatore esegue materialmente la quota di lavori affidatagli. Nel caso di subappalto

necessario/qualificante l'affidamento di parte dell'esecuzione dell'appalto è attribuita a un terzo che possiede i requisiti necessari.

L'avvalimento è uno strumento giuridico che permette all'operatore economico, privo di un requisito richiesto per partecipare alla gara, di utilizzare i requisiti (solo di ordine speciale) di un'altra impresa, definita "ausiliaria". L'avvalimento è uno strumento che si attiva in fase di partecipazione, utile all'operatore economico che non possiede i requisiti necessari per partecipare a una gara.

L'operatore economico deve depositare sin da subito il "contratto di avvalimento" e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria che si impegna a mettere a disposizione le risorse per tutta la durata dell'appalto. L'avvalimento è chiaramente un contratto caratterizzato da una particolare causa pro-concorrenziale.

In termini di responsabilità nel subappalto il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di subappalto. Tale solidarietà si estende agli obblighi retributivi e contributivi (ex art. 29, D.lgs. 276/2003) e alla tutela dei dipendenti.

Nell'avvalimento l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria sono responsabili nei confronti della stazione appaltante in solido in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Nell'avvalimento l'impresa ausiliaria di norma non esegue i lavori, ma garantisce le risorse e le competenze. Tuttavia, nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto.

In entrambi gli istituti la Stazione appaltante deve verificare che subappaltatori e ausiliarie possiedano i requisiti di ordine generale.

Le novità introdotte dalla legge n. 34/2026 sulla qualificazione dei consorzi “non necessari”

IL
PUN
TO

di Giuseppe Laurieri

Premessa

L'art. 5 della Legge “annuale sulle piccole e medie imprese”, 11 marzo 2026, n. 34, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 23 marzo 2026 (“**Legge PMI**”)¹ introduce importanti novità in materia di qualificazione per i consorzi cd. “non necessari” (consorzi di cooperative, consorzi tra imprese artigiane e consorzi stabili).

La novella legislativa modifica l'art. 67, comma 5, del vigente D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (il “**Codice**”), disposizione al centro di vivaci dibattiti giurisprudenziali, per molteplici profili applicativi², introducendo un chiarimento atteso dagli operatori e destinato a ridisegnare, almeno in parte, gli equilibri tra le diverse forme consortili³.

La nuova disciplina – che in assenza di specifiche disposizioni transitorie, ai sensi

dell'art. 73, comma 3, Cost., è entrata in vigore il quindicesimo giorno successivo alla relativa pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, ovvero il 7 aprile 2026 – interessa la spendita delle risorse delle consorziate (mezzi d'opera, attrezzature e organico medio) ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei medesimi consorzi, modificandone – o meglio, ampliandone – la portata per i consorzi di cooperative e imprese artigiane ed estendendo l'applicazione di tale disposizione, come risultante dal nuovo assetto, anche ai consorzi stabili⁴.

L'intervento legislativo elimina la previgente asimmetria e riconduce le diverse forme consortili a un quadro più omogeneo, chiarendo che anche i consorzi stabili possono operare secondo una logica di qualificazione che valorizza l'insieme delle risorse interne al consorzio⁵.

-
1. Per un approfondimento generale sull'intervento legislativo si rinvia a E. Massi, Legge sulle PMI: nuove regole, decreti attuativi e deleghe in Diritto & Pratica del Lavoro 16/2026, Novità normative.
 2. Sul tema si veda G.F. Maiellaro, M. Riggio, La qualificazione SOA dei consorzi stabili: evoluzione criticità applicative nel quadro della disciplina attuale, in Appalti & Contratti del 9 aprile 2026, Maggioli Editore, https://www.appaltiecontratti.it/la-qualificazione-dei-consorzi-non-necessari-dopo-le-novita-della-legge-sulle-pmi-legge-n-34-2026/#_ftn1.
 3. Così Consorzi stabili: come cambia la qualificazione dopo la modifica all'art. 67 del Codice in Lavori Pubblici.it, 25 marzo 2026, <https://www.lavoripubblici.it/news/consorzi-stabili-modifica-art-67-codice-appalti-2026-37714>.
 4. G.F. Maiellaro, A. Codari, La qualificazione dei consorzi “non necessari” dopo le novità della legge sulle PMI (legge n. 34/2026) in Appalti & Contratti del 5 settembre 2025, Maggioli Editore, <https://www.appaltiecontratti.it/la-qualificazione-soa-dei-consorzi-stabili-evoluzione-e-criticita-applicative-nel-quadro-della-disciplina-attuale/>.
 5. Come cambia la qualificazione dei Consorzi Stabili dopo la modifica apportata dalla Legge PMI 2026 all'art. 67 del Codice?, in Questa Rivista, sezione “A domanda rispondiamo”, 14 aprile 2026, <https://www.mediappalti.it/come-cambia-la-qualificazione-dei-consorzi-stabili-dopo-la-modifica-apportata-dalla-legge-pmi-2026-allart-67-del-codice/>.

1. La qualificazione dei consorzi stabili

L'art. 65, comma 2, lett. d) del Codice prescrive che rientrano nella definizione di operatori economici "i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

Il consorzio stabile rappresenta un modulo di collaborazione/aggregazione volto a consentire la partecipazione alle procedure di aggiudicazione ad imprese prive dei necessari requisiti dimensionali di qualificazione, nell'ottica di aumentare la platea degli offerenti e garantire maggiori opportunità alle piccole e medie imprese, sulla falsariga delle esperienze dei consorzi di cooperative e di quelli di imprese artigiane⁶.

Trattasi di una figura autonoma rispetto alle altre forme di aggregazione tra imprese, caratterizzata da una propria soggettività giuridica e da una stabile organizzazione imprenditoriale, tale da consentire loro di operare come un unico operatore economico. In questa prospettiva, il consorzio stabile partecipa alla gara in nome proprio e può eseguire le prestazioni direttamente oppure avvalersi delle consorziate designate⁷.

Nella versione codicistica pre-vigente alla novella legislativa, l'art. 67, ricorrendo al principio della mutualità dei requisiti speciali delle consorziate⁸, consentiva ai consorzi di cooperative, ai consorzi tra imprese artigiane (non contemplando i consorzi stabili), di partecipare alle gare utilizzando propri requisiti, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95 del Codice (riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica) e del comma 3 dell'articolo medesimo (che disciplina per i consorzi e le consorziate i requisiti generali, le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi richiesti per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione), utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono.

Questo significa che prima della Legge annuale sulle PMI l'ordinamento prevedeva una netta asimmetria tra le diverse tipologie di consorzi in grado di ripercuotersi a danno dei consorzi stabili, cioè, di quelle aggregazioni di imprese, implicanti la costituzione di un'autonoma struttura consortile, in cui il consorzio, quale soggetto giuridico distinto dalle imprese consorziate, è il titolare, formale e sostanziale, del rapporto con la stazione appaltante, nonché unico interlocutore dell'Amministrazione sia nella fase della procedura concorsuale, sia in quella successiva di esecuzione del contratto⁹.

Il tema della qualificazione dei consorzi stabili è stato oggetto di acute riflessioni emerse all'esito di notevoli problematiche applicative insorte negli anni, attinenti soprattutto al "cumulo alla rinfusa". In particolare, ancor prima della Legge

6. P. Clarizia, L'insostenibile instabilità del regime dei consorzi stabili, in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 2, 1 marzo 2025, p. 181; S. Abrate, Consorzio stabile, in *L'amministrativista*, 2017, sottolinea come i consorzi stabili siano stati introdotti all'esito di un "percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese".

7. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 27 aprile 2026, n. 7631.

8. E. Soprano, "Art. 67. Consorzi non necessari", in *"Codice dei contratti pubblici"*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, 2025, Editoriale Scientifica, p. 367.

9. G. Sparano, Consorzi stabili, la guida completa in base a norme e indicazioni dell'ANAC, in *Diario Infrastrutture e ambiente*, <https://diariodiac.it/consorzi-stabili-la-guida/>.

annuale sulle PMI, il Codice, nella sua versione originaria, consentiva la qualificazione di un consorzio stabile attraverso due modalità:

- mediante “cumulo alla rinfusa” della qualificazione conseguita dalle consorziate, secondo le disposizioni di cui all’art. 67, comma 8, del Codice, cioè attraverso la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione ad una gara attraverso la somma dei requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate;
- mediante i propri requisiti, ma invocando la deroga per i requisiti di adeguata capacità organizzativa (personale e attrezzature), per i quali possono essere sommati i costi e le dotazioni in carico alle consorziate, purché risultanti in dotazione stabile a queste ultime, come previsto anche dall’art. 18, comma 17 dell’Allegato II.12 al Codice.

Il Codice aveva recepito l’orientamento consolidatosi all’indomani del Decreto cd. Sblocca cantieri del 2019¹⁰, secondo cui il cumulo alla rinfusa sarebbe stato generalmente ammissibile, attraverso una lettura pro-concorrenziale della disciplina e alla luce dall’intento del legislatore di valorizzare il consorzio stabile e il cumulo come strumenti per favorire l’accesso al mercato¹¹.

In sostanza, alla luce di tale quadro, se ne desumeva che¹²:

- a. la qualificazione era richiesta in capo al consorzio stabile quale autonomo soggetto partecipante alla gara, mentre quella delle singole consorziate assumeva rilievo unicamente ai fini del meccanismo del cumulo alla rinfusa, quale presupposto di qualificazione del consorzio;

- b. una volta accertata la qualificazione del consorzio stabile, non assumeva rilievo la verifica del possesso dei requisiti in capo alle singole consorziate designate;
- c. il cumulo alla rinfusa integrava un’ipotesi di avvalimento *ex lege*, e operava in senso bidirezionale, esplicandosi tanto in fase ascendente (quando i requisiti posseduti dalle singole consorziate “confluiscono” nel consorzio, consentendogli di qualificarsi e partecipare alla gara come autonomo operatore economico), quanto in fase discendente (quando, una volta conseguita la qualificazione, è il consorzio a “mettere a disposizione” tali requisiti alle consorziate designate per l’esecuzione, anche se queste ne siano prive, coprendone l’operato mediante la propria qualificazione e assumendone la responsabilità verso la stazione appaltante);
- d. l’esecuzione delle prestazioni si fondava su un’imputazione unitaria dei requisiti ed era assistita dalla responsabilità solidale del consorzio nei confronti della stazione appaltante;
- e. ne conseguiva che l’eventuale mancanza di qualificazione in capo alla consorziata esecutrice era irrilevante, poiché era il consorzio a rispondere in solido e a “mettere a disposizione” i requisiti, operando, di fatto, come ausiliaria *ex lege*.

Con il D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (cd. “Decreto Correttivo”), il Legislatore ha innovato tale assetto, introducendo una distinzione tra esecuzione in proprio ed esecuzione tramite consorziate e prevedendo, in quest’ultimo caso, l’obbligo per le imprese esecutrici di possedere i requisiti in proprio ovvero mediante avvalimento *ex art. 104*.

10. Per un approfondimento si veda R. De Nictolis, Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”, in *Urbanistica e appalti*, n. 4, 1 luglio 2019, p. 443.

11. A sostegno di questa tesi, si colloca la recente giurisprudenza, tra cui T.A.R. Campania, I, 19 aprile 2023, n. 2390, confermata dal T.A.R. Campania, I, 7 settembre 2023, n. 5001, che analizza l’evoluzione normativa e il contrasto interpretativo nato dopo il decreto sblocca-cantieri, aderendo a un approccio più estensivo (T.A.R. Palermo, I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; id., 29 marzo 2021, n. 2588).

12. In questi precisi termini T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 27 aprile 2026, n. 7631.

In particolare, con Il Decreto Correttivo, sono state introdotte **tre distinte modalità di qualificazione per i consorzi stabili ai fini del rilascio dell'attestazione SOA**¹³:

1.1. con il "cumulo alla rinfusa" degli attestati SOA delle consorziate (cfr. art. Art. 67, co. 8);

1.2. cumulando i requisiti delle consorziate, ovvero utilizzando, ai fini delle attestazioni SOA, i requisiti di personale e attrezzature delle consorziate (cfr. art. 18, co 17, all. II.12) che, tuttavia, devono risultare in dotazione stabile a queste ultime;

1.3. attraverso requisiti maturati "in proprio" e come tali indipendenti dai requisiti delle consorziate e di cui deve essere fornita specifica indicazione nella relativa attestazione SOA (art. 67, co. 7, primo periodo).

E, quindi, come chiarito dall'ANAC, in sede di partecipazione alla gara, anche al fine di rendere operative le disposizioni introdotte *ex novo* dal Decreto Correttivo, il consorzio deve indicare:

2.1. se esegue in proprio l'appalto (cioè esclusivamente con la propria struttura e, quindi, senza designazione di imprese esecutrici). In tal caso il consorzio potrà utilizzare la qualificazione conseguita secondo la modalità sub 1.1., 1.2. o 1.3., essendo esplicitamente previsto dalla norma che i requisiti delle consorziate possono essere computati cumulativamente con quelli posseduti in proprio dal consorzio (art. 67, co. 1, lett. b);

2.2. se esegue indicando una o più consorziate esecutrici: 2.2.1 qualora il consorzio risulti qualificato secondo la modalità sub 1.1, i requisiti devono essere posseduti dalle consorziate esecutrici in proprio o tramite avvalimento ex art. 104 del codice (avvalimento ordinario – cfr. art. 67, co 1, lett. c);

2.2.2 qualora il consorzio risulti qualificato secondo la modalità sub 1.2 o sub 1.3 i requisiti devono essere posseduti dal consorzio secondo le vigenti disposizioni di legge.

2.3. se esegue parte del contratto in proprio e parte tramite le consorziate:

2.3.1. per la parte del contratto eseguita in proprio, deve rispettare quanto previsto sub 2.1.;

2.3.2. per la parte del contratto eseguita tramite le consorziate esecutrici, deve rispettare quanto previsto sub 2.2.

La novella ha ristretto la portata del cumulo alla rinfusa, nel seguente senso: per gli appalti di servizi e forniture il cumulo è ancora consentito in modo ampio, indipendentemente dal fatto che le consorziate siano designate come esecutrici o meno; per gli appalti di lavori, va invece distinta l'ipotesi della partecipazione diretta da parte del consorzio, nel qual caso è possibile cumulare i requisiti del consorzio con quelli delle consorziate, dalla diversa ipotesi dell'indicazione espressa della esecuzione tramite consorziate designate, nel qual caso i requisiti devono essere posseduti e provati direttamente dalle consorziate, senza possibilità di cumulo, restando quale alternativa l'avvalimento.

Insomma, la normativa distingue, per gli appalti di lavori, due modalità di partecipazione del Consorzio, e cioè la partecipazione del Consorzio in proprio (avvalendosi del cd. meccanismo del "cumulo alla rinfusa"), oppure mediante la consorziata specificamente designata per l'esecuzione (nel qual caso il Consorzio non può avvalersi del meccanismo cumulativo)¹⁴.

Con il Decreto Correttivo, per la prima volta, è stata espressamente differenziata la disciplina della qualificazione del consorzio stabile

13. In questi termini, Comunicato del Presidente ANAC, 28 maggio 2025, <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/280912844/Comunicato+del+Presidente+del+28+maggio+2025.pdf/53ebd8fd-eb0f-d6d4-8ce9-10067793c9cd?t=1750152663010>

14. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 marzo 2026, n. 1570.

nel settore dei lavori pubblici sulla base del soggetto esecutore; si distingue il regime a seconda che il consorzio stabile partecipi alla procedura eseguendo in proprio (id est: con la propria struttura, senza indicare le imprese assegnatarie), oppure tramite le consorziate designate (indicandole come assegnatarie)¹⁵.

Con il Correttivo, poi, il legislatore ha voluto svilire l'utilità o, comunque, il ricorso al consorzio stabile¹⁶, poiché se la consorziata per essere assegnataria/esecutrice, qualora priva dei requisiti di ordine speciale, deve ricorrere (ferma la sua responsabilità solidale con il consorzio stabile) all'avvalimento ex art. 104 del D.lgs. n. 36/2023 per utilizzare i requisiti del consorzio stabile e/o delle altre consorziate e ciò senza assurgere al ruolo di concorrente, aggiudicataria e contraente, è verosimile che la stessa si orienterà per partecipare alla gara direttamente a titolo di concorrente, se del caso ricorrendo in tale veste, mediante art. 104 del Codice ai requisiti di imprese terze e/o del consorzio stabile o delle altre consorziate¹⁷.

Il sistema di qualificazione dei consorzi stabili introdotto dal Correttivo, in base al quale la designazione delle imprese consorziate assume rilevanza ai fini della esatta qualificazione in gara del consorzio, determina, invero, l'impossibilità di attivare il soccorso istruttorio per integrare, modificare o rettificare dichiarazioni già rese sul soggetto (consorzio stabile o consorziate) designato per parte dell'esecuzione, ancor più quando l'iniziale designazione, ovvero quella operata in sede di presentazione dell'offerta, sia idonea a determinare l'esclusione del concorrente dalla gara per assenza dei requisiti di qualificazione¹⁸.

Così, oltre un anno dopo il Decreto Correttivo, il Legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina della qualificazione dei consorzi stabili, allo scopo di parificare il relativo status.

15. P. Clarizia, L'insostenibile instabilità del regime dei consorzi stabili, in *Giornale di Diritto amministrativo*, cit.

16. Si legge nel citato parere del Cons. Stato n. 1467/2024 "Si evita, in tal modo, la possibilità - che, nella prassi operativa, ha tratto alimento dalla ambiguità della disciplina vigente - che, attraverso il prestito generalizzato, indifferenziato e cumulativo dei requisiti, possano risultare, in concreto, designate per l'esecuzione imprese che non siano nell'effettivo possesso delle qualità professionali necessarie ad una adeguata esecuzione delle prestazioni contrattuali. [...] Per contro, il ricorso all'avvalimento ordinario ex articolo 104 si prospetta come indefettibile (nella prospettiva di superare il lassismo sul punto della prassi operativa) solo allorché, come è ben possibile, siano designate per l'esecuzione imprese consorziate prive di requisiti: nel qual caso deve ritenersi bensì necessaria (ma anche sufficiente) l'acquisizione in via ausiliaria, sia a carico del consorzio (ma solo per i requisiti maturati in proprio: cfr., infatti, l'articolo 67, comma 7, anche alla luce della riformulazione proposta con lo schema di decreto), sia a carico di altre imprese consorziate".

17. In questi termini, P. Clarizia, op ult. cit., secondo cui "Tra l'altro tale opzione ermeneutica determina una frattura del principio giurisprudenziale sull'avvalimento bidirezionale ope legis, poiché a fronte di un fenomeno unitario (patto consortile da cui si genera la causa mutualistica che per sua natura ha effetti bidirezionali) si ammette il prestito ope legis nella direzione "consorzata - consorzio" (il consorzio cumula alla rinfusa i requisiti delle consorziate in forza della causa mutualistica e del comma 8 dell'art. 67 del D.lgs. n. 36/2023, quindi, senza dover far ricorso all'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023), mentre lo si esclude nella direzione "consorzio - consorzata", in quanto non solo si impone alla consorzata assegnataria (considerata in parte qua alla stregua di un corpo estraneo al consorzio) di qualificarsi in proprio e direttamente, ma si impone per fino di far ricorso all'avvalimento ex art. 104 del D.lgs. n. 36/2023 per utilizzare"

18. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 20 aprile 2026, n. 1120.

2. Cosa accade dal 7 aprile 2026

Dal 7 aprile si supera l'asimmetria descritta, parificando i consorzi stabili alle altre tipologie consortili¹⁹ rispetto alla disciplina della qualificazione.

In particolare, in forza delle modifiche introdotte dall'art. 5 della legge 34/2026, anche i consorzi stabili possono partecipare alla procedura di gara, ferme restando le cause di esclusione automatica e non automatica e la disciplina sulle autorizzazioni e sugli altri titoli abilitativi richiesti per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono, secondo quanto previsto dall'Allegato II.12, che disciplina il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro.

In secondo luogo, si introduce per i consorzi di cooperative, consorzi tra imprese artigiane e per i consorzi stabili il rispetto anche di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 67 che stabilisce i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento. Di non marginale rilevanza è la variazione letterale della disposizione.

Prima della modifica, l'art. 67, comma 5, del Codice stabiliva che *"I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95 e del comma 3 del presente articolo, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono."*

Con la Legge annuale sulle PMI, il comma recita oggi *"I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane e i consorzi stabili possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95 e dei commi 1 e 3 del presente articolo, utilizzando requisiti propri ovvero facendo valere i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono secondo quanto previsto dall'allegato II.12."*

La sostituzione della locuzione *"e, nel novero di questi"* con la congiunzione *"ovvero"* modifica la relazione tra i requisiti del consorzio e le risorse delle consorziate: l'impiego della ben differente congiunzione, infatti, sancisce l'alternatività delle risorse, sicché il consorzio potrà dimostrare la propria capacità tecnico-organizzativa in sede di gara facendo valere mezzi d'opera, attrezzature e personale delle associate come elementi autonomi, a prescindere dalla loro precedente inclusione nel processo di verifica per l'ottenimento dell'attestazione SOA consortile²⁰.

Un secondo aspetto attiene al rinvio che la disposizione in commento opera rispetto all'allegato II.12.

Come visto, infatti, il Legislatore ha riconosciuto la possibilità per i consorzi stabili di conseguire la qualificazione ricorrendo ai requisiti in possesso delle consorziate, coerentemente con le previsioni del citato allegato: ne consegue, come correttamente osservato dai primi commentatori, che la messa a disposizione di tali risorse non consente di supplire al mancato possesso dell'attestazione SOA, che rimane condizione necessaria per la partecipazione; l'efficacia di tali elementi viene invece circoscritta al profilo della formulazione dell'offerta e dell'esecuzione contrattuale²¹.

19. In questi precisi termini, G.F. Maiellaro, M. Riggio, La qualificazione SOA dei consorzi stabili: evoluzione criticità applicative nel quadro della disciplina attuale, cit.

20. In questi precisi termini V. Laudani, Consorzi e appalti di lavori: la modifica dell'art. 67, comma 5, del d.lgs. 36/2023 (legge 11 marzo 2026, n. 34), in Appalti & Contratti del 27 marzo 2026, Maggioli Editore, <https://www.appaltiecontratti.it/consorzi-e-appalti-di-lavori-la-modifica-dellart-67-comma-5-del-d-lgs-36-2023-legge-11-marzo-2026-n-34/>.

21. Ibid.

3. La logica sottesa all'intervento normativo e alcuni profili operativi.

L'art. 5 della Legge sulle PMI – introdotto durante l'esame parlamentare – si inserisce nell'ambito di un percorso riformatore preordinato alla valorizzazione delle PMI, e, come si è visto, più in generale nel quadro di un generale ripensamento della disciplina sulla qualificazione dei consorzi stabili.

Il perimetro soggettivo su cui è intervenuto il Legislatore risulta particolarmente rilevante per il settore delle costruzioni, uno dei pilastri dell'economia reale italiana. Il comparto conta oltre 530 mila imprese, in larga parte piccole e medie, che generano più dell'80% del fatturato complessivo e svolgono un ruolo centrale nella realizzazione delle opere pubbliche e nello sviluppo infrastrutturale. In questo contesto, i consorzi stabili rappresentano uno strumento chiave per consentire alle PMI di accedere a commesse di maggiore dimensione e complessità, attraverso l'aggregazione di competenze, requisiti tecnici e capacità operative.

Il loro ruolo è diventato ancora più strategico con l'aumento degli investimenti pubblici, trainati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza e dai programmi di modernizzazione infrastrutturale. Una dinamica che richiede un sistema produttivo capace di organizzarsi in modo efficiente per gestire lavori sempre più complessi²².

Le ricadute pratico-applicative della nuova disciplina introdotta sono evidenti: si garantisce certamente un facilitato accesso alle gare per i consorzi stabili che potranno, come si è

visto, cumulare i requisiti delle consorziate, ampliando la propria capacità competitiva e si riduce, dall'altra parte, il rischio di esclusione dal momento che, nelle procedure preordinate all'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi e forniture - nell'ambito delle quali la qualificazione è regolata da requisiti di fatturato, esperienza pregressa o organico – si riconosce la possibilità di sommare requisiti economico-finanziati e tecnico-professionali delle consorziate non designate come esecutrici, con conseguente attenuazione delle criticità legate al difetto dei requisiti imputabili alla singola consorziata esecutrice²³.

L'intervento è finalizzato a rendere più lineare il rapporto tra struttura consortile e sistema dei requisiti, evitando interpretazioni restrittive che, nella fase iniziale di applicazione del Codice, avevano creato incertezze soprattutto nelle stazioni appaltanti, da ciò derivandone un quadro – si è osservato condivisibilmente - più stabile, in cui il consorzio torna a essere uno strumento pienamente utilizzabile per l'accesso al mercato pubblico, con una valorizzazione più chiara della dimensione aggregata anche sotto il profilo tecnico-organizzativo²⁴.

Tuttavia, come correttamente precisato dai primi commentatori, dalle modifiche apportate non paiono evincersi specifiche indicazioni in merito alle forme e alle modalità con cui i consorzi potranno far valere e attestare l'utilizzo di tali risorse, il che assume indubbiamente rilievo ai fini della chiarezza e operatività delle previsioni in esame, anche nell'ottica di agevolare le verifiche della stazione appaltante sulla corretta applicazione di tali disposizioni nei termini e nei limiti sin qui precisati²⁵.

22. Appalti pubblici, ecco perché la legge Pmi rimette in pista i consorzi stabili in MilanoFinanza, 25 marzo 2026.

23. Così si veda F. Ruscica, La legge n. 34/2026 modifica ancora la disciplina dei consorzi contenuta nell'art. 67 del codice, in <https://agstudiolegale.com/la-storia-infinita-della-qualificazione-dei-consorzi-negli-appalti-pubblici-502-26/>.

24. Si veda Legge annuale PMI: in Gazzetta Ufficiale la Legge n. 34/2026 tra aggregazioni, semplificazioni e innovazione, in LavoriPubblici.it, <https://www.lavoripubblici.it/news/legge-pmi-2026-consorzi-reti-imprese-appalti-novita-37713>.

25. G.F. Maiellaro, M. Riggio, La qualificazione SOA dei consorzi stabili: evoluzione criticità applicative nel quadro della disciplina attuale, cit.

La novella, pur rimuovendo le asimmetrie descritte, sembrerebbe introdurre alcune incertezze, quindi, quantomeno in merito alla distinzione tra “messa a disposizione” delle risorse e l’effettiva esecuzione sostanziale, rendendosi, così, necessario chiarire con precisione il limite oltre il quale l’apporto di mezzi e personale da parte di una consorziata configuri una posizione di esecutore di fatto²⁶.

26. V. Laudani, Consorzi e appalti di lavori: la modifica dell’art. 67, comma 5, del d.lgs. 36/2023 (legge 11 marzo 2026, n. 34), cit.. Per l’A., “Qualora l’apporto non si limiti alla fornitura di singoli fattori produttivi ma si estenda all’intera organizzazione di un segmento del lavoro, potrebbe riemergere l’obbligo di qualificazione individuale della consorziata. Le stazioni appaltanti dovranno valutare se l’attività del consorzio mantenga i caratteri dell’esecuzione in proprio attraverso la direzione e il coordinamento effettivo delle risorse, evitando che lo schermo formale della norma consenta l’esecuzione a soggetti privi della necessaria attestazione SOA.

Pareri & Sentenze



TAR Lazio Roma sez. II 31/3/2026 n. 6026

Fornitura di dispositivi medici e Principio di equivalenza

In virtù di tale sentenza, il principio di equivalenza (art. 79 d.lgs. 36/2023) si applica solo a specifiche tecniche funzionali (prestazioni/finalità), non a requisiti strutturali. L'equivalenza consente di offrire prodotti diversi se soddisfano i bisogni e le necessità specificate dalla *lex specialis*; la sua applicazione a requisiti strutturali invece, andrebbe a comportare un vero e proprio *aliud pro alio* e violerebbe la *par condicio*.

Ecco i punti fondamentali alla base della sentenza in esame: Il principio di equivalenza opera esclusivamente per i requisiti minimi di natura funzionale, ovvero obiettivi, prestazioni o finalità esplicitate nel capitolato. La natura del requisito dipende dalla Lex Specialis di gara; se questa descrive una necessità da soddisfare (funzionale), l'equivalenza è possibile, se invece impone rigidamente una caratteristica tecnica (strutturale) questa diventa vincolante.

Essa non deve portare alla fornitura di un bene radicalmente diverso da quello richiesto, configurando così un *aliud pro alio* non ammissibile. La Giurisprudenza di riferimento della sentenza in esame è la seguente: Cons. Stato, sez. V, n. 4155/2024 e n. 9693/2022, le quali confermano tale distinzione, limitando la discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione di soluzioni tecniche alternative. La stazione appaltante ha il diritto di ricevere esattamente il prodotto con le caratteristiche costruttive descritte. In conclusione, nel caso di specie, la fornitura di un OCT lineare (standard) in luogo di un OCT confocale, richiesto strutturalmente, integra un inadempimento contrattuale grave (*aliud pro alio*), rendendo l'offerta non conforme.

Va detto, al fine di comprendere tecnicamente le differenze principali tra l'OCT (Tomografia a Coerenza Ottica) standard-lineare e le tecniche confocali (come la microscopia confocale a riflettanza - RCM, o la più recente LC-OCT) che esse risiedono nella profondità di penetrazione, nella risoluzione dell'immagine e nel tipo di tessuto solitamente analizzato.

Consiglio di Stato sez. III 31/3/2026 n. 2635**Compilazione del DGUE e Subappalto necessario**

La sentenza in questione statuisce che il subappalto necessario o qualificante è un mezzo per attestare il possesso dei requisiti di partecipazione, non una scelta opzionale in fase esecutiva. Richiede una dichiarazione espressa, specifica e inequivocabile sin dalla domanda di partecipazione, indicando categorie e lavorazioni, senza formule generiche, pena la violazione della *par condicio*. (Cons. Stato, Sez. V, n. 549/2022; n. 2365/2022; n. 11596/2022).

La natura dell'istituto del subappalto necessario (o qualificante) permette a un operatore economico privo della qualificazione in una o più categorie (lavorazioni SIOS o scorporabili) di partecipare alla gara affidando l'esecuzione a un subappaltatore qualificato. Vi è pertanto un obbligo dichiarativo: Non basta dichiarare genericamente il subappalto. La giurisprudenza richiede una manifestazione di volontà specifica che integri i requisiti di partecipazione. La mera intenzione di subappaltare per motivi organizzativi (subappalto facoltativo) è differente.

Le conseguenze della mancata o generica dichiarazione di subappalto necessario non è sanabile tramite soccorso istruttorio, poiché non si tratta di regolarizzare una forma, ma di dichiarare un requisito di qualificazione mancante, violando altrimenti i principi di trasparenza e *par condicio*. L'orientamento, confermato dal Consiglio di Stato (Sez. V, n. 549/2022, 2365/2022, 11596/2022 e 8761/2023), impone che la volontà di subappaltare per supplire a una carenza di qualificazione sia esplicitata chiaramente, distinguendo tra subappalto necessario (per partecipare) e facoltativo (per gestire l'appalto - l'esecuzione dello stesso).

Se, come nel caso di specie, il concorrente ha barrato "NO" all'avvalimento/capacità terzi, indicando i subappaltatori solo in modo facoltativo, tale omissione è considerata una carenza strutturale dell'offerta, non un semplice errore formale, poiché altera ex post i requisiti di qualificazione necessari per l'ammissione. Pertanto, barrando "NO" sull'avvalimento/capacità terzi, la dichiarazione viene intesa come subappalto facoltativo (volontario). L'omessa dichiarazione del subappalto necessario quindi comporta l'esclusione dalla gara.

In sintesi, la corretta compilazione del DGUE riguardo all'uso delle capacità di terzi è vincolante e non emendabile se nasconde una carenza di requisiti di qualificazione; la dichiarazione deve essere inequivocabile nel legare il subappalto al mancato possesso dei requisiti, l'amministrazione non può supporre tale volontà.

TAR Basilicata Potenza sez. I 2/4/2026 n. 148

Gara Mepa Consip, ambiguità del modulo informatico

La giurisprudenza amministrativa, con tal sentenza, ha confermato che la violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica non è configurabile quando la commistione derivi da ambiguità strutturali del modulo informatico predisposto dalla stazione appaltante. Ecco i punti chiave emersi dalla sentenza Consiglio di Stato, Sez. VII, n. 6183/2025 (e conformi a Sez. V, nn. 5871/2024, 1263/2024, 334/2024, 7997/2022, 2090/2020).

Se l'offerta tecnica richiede la compilazione di un campo obbligatorio denominato "Valore offerto" (identico a quello dell'offerta economica), il concorrente che inserisce il dato economico non commette un illecito sanzionabile con l'esclusione. L'errore è indotto da una piattaforma non chiara. In presenza di clausole ambigue nella *lex specialis*, deve prevalere l'interpretazione che favorisce l'ammissione alla gara, tutelando la massima partecipazione e la concorrenza.

Trova applicazione il principio del legittimo affidamento del concorrente, che non può subire le conseguenze negative di una richiesta palesemente ambigua o contraddittoria della stazione appaltante. Il divieto di commistione deve essere verificato in concreto, non in modo automatico. Se il dato economico è inserito solo per errore del sistema, non sussiste la violazione della segretezza o dell'imparzialità della valutazione. L'esclusione è illegittima se la commistione è frutto della struttura errata del portale telematico, e non di una precisa volontà del concorrente di anticipare elementi economici nella busta tecnica (anche Tar Basilicata, Sez. I, 20/03/2025).

Consiglio di Stato sez. III 8/4/2026 n. 2782

Principio di equivalenza funzionale

Secondo la sentenza in esame, il principio di equivalenza funzionale garantisce la massima partecipazione (*favor participationis*) negli appalti pubblici, permettendo l'ammissione di prodotti con specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste (Cons. Stato, Sez. III, nn. 4364/2013, 4541/2013, 5259/2017, 6561/2018, 6212/2019, 3081/2020, 8840/2025).

Questo principio si applica in modo generalizzato sia ai requisiti minimi che a quelli discrezionali, coprendo l'offerta nel suo complesso e il punteggio attribuito. La valutazione di equivalenza è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sindacabile dal giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o travisamento dei fatti.

Pertanto il principio generale trova una applicazione generalizzata sia per quanto riguarda i requisiti minimi sia per quanto riguarda i requisiti discrezionali e caratterizza l'intera disciplina della evidenza pubblica, con la possibilità di aggiungere, successivamente alla valutazione fatta dalla S.A., prodotti che abbiano specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, e ciò risponde, per l'appunto, al principio del *favor participationis*. Il Giudice non può sostituire le sue capacità valutative a quelle della P.A. quando si tratti esclusivamente di regole tecniche attinenti alle modalità di valutazione delle offerte, nemmeno se la determinazione adottata sia semplicemente opinabile dal punto di vista metodologico.

È interessante notare come la giurisprudenza più recente tenda a considerare l'equivalenza come implicita: anche se il bando non lo scrive espressamente, la Stazione Appaltante è obbligata a valutare i prodotti equivalenti, proprio per garantire la massima concorrenza.

TAR Puglia Lecce sez. I 9/4/2026 n. 577**Contratto di avvalimento e formalità**

La sentenza in questione stabilisce che il contratto di avvalimento è lo strumento (art. 104, D.lgs. 36/2023) che consente a un operatore economico di integrare i requisiti di partecipazione necessari, avvalendosi delle risorse di un'ausiliaria. Richiede forma scritta a pena di nullità, indicazione specifica delle risorse e produzione in originale o copia autentica alla domanda di partecipazione. Il soccorso istruttorio (art. 101) sanerà eventuali mancanze solo se il contratto abbia data certa anteriore al termine di gara. Secondo il nuovo codice degli appalti; l'ausiliaria deve mettere a disposizione risorse umane, tecniche e strumentali per tutta la durata dell'appalto.

Deve specificare i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione (non genericamente). È un contratto normalmente oneroso, salvo interesse specifico dell'ausiliaria. Operatore economico e ausiliaria sono responsabili in solido verso la stazione appaltante.

Per quanto concerne, come accennato, la possibilità di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 101, comma 1, lett. a), il soccorso istruttorio è ammesso per produrre il contratto, a condizione che sia stato stipulato (con data certa) prima della scadenza del termine di partecipazione. La Sostituzione della Ausiliaria è ammessa in caso di dichiarazioni mendaci o carenze, purché non alteri sostanzialmente l'offerta.

La sanabilità, mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, è possibile per la sola incompletezza documentale e non anche della mancata sottoscrizione di uno dei contraenti. La giurisprudenza, quindi con tale sentenza e sotto il nuovo codice in genere, tende a considerare non sanabile tramite soccorso istruttorio l'assenza radicale di sottoscrizione del contratto da parte di uno dei contraenti (es. l'ausiliaria) al momento della presentazione, in quanto non si tratta di una mera incompletezza documentale, ma di un vizio genetico dell'atto, non potendosi formare la volontà contrattuale dopo la scadenza del termine.

Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2026, n. 2844 –

Legittimità dell'esclusione per irregolarità fiscale certificata dal FVOE

Le risultanze del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), in materia di regolarità contributiva/tributaria costituiscono prova legale e fanno fede fino a querela di falso, vincolando la stazione appaltante. Ai sensi della sentenza Consiglio di Stato 2844/2026, non sussiste obbligo di contraddittorio procedimentale o verifiche autonome, essendo onere dell'operatore monitorare la propria posizione. Ecco cosa statuisce tale sentenza: Innanzitutto la c.d. Fede privilegiata: Il FVOE certifica la regolarità fino a querela di falso.

Poi vi è il principio di Autoresponsabilità: L'operatore economico è responsabile della correttezza dei dati nel proprio fascicolo. Va rimarcato che non è necessario attivare sub-procedimenti in contraddittorio, superando le indicazioni della vecchia delibera ANAC 464/2022 a favore della delibera ANAC 262/2023. Non vi è nessun onere per l'Ente: La stazione appaltante non deve svolgere verifiche ulteriori o mettere in dubbio i dati del FVOE.

Questa sentenza rafforza l'affidabilità del sistema digitale FVOE, trasferendo l'intero onere di verifica della regolarità fiscale e contributiva dalla stazione appaltante all'operatore economico dal momento dell'offerta fino all'aggiudicazione.

Pertanto, non sussiste in capo all'Amministrazione alcun onere di attivazione del contraddittorio procedimentale né di compimento di verifiche autonome a fronte di un'attestazione di irregolarità, gravando esclusivamente sull'operatore economico, in virtù del principio di autoresponsabilità, l'onere di monitorare la propria posizione fiscale e di garantire la continuità del possesso del requisito dalla data di presentazione dell'offerta sino all'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato ha pertanto confermato l'esclusione di un operatore economico per irregolarità fiscale, sancendo la natura vincolante del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) che fa fede fino a querela di falso. La sentenza stabilisce che il possesso dei requisiti deve essere ininterrotto e non sanabile con documenti postumi, escludendo la necessità di contraddittorio in base alle nuove delibere ANAC.

Corte di Giustizia Europea sez. VII 16/4/2026 n. C-568/24**Specifiche tecniche**

In generale, in virtù di tale sentenza, i principi di trasparenza e parità di trattamento (art. 18, par. 1, Direttiva 2014/24/UE) ostano all'esclusione di un'offerta basata su specifiche tecniche non giustificate oggettivamente o chiarite nei documenti di gara fin dalla pubblicazione. L'amministrazione deve garantire che i requisiti tecnici siano definiti in modo chiaro e oggettivo prima della presentazione delle offerte. Si evidenzia il principio di trasparenza e parità: Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, le stazioni appaltanti devono trattare gli operatori economici in modo non discriminatorio. Se un'esclusione si fonda su requisiti tecnici, questi devono essere trasparenti e non devono limitare artificiosamente la concorrenza. La mancanza di una giustificazione oggettiva (ex art. 2, par. 1, punto 13) o di una chiara indicazione nei documenti di gara delle specifiche tecniche rende l'esclusione potenzialmente illegittima. In sintesi, non è consentito escludere un offerente sulla base di criteri tecnici definiti o giustificati solo in un secondo momento, poiché ciò viola il diritto di tutela del legittimo affidamento e la parità di trattamento.

La Corte di Giustizia UE, con sentenza del 16 aprile 2026, ha stabilito che specifiche tecniche su modularità, mobilità, peso, superficie e bracci di un robot chirurgico sono illegittime senza la clausola «o equivalente», a meno che non siano giustificate dall'oggetto dell'appalto. Tali requisiti non devono ostacolare la concorrenza, pena la violazione delle direttive sugli appalti. La sentenza esalta il principio di equivalenza: Le caratteristiche tecniche specifiche, che favoriscono un produttore, devono sempre consentire l'offerta di prodotti equivalenti, pena la limitazione della concorrenza.

Deroga limitata: L'unica eccezione si verifica se tali requisiti sono assolutamente indispensabili per l'oggetto dell'appalto (es. dimensioni vincolate della sala operatoria) e non esistono alternative. La decisione si basa sull'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE (e interpretazioni del Codice Appalti italiano/europeo), garantendo la massima apertura del mercato.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Comunicato del Presidente n. 6 del 24 marzo 2026**

Con il Comunicato del Presidente n. 6 del 24 marzo 2026, l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) ha ufficializzato che il mancato versamento del contributo unificato nei giudizi (amministrativi, civili e tributari) rappresenta una violazione tributaria. Questo inadempimento può avere un impatto diretto sulla partecipazione alle gare d'appalto: L'omesso pagamento può configurare una causa di esclusione dalle procedure di affidamento, ai sensi degli artt. 94, comma 6 (violazioni gravi definitivamente accertate) e 95, comma 2 (violazioni non definitivamente accertate) del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

La posizione dell'Autorità si basa sull'orientamento giurisprudenziale che riconosce al contributo unificato natura tributaria, rendendo il suo mancato pagamento rilevante ai fini della regolarità fiscale dell'operatore economico. Segnalazione nel FVOE: Se l'importo non versato supera la soglia di 5.000 euro, l'inadempimento potrà essere inserito nel Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), rendendolo visibile alle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti generali. Il mancato pagamento del contributo unificato nei giudizi amministrativi, civili e tributari costituisce a tutti gli effetti una violazione tributaria e, come tale, può incidere direttamente sulla partecipazione alle gare pubbliche. Tale comunicato mira pertanto a garantire la regolarità fiscale dei concorrenti nelle procedure di affidamento.

Parere MIT n. 4169 del 21 aprile 2026**Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 41, comma 15-quater del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 36/2023), concernente la determinazione dei corrispettivi per i servizi di ingegneria e architettura e della riduzione massima prevista**

In seguito al quesito posto, con il quale si chiedeva se...*"poiché con il comma 15-quater dell'art. 41 viene consentita per gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura di cui all'art. 50 comma 1 lettera b), una riduzione non superiore al 20% dei corrispettivi determinati dall'All.I.13, ...la summenzionata riduzione possa essere applicata a tutti i servizi S.I.A., ivi compresa l'attività di progettazione che, nel richiamato art. c.1 lett. B) art. 50 viene distinta dai servizi di architettura e ingegneria*, il MIT ha riscontrato che, la riduzione massima del 20% prevista dall'art. 41, comma 15-quater del d.lgs. 36/2023 (Codice Contratti Pubblici) si applica a tutti i servizi di ingegneria e architettura (S.I.A.) affidati direttamente (art. 50, c.1, lett. b), inclusa la progettazione. La norma stabilisce un limite allo sconto massimo ammissibile, non un obbligo di riduzione immediata da parte del RUP. La norma si applica agli affidamenti diretti di cui all'art. 50, comma 1, lett. b) (sotto 140.000 €) per servizi di ingegneria, architettura e attività tecniche connesse (es. progettazione, direzione lavori, coordinamento sicurezza).

La stazione appaltante determina l'importo a base di gara secondo l'Allegato I.13 (equo compenso). L'operatore economico può applicare uno sconto, che non può superare il 20% del valore calcolato. Ecco quindi l'Interpretazione della norma: Il comma 15-quater viene interpretato come il limite massimo di ribasso applicabile nel contesto degli affidamenti diretti, rispettando il principio dell'equo compenso.

Il RUP calcola il compenso intero secondo l'Allegato I.13; non può imporre una riduzione forfettaria alla fonte superiore al 20%, ma deve considerarla come il limite massimo che l'operatore può offrire in sede di negoziazione. In pratica, la riduzione del 20% è applicabile a tutti i servizi di ingegneria e architettura, garantendo che il corrispettivo finale non scenda sotto l'80% di quanto calcolato con i parametri dell'Allegato.

Parere MIT 21 aprile 2026, n. 4207**Art. 2, comma 6, allegato II.12 al Codice, cifra d'affari**

Con tale parere veniva richiesto se il valore di 2,5 volte (cifra d'affari) vada parametrato alla sola categoria per la/la quale/i occorra una classifica VIII o all'importo totale a base di gara.

In base all'art. 2, comma 6, dell'Allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), il requisito della cifra d'affari richiesta (non inferiore a 2,5 volte l'importo), richiesto per gli appalti di importo superiore a 20.658.000 euro a chi possiede la classifica VIII, va inteso come 2,5 volte l'importo totale a base di gara, e non soltanto alla singola categoria per la quale è necessaria la classifica VIII.

Ecco esplicitati i punti fondamentali del quesito: La norma si applica quando l'appalto nel suo complesso supera la soglia di euro 20.658.000. Parametro di calcolo: Il requisito si riferisce all'importo totale a base di gara e non alle sole categorie per le quali occorre una classifica VIII. L'operatore, pur possedendo la classifica VIII, deve aver realizzato nel quinquennio antecedente una cifra d'affari non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara.

L'obiettivo è garantire che l'operatore economico possieda la capacità economica necessaria per l'esecuzione dell'intero appalto di rilevante importo, dato che la classifica VIII, pur coprendo la categoria, non esaurisce la necessità di dimostrare la solidità finanziaria su progetti di grandi dimensioni.

Il TAR Puglia-Lecce, nella sentenza n. 386 del 2024, ha confermato che la cifra d'affari rappresenta un requisito aggiuntivo per le gare di rilevante importo, imponendo di considerare il valore complessivo dell'appalto, calcolato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando. Pertanto, la cifra d'affari è 2,5 volte l'importo a base di gara; se l'importo totale della gara supera i 20.658.000 euro, il concorrente deve dimostrare la cifra d'affari relativa a tale importo totale, indipendentemente dalla suddivisione in categorie.

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

Chi sottoscrive l'autorizzazione al subappalto nelle Pubbliche Amministrazioni?

Il MIT con parere n. 4181 del 21/04/2026 ha chiarito quanto segue: *"L'art. 119 al comma 4 prevede che, in presenza di determinate condizioni, i soggetti affidatari dei contratti pubblici possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, "previa autorizzazione della stazione appaltante". La norma non contiene una puntuale indicazione in merito al soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione, ma parla genericamente di "stazione appaltante", lasciando intendere che debba trattarsi di un dirigente, in qualità di organo di vertice della stazione appaltante che abbia i poteri per impegnare la stazione appaltante all'esterno. Conseguentemente, l'autorizzazione al subappalto può essere rilasciata anche dal RUP nel caso in cui questi sia un dirigente e/o disponga dei necessari poteri per impegnare la stazione appaltante all'esterno."*

2

Quale scostamento rileva ai fini del regolare rilascio del DURC?

Il D.M. 30 gennaio 2015 disciplina il procedimento per il rilascio del DURC e, all'articolo 3, i presupposti in base ai quali la regolarità deve essere attestata. Lo stesso comma introduce la nozione di "scostamento non grave", definendolo come una differenza tra somme dovute e versate pari o inferiore a 150 euro, comprendendo anche eventuali accessori di legge, stabilendo quindi, la soglia di tolleranza entro la quale il sistema informatico Durc On Line può attestare la regolarità della posizione contributiva.

Perplessità ha destato invece il riferimento agli accessori di legge, tanto da richiedere un chiarimento al Ministero del Lavoro che con parere del 13 ottobre 2025 n. 14751, ha stabilito come il concetto di "regolarità contributiva" non possa prescindere dal pagamento integrale sia dei contributi sia delle relative sanzioni e interessi correlate, da comprendersi nella soglia individuata dal D.M.

Contrariamente a quanto disposto dal Ministero del Lavoro, la Corte di Cassazione con ordinanza n. 8132 del 1.4.2026, ha espresso invece un orientamento opposto, non ritenendo utile comprendere anche le sanzioni nel concetto di soglia tollerabile in quanto contrario alla finalità della norma che nella definizione di scostamento tra quanto dovuto e quanto versato non può tener conto già in predetta sede delle eventuali sanzioni aventi natura differente e non assimilabile al debito originario.

3

E' legittima la previsione negli atti di gara di criteri premiali dell'offerta tecnica che valorizzino la localizzazione territoriale degli operatori economici?

Il Tar Catania ha analizzato la problematica oggetto di ricorso con sentenza n. 1153 del 21/04/2026 chiarendo che: *"Con particolare riferimento alle cosiddette clausole di territorialità, ossia alle "clausole della lex specialis che prescrivono requisiti di partecipazione alla gara correlati ad elementi di localizzazione territoriale, o che ad essi attribuiscono un maggior punteggio in sede di valutazione delle offerte", inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di rimarcare che "il criterio della territorialità è illegittimo soltanto ove posto come requisito di partecipazione, impattando frontalmente una previsione di tal tipo con i principi del favor participationis e della par condicio tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione.*

Viceversa, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso, non potendo a priori la valorizzazione del collegamento con il territorio ritenersi irragionevole (ex multis, Cons. St., sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147). In tale prospettiva, rilievo determinante assume, evidentemente, la considerazione delle caratteristiche della prestazione oggetto di gara, non potendo che misurarsi la ragionevolezza della clausola di territorialità, pur a fronte dell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di esecuzione della prestazione, nella relativa funzionalità alle specifiche esigenze poste dalla natura e dalle caratteristiche della prestazione medesima" (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2021, n. 901; in senso conforme, T.A.R. Campania, Sez. IX, 8 aprile 2025, n. 2957).

In definitiva, quindi, la clausola di cui si tratta deve considerarsi legittima, in quanto: a) non

impedisce la partecipazione alla gara degli operatori non radicati nel territorio, ma si limita ad attribuire un punteggio aggiuntivo, non determinante ai fini dell'aggiudicazione; b) il criteri territoriale prescelto dall'Amministrazione non consiste in un mero riferimento geografico, rapportandosi ad un vantaggio qualitativo concreto ai fini dell'esecuzione del contratto, in quanto presuppone la conoscenza del contesto locale, delle reti di servizi sociali e sanitari, dei protocolli operativi e dei referenti istituzionali, cioè di elementi idonei a garantire una maggiore qualità e una più rapida ed efficiente attivazione del servizio, in linea con il principio del risultato di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 36/2023; c) il punteggio attribuito è certamente limitato e non sproporzionato rispetto al punteggio complessivo, sicché non risulta vanificato il confronto competitivo sugli altri elementi dell'offerta."

4

Quando il ribasso del 100% nei servizi tecnici può considerarsi legittimo?

Il TAR Lazio, sez. Roma II, con sentenza del 18 marzo 2026, n. 5142, affronta la problematica alla luce delle modifiche introdotte dal correttivo al codice degli appalti, con l'introduzione di una quota di compenso ribassabile pari al 35% e una non ribassabile pari al 65%.

Pertanto, il ribasso del 100% per quanto estremo, non può considerarsi illegittimo in quanto riferito esclusivamente alla **quota del 35%**, prevista dal codice quale elemento ribassabile senza limitazione alcuna e, non producendo violazione alcuna del compenso professionale tutelato dalla quota non ribassabile, pari al **65%**.

Conclude chiarendo che l'espressione di tale percentuale di ribasso non può considerarsi di per sé un'autonoma causa di esclusione senza una espressa e motivata previsione negli atti di gara.

5

Nelle concessioni d'uso di beni pubblici v'è l'obbligo di verifica dell'anomalia dell'offerta?

Il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce adempimento obbligatorio, solo per le procedure assoggettate alla disciplina del Codice dei contratti pubblici. Ne deriva che nelle procedure ad evidenza finalizzate alla stipula di contratti attivi di concessione d'uso di beni pubblici, l'Amministrazione non ha l'obbligo di attivare il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. Tuttavia per giurisprudenza consolidata nelle gare pubbliche la fase di verifica della congruità dell'offerta, anche laddove non è obbligatoria, è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, che può disporla con una determinazione sindacabile in sede giurisdizionale solo se macroscopicamente irragionevole ovvero irrazionale, illogica ovvero viziata da travisamento dei fatti (*Cfr. ex multis Tar Lombardia, Milano, Sez. V, 22/04/2026, n. 1862*).

6

In caso di affidamento diretto ad una società in house l'Amministrazione deve procedere con i controlli sul possesso dei requisiti?

Una recente Deliberazione della Corte dei Conti, sezione di controllo per la Campania, n. 98/2025, ha stabilito la necessità di verificare i requisiti di cui agli artt. 94-95 e 100 del d.lgs. 36/23 anche per gli affidamenti in house, non considerando sufficiente il controllo analogo cui queste società, sono sottoposte, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'Amministrazione. Non si tratta di una verifica finalizzata all'"esclusione" da una gara, perché la gara non c'è; si tratta piuttosto di una verifica della assenza di cause ostative all'affidamento/contrattualizzazione e della permanenza dei presupposti per ricorrere al modello in house.

7

Quali sono gli effetti sugli atti di gara in caso di omessa previsione del punteggio premiale per il possesso della certificazione sulla parità di genere?

Nel quadro del d.lgs. 36/2023, come modificato dal d.l. 57/2023, la regola chiave è che le stazioni appaltanti devono prevedere nei bandi, avvisi e inviti un maggior punteggio per le imprese che dimostrano politiche di parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere 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.

Con il parere di precontenzioso n. 145 del 09.04.2025, ANAC ha chiarito che la parità di genere non rappresenta una clausola opzionale, ma un criterio legale cogente, da rispettare in ogni fase della procedura di gara.

Il TAR Roma, con sentenza n. 4399 del 09.03.2026, nel ricordare preliminarmente che la revoca della gara è espressione del potere di autotutela della P.A. e, quindi, come tale è caratterizzata da ampia discrezionalità, sindacabile solo per illogicità e manifesta irragionevolezza, non ravvisa il carattere irragionevole o manifestamente illogico del provvedimento adottato in autotutela dalla Stazione Appaltante di revoca dell'intera gara, atteso che l'annullamento della procedura si è fondato su rilievi relativi alla corretta valorizzazione di criteri premiali, con particolare riferimento alla mancata applicazione dell'art. 108, comma 7, del D.Lgs. n. 36/2023 il quale prevede un obbligo di inserire nella lex specialis le clausole premiali per la promozione della parità di genere.

8

Qual è la condizione per essere ritenuta valida la certificazione della parità di genere?

La giurisprudenza ha chiarito che, per poter essere ritenuta valida, la certificazione della parità di genere deve essere stata rilasciata all'impresa da un ente iscritto nell'elenco ufficiale degli organismi abilitati per lo "specifico" schema dalla UNI/PdR 125:2022. La locuzione "nel settore specifico" è riferita non al settore di mercato del cliente finale, ma al campo tecnico di competenza per cui l'organismo è stato accreditato, ossia legittimato a rilasciare certificazioni spendibili nel mercato dell'Unione europea. Di conseguenza, per essere ritenuta valida, la certificazione della parità di genere deve essere rilasciata da un ente accreditato per "il settore specifico", ossia per l'ambito di competenza delineato dalla UNI/PdR 125:2022.

9

Come viene riconosciuto il punteggio premiale della certificazione sulla parità di genere in caso di Raggruppamento Temporaneo di Impresa?

In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale previsto dalla lex specialis per il possesso della certificazione della parità di genere, le finalità di interesse pubblico e sociale per cui essa è stata prevista richiedono che la certificazione sia posseduta da tutte le imprese componenti il raggruppamento, dal momento che, ove fosse invece posseduta solo da qualche impresa, essa non realizzerebbe compiutamente detta finalità né arricchirebbe in qualche modo l'offerta nel suo profilo tipicamente prestazionale (Cfr. TAR Roma, 02.07.2025 n. 12991, Consiglio di Stato, Sez. V, 20.03.2025 n. 2291 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.04.2025 n. 3117).

10

Nella coprogettazione è possibile il rimborso del costo del personale retribuito?

Diversamente da quanto in precedenza sostenuto dal Consiglio di Stato che in più occasioni (Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 6232 del 7 settembre 2021; Consiglio di Stato, sentenza n. 4540 del 22 maggio 2024) ha escluso qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi, tra cui lavoro e capitale nell'affidamento dei servizi agli enti del Terzo Settore, in particolare della coprogettazione, lo stesso Consiglio di Stato, Sezione V con sentenza n. 3082 del 20 aprile 2026 ha modificato orientamento ritenendo ammissibile il costo del personale impiegato nelle attività co-progettate come voce rimborsabile, nei limiti del progetto e del piano finanziario. La relazione ministeriale richiamata dalla sentenza afferma infatti che le voci del costo del lavoro, anche dipendente e autonomo, possono essere spese ammissibili a rimborso, nei limiti del progetto, del piano finanziario e delle quote di cofinanziamento.

La Garanzia provvisoria come documento nativo digitale

IN
PIL
LOLE

La vicenda che esaminiamo si inquadra perfettamente nella recente giurisprudenza amministrativa relativa all'applicazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 36/2023), che impone la digitalizzazione integrale delle procedure di gara. Il Consiglio di Stato (con orientamento confermato altresì da recenti sentenze) ha stabilito principi severi in materia di garanzia provvisoria (Sent. Sez. V, n. 2472 del 24/03/2026). La polizza fideiussoria deve essere emessa, firmata digitalmente dall'istituto garante e presentata in formato "nativo digitale".

La scansione PDF di un documento analogico (firmato a mano e/o di pugno) è considerata una semplice copia informatica e non un documento digitale valido ai sensi del Nuovo Codice degli Appalti. Una fideiussione non nativa digitale, presentata in scansione, è giuridicamente considerata inesistente o irrimediabilmente irregolare, equiparata alla mancata presentazione della garanzia.

Il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sanare la mancanza originaria della garanzia (quindi non è sanante).

Se la firma digitale apposta sul documento è successiva al termine di scadenza dell'offerta, il documento non è valido. La garanzia deve

esistere validamente, in formato digitale, entro il termine perentorio di presentazione delle offerte.

La decisione del Consiglio di Stato mira a garantire la massima sicurezza giuridica sulla validità e immediata escutibilità della garanzia fin dal momento della partecipazione, tutelando la *par condicio* dei concorrenti.

Il Consiglio di Stato ha stabilito che la polizza fideiussoria nelle gare d'appalto deve essere un documento "nativo digitale", non una semplice scansione di un originale cartaceo. Questo requisito, legato all'art. 106, è una condizione di validità: la scansione è un duplicato informatico di un documento analogico e, come tale, è inesistente e non sanabile.

Si contrappone quindi il c.d. "Nativo Digitale" contro la c.d. "Scansione"; il documento deve nascere digitalmente ed essere firmato digitalmente, non creato su carta e poi digitalizzato. Non è una mera formalità di trasmissione, ma un requisito sostanziale. Una polizza nativa analogica (scansionata) è considerata inesistente e priva di effetti giuridici. La norma mira ad assicurare la certezza del documento in ambiente digitale, vietando l'uso di documenti cartacei scansionati che non costituiscono documenti nativamente digitali.

Il soccorso istruttorio non è ammesso per sanare la mancanza di firma digitale su documenti di gara, poiché tale carenza non costituisce un mero vizio formale, bensì un difetto sostanziale che impedisce l'imputazione giuridica dell'offerta. La produzione in soccorso di un documento con firma apposta successivamente alla scadenza del termine di gara, o la trasformazione di una copia scansionata (documento analogico) in documento nativo digitale *post-termini*, equivale a una nuova produzione documentale, violando la par condicio.

Ecco perché il soccorso istruttorio è inefficace: L'assenza di firma digitale, o una firma apposta dopo la scadenza della gara, rende l'offerta non imputabile all'operatore economico, configurando una carenza essenziale non sanabile. Il documento deve essere nativo digitale; il soccorso istruttorio è limitato alla produzione di un documento nativo digitale formato prima della scadenza del termine di gara, avente data certa anteriore alla stessa.

Una polizza fideiussoria (garanzia definitiva) firmata digitalmente dopo la scadenza del termine di gara non può essere regolarizzata, poiché dimostra che il documento non preesisteva alla gara, rendendo il soccorso istruttorio irregolare e meritevole di esclusione.

Anche se si prova a regolarizzare un documento precedente con una firma digitale apposta in un secondo momento (copia informatica di un documento analogico), la giurisprudenza prevalente, oggi, considera tale azione inefficace, in quanto non garantisce che l'atto fosse completo alla data di scadenza.

La Stazione Appaltante ha l'obbligo di escludere il concorrente che, tramite soccorso istruttorio, cerca di creare un nuovo documento o sanare una carenza strutturale della firma apposta tardivamente.

Il Consiglio di Stato, nell'applicazione del D.Lgs. 36/2023, stabilisce che il Principio del Risultato non giustifica il superamento delle forme digitali, poiché la digitalizzazione stessa garantisce sicurezza e verificabilità essenziali al risultato.

Di conseguenza, una polizza fideiussoria non nativa digitale è considerata inesistente e non sanabile, evidenziando che il risultato si persegue attraverso, e non contro, le regole formali digitali.

Con la sentenza n.2472 del 24.03.2026 pertanto, il Consiglio di Stato stabilisce che la garanzia provvisoria negli appalti pubblici deve essere "nativa digitale", confermando che il formato elettronico originale non è un mero onere formale ma un requisito di esistenza. Una polizza non nativa digitale è inesistente e non sanabile, comportando l'esclusione del concorrente anche se firmata e marcata digitalmente dopo la scadenza.

Riassumendo quanto sopra esposto corre l'obbligo di rimarcare i seguenti punti:

- a. Formato Nativo Digitale (Art. 106, c. 3 D.Lgs. 36/2023). La polizza deve nascere digitale e contenere la firma digitale del fideiussore, rendendola verificabile in tempo reale;
- b. Inesistenza della Scansione; una copia informatica di documento analogico (scansione) non rispetta la norma, non ha valore giuridico come documento nativo digitale e non è ammissibile;
- c. Limiti al Soccorso Istruttorio; la mancanza di firma digitale o l'apposizione della stessa oltre il termine di scadenza delle offerte non può essere sanata, poiché il documento è considerato "nuovo";
- d. Marcatura Temporale: La data della marcatura temporale fa fede per la verifica della tempestività della firma;
- e. Prevalenza della Digitalizzazione: Il "principio del risultato" non consente di eludere le regole di sicurezza telematica; la verificabilità immediata presso l'emittente è cruciale.

Le fideiussioni devono essere emesse telematicamente e, dal 1° gennaio 2024, verificabili sul sito dell'emittente o gestite tramite piattaforme di registri distribuiti.

[illegible]



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!