

Rivista mensile - Anno XVI, Numero 4

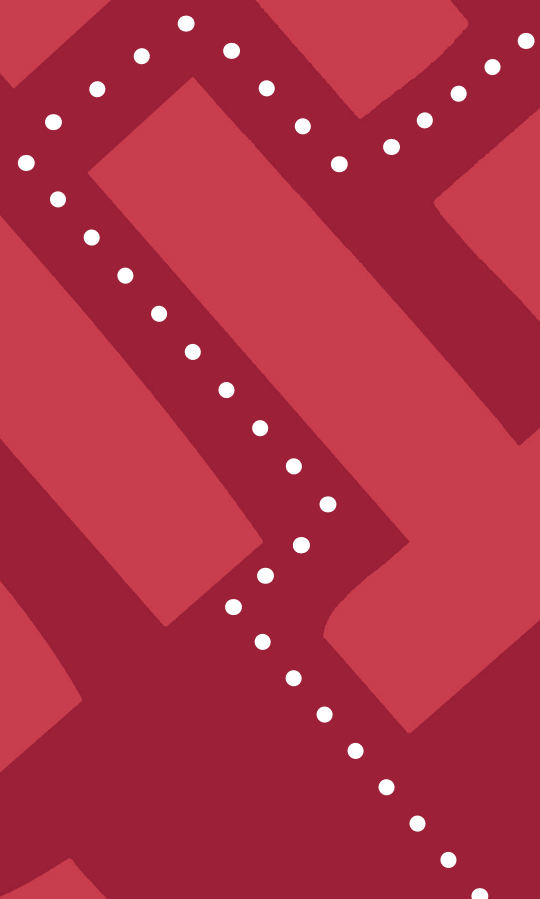
giugno
2026

MEDIA APPALTI

**La certificazione sulla
parità di genere negli
appalti pubblici: quadro
normativo e svolte
giurisprudenziali**

**Equilibrio contrattuale,
sopravvenienze
e rinegoziazione
nel nuovo codice
dei contratti pubblici
(d.lgs. 36/2023)**

**Gli appalti nei
settori speciali**



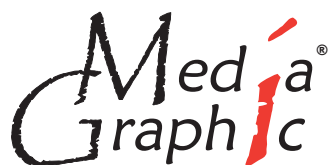
**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

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

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

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

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



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**giugno
2026**

Scrittura

Dovremo tutti imparare a scrivere, in modo cristallino, dettagliato, preciso in ogni aspetto. Dovremo avere le idee chiare, definite, senza lasciare spazio a dubbi e incertezze. Nulla dovrà essere lasciato al caso.

Perché funzioni, perché generi precisamente quello che vogliamo le dobbiamo dare istruzioni chiare. La macchina produce quello che le chiediamo. Non possiamo concederci superficialità e zone d'ombra tra quel che immaginiamo e quello che digitiamo. L'intelligenza artificiale funziona così: tu dici, lei fa. È intelligente fino a quando la utilizziamo con intelligenza. È un enorme contenitore di nozioni dal quale dobbiamo attingere con sapienza e responsabilità.

L'intelligenza artificiale sarà un supporto sempre più sofisticato al quale potremo affidare quote sempre più importanti del nostro mestiere, qualunque sia.

È un'evoluzione tecnologica che cambierà la società in modo radicale. Come per quella industriale sarebbe il caso di parlare di "rivoluzione".

L'intelligenza artificiale non è un'innovazione settoriale, limitata a un uso specifico, è universale. Entra in ogni ambito della quotidianità. Influisce sul nostro modo di lavorare e sul nostro tempo libero. È onnipresente. Sta cambiando radicalmente la percezione della vita: una rivoluzione appunto.

Con l'ausilio dell'intelligenza artificiale ci stiamo promettendo di essere più veloci e precisi nell'eseguire le nostre attività, stiamo insegnando ai robot a svolgere azioni che qualche decennio fa erano appannaggio dell'estrosa creatività di autori di fantascienza.

I robot, che fino a ieri erano rimasti chiusi nelle fabbriche, stanno cominciando a occuparsi di mansioni che si svolgono altrove, nei cantieri edili per esempio. L'Istituto Italiano di Tecnologia aveva sviluppato già nel 2025 il prototipo di un robot al quale affidare lavori meno agevoli e più pericolosi.

Un'applicazione che va nella direzione giusta, quella della sicurezza sul lavoro. Un giorno, ne siamo certi, sui cantieri vedremo muoversi robot di vario genere per la realizzazione di strade, ponti, edifici.

La robotizzazione del lavoro, per i paesi industrializzati, potrebbe essere la sola strada percorribile per garantire lo stesso livello produttivo di oggi. Le società contemporanee più avanzate, tra le quali l'Italia, da anni stanno vivendo un periodo di "inverno demografico".

La popolazione non cresce. Probabilmente, non è un caso che questa rivoluzione tecnologica arrivi proprio in questo momento storico. La trasformazione della società è appena iniziata. In poco tempo ci ha messo a disposizione mezzi che pochi anni fa non potevamo immaginare.

Andrà avanti a ritmo sempre più sostenuto. In un decennio il nostro modo di esistere sarà totalmente cambiato. Così, se da una parte la popolazione non cresce, dall'altra le macchine si evolvono. Sembra quasi di far parte di un disegno divino. Siamo protagonisti di un'autentica evoluzione naturale della specie.

La forza lavoro umana sarà ridotta e sarà sostituita con quella artificiale. Uno scenario avveniristico che potrebbe sembrare raccapricciante: andiamo verso una disumanizzazione della civiltà? Ci estingueremo a favore delle macchine? Potrebbe essere vero il contrario, l'umanità si salverà grazie alle macchine. Il trend di denatalità farà perdere

all'Italia 8 milioni di lavoratori entro il 2050. Dovremo affidare ai robot e all'intelligenza artificiale il compito di colmare questo vuoto. Se non lo facessimo chi si occuperebbe di riempire gli scaffali dei supermercati, chi si adopererebbe per costruire e mantenere opere private e di pubblica utilità?

Avremo benefici e avremo costi. Cosa prevarrà, dipenderà dal linguaggio che utilizzeremo per indottrinare l'intelligenza artificiale e programmare i robot. La responsabilità dei lavori elaborati con l'intelligenza artificiale è e sarà sempre dell'individuo umano che l'ha istruita. Per tale ragione il suo utilizzo deve essere tracciabile e trasparente.

È il principio che sta alla base dell'aggiornamento dei Bandi Tipo formulati dall'ANAC. In vigore dal 30 maggio scorso, i nuovi bandi tipo 1 e 2 prevedono che "gli operatori economici dichiarino di aver utilizzato sistemi di Intelligenza Artificiale nella predisposizione dell'offerta o se intendono utilizzarli in fase esecutiva".

La tecnologia "non è neutrale, perché assume il volto di chi la pensa, la finanzia, la regola, la usa", ha affermato Papa Leone XIV nell'Enciclica Magnifica Humanitas, pubblicata il 25 maggio scorso.

Dobbiamo imparare a scrivere in maniera chiara e puntuale. Scrivere con responsabilità. Lo dobbiamo fare tutti perché l'utilizzo dell'intelligenza artificiale non è prerogativa di una élite, la utilizziamo tutti e tutti ne siamo responsabili.

Nel 3200 a.C. l'invenzione della scrittura segnò il passaggio tra preistoria e storia. Oggi con la scrittura abbiamo il potere di definire il nostro futuro, di passare a nuova era, di contribuire a questa rivoluzione che non è solo tecnologica ma anche sociale, antropologica, esistenziale.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Scrittura

4

In evidenza

La variazione del CCNL
indicato all'interno dell'offerta:
conseguenze e rimedi

7

Sotto la lente

La certificazione sulla parità di
genere negli appalti pubblici:
quadro normativo e svolte
giurisprudenziali

15

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

Hanno collaborato a questo numero:

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

Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca Università
Tor Vergata

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

Olga Toscano
Esperto Legale presso Agenzia del Demanio

Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

Francesco Vergine
Magistrato TAR

Marco Voza
Avvocato Amministrativista del Foro di Taranto

Il Punto

Le indicazioni di prassi e
giurisprudenza in merito ai criteri
di selezione degli O.E. da invitare
alle negoziate

23

Equilibrio contrattuale,
sopravvenienze e rinegoziazione nel
nuovo codice dei contratti pubblici
(d. lgs. 36/2023)

29

Illegittima la richiesta
della concreta disponibilità
anticipata di strutture per
l'esecuzione dell'appalto

42

Gli appalti nei settori speciali

49

Consentita la valutazione
individuale delle offerte. La tutela
della segretezza e della collegialità
nelle procedure di gara pubblica

57

Pareri & Sentenze

63

A Domanda Rispondiamo

70

In pillole

74

La variazione del CCNL indicato all'interno dell'offerta: conseguenze e rimedi

di Giuseppe Laurieri

IN
EVIDENZA

Premessa

Il ruolo della contrattazione collettiva negli affidamenti pubblici assume una valenza fondamentale sotto la vigenza del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (il **"Codice"**, il **"Nuovo Codice"** o **"Codice dei contratti pubblici"**) che, ancor più rispetto al passato, ha inteso rafforzare l'attenzione nei confronti dei lavoratori impiegati e delle loro tutele, perseguendo gli obiettivi imposti a livello comunitario.

L'attenzione riposta nei confronti dei CCNL, tuttavia, riproduce notevoli criticità applicative, come quelle che interessano il presente contributo, ossia le dinamiche connesse al mutamento del contratto collettivo individuato in sede di offerta e/o applicato ad un contratto pubblico già aggiudicato e in fase d'esecuzione. Che succede in questo caso? Quale sorte per il sinallagma e, in ogni caso, nei confronti dei lavoratori?

La questione si inserisce in una fitta trama di interrogativi giuridici ed economici, laddove l'esigenza di salvaguardare l'integrità patrimoniale dell'operatore economico privato deve costantemente confrontarsi con il dovere di buon andamento, efficienza e stabilità della

spesa pubblica facente capo alla stazione appaltante. Negli appalti di servizi e forniture, e in special modo in quelli caratterizzati da un'altissima densità di forza lavoro, il costo del personale non costituisce una voce di spesa marginale, tutt'altro: il lavoro è la componente largamente maggioritaria dell'intera struttura dei costi dell'appalto, arrivando spesso a superare l'80 per cento del valore complessivo della commessa. Ne deriva che qualsiasi minima oscillazione tabellare dei trattamenti retributivi minimi, determinata dalla rinegoziazione della contrattualistica collettiva, è idonea a riverberarsi in modo immediato e dirompente sui margini di utile stimati dall'operatore economico in sede di formulazione dell'offerta, trasformando in molti casi un contratto potenzialmente remunerativo in una perdita economica insostenibile.

Storicamente, l'ordinamento giuridico ha guardato con estremo rigore alle istanze di adeguamento dei prezzi e corrispettivi, sul presupposto che l'offerta presentata in gara vincolasse in modo assoluto e irrevocabile il privato per tutta la durata del contratto, restando i successivi incrementi dei fattori produttivi confinati nell'ambito del fisiologico rischio d'impresa. Tuttavia, la recente congiuntura macroeconomica globale, contrassegnata

da critici eventi geo-politici estremamente impattanti, una fiammata inflazionistica senza precedenti e dal conseguente, massiccio rinnovo di comparti contrattuali rimasti bloccati per anni, ha evidenziato l'anacronismo di una visione totalmente rigida e penalizzante per il sinallagma contrattuale.

La realtà ha, quindi, dimostrato che la rigidità tradizionalmente imposta rispetto al prezzo dell'appalto a fronte di incrementi retributivi inderogabili non fa altro che incentivare l'inadempimento contrattuale, la conflittualità giudiziaria e, nei casi più gravi, la ricaduta sulla qualità delle prestazioni o la violazione delle norme a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Tutto ciò premesso, si impone, dunque, nella quotidianità degli impegni e delle attività che vedono coinvolti stazioni appaltanti ed operatori economici attivi nel *public procurement*, un momento di riflessione sugli effetti che sono in grado di ripercuotersi sul sinallagma contrattuale a seguito della modifica dei contratti collettivi originariamente vigenti (quindi, inseriti nell'offerta o, già, nel contratto d'appalto) e, solo durante la fase di gara o durante la fase esecutiva del contratto, modificati.

1. L'evoluzione del quadro normativo interno in merito alla "modificabilità" dell'offerta e l'importanza del CCNL

Sotto il profilo normativo, l'analisi della legislazione in materia di appalti pubblici rivela un profondo e radicale mutamento di approccio nel passaggio dal vecchio al nuovo impianto codicistico. Nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("**Vecchio Codice**"), la disciplina della revisione dei prezzi e delle modifiche contrattuali era improntata a un rigore estremo: l'art. 106 del codice previgente configurava, infatti, lo *ius variandi* e l'adeguamento dei corrispettivi come ipotesi del tutto eccezionali, subordinate alla presenza di clausole revisionali estremamente dettagliate, chiare e precise sin dai documenti di gara originari. In assenza di tali clausole espresse, l'amministrazione non disponeva di un potere discrezionale generale per procedere

al riequilibrio e l'eventuale concessione di aumenti tariffari veniva guardata con estremo sospetto, potendosi ravvisare al ricorrere di tale circostanze una potenziale fonte di danno erariale e una violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, sul presupposto che se gli altri partecipanti avessero saputo della successiva revisione avrebbero potuto formulare offerte differenti.

Questo assetto normativo ha mostrato tutte le sue "fragilità" strutturali in coincidenza con le crisi globali degli ultimi anni, spingendo il legislatore a intervenire prima con disposizioni emergenziali e, infine, con una riforma organica e strutturale del sistema.

Il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha operato una vera e propria inversione di tendenza, abbandonando il dogma dell'immutabilità assoluta dell'offerta e, quindi, del contratto pubblico in favore di una concezione dinamica e flessibile del vincolo sinallagmatico.

Il Nuovo Codice non si limita a disciplinare la revisione dei prezzi come un mero istituto di dettaglio, ma la colloca a "sistema", la inserisce nell'alveo dei principi generali che governano l'intera materia dei contratti pubblici, imponendo di orientare l'esecuzione del contratto verso il conseguimento dell'obiettivo pubblico con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo, obiettivo che risulterebbe irrimediabilmente frustrato qualora l'appalto si interrompesse a causa del soffocamento economico dell'appaltatore "schiacciato" da costi del lavoro non compensati: l'adeguamento dei prezzi e corrispettivo diventa meccanismo automatico.

La disposizione che segna lo spartiacque definitivo rispetto al passato è senza dubbio l'art. 9 del Nuovo Codice, rubricato espressamente 'Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale'.

Il primo comma statuisce che qualora sopravvengano circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, alla fluttuazione del mercato e alla volontaria attività delle parti, che alterino in modo

significativo l'assetto economico del contratto, la parte svantaggiata ha il diritto di ricevere la rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo buona fede.

Il secondo comma aggiunge un tassello fondamentale, specificando che la rinegoziazione deve essere finalizzata a ripristinare l'originario equilibrio del contratto, salvaguardando al contempo i margini di utile dell'operatore economico. Non si tratta più, dunque, di una concessione facoltativa da parte della Pubblica Amministrazione, bensì di un vero e proprio diritto soggettivo del privato all'attivazione del rimedio manutentivo del contratto.

In stretta correlazione con l'art. 9, l'art. 60 del nuovo Codice traduce questo principio generale in una regola operativa inderogabile in materia di revisione dei prezzi.

Questa architettura normativa dimostra che il legislatore del 2023 ha preso atto dell'impossibilità di far gravare sul solo appaltatore eventi macroeconomici o variazioni legislative di portata eccezionale, delineando un sistema in cui il rischio d'impresa viene rigidamente perimetrato ed entro il quale l'amministrazione assume un preciso dovere di cooperazione per la tenuta del contratto.

In questo contesto, con specifico riferimento alla contrattazione collettiva, l'art. 11 del Codice dei contratti pubblici impone alle Stazioni Appaltanti di indicare nei documenti di gara il Contratto Collettivo Nazionale applicabile al personale impiegato nell'appalto.

La norma, nel temperare la tutela dei lavoratori con la libertà di iniziativa economica, consente all'operatore di applicare un CCNL diverso, ma a una condizione precisa: la garanzia di tutele economiche e normative equivalenti rispetto a quelle del contratto indicato dalla stazione appaltante.

Questa possibilità, tuttavia, non è rimessa a valutazioni successive o informali. Il Codice richiede che la scelta del CCNL – sia esso coincidente o diverso da quello indicato nella lex specialis – venga esplicitata in sede di gara, attraverso dichiarazioni chiare, univoche e verificabili.

Nei casi di CCNL diverso, l'operatore è tenuto a rendere la dichiarazione di equivalenza delle tutele, che deve essere sottoposta a verifica prima dell'aggiudicazione, secondo le modalità previste dall'art. 110 e dall'Allegato I.01. In questo schema, **non vi è spazio per rettifiche postume che incidano su elementi che hanno già contribuito alla valutazione dell'offerta** e che, secondo la giurisprudenza offerta in materia, costituiscono elementi essenziali dell'offerta¹.

Non a caso, il Codice valorizza il principio di immutabilità dell'offerta, che non riguarda soltanto il prezzo in senso stretto, ma tutti gli elementi che concorrono a definirne la struttura economica della proposta commerciale avanzata. Il CCNL applicato rientra pienamente in questa categoria, perché condiziona il costo della manodopera, la sostenibilità dell'offerta e le verifiche di congruità, anche in chiave di anomalia.

In questo contesto si collocano anche gli obblighi di correttezza e leale collaborazione gravanti sugli operatori economici, oggi rafforzati dall'art. 98 del Codice, che qualifica come rilevanti – anche sotto il profilo dell'affidabilità – i comportamenti idonei a fuorviare il processo decisionale della stazione appaltante².

Il Consiglio di Stato, sul punto, ha osservato che: "Il CCNL concretamente applicato è un elemento essenziale dell'offerta (Cons. Stato, n. 2605 del 2025), in quanto incide naturalmente sulla determinazione dei costi della manodopera e, quindi, sul contenuto dell'offerta. È evidente

1. ex multis Cons. St., Sent. 2605/2025, 9510/2025.

2. DISA Appalti e Servizi, consultabile al link: <https://www.disasrl.com/ccnl-e-appalti-modificazioni-inammissibile-dopo-laggiudicazione/>

che l'applicazione di un contratto collettivo piuttosto che di un altro ha effetti diretti sul costo del lavoro indicato in offerta (altresì rilevando quale parametro con cui verificarne, sia in sede di prime valutazioni che di sub-procedimento di anomalia, correttezza e sostenibilità)" (sentenza n. 9510/2025, laddove viene altresì esclusa l'applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto il CCNL applicato dall'operatore è un elemento essenziale dell'offerta).

E allora viene da chiedersi, che succede se il CCNL muta non per scelta dell'operatore che lo ha indicato in sede di offerta, ma per altre ragioni legate, ad esempio, al fisiologico rinnovo periodico? La risposta a questa domanda non è affatto banale per due ragioni: 1) i costi che potrebbero derivare dalla revisione non sono una voce influente nei calcoli imprenditoriali dell'impresa concorrente in gara! 2) quale CCNL utilizzerà la stazione appaltante per valutare l'anomalia dell'offerta?

2. La modifica del CCNL: onere prevedibile o sopravvenienza straordinaria?

Per stabilire se sia ammesso il riequilibrio del contratto d'appalto a fronte della variazione dei costi della manodopera, risulta preliminare e indispensabile indagare la natura giuridica del rinnovo del CCNL. Nel diritto civile e amministrativo, i rimedi revisionali e rinegoziali sono storicamente subordinati al ricorrere di requisiti precisi: la straordinarietà e l'imprevedibilità dell'evento sopravvenuto.

Sotto questo profilo, per una prima tesi, si potrebbe sostenere che il rinnovo di un contratto collettivo nazionale di lavoro non potrebbe mai considerarsi un evento imprevedibile o straordinario: i CCNL hanno per loro natura

una scadenza cronologica prefissata e il loro periodico rinnovo, con il correlato adeguamento dei minimi tabellari all'andamento del costo della vita, costituisce un evento **assolutamente fisiologico, ordinario e ampiamente prevedibile da parte di un operatore economico mediamente diligente, il quale, nel momento in cui formula la propria offerta e assume l'impegno esecutivo, deve saper ponderare e computare anche i futuri e probabili aumenti salariali della propria forza lavoro**³.

In particolare, anche in giurisprudenza, si è affermato che "l'aumento del costo del personale impiegato, derivante dal periodico rinnovo dei Contratti Collettivi di Lavoro applicabili al settore, **non dovrebbe essere considerato un evento imprevedibile ma una normale evenienza di cui l'imprenditore dovrebbe sempre tenere conto** nel calcolo della convenienza economica dell'offerta presentata in gara; mentre è irrilevante la circostanza che per il calcolo progettuale del costo del lavoro la stazione appaltante abbia fatto riferimento ai parametri [di altro precedente] CCNL [...], poiché [...] la verifica di congruità si proietta anche sulla fase di esecuzione del contratto (mentre i dati utilizzati per la predisposizione del bando di gara e per il calcolo dell'importo a base di gara hanno il solo scopo di effettuare una stima minima del costo del lavoro del contratto da affidare)⁴.

Questa impostazione teorica, sebbene formalmente ineccepibile in un contesto economico di stabilità monetaria, rivela, a parere di chi scrive, degli **evidenti limiti logici e pratici**, nonché delle ricadute concrete inevitabilmente impattanti sull'operatore economico, soprattutto quando applicata a scenari di forte instabilità o a contratti di durata pluriennale. Se è vero che il 'fatto' in sé del rinnovo contrattuale è prevedibile nell'an, è

3. Delibera ANAC n. 347 del 9 settembre 2025.

4. Cons. St., Sez. V, n. 6638/2025; cfr. Cons. Stato, V, n. 453/2024; Cons. Stato, Sez. V, n. 6652 del 2023 e recentemente Cons. St., Sez. V, n. 4088/2026.

altrettanto vero che il **quantum** degli aumenti retributivi, l'esatto **momento temporale** della sottoscrizione dell'accordo sindacale e l'introduzione di **nuove voci di welfare aziendale** obbligatorio sono elementi del tutto **ignoti** al momento della partecipazione alla gara. Inoltre, la contrattazione collettiva è un fenomeno giuridico governato da dinamiche terze rispetto al singolo appaltatore, il quale non ha alcun potere negoziale autonomo per opporsi agli accordi presi a livello nazionale dalle sigle sindacali e datoriali leader.

Negare il riequilibrio basandosi sulla astratta prevedibilità del rinnovo significa di fatto imporre all'imprenditore un onere "profetico" irragionevole, costringendolo o a formulare offerte eccessivamente elevate per cautelarsi (con conseguente danno per la PA in termini di minori risparmi di gara) ovvero a esporsi al rischio di un dissesto finanziario indipendente dalla sua condotta gestionale.

Ebbene, per altra recente e, per certi versi diversa, tesi, l'introduzione di nuovi minimi contrattuali rappresenta, per l'impresa, **una sopravvenienza assimilabile alle sopravvenienze normative, che, in sede di verifica dell'offerta, può giustificare una compensazione tra le voci di costo, a patto, però, che l'entità complessiva dell'offerta rimanga invariata**⁵.

La giurisprudenza citata, chiarendo la natura "imprevedibile" di tale sopravvenienza, si è premurata di precisare, inoltre, che in caso di rinnovo del CCNL, si giustifica ed è ammissibile la possibilità di far gravare i maggiori costi del personale sul **"fondo imprevisti"**.

Infatti, sebbene – come anche condivide la prima tesi descritta – sia del tutto fisiologico e naturale il periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro, è anche vero, come anticipato, che ciascun operatore, nel predisporre l'offerta economica, è tenuto a considerare innanzitutto

le retribuzioni stabilite nel contratto in quel momento in vigore, anche perché non è dato conoscere anzitempo quando si addiverrà alla stipula, né l'entità degli aumenti pattuiti dalle organizzazioni di categoria.

Ovviamente, la tesi prospettata non si traduce in un'indebita contrazione dei diritti spettanti ai lavoratori che, in virtù del nuovo CCNL potrebbero ragionevolmente attendersi trattamenti migliorativi. Per tale ragione, la giurisprudenza chiarisce che la stazione appaltante è tenuta a verificare l'anomalia dell'offerta in ragione del CCNL vigente (e non di quello originariamente individuato dall'operatore), pur tuttavia consentendo al concorrente di operare una rimodulazione della giustificazione dell'offerta stessa che, ove esistenti, consenta di attingere a somme accantonate per imprevisti o sopravvenienze.

Insomma, in ciò il Consiglio di Stato ha trovato il giusto equilibrio tra esigenze di tutela dei lavoratori e esposizione del concorrente a rimodulazione della propria offerta, derivante dal rinnovo del CCNL.

Recentemente, tuttavia, l'ANAC è tornata, con parere di precontenzioso del 21 gennaio 2026, n. 11, a delimitare rigidamente la modificabilità dell'offerta in caso di rinnovo di CCNL. Per l'Autorità, essendo l'indicazione del CCNL un elemento essenziale dell'offerta, non può considerarsi legittima la condotta dell'operatore che, dopo l'aggiudicazione e l'avvio dell'esecuzione, modifichi la dichiarazione relativa all'impegno di applicare un determinato CCNL: in questa circostanza, spetta alla stazione appaltante valutare se tale condotta sia qualificabile come grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. b) del Codice, per avere tentato l'operatore di influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione appaltante, nonché valutare l'adozione dei consequenziali provvedimenti, quali l'annullamento dell'aggiudicazione.

5. Cons. St., Sez. III, 1786/2026.

3. La verifica di anomalia

Un ulteriore approfondimento merita l'individuazione del CCNL da utilizzare come parametro per verificare l'eventuale anomalia dell'offerta presentata.

Secondo la tesi da ultimo illustrata nel precedente paragrafo, la stazione appaltante è tenuta a verificare l'anomalia dell'offerta in ragione del nuovo CCNL vigente (e non di quello originariamente individuato dall'operatore) pur tuttavia consentendo al concorrente di operare una rimodulazione della giustificazione dell'offerta stessa che, ove esistenti, consenta di attingere a somme accantonate per imprevisti o sopravvenienze.

La verifica di anomalia è un aspetto da considerare, per certi versi, autonomamente rispetto al CCNL applicabile, perché rappresenta un profilo essenziale che si riverbera su considerazioni giuslavoristiche ove si incrociano necessità di tutela dei lavoratori, con esigenze di tutela della concorrenza tra gli operatori, al fine di valutare che la proposta contrattuale sia nel suo complesso serie ed affidabile ai fini di una corretta esecuzione dell'appalto⁶.

L'indirizzo giurisprudenziale trova fondamento nel seguente principio: "la stipula del nuovo

CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di **verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi**"⁷.

Si è inoltre affermato anche che la stipula di un nuovo contratto collettivo nazionale (CCNL) di settore, obbliga al riequilibrio del contratto d'appalto, sia in corso di esecuzione, sia prima della stipula, trattandosi di sopravvenienze normative espressamente indicate come condizioni legittimanti *dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016 e, oggi, dall'art. 9 e 120 del D.Lgs. n. 36/2023*. La sopravvenienza del nuovo CCNL, però, non ricade sulla legittimità dell'aggiudicazione disposta, ma va a incidere sulla fase esecutiva del contratto d'appalto comportando la rinegoziazione delle condizioni del contratto medesimo; ciò a fronte dei principi sanciti dagli artt. 9 e 120 del Nuovo Codice⁸.

Nella specie si è così statuito: "In tale ottica, la preoccupazione manifestata dalla ricorrente

6. Cons. St., sent. 8471/2022.

7. Cons. di Stato, Sez. V, 7 luglio 2023, n. 6652; cfr., al riguardo, anche Id., 24 marzo 2020, n. 2056, ove si afferma che "le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto collettivo [...] potevano essere considerate nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta per stimarne l'affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario [...] anche in ragione del fatto che è il nuovo contratto collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto"; cfr. peraltro anche alcuni passaggi in Id., III, 3 maggio 2022, n. 3460, ove si evidenzia che "un conto è la normativa e i dati vigenti e disponibili al momento della formulazione dell'offerta, altra cosa sono le giustificazioni nel procedimento di anomalia. Quest'ultimo tende a prevenire un vulnus di qualità e affidabilità in executivis, e dev'essere condotto in relazione a dati ed elementi, il più possibile concreti e attuali, destinati a caratterizzare l'esecuzione del rapporto: è dunque evidente che in sede di giustificazioni avrebbero dovuto essere considerati i costi del lavoro derivanti dalla nuova tornata di contrattazione collettiva"; in diverso senso, cfr. la più risalente Cons. di Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487". (Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, n. 453/2024; Sez. V, n. 6652/2023 e VII, n. 5659/2024).

8. In questi precisi termini, anche nella parte a seguire e per un'analisi della decisione in commento, si veda G. Franchina, Appalti, tutela del lavoro e minimi salariali - Verifica di anomalia: rilevanti anche i nuovi minimi salariali del CCNL, seppur non ancora vigenti, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, 1 agosto 2025, p. 1861.

in ordine all'attuale insostenibilità dell'offerta non ha ragion d'essere, essendo i nuovi livelli retributivi "sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare" (Cons. di Stato n. 6652/2023, cit.). Da ciò discende che, da un canto, occorrerà assicurare l'adeguamento dei livelli retributivi e, d'altro canto, la **censurata mancanza non si riverbera in vizio dell'aggiudicazione**. Va premesso che all'adeguamento si sarebbe dovuto far fronte anche qualora il procedimento amministrativo non avesse subito la stasi prodotta dal contenzioso instaurato e, avviato il rapporto sulla base dei costi della manodopera stimati, si fosse posto l'obbligo di applicare i nuovi livelli salariali⁹.

4. Il momento in cui interviene il rinnovo del CCNL: una sistematizzazione delle coordinate esposte

Dopo aver dato un inquadramento generale della questione e delle criticità sottese al rinnovo del CCNL, nonché dei diversi orientamenti emersi, occorre soffermarsi sul momento in cui tale sopravvenienza interviene che, come si vedrà, determina un'ulteriore distinzione applicativa¹⁰ e delle considerazioni aggiuntive.

Nel caso in cui il CCNL sopraggiunga successivamente alla presentazione dell'offerta, ma prima dell'aggiudicazione, sarà necessario tener conto delle nuove indicazioni ivi contenute al fine di verificare l'attendibilità dell'offerta: la sopravvenienza del CCNL in fase di aggiudicazione è un

elemento rilevante da valutare nel più ampio giudizio di anomalia dell'offerta, rispetto al quale, la stazione appaltante dovrà assumere le determinazioni del caso. Le stesse, secondo le indicazioni della giurisprudenza, saranno più articolate ed approfondite laddove l'Amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'operatore economico, disponendone l'esclusione.

Mentre, qualora l'Amministrazione dovesse pervenire ad una valutazione favorevole, non è richiesta un'articolata motivazione, in quanto il giudizio di congruità dell'offerta può essere motivato *per relationem*, facendo riferimento alle giustificazioni rese dall'impresa, sempre che esse siano a loro volta congrue ed adeguate¹¹.

Come si anticipava nel precedente paragrafo, che qui si ripete per omogeneità argomentativa, a seconda delle diverse interpretazioni a cui si intenda aderire, il nuovo CCNL potrebbe anche intervenire sulla legittimità dell'aggiudicazione e, non solo, sull'onere per l'appaltatore di adeguarsi ad i nuovi standard definiti.

In altri termini, è chiaro che la stazione appaltante deve tenere in considerazione il costo del lavoro determinato da contratti collettivi "aggiornati": se il rinnovo del contratto collettivo interviene durante la gara, ancorché a seguito della presentazione dell'offerta, la stazione appaltante deve senz'altro procedere all'esame di quest'ultima "in relazione a dati ed elementi il più possibile concreti e attuali"¹²---e, dunque, comprensivi anche del "costo" dei rinnovi¹³.

9. T.A.R. Napoli, 13 giugno 2024, n. 3735.

10. Sul tema si rinvia a A. Giacalone, Sopravvenuta modifica del CCNL in fase di gara, in *Urbanistica e appalti*, n. 3, 1 maggio 2025, p. 345.

11. A. Giacalone, ibidem. L'A. rinvia a T.A.R. Piemonte, Torino, 24 gennaio 2025, n. 205. La sentenza prende in considerazione un caso in cui, a seguito di censura da parte di un operatore economico, sono stati ritenuti fondati i concreti elementi di contestazione della ricorrente, giungendo, in accoglimento del ricorso, all'annullamento dell'aggiudicazione.

12. Cons. Stato 3 maggio 2022, n. 3460.

13. I Santoro, Appalto pubblico "in manutenzione": il rinnovo del CCNL tra congruità del costo del lavoro e varianti in corso d'opera in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 1 ottobre 2024, p. 946.

Nel caso in cui il CCNL intervenga dopo l'aggiudicazione, non sono coinvolte considerazioni sulla legittimità dell'aggiudicazione e, quindi, non è necessario svolgere un nuovo giudizio sull'anomalia dell'offerta presentata in gara dall'operatore, bensì la modifica si riverbera in fase esecutiva sulla variazione dei costi (della manodopera e del personale) inizialmente ipotizzati dall'operatore economico e che potrebbero manifestarsi in fase esecutiva determinando una situazione di squilibrio contrattuale.

Evidentemente, infatti, il nuovo CCNL non può viziare il provvedimento di aggiudicazione correttamente disposto sulla base di un CCNL all'epoca vigente, in caso contrario, finirebbe per retroagire ad una fase della procedura ormai conclusa, frustrando il principio di buon andamento dell'amministrazione.

A riguardo, la giurisprudenza ha evidenziato che questo aspetto concerne il tema del riequilibrio del contratto di appalto, che trova corrispondenza nelle previsioni del Codice che consentono la modifica dei corrispettivi analizzata nei precedenti paragrafi, la cui operatività e copertura normativa si rinviene nel dettato degli articoli 9, 60 e 120 del Codice.

La stazione appaltante, al ricorrere della modifica del CCNL, è tenuta quindi a valutare la possibilità di modificare il contratto aggiudicato, attuando specifici meccanismi di adeguamento e riequilibrio.

Chiaramente, però, come osservato in dottrina, questa apertura deve essere coordinata con il presupposto normativo dell'eccezionalità della modifica: il richiamo alla normativa indicata postula che si sia in presenza di circostanze impreviste o imprevedibili che, come già detto in apertura, difficilmente sono caratteristiche riconducibili al "rinnovo" in sé, quanto piuttosto

all'esatto momento in cui ciò accade e alle peculiarità delle modifiche apportate dal nuovo CCNL al previgente¹⁴.

La giurisprudenza¹⁵ ha avuto però modo di chiarire che l'inderogabilità del CCNL e la natura che esso riveste sono circostanze idonee a giustificare la riconducibilità del rinnovo tra le sopravvenienze tipizzate dal legislatore, malgrado quest'ultimo faccia menzione espressa soltanto di leggi, regolamenti e provvedimenti di autorità.

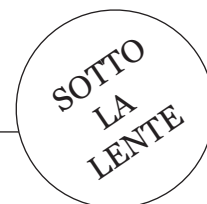
Il rinnovo del CCNL sopraggiunto al termine di una gara non rileva quale fattore di "incongruità" dell'offerta, in grado di travolgere l'aggiudicazione, ma opera quale elemento di disturbo dell'equilibrio contrattuale, aprendo la strada ai rimedi manutentivi.

14. A. Giacalone, ibidem.

15. T.A.R. Napoli, Sez. I, 13 giugno 2024, n. 3735 con nota di I. Santoro, Appalto pubblico "in manutenzione": il rinnovo del CCNL tra congruità del costo del lavoro e varianti in corso d'opera, cit.

La certificazione sulla parità di genere negli appalti pubblici: quadro normativo e svolte giurisprudenziali

di Olga Toscano



Premessa

La spinta propulsiva fornita dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e dal contestuale Piano Nazionale per gli Investimenti Complementari (PNC) ha impresso un'accelerazione decisiva alla **tutela delle pari opportunità e alla progressiva valorizzazione, all'interno delle procedure selettive, dei meccanismi volti a ridurre il divario di genere (*gender pay gap*) e a promuovere l'inclusione lavorativa delle donne.**

Le tradizionali clausole sociali di carattere generalista hanno, dunque, ceduto il passo a **strumenti di misurazione e certificazione oggettivi**, capaci di sanzionare o premiare condotte organizzative concrete.

La certificazione della parità di genere, nata come tassello volontario di responsabilità sociale d'impresa, ha così assunto la qualifica di formidabile attrattore di premialità nelle gare d'appalto.

Il presente contributo si propone di esaminare, in modo organico, il complesso intreccio normativo che investe questo tema e le più recenti, talvolta contrastanti, interpretazioni dei giudici amministrativi.

1. Il contesto normativo e il PNRR

Il nucleo originario dell'istituto risiede nella Legge 5 novembre 2021, n. 162 (nota come legge Gribaudo), che ha modificato e integrato il decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), introducendo l'art. 46-bis.

Tale disposizione ha istituito, a decorrere dal 1° gennaio 2022, il sistema nazionale di certificazione della parità di genere con l'obiettivo di attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario in tutte le aree maggiormente critiche: dalle opportunità di crescita in azienda alla parità salariale a parità di mansioni, fino alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità.

A livello di contrattualistica pubblica, la prima saldatura si è consumata con il Decreto Semplificazioni-bis (d.l. n. 77/2021), che ha imposto specifiche clausole di condizionalità e premialità per i contratti legati all'attuazione del PNRR, tuttavia, è con il recepimento nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) che lo strumento trova

la sua definitiva e strutturale stabilizzazione, emancipandosi dalla logica della temporaneità legata ai fondi europei.

Nell'impianto del d.lgs. n. 36/2023, la parità di genere riceve una tutela multilivello: l'art. 57, comma 1 (come modificato dall'art. 21, comma 1, lettera c), del "Decreto Correttivo" ex D.Lgs. n. 209/2024) inserisce il principio di parità di genere tra i criteri guida per la definizione delle clausole sociali, esigendo che i bandi prevedano misure atte a favorire le pari opportunità generazionali, di genere e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o svantaggiate.

L'art. 61 del Codice rimanda a schemi di riserva e condizioni speciali di esecuzione per promuovere l'occupazione femminile ma il vero fulcro della disciplina si trova **nell'articolo 108, comma 7, del D. Lgs. 36/2023**, che statuisce l'obbligatorietà dell'inserimento, nella *lex specialis*, di criteri di valutazione dell'offerta contrassegnati da punteggi premiali specifici per le imprese che attestino l'adozione di politiche interne per la parità mediante l'esibizione della certificazione ex art. 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.

Al fine di promuovere la parità di genere, dunque, **è previsto** un punteggio premiale per le aziende in possesso di tale certificazione, rilasciata in conformità alla prassi **UNI/PdR 125:2022**.

La formulazione del cennato comma 7 dell'art. 108 merita particolare attenzione: il legislatore non ha, infatti, configurato una facoltà discrezionale in capo alla stazione appaltante, bensì un vero e proprio **obbligo conformativo**. La giurisprudenza di merito ha chiarito che l'omessa previsione del punteggio premiale inficia la legittimità del bando di gara, obbligando l'amministrazione all'attivazione dei poteri di autotutela o esponendo la procedura all'annullamento giurisdizionale.

Ad ogni buon conto, mentre il Rapporto biennale sulla situazione del personale è un obbligo di legge per le aziende sopra i 50 dipendenti (la cui omissione causa l'esclusione dalla gara),

la Certificazione UNI/PdR 125:2022 rimane uno **strumento volontario**, configurato dal legislatore come un elemento strategico e premiale per ottenere un vantaggio competitivo.

“ **Mentre il Rapporto biennale sulla situazione del personale è un obbligo di legge per le aziende sopra i 50 dipendenti (la cui omissione causa l'esclusione dalla gara), la Certificazione UNI/PdR 125:2022 rimane uno strumento volontario, configurato dal legislatore come un elemento strategico e premiale per ottenere un vantaggio competitivo.** ”

2. Le linee guida UNI/PdR 125:2022 come parametro tecnico di legittimità aziendale

Sotto il profilo strettamente tecnico-operativo, la normazione primaria necessitava di un parametro di riferimento oggettivo, idoneo a sottrarre la valutazione delle politiche paritarie all'arbitrio delle singole aziende o alla discrezionalità delle commissioni giudicatrici.

Tale parametro è stato individuato nelle Linee Guida sul sistema di gestione per la parità di genere, emanate dall'UNI il 16 marzo 2022 come Prassi di Riferimento UNI/PdR 125:2022.

La prassi recepisce un approccio strutturale, articolando la valutazione dell'organizzazione aziendale su sei macro-aree strategiche (i cd. "KPI - Key Performance Indicators"): ai fini del conseguimento della certificazione, rilasciata da organismi di certificazione accreditati ai sensi del Regolamento (CE) n. 765/2008, è richiesto il raggiungimento di un punteggio minimo complessivo pari al 60% rispetto al totale dei KPI applicabili.

L'elemento qualificante della UNI/PdR 125:2022 risiede nella sua adattabilità proporzionale: la prassi distingue le imprese in quattro cluster

dimensionali (dalle micro-imprese con meno di 10 dipendenti fino alle grandi realtà oltre i 250 occupati), modulando la severità e la tipologia dei KPI richiesti, così da evitare che l'adempimento si trasformi in una barriera d'accesso per le piccole e medie imprese.

3. La natura del requisito e la perentorietà del possesso temporale

Uno dei nodi giurisprudenziali più complessi emersi all'indomani dell'entrata in vigore del sistema ha riguardato l'esatta qualificazione della certificazione e il *tempus* richiesto per il suo possesso.

Sotto il primo profilo, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa (TRGA) per il Trentino Alto-Adige, Sezione di Bolzano (**sentenza n. 54 del 21 marzo 2025**), ha affrontato formalmente la collocazione dell'istituto nell'architettura delle gare pubbliche; i giudici hanno chiarito che **la certificazione della parità di genere costituisce un requisito di ordine generale e di natura prettamente soggettiva/organizzativa**.

Di conseguenza, essa non descrive una caratteristica intrinseca dell'offerta tecnica o del prodotto fornito, ma qualifica l'operatore in quanto tale, attestandone l'orientamento etico-gestionale.

Da tale premessa discende la ferrea regolamentazione temporale per l'attribuzione del punteggio premiale.

“ **Il consolidato orientamento dei TAR e del Consiglio di Stato esclude la possibilità di un conseguimento tardivo o sanabile tramite soccorso istruttorio: la certificazione della parità di genere deve essere necessariamente posseduta al momento della scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte.** ”

L'estensione del soccorso istruttorio (oggi disciplinato dall'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023) è rigorosamente circoscritta alla produzione documentale di un titolo già perfetto e in corso di validità alla data di sottomissione dell'offerta. L'operatore che alleggi un certificato rilasciato in data successiva, o che ne completi l'iter istruttorio dinanzi all'organismo accreditato a gara in corso, non può aspirare all'assegnazione della premialità, pena la violazione insanabile dei principi di *par condicio competitorum* e di certezza delle situazioni giuridiche procedurali.

4. La vexata quaestio dell'avvalimento premiale: profili organizzativi e divieto di puro prestito cartolare

La questione più dibattuta nei tribunali amministrativi ha riguardato la possibilità, per **un concorrente privo di certificazione, di ricorrere all'avvalimento premiale per acquisire il relativo punteggio tecnico.**

L'estensione dell'istituto dell'avvalimento (**art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii.**) ai requisiti di natura premiale ha, infatti, generato un vivace dibattito dottrinale e un contrasto interpretativo in sede giurisprudenziale, culminato in significativi pronunciamenti nel corso dell'ultimo biennio.

La questione centrale risiede nell'ammissibilità dell'avvalimento c.d. "premierale" avente ad oggetto proprio la certificazione della parità di genere: può un operatore privo del titolo "prendere in prestito" la certificazione altrui al solo fine di incrementare il proprio punteggio tecnico?

Un primo orientamento, di natura restrittiva, argomentava l'intrasmissibilità assoluta del requisito, attesa la sua natura strettamente soggettiva, intimamente legata alla struttura societaria, alla forza lavoro e alle dinamiche relazionali interne dell'impresa ausiliaria. Secondo questa prospettiva, la parità di genere non è un'attrezzatura o una risorsa finanziaria scorporabile, bensì una qualità intrinseca e intrasferibile dell'organizzazione.

Tuttavia, la giurisprudenza di vertice ha impresso una netta svolta evolutiva.

Il Consiglio di Stato, Sez. V (sentenza 26 agosto 2025, n. 7105), confermando l'orientamento espresso anche dalla Sezione VI (sentenza 18 giugno 2025, n. 5345) e dalla pronuncia dell'11 aprile 2025, n. 3117, ha sdoganato l'avvalimento premiale per la certificazione della parità di genere, chiarendo che **tale certificazione è assimilabile a un requisito di qualità.**

Il Supremo Consesso ha, infatti, sancito l'ammissibilità astratta dell'avvalimento premiale della certificazione della parità di genere, a condizione che l'operazione non si traduca in un mero e vuoto prestito cartolare.

I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che **l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici non pone divieti espressi all'avvalimento premiale, teso al mero miglioramento dell'offerta;** affinché il negozio di avvalimento sia legittimo e non incorra nella sanzione della nullità per indeterminatezza o illiceità dell'oggetto, è indispensabile che **il contratto di avvalimento descriva in modo analitico e dettagliato il trasferimento effettivo dell'intero assetto organizzativo, dei processi, delle risorse, del personale e degli strumenti gestionali che hanno permesso all'impresa ausiliaria di conseguire la certificazione UNI/PdR 125:2022.**

Il fulcro del ragionamento giurisprudenziale risiede nell'**effettivo coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto.** Se la parità di genere si sostanzia in una specifica modalità di gestione della forza lavoro e della cultura d'impresa, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata i propri dirigenti, i propri modelli di governance o i propri formatori, integrando parzialmente l'organizzazione del concorrente per la durata del contratto d'appalto.

In assenza di tale rigorosa specificazione dell'oggetto, il contratto di avvalimento deve essere dichiarato nullo, con conseguente decadenza del punteggio premiale illegittimamente attribuito.

5. L'analisi dei titoli: profili di verifica e validità delle certificazioni estere

Si è analizzato come, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), la promozione dell'equità aziendale sia passata da mera dichiarazione d'intenti a criterio premiale obbligatorio in sede di valutazione delle offerte. Abbiamo detto che l'articolo 108, comma 7 del Codice impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara un punteggio maggiorato per gli operatori economici che attestano il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del Codice delle pari opportunità (D. Lgs. 198/2006): **tale impianto normativo esclude categoricamente il ricorso a formule semplificate come l'autocertificazione, richiedendo una formale certificazione di conformità che attesti l'adozione di politiche inclusive e la riduzione del *gender gap*.**

La *ratio* della norma risiede nella volontà di valorizzare solo i comportamenti d'impresa strutturati, verificati da terzi e misurabili tramite specifici indicatori chiave di prestazione (KPI).

La centralità della materia ha generato un intenso contenzioso giurisprudenziale, focalizzato sulla legittimità dei titoli abilitativi e sulle modalità di comprova del requisito; se da un lato il legislatore punta a incentivare l'inclusione, dall'altro le stazioni appaltanti si trovano a dover tracciare un confine netto tra il legittimo favor per la parità di genere e il rispetto rigoroso dei principi di concorrenza, parità di trattamento e tassatività dei criteri di gara.

In questo scenario, la verifica documentale della certificazione rappresenta la fase più delicata per il Responsabile Unico del Progetto (RUP), chiamato a vagliare la validità formale e sostanziale di attestati rilasciati non solo a livello nazionale, ma anche da organismi operanti in altri contesti europei ed extra-UE.

La verifica del possesso della certificazione della parità di genere deve, infatti, seguire un iter rigoroso e standardizzato da parte della stazione appaltante.

La regola generale prevede che l'attestazione debba essere **rilasciata in conformità alla prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022 da parte di organismi di certificazione formalmente accreditati ai sensi del Regolamento (CE) n. 765/2008**: lo strumento principale a disposizione delle Stazioni Appaltanti per questa attività di controllo è la Banca Dati delle organizzazioni **certificate di Accredia**, la quale raccoglie in tempo reale i dati dei certificati emessi e i relativi KPI aziendali.

Il controllo del RUP non può arrestarsi alla mera esibizione del "bollino rosa", ma deve accertare la permanenza della validità del titolo al momento della presentazione dell'offerta. La certificazione ha infatti validità triennale ma è soggetta a sorveglianza annuale; l'eventuale decadenza o sospensione dell'accreditamento dell'organismo di certificazione o il mancato superamento degli audit periodici comporta l'impossibilità di assegnare il punteggio premiale.

Nei casi in cui la documentazione provenga da un operatore stabilito in un altro Stato membro dell'Unione Europea, opera il principio del mutuo riconoscimento sancito dagli accordi EA MLA (European Co-operation for Accreditation Multilateral Agreement): ciò significa che un certificato emesso da un ente accreditato dall'organismo nazionale di un altro Paese UE è teoricamente valido, a patto che l'accreditamento copra specificamente lo schema di gestione della parità di genere e i requisiti equivalenti a quelli della prassi italiana. Sul tema dell'idoneità dei soggetti che rilasciano l'attestazione la giurisprudenza ha, dunque, imposto paletti molto rigidi per evitare pratiche elusive.

Con la **sentenza n. 1207 del 21 gennaio 2026**, il TAR Lazio (Roma) ha stabilito che la certificazione della parità di genere dà diritto al punteggio premiale solo se rilasciata da un organismo espressamente accreditato da Accredia per lo specifico schema UNI/PdR 125:2022. Non è pertanto ritenuto sufficiente

un accreditamento internazionale generico, né il rilascio da parte di enti stranieri privi di abilitazione tecnica specifica per il mercato europeo, anche se firmatari di accordi di mutuo riconoscimento. La locuzione "settore specifico" va intesa come il campo di competenza tecnica dell'ente certificatore.

Il quadro applicativo si è ulteriormente delineato nel corso del 2026 grazie ad altri interventi istituzionali e giurisprudenziali: il Consiglio di Stato, con la **sentenza n. 1390 del 20 febbraio 2026**, ha confermato la necessità di valutare correttamente l'impatto economico derivante dalle tutele e dalle premialità legate alla parità di genere in sede di verifica di anomalia delle offerte, assicurando che i costi della manodopera rispettino la sostenibilità aziendale.

Sotto il profilo amministrativo, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) ha chiarito che l'obbligo di verificare il rispetto delle pari opportunità si ferma alla fase di gara e all'operatore economico aggiudicatario.

La verifica non si estende ai subappaltatori intervenuti nella fase esecutiva successiva all'aggiudicazione.

Recenti chiarimenti e sentenze hanno confermato che i criteri di attribuzione del punteggio in caso di RTI dipendono strettamente dalla formulazione della *lex specialis* di gara.

Se il disciplinare richiede genericamente il possesso della certificazione, nei consorzi stabili si applica il principio del cumulo alla rinfusa, valorizzando l'organizzazione comune.

Qualora l'operatore economico partecipi in forma di Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI), la giurisprudenza amministrativa prevalente (tra cui il **Tar Lazio, Sez. III, n. 1198/2026**) ha chiarito che, ai fini dell'attribuzione del punteggio, la *lex specialis* può legittimamente richiedere il possesso della certificazione in capo a tutte le imprese componenti il raggruppamento, escludendo meccanismi di estensione automatica della premialità dalla mandataria alle mandanti.

Il controllo del RUP non può arrestarsi alla mera esibizione del “bollino rosa”, ma deve accertare la permanenza della validità del titolo al momento della presentazione dell’offerta. La certificazione ha infatti validità triennale ma è soggetta a sorveglianza annuale; l’eventuale decadenza o sospensione dell’accreditamento dell’organismo di certificazione o il mancato superamento degli audit periodici comporta l’impossibilità di assegnare il punteggio premiale.

6. La validità delle certificazioni rilasciate da enti esteri non specificamente accreditati: il caso degli enti cechi

La reale problematica emerge quando l’operatore economico presenta una certificazione rilasciata da un organismo di certificazione con sede in un Paese dell’Unione Europea – come la Repubblica Ceca – il quale, pur essendo inserito nel circuito internazionale degli accordi di mutuo riconoscimento (IAF/EA), non possiede uno specifico accreditamento per lo schema della parità di genere conforme alla UNI/PdR 125:2022.

La giurisprudenza sul punto è netta: la circostanza che un ente certificatore straniero sia genericamente accreditato dall’organismo nazionale del proprio Paese (es. il ČIA - Český institut pro akreditaci nella Repubblica Ceca) per i comuni sistemi di gestione (come ISO 9001 o ISO 14001) non sana il difetto di accreditamento specifico per la parità di genere.

Come evidenziato dai recenti orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali all’inizio del 2026, l’equivalenza dei certificati europei non opera in modo astratto o automatico. Affinché una certificazione emessa da un ente ceco (o di altro Paese UE) sia considerata valida dalla stazione appaltante italiana ai fini della

premialità ex art. 108 del Codice, è necessario che l’organismo sia stato esplicitamente abilitato a verificare gli standard e i parametri quantitativi previsti dal sistema normativo italiano delle pari opportunità.

Se l’ente estero applica criteri differenti o non è vigilato per quello specifico schema di genere, l’attestato rilasciato si colloca al di fuori del perimetro tracciato dall’art. 46-bis del D.Lgs. 198/2006.

Quale ovvio corollario, la stazione appaltante ha l’obbligo di negare il punteggio premiale all’operatore, poiché l’ammissione di certificati privi di un accreditamento mirato violerebbe la parità di trattamento a danno dei concorrenti che hanno sostenuto l’iter di verifica certificativa sotto la stretta vigilanza di Accredia o di enti esteri equivalenti e specificamente autorizzati.

La regola generale prevede che l’attestazione debba essere rilasciata in conformità alla prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022 da parte di organismi di certificazione formalmente accreditati ai sensi del Regolamento (CE) n. 765/2008: lo strumento principale a disposizione delle stazioni appaltanti per questa attività di controllo è la Banca Dati delle organizzazioni certificate di Accredia, la quale raccoglie in tempo reale i dati dei certificati emessi e i relativi KPI aziendali.

7. I confini applicativi del soccorso istruttorio tra requisiti di partecipazione e punteggi premiali

L’applicazione del **soccorso istruttorio**, disciplinato dall’articolo 101 del D.Lgs. 36/2023, costituisce uno dei nodi ermeneutici più complessi quando si interseca con la disciplina della parità di genere.

L'evoluzione giurisprudenziale culminata all'inizio del 2026 (tra cui la fondamentale **pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 202/2026**) ha delineato un confine netto basato sulla natura temporale e formale del documento omesso: se l'operatore economico è un'azienda con oltre 50 dipendenti, la redazione e l'invio del rapporto periodico sulla situazione del personale costituisce un vero e ferreo requisito di partecipazione.

In tal caso, la giurisprudenza amministrativa ammette il ricorso al soccorso istruttorio c.d. "sanante" solo ad una precisa e inderogabile condizione: il rapporto deve preesistere alla gara ed essere stato validamente trasmesso al Ministero del Lavoro in un momento antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La mancata allegazione materiale nel portale di gara è dunque sanabile poiché considerata un'omissione meramente formale, mentre non è in alcun modo ammessa la produzione tardiva di un documento generato *ex post*, principio che violerebbe insanabilmente la parità di trattamento e l'autoresponsabilità del concorrente.

Il quadro normativo muta radicalmente quando l'attestazione della parità di genere non opera come requisito di ammissione, bensì come elemento dell'offerta tecnica volto all'ottenimento di un punteggio premiale.

In questa specifica ipotesi, operano i rigidi limiti del soccorso istruttorio in senso stretto (art. 101, comma 3 del Codice).

La stazione appaltante può attivare la procedura istruttorie esclusivamente per sollecitare chiarimenti o per rettificare errori materiali puramente formali contenuti nella documentazione tecnica, a patto che l'offerta non venga modificata nella sua sostanza.

Non è, invece, ammissibile il soccorso istruttorio qualora l'operatore si sia limitato a menzionare verbalmente il possesso della certificazione nella relazione tecnica (es. inserendo il numero

di protocollo UNI/PdR 125:2022) senza aver allegato la formale attestazione entro i termini di gara; la giurisprudenza ha confermato che l'integrazione documentale tardiva di un titolo premiale non prodotto integra una violazione del divieto di alterazione dell'offerta tecnica, poiché consentirebbe al concorrente di integrare un elemento costitutivo della propria offerta a gara scaduta.

La frontiera più complessa del soccorso istruttorio si colloca all'intersezione tra le carenze documentali e i vizi sostanziali delle certificazioni rilasciate da organismi stabiliti in altri Stati membri, come la Repubblica Ceca.

“ **Il soccorso istruttorio può, quindi, validamente operare solo come mezzo per esplicitare e chiarire la conformità di un requisito già perfetto e posseduto, ma non può mai essere utilizzato per sanare la radicale inidoneità giuridica o l'inefficacia oggettiva del titolo premiale esibito.** ”

Nel corso del 2026, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il RUP ha l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio specificativo o chiarificatore (ex art. 101, comma 3 del D.Lgs. 36/2023) qualora l'operatore economico abbia allegato un certificato estero la cui equivalenza o il cui perimetro di accreditamento presentino margini di ambiguità formale o dubbi di traduzione.

In questa ipotesi, la stazione appaltante deve assegnare un termine al concorrente per produrre documenti integrativi, quali le tabelle di corrispondenza dei KPI, le note di audit o le attestazioni dell'organismo nazionale di accreditamento straniero (es. ČIA), volte a dimostrare l'effettivo recepimento degli standard minimi della UNI/PdR 125:2022 alla data di presentazione dell'offerta.

Tuttavia, tale strumento procedimentale incontra un limite insuperabile nella natura sostanziale del vizio: qualora il soccorso istruttorio sveli che l'ente certificatore estero era strutturalmente privo dell'accreditamento specifico per lo schema di genere al momento della scadenza del bando, la carenza non è in alcun modo sanabile ex post.

Consentire all'operatore di regolarizzare la propria posizione ottenendo una nuova attestazione o una formale estensione dell'accreditamento a gara in corso si tradurrebbe in una violazione macroscopica del principio di parità di trattamento e del divieto di alterazione dell'offerta.

Il soccorso istruttorio può, quindi, validamente operare solo come mezzo per esplicitare e chiarire la conformità di un requisito già perfetto e posseduto, ma non può mai essere utilizzato per sanare la radicale inidoneità giuridica o l'inefficacia oggettiva del titolo premiale esibito.

8. Conclusioni

Dalle argomentazioni sovra esposte è possibile affermare come la parità di genere si consolidi nel sistema dei contratti pubblici come un parametro valutativo strutturale, il cui scrutinio richiede alle stazioni appaltanti un elevato livello di rigore e specializzazione tecnica.

Il quadro giurisprudenziale delineatosi rimarca come **la premialità non possa mai prescindere dalla certezza giuridica del titolo esibito**, escludendo automatismi estensivi per i raggruppamenti o equiparazioni astratte per i certificati emessi da enti comunitari privi di accreditamento specifico.

Spetta al RUP farsi garante di questo equilibrio, azionando il soccorso istruttorio con finalità meramente chiarificatrice e respingendo con fermezza qualsiasi tentativo di sanatoria tardiva di requisiti inesistenti al momento della scadenza del bando.

Solo blindando la *lex specialis* con clausole chiare e conducendo verifiche documentali stringenti, il mercato degli appalti può trasformarsi in un reale volano di coesione sociale, garantendo al contempo la trasparenza della procedura, l'imparzialità del giudizio e la piena tutela della concorrenza.

Le indicazioni di prassi e giurisprudenza in merito ai criteri di selezione degli O. E. da invitare alle negoziate

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premessa

Il codice dei contratti, in tema di acquisizione nel sottosoglia comunitario (secondo soglie disciplinate nell'articolo 14) distingue nettamente tra il procedimento dell'affidamento diretto e le procedure negoziate "ordinarie" appunto relative al sottosoglia.

Gli aspetti che distinguono, nettamente, i due sistemi di acquisizione/selezione insiste, oltre al fatto che l'affidamento diretto non è una procedura di gara ed è estraneo a logiche competitive (tra le diverse pronunce, ad esempio, il Tar Puglia sez. III, sentenza n. 947/2025), nelle dinamiche di selezione degli operatori.

Mentre nell'affidamento diretto, evidentemente, la scelta dell'operatore con cui negoziare/trattare le condizioni della prestazione di cui la stazione appaltante ha la necessità avviene con discrezionalità tecnica (in applicazione rigorosa della rotazione), nella procedura negoziata deve escludersi che il RUP possa procedere in modo discrezionale.

In questo senso, nelle procedure negoziate disciplinate nell'articolo 50 (comma 1, lett. c) d) ed e) si spiega che la scelta degli operatori da far competere, che numericamente variano in funzione dell'importo e del distinguo lavori/forniture-servizi, devono essere individuati *"previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in*

base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”.

Pertanto, nelle procedure negoziate, gli operatori da far competere devono essere individuati o con l'indagine formalizzata tramite avviso pubblico a manifestare interesse oppure tramite la redazione – che è preceduta, come si dirà, da ampia pubblicità e trasparenza -, di apposito albo interno dei fornitori.

L'aspetto della formalizzazione di questa prima fase che, secondo l'ufficio di supporto del MIT (parere n. 4148/2026) *“costituisca una fase pre-gara, preparatoria e conoscitiva finalizzata alla sola raccolta di informazioni che non comporta di per sé l'affidamento del contratto”*, rappresenta uno dei momenti (l'altro è costituito dalla scelta dall'albo interno come detto) imprescindibili visto che il Responsabile Unico del Progetto non può scegliere gli operatori da far competere in modo fiduciario e/o casuale.

L'ultimo riferimento, relativo al momento concreto della scelta – sia dalle manifestazioni di interesse acquisite tramite previa pubblicazione dell'avviso oppure tramite albo interno -, innesta la tematica dei criteri oggettivi che il RUP deve utilizzare per individuare gli operatori da far partecipare alla successiva gara, vera e propria.

Nelle procedure negoziate, gli operatori da far competere devono essere individuati o con l'indagine formalizzata tramite avviso pubblico a manifestare interesse oppure tramite la redazione – che è preceduta, come si dirà, da ampia pubblicità e trasparenza -, di apposito albo interno dei fornitori.

1. Il criterio di scelta degli operatori

Gli estensori del codice hanno sottolineato, e questo rappresenta ulteriore tratto distintivo della “nuova” procedura negoziata disciplinata nel codice, prevedendo che la scelta degli operatori avvenga in modo “realmente” selettivo e non tramite criteri casuali.

I criteri casuali, si pensi all'estrazione, evidentemente se favoriscono la tempestività di svolgimento della procedura, d'altra parte penalizzano la stazione appaltante visto che attraverso sistemi automatici di scelta non si considera l'eventuale valore tecnico/economico delle proposte.

In pratica, un sistema di scelta automatica e/o casuale, valorizza comportamenti non responsabili dei RUP in funzione della speditezza. In tema, il chiarimento in merito, si legge nel comma 2 dell'articolo 50 del codice laddove si prevede che sia per gli elenchi (l'albo fornitori) sia per gli avvisi a manifestare interesse (che riguarda anche la predisposizione dell'albo come si vedrà più avanti) occorre applicare le disposizioni contenute nell'allegato II.1 (che, in sostanza, ribadisce quanto già previsto nelle pregresse linee guida ANAC n. 4 (dedicate all'attività contrattuale nel sottosoglia relative al pregresso codice del 2016) e, soprattutto, individuare specifici criteri oggettivi.

In particolare, sul punto, si sofferma il secondo periodo del comma 2 citato in cui si spiega che *“Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori (...)”*.

La disposizione, quindi, residualizza la possibilità di utilizzare criteri automatici e/o di estrazione a sorte purché il RUP abbia chiarito la rigorosa motivazione. Le motivazioni si possono sostanziare nella necessità di speditezza quando, non per ragioni soggettive e/o imputabili a cattiva

programmazione della stazione appaltante, si necessario giungere ad individuare l'affidatario nel più breve termine possibile (ad esempio non sono mancati casi in cui si è legittimata l'estrazione per la scelta degli operatori da far competere per assegnare un contratto di lavori finanziato dal PNRR e quindi con rigorose scadenze per consentire l'espletamento della correlata rendicontazione nei termini evitando di "perdere" il finanziamento).

Il codice residualizza la possibilità di utilizzare criteri automatici e/o di estrazione a sorte purché il RUP abbia chiarito la rigorosa motivazione

La questione del divieto circa l'utilizzo di criteri automatici di scelta – che, come detto, possono determinare la perdita di proposte "tecnico/economiche" estremamente vantaggiose" per la stazione appaltante -, viene ripresa anche nell'allegato II.1 che si occupa della disciplina degli *"Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea"* – composto da tre articoli -.

Precisamente, il quarto periodo del comma 2 dell'articolo 2 dell'allegato in commento ricorda che *"il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri"* oggettivi e trasparenti, *"è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato"*.

A ben valutare, la previsione dell'allegato II.1 appena riportata appare più rigorosa della disposizione codicistica giungendo ad ammettere un criterio automatico di scelta degli operatori solamente nell'ipotesi in cui, realmente, non sia ordinariamente utilizzabile altra modalità.

Con conseguente, ulteriore, responsabilizzazione del RUP che deve ben evidenziare, si ripete, condizioni oggettive, e non soggettive, di impossibilità di procedere altrimenti.

Da notare il doppio passaggio secondo cui la motivazione deve essere inserita non solo nella decisione a contrarre (nell'allegato ancora "determina") e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

Occorre rammentare che il decreto legislativo 209/2024, a garanzia degli interessati, ha innestato nell'articolo 50 il comma 2-bis in cui, ora, ad avvio della procedura (si deve ritenere nel momento dell'invio degli inviti agli operatori prescelti, in questo senso il parere n. 485/2025 dell'ufficio di consulenza della provincia autonoma di Trento) il RUP deve curare la pubblicazione di una comunicazione di *"l'avvio di una consultazione"* da pubblicare sul sito della stazione appaltante.

Da notare che si tratta di garanzia già prevista dal decreto-legge 76/2020 a tutela degli operatori che potrebbero essere interessati dalla procedura negoziata che possono, pertanto, controllare le dinamiche utilizzate dal RUP.

A quanto si collega, la disposizione contenuta nell'ultimo periodo del comma 2 dell'articolo 5 secondo cui *"Le stazioni appaltanti (leggasi RUP o un suo collaboratore) pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure"* negoziate.

La motivazione, che giustifica la scelta di criteri automatici, deve essere inserita non solo nella decisione a contrarre (nell'allegato ancora "determina") e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

2. L'individuazione dei criteri

Come si è anticipato, la scelta degli operatori deve avvenire con criteri oggettivi e trasparenti. Più nel dettaglio, il terzo periodo del comma 3 dell'art. 2 dell'allegato II.1 spiega che *"Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza"*.

Criteri che devono essere preindividuati sia nel caso di scelta preceduta da avviso pubblico a manifestare interesse sia nel caso di scelta dall'albo interno (caratterizzato da una rigorosa fase "pubblicitaria" e trasparente).

L'individuazione dei criteri, pertanto, è uno dei problemi istruttori/pratico operativi di maggior rilievo per il Responsabile Unico e per i propri collaboratori (si pensi, tra tutti, al responsabile di fase dell'affidamento).

Viene incontro a questo problema istruttorio una importante indicazione fornita dall'ANAC (comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 giugno 2024 rubricato *"Indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate"*).

Nel documento si premettono e ribadiscono i forti limiti nell'utilizzo di criteri automatici di scelta degli operatori. In questo senso, ad esempio, in relazione ad un criterio cronologico, si spiega che *"Al pari del criterio del sorteggio, il criterio cronologico può, pertanto, ammettersi soltanto in circostanze eccezionali e residuali, nei limiti ed alle condizioni previste dal Codice, quando l'utilizzo di criteri obiettivi è impossibile o comporta oneri che ostacolano lo svolgimento rapido della procedura"*.

Le indicazioni di maggior utilità si rinvencono, ovviamente, nell'esplicitazione di criteri che possono essere previsti, ad esempio, per gli incarichi tecnici possono essere oggetto di considerazione:

- il fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura riferibile agli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione dell'avviso esplorativo;

- importo dei lavori svolti nel corso degli ultimi dieci anni ed appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare;
- numero medio annuo del personale tecnico dipendente (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) dipendente del candidato".

Criteri in parola che possono essere adattati anche per aggiudicare lavori pubblici integrati da un ulteriore criterio relativo al *"numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse"*.

Utili anche le indicazioni per l'aggiudicazione di appalti di forniture e servizi, per i quali potrebbe essere opportuno utilizzare criteri relativi:

- al fatturato globale riferibile all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso a manifestare interesse;
- all'importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;
- al numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse partecipazione;
- al possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.

Il comunicato contiene anche una precisazione da cui il RUP non può prescindere ovvero il fatto che nell'utilizzo dei criteri (ed assegnare parametri che consentano poi la scelta) occorre far in modo di "distribuire" la selezione non solo sui "migliori" ma in modo da non penalizzare le piccole/medie imprese.

A tal riguardo, in modo condivisibile, l'ANAC suggerisce – e si tratta di indicazione da seguire –, che nelle dinamiche di scelta *“si potrebbe, pertanto, non selezionare sempre e comunque i primi operatori economici posizionati in graduatoria ma - trattandosi di candidati comunque tutti in possesso dei necessari requisiti di partecipazione – fare in modo che la selezione stessa avvenga individuando i soggetti da invitare in parte tra i valori più alti, in parte, tra quelli intermedi ed in parte tra quelli più bassi”*.

In tempi recenti l'ANCE ha pubblicato un apposito “vademecum” sulle procedure negoziate che riprende in pratica le indicazioni già fornite dall'ANAC (si tratta, quindi, di altro strumento utile per i RUP).

BOX: Nell'utilizzo dei criteri (ed assegnare parametri che consentano poi la scelta) il RUP deve far in modo di “distribuire” la scelta non solo sui “migliori” ma in modo da non penalizzare le piccole/medie imprese

Sarebbe opportuno, evidentemente, disciplinare questi criteri (e prevederli) nell'ambito di apposito regolamento interno che potrebbe essere utilizzato anche per individuare le fasce di importo e così disciplinare l'applicazione della rotazione ex art. 49 del codice.

Il criterio dell'alternanza, in pratica, verrebbe applicato solo per aggiudicazioni all'interno delle fasce predette.

“Nell'utilizzo dei criteri (ed assegnare parametri che consentano poi la scelta) il RUP deve far in modo di “distribuire” la scelta non solo sui “migliori” ma in modo da non penalizzare le piccole/medie imprese”

3. La scelta senza criteri

È bene annotare, per completezza, che lo stesso codice ipotizza un caso di scelta (o meglio sarebbe dire “non scelta”) degli operatori che, pertanto, vengono chiamati a competere senza che vengano definiti dei criteri.

Si tratta del caso previsto nel comma 5 dell'articolo 49 (microsistema normativo dedicato alla disciplina della rotazione) in cui si stabilisce che *“le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata”*.

Nel caso in cui, quindi, venga predisposto un avviso senza criteri e/o “lanciata” la RDO si soggetti presenti nel “mercato elettronico” (PAD) senza limitazioni si rinuncia a stabilire dei limiti alla partecipazione per non applicare – in sostanza –, la regola dell'alternanza. Ovviamente la condizione è che il RUP non ponga limiti alla partecipazione dei soggetti in possesso dei requisiti.

È chiaro che la fissazione dei criteri limita la partecipazione ed altresì anche consente di non applicare la rotazione sempre che i soggetti in possesso dei requisiti declinati nei criteri possano partecipare/esprimere la propria adesione/manifestazione di interesse senza limiti.

Sui criteri si registrano diverse posizioni espresse nella prassi, e prima fra tutti, l'ANAC. Ad esempio, in tema di criterio cronologico (di arrivo delle manifestazioni di interesse) con il parere n. 11/2024, l'Autorità Anticorruzione ha spiegato che il criterio in parola *“è un criterio di scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata casuale e quindi non adeguato alle nuove disposizioni codicistiche che impongono la previa definizione di criteri “oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”*.

L'ufficio di supporto del MIT ha ribadito che nella "procedura negoziata", per la scelta degli operatori dal MEPA o altro mercato elettronico, occorre procedere con l'avviso pubblico a manifestare interesse con indicazione di criteri oggettivi.

4. L'albo dei fornitori/prestatori

Criteri tecnico/qualitativi devono essere predefiniti anche nella scelta degli operatori da far competere dall'albo interno della stazione appaltante (e valgono le indicazioni già espresse sopra).

La particolarità dell'albo, come si legge nell'allegato II.1, in particolare dall'art. 3 che detta specifica/chirurgica disciplina (che il RUP deve ossequiare rigorosamente) è che l'attività propedeutica e l'intero procedimento di redazione deve (in questo caso è necessario/indispensabile) essere preventivamente disciplinata/o con apposito regolamento interno (di competenza, per gli enti locali territoriali, del consiglio vista la valenza esterna).

Nel dettaglio, il comma 1 dell'articolo citato spiega che *"Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare"*.

Si ribadisce che anche questo avviso (di costituzione degli elenchi) al pari dell'avviso pubblico a manifestare interesse deve essere reso conoscibile *"mediante pubblicazione sul sito istituzionale della Stazione Appaltante e sulla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC"*.

L'avviso in parola deve spiegare che requisiti di carattere generale sono necessari, *"la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo"*.

Devono essere predefiniti criteri oggettivi di scelta degli operatori da far competere anche per la "selezione" dall'albo interno della stazione appaltante

Si tratta di avviso aperto (alle adesioni), l'operatore può chiedere iscrizione a uno o più fasce di importo (o a singole categorie) con presentazione di dichiarazione sul possesso dei requisiti che il RUP dovrà verificare sicuramente nella scelta/invito degli operatori.

Anche in questi casi, evidentemente, non è consentito – se non per adeguatissimi motivi –, utilizzare criteri automatici/casuali.

Equilibrio contrattuale, sopravvenienze e rinegoziazione nel nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023)

di Francesco Vergine

IL
PUN
TO

1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

In tema di equilibrio economico dei contratti pubblici il legislatore del Codice dei contratti pubblici del 2023 ha introdotto alcuni articoli allocati nel libro I Parte I – Dei Principi, Libro II, Parte II – Degli istituti e delle clausole comuni, nel Libro II, Parte VI – Dell'esecuzione e, per quanto riguarda specificamente le concessioni, nel Libro IV – Parte II, Titolo III – L'esecuzione delle concessioni.

Le disposizioni di rilievo sono:

- l'art. 9 che enuncia il principio di conservazione dell'equilibrio del contratto;
- l'art.60 che disciplina la revisione dei prezzi contrattuali;
- l'art.120 che si occupa di regolamentare le modifiche del contratto in corso di esecuzione;
- l'art.189 che disciplina le modifiche dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia;
- l'art.192 che si occupa della revisione del contratto di concessione.

La conservazione dell'equilibrio economico del contratto pubblico costituisce corollario del principio civilistico della conservazione del contratto ed è coerente con l'interesse pubblico prevalente all'esecuzione corretta ed efficiente della commessa pubblica.

L'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha sancito il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel sistema dei contratti pubblici, introducendo una disciplina generale delle sopravvenienze imprevedibili ed incidenti sull'equilibrio del contratto, tali da generare effetti distorsivi che secondo il codice civile all'art. 1467 potrebbero portare alla risoluzione del rapporto negoziale.

L'art. 9 c. 1 - Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – stabilisce:

1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.

La disposizione introduce un innovativo principio generale del sistema dei contratti pubblici, che mira ad assicurare alle parti la conservazione dell'equilibrio economico originario del contratto pubblico, a fronte di sopravvenienze pur in

assenza di clausole specifiche contenute nella *lex specialis* di gara.

Evidente risulta l'impostazione di segno contrario rispetto all'art. 1467 cc., che invece prevede non la conservazione bensì la risoluzione del contratto per l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'art. 9 citato regola il fenomeno, conosciuto in ambito internazionale, delle clausole cd di *hardship* ed ha un contenuto triplice:

1. definisce il concetto complesso di sopravvenienze rilevanti, oltre l'alea ordinariamente accettabile;
2. richiede l'alterazione "rilevante" dell'equilibrio economico originario del rapporto contrattuale;
3. introduce un diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione, cui fa fronte di necessità un obbligo della controparte contrattuale, in genere la stazione appaltante.

Si stabilisce che solo a fronte di "*circostanze straordinarie e imprevedibili*", estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto pubblico stipulato, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, abbia diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali (primo comma).

Tanto può aversi nei limiti del ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica (secondo comma).

L'art. 9 del codice contratti pubblici inoltre sancisce che se le circostanze sopravvenute rendono temporaneamente inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti la prestazione, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale (terzo comma).

Anche l'inutilità sopravvenuta del contratto, totale o parziale, ipotesi già approfondita in

dottrina ed in giurisprudenza, trova così una positiva disciplina nei contratti pubblici.

Il quarto comma dell'art. 9 poi è volto a favorire l'inserimento ad opera della P.a. di clausole di rinegoziazione, con correlativa pubblicità, nel bando e nella lettera d'invito, specie in relazione a contratti particolarmente esposti per la durata, per il contesto di riferimento o per altri motivi. Senza introdurre un obbligo per le stazioni appaltanti, la disposizione indica alcuni criteri di riferimento utili per giustificarne la previsione nella *lex specialis* di gara.

L'ultimo comma prevede infine un rinvio agli artt. 60 ("Revisione dei prezzi") e 120 ("Modifica dei contratti in corso di esecuzione"), considerati come applicazioni del principio de quo.

2. L'equilibrio contrattuale alla luce dei principi del risultato e della buona fede nel codice dei contratti pubblici.

Si ritiene in dottrina che la collocazione del principio di rinegoziazione e quindi del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, ricada nell'ambito applicativo del principio del risultato posto dall'art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

Il principio del risultato non è espressamente menzionato nella legge delega; tuttavia, è da considerare principio generale dell'azione amministrativa, consolidato in dottrina e in giurisprudenza, quale corollario del principio costituzionale del buon andamento.

Il principio del risultato attiene, invero, sia alla fase della formazione del contratto, sia alla fase dell'esecuzione (sul tema in generale E. Guarnieri, Il principio di risultato nei contratti pubblici, in Diritto amm. N. 4-2023).

Nella fase della formazione, il principio si traduce nella aggiudicazione del contratto al miglior offerente, sotto il profilo della bontà dell'offerta in termini economici e tecnici da parte di un operatore economico che presenti i requisiti richiesti.

Nella fase della esecuzione, il risultato da raggiungere consiste nel realizzare l'opera o compiere il servizio nel tempo previsto, nel modo tecnicamente perfetto, coi tempi e le modalità previste.

Il risultato esige che nella fase dell'esecuzione siano previsti strumenti intesi ad assicurare, nei limiti consentiti, la conservazione dell'impresa: si tratta degli strumenti contemplati dall'art. 9, ai quali si può aggiungere la disciplina dell'anticipazione del prezzo da corrispondere all'appaltatore (art. 125), impostata anch'essa nell'ottica di assicurare all'impresa, già nelle prime fasi dell'esecuzione, una capacità operativa supportata da adeguati mezzi.

L'art. 9 si configura come attuazione del principio del risultato, nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Il risultato postula non solo rapidità e economicità, ma anche la qualità della prestazione; la migliore offerta è quella che presenta le migliori condizioni economiche, a parità di requisiti qualitativi (Cons. Stato, sez. III, n. 11322 del 2023).

Per il committente pubblico comporta il dovere di ispirare le scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura formale della norma da applicare, per cui esso deve guidare sia l'interpretazione che l'applicazione delle regole di gara (Cons. Stato, sez. V, n. 9254 del 2024 e n. 7875 del 2024).

Un contratto equilibrato è idoneo a realizzare pienamente l'interesse dell'Amministrazione e dell'impresa e costituisce premessa del risultato, ovvero della realizzazione degli obiettivi della parte pubblica e di quella privata.

Sulla base di questi argomenti, si può ritenere che la previsione nel codice dei contratti pubblici del principio della rinegoziazione sia in primis attuativa dei detti principi dell'azione amministrativa.

Ma il principio della rinegoziazione nella materia dei contratti pubblici è senza dubbio attuativo anche del principio di buona fede.

In giurisprudenza si è affermato infatti : "... la rinegoziazione, quale rimedio che si affianca a quelli tipici della risoluzione e revisione, costituisce attuazione del più generale principio *rebus sic stantibus* che caratterizza i rapporti di durata, nonché del principio di equità sostanziale che trova il proprio ancoraggio, anch'esso, nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. (T.A.R. Lombardia, sent. n. 3669 dell'11.11.2025).

3. La ratio della rinegoziazione

La rinegoziazione del dato economico è obbligatoria laddove si accertino i presupposti indicati all'art. 9 con la previsione del limite del ripristino dell'assetto originario, onde evitare l'elusione dell'obbligo della PA di indire una nuova gara.

La disciplina, pertanto, come evidenziato nella relazione al codice, si ispira ad un rimedio conservativo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti.

Si prevede quindi un rimedio alternativo alla risoluzione ex art. 1467 c.c., che invece richiede l'intervento del giudice a domanda della parte svantaggiata dalla sopravvenienza.

La disposizione innovativa, come vedremo oltre, vuole peraltro incentivare la previsione contrattuale delle sopravvenienze economiche, che può assumere due forme: clausola di adeguamento automatico; clausola di rinegoziazione obbligatoria.

Si arriva quindi all'introduzione di un rimedio manutentivo del contratto, attesa l'inadeguatezza della tradizionale tutela demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c. in favore della parte colpita dalla sopravvenienza.

L'art. 1467 c.c. comunque rimane invocabile nell'ambito della disciplina della revisione prezzi di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 32/2023 a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, c.d. correttivo al codice dei contratti, che ha previsto, all'art. 2, comma 2, dell'allegato II.2 bis, la possibilità di chiedere la

risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

La Relazione di accompagnamento allo schema del decreto legislativo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) evidenzia come la ratio del rimedio pubblicistico, sancito dall'art. 9 cit., sia quella di individuare per i "contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce" un rimedio che consente di addivenire ad un equilibrio, idoneo a preservare gli interessi coinvolti, senza danneggiare la controparte.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha così codificato, con una disposizione di carattere generale, il principio secondo cui tutti i rapporti negoziali di natura pubblicistica, a prescindere dal titolo giuridico (appalto o concessione), devono essere messi al riparo dagli effetti pregiudizievoli derivanti, nel corso dell'esecuzione, dalle sopravvenienze rilevanti che pregiudichino il sinallagma tra le prestazioni.

La parte svantaggiata, colpita dalla sopravvenienza, ha diritto alla rinegoziazione, secondo buona fede, delle condizioni contrattuali e, al contempo, la controparte ha l'obbligo di rinegoziarle.

4. I confini della rinegoziazione. Profili di diritto europeo

Sono tuttavia previsti dei limiti, speciali e generali, costituiti da una serie di elementi indicati nell'art.9 sul piano sostanziale e sul piano delle risorse.

Anzitutto occorre rispettare la "sostanza economica" del contratto, con ciò riferendosi al divieto di accordi che possano generare vantaggi non previsti ab origine a favore dell'aggiudicatario.

L'accordo di rinegoziazione poi non può attingere risorse oltre quanto già in atti di gara, quali il quadro economico dell'intervento e le economie da ribasso d'asta.

I limiti generali discendono dai principi che governano la gara pubblica, quali la buona fede, la par condicio, la concorrenza col connesso divieto di elusione dell'evidenza pubblica.

La rinegoziazione non può avere come effetto di evitare una nuova evidenza pubblica, laddove ne ricorrano i presupposti.

La Corte di Giustizia ha chiarito, in sede di rinvio pregiudiziale, che dopo l'aggiudicazione non è consentita una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di selezione del contraente, anche qualora la modifica sia obiettivamente una composizione transattiva con rinunce di ciascuna parte del contratto (Corte G. UE sez. VIII, 7.9.2016 C- 549/14).

La Corte del Lussemburgo ha precisato che la transazione, che pone fine ad una controversia insorta in fase di esecuzione del contratto pubblico, non esclude l'obbligo di una nuova procedura di aggiudicazione.

Tale decisione è in linea con la giurisprudenza della Corte, secondo cui il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale.

L'obbligo di ricorrere ad una nuova procedura di gara verrebbe meno solo nel caso in cui i documenti relativi all'appalto prevedano la facoltà di adeguare talune sue condizioni, anche rilevanti, dopo la sua aggiudicazione e fissino le modalità di applicazione di tale facoltà.

Si esclude quindi la modifica sostanziale del rapporto contrattuale non disciplinata ex ante. La ragione sta in ciò che se tali modifiche fossero state previste nei documenti della procedura originaria, avrebbero potuto essere accolte altre offerte oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2008, C454/06, EU:C:2008:351, punti da 34 a 37).

Infatti, sebbene il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di

trasparenza debba essere garantito anche riguardo agli appalti pubblici particolari, ciò non impedisce all'amministrazione di prevedere espressamente, nei documenti di gara, la facoltà di adeguare talune condizioni, anche importanti, dopo l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2024, n. 7119, che richiama Corte G. U.E. sentenza 549/7.9.2016).

Merita essere richiamata in proposito anche la pronuncia della Corte (Grande Sezione), in materia di concessioni, che ha affermato:

L'articolo 43, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, deve essere interpretato nel senso che:

- qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione, una concessione può essere modificata senza una nuova procedura di attribuzione, anche nel caso in cui essa sia stata inizialmente attribuita, senza previo esperimento di una gara, ad una entità in house e la modifica dell'oggetto della concessione summenzionata venga effettuata ad una data in cui il concessionario non ha più la qualità di entità in house;

La Corte ha ritenuto che si determina la «necessità» di una modifica di una concessione, ai sensi del citato articolo 43, nel caso in cui circostanze imprevedibili impongano di adattare la concessione iniziale per garantire che la corretta esecuzione di quest'ultima possa proseguire (Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza 29 aprile 2025 - *procedimento Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, contro Die Autobahn GmbH des Bundes*).

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia in merito alla modifica di contratti di concessione relativi alla gestione di strutture per la fornitura di beni e servizi ai margini delle autostrade federali tedesche, al fine di includervi la costruzione, la manutenzione e la gestione di infrastrutture di ricarica rapida dei veicoli elettrici.

Sono da ritenere quindi vietate, secondo la citata giurisprudenza eurounitaria, modifiche che hanno per effetto:

- di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti,
- di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario,
- "oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi".

5. L'equilibrio contrattuale nella disciplina civilistica

Il complesso tema dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici può essere meglio compreso e approfondito alla luce della tematica delle sopravvenienze, che nel diritto privato è stata oggetto di una complessa evoluzione.

Nella prospettiva tradizionale erano considerate sostanzialmente irrilevanti, in ossequio ad un dogma volontaristico rigoroso: la volontà delle parti era dotata di una tendenziale stabilità in ossequio alla rilevanza della tradizionale clausola tacita "*rebus sic stantibus*", ovvero di valutazioni in chiave di fondamento dell'affare o di presupposto comune.

Pertanto, se non espressamente considerate e regolamentate dalle parti, le sopravvenienze non potevano essere considerate idonee ad erodere l'intangibilità del vincolo contrattuale.

Il codice civile del 1942 temperò parzialmente questa visione volontaristica e prevalente, introducendo, come sopra esposto, un rimedio generale demolitorio contro le sopravvenienze, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (artt. 1467 ss. cod. civ.).

La scelta fu storicamente giustificata introducendo in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune "... e quindi in collegamento con una tradizione

prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri» (così la Relazione al Codice Civile, § 665; per una analisi approfondita del tema e delle diverse posizioni dottrinali Gabrielli E., Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale, in Ius civile).

Nel tempo è cresciuta l'attenzione alla costante adeguatezza del contratto di durata a soddisfare gli interessi delle parti, non solo nella fase genetica, ma anche e soprattutto nella fase di esecuzione del rapporto, con riguardo agli effetti economici delle sopravvenienze.

Un ruolo centrale è stato assunto proprio dal tema della rinegoziazione: prova ne è l'accoglimento, nelle grandi riforme del diritto delle obbligazioni dei rispettivi codici civili (ad es. la teoria dell'*imprévision* in Francia, art. 1195 *code civil*).

Il tema è legato al difetto originario o sopravvenuto dell'equilibrio contrattuale dei contratti di durata o ad esecuzione differita, sul presupposto che l'autonomia negoziale in materia di contratti pubblici non consenta un contratto ingiusto, con danno di una delle parti. Il contratto nel codice civile era ritenuto giusto perché frutto dell'accordo delle parti, così comportando le tutele solo in alcune ipotesi, quali ad es. i casi tipici di vizio del consenso, di rescissione o di norme imperative di riduzione a proporzione (es. art. 1384 c.c.).

Un ruolo rilevante assume nel codice civile il dovere di solidarietà ex art. 2 Cost. operante in combinazione con la clausola generale della buona fede oggettiva ex art. 1375 c.c.

A - In ordine allo squilibrio sopravvenuto l'alterazione dell'equilibrio economico può indurre le parti ad una composizione volontaria attraverso una transazione o un contratto modificativo.

Il contratto di secondo grado integra una nuova manifestazione di volontà delle parti, che nell'esercizio della loro autonomia privata pongono rimedio ad uno squilibrio non voluto e successivo all'accordo, di tipo economico, che altrimenti porrebbe una parte in posizione

di svantaggio, in assenza di dolo o di errore riconoscibile.

E' noto che la transazione postula un contenzioso, mentre l'accordo modificativo si ha se le parti convergono sullo squilibrio sopravvenuto e vi pongono rimedio.

Ne segue un effetto preclusivo di nuove pretese, al pari di un accertamento negoziale che vale ad eliminare piuttosto l'incertezza delle parti sui contenuti del negozio.

La mancanza di accordo sul punto può indurre la parte che vi ha interesse al rimedio demolitorio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che postula il controllo giudiziale (richiamato peraltro nel codice contratti pubblici, art. 2 c. 2 allegato II.2-bis "*Quando l'applicazione dell'articolo 60 del codice non garantisce il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e non è possibile garantire il medesimo principio mediante rinegoziazione secondo buona fede....*").

B - Il difetto originario di equilibrio può invece essere frutto di errore, dolo o di violazione del dovere generale di buona fede.

Il codice civile appresta tuttavia alcuni rimedi manutentivi nel contratto sinallagmatico: ad es. il mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c. c) in caso di errore; l'offerta di modificazione per ricondurre ad equità il contratto rescindibile (art. 1450 c.c), che ammette l'intervento del giudice per determinare la consistenza della modificazione del contratto; la riduzione del prezzo nella vendita di cosa affetta da vizi.

Di rilievo è il rimedio manutentivo dell'art. 1467 c. 3 c.c., che consente al debitore convenuto in risoluzione di offrire la riconduzione ad equità del rapporto: esso tuttavia presuppone la domanda giudiziale di risoluzione della parte svantaggiata e la sentenza costitutiva che attua il diritto del convenuto in risoluzione alla modifica, sufficiente a evitare lo scioglimento del rapporto una volta che esso sia ricondotto ad equità.

Analogamente avviene ex art. 1450 c.c. in tema di contratto rescindibile.

Il convenuto può anche limitarsi a chiedere, in base a elementi oggettivi, la determinazione al giudice, il quale, ove ritenga insufficiente la somma offerta, può integrarla, salvo che essa sia stata confinata entro una precisa quantificazione (Cass. civ. n. 6311/2024).

Spetta quindi al giudice, a fronte di un rapporto non più equilibrato, l'accertamento della adeguatezza dell'offerta al riequilibrio delle prestazioni del contratto risolubile o rescindibile: l'esito negativo di tale valutazione giudiziale conduce alla sentenza caducatoria.

La buona fede oggettiva soccorre poi, in assenza di specifici rimedi, con le clausole generali ex artt. 1337, 1358, 1366, 1375 c.c.

Essa assume un ruolo anche nella responsabilità precontrattuale rispetto al contratto valido ma svantaggioso per una parte, affetto dal cd. vizio incompleto, che legittima la tutela risarcitoria (art. 1440 c.c.) a fronte della violazione del dovere di buona fede incidente sulla conclusione di un contratto non viziato.

6. La rinegoziazione e le sue fonti nel codice civile

Questa breve disamina consente di affermare che non è dato rinvenire nel codice civile una disposizione generale sulla rinegoziazione, la cui elaborazione è frutto perlopiù di interventi settoriali del legislatore o di posizioni assunte nel tempo dal giudice ordinario e dalla dottrina.

Nel d.d.l. n. 1151, presentato nel corso della XVIII legislatura, recante "Delega al Governo per la revisione del codice civile", era stato contemplato, fra i principi e i criteri direttivi: «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» (art. 1, comma 1, lett. i).

In tempi più recenti l'emergenza sanitaria ha

determinato il ricorso del legislatore a istituti ritenuti idonei a reagire alle conseguenze pregiudizievoli delle misure governative, che incidono sull'equilibrio economico del contratto in corso di esecuzione.

Il dibattito è culminato nella Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, redatta dall'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema di cassazione (ad oggetto «Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale»).

Si è così ritenuto:

- di fondare l'obbligo di rinegoziazione sulla correttezza e sulla buona fede (artt. 1175, 1366, 1374 e 1375 cod. civ.), quali corollari del dovere costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.);
- di ipotizzare che, ove le parti non raggiungano un accordo modificativo, il giudice possa a loro sostituirsi pronunciando ex art. 2932 cod. civ..

La predetta impostazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo è stata criticata da una parte della dottrina, scettica sulla possibilità per il giudice di riuscire lì dove le parti hanno fallito tramite la loro autonomia negoziale, ossia nel riequilibrare un contratto divenuto squilibrato.

La questione si è posta essenzialmente per la ritenuta inadeguatezza dell'art. 1467 c.c. a colmare il vuoto derivante da fattispecie nuove poste da emergenze quali la pandemia, ma ancor prima dalle crisi economiche e finanziarie dei mercati.

Si è prospettata quindi l'introduzione di un rimedio generale in chiave conservativa del contratto, attraverso soluzioni consensuali per la gestione delle sopravvenienze.

Evidentemente, in caso di disaccordo tra le parti sarà chiamato il giudice a stabilire se le nuove condizioni offerte siano tali da rendere obbligatoria l'accettazione dell'altra parte, perché rispondenti al ripristino dell'originario equilibrio contrattuale.

La legge, il contratto, il bando di gara, l'accordo

successivo delle parti sono allo stato le possibili fonti di un obbligo delle parti di rinegoziazione, che ponga rimedio allo squilibrio economico del contratto causato da sopravvenienze e che emerga in fase di esecuzione.

La rinegoziazione postula una sopravvenienza normativa o economica, che ponga una delle parti in una posizione di rilevante e non esiguo svantaggio rispetto alle pattuizioni originarie.

Il diritto alla rinegoziazione non significa diritto ad ottenere la modifica del contratto, ma solo quello di ottenere dall'altra parte l'apertura di trattative secondo buona fede, che in presenza di condizioni eque possano portare ad una modifica contrattuale, e in caso di disaccordo, ad una decisione del giudice.

In tutte le ipotesi vi sarà un concorso di due fonti nella disciplina di un rapporto negoziale unitario: il contratto e l'accordo di rinegoziazione.

Esso può concernere i contratti ad esecuzione differita ed i contratti ad esecuzione periodica o continuativa, cd di durata, quali ad esempio la somministrazione o la vendita a consegne ripartite.

Si profila una decisione del giudice che possa assumere valenza di obbligo di concludere il contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c.

7. Le sopravvenienze nel contratto di appalto

Allorché la prestazione dell'appaltatore tenuto al compimento dell'opera o del servizio, mediante la propria organizzazione (art.1655), divenga, in virtù di circostanze sopravvenute, non più rispondente (in termini di costi soprattutto, quali tenuti in conto nella determinazione del corrispettivo dell'appalto) alle condizioni pattuite, al di là della conseguenza legalmente prevista della risoluzione del contratto (art. 1467) domandata dalla parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa, tuttavia la stessa norma generale del codice prevede un correttivo al rimedio dissolutivo.

In tema di onerosità dell'esecuzione del contratto di appalto rileva l'art. 1664 cc. che prevede:

"Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo [1647]".

Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso."

Il codice pone a carico delle parti tutto ciò che deve considerarsi come alea normale del contratto, fissata nella misura massima del decimo del prezzo complessivo, sia in aumento come in diminuzione, anche a fronte di eventi imprevedibili quali le circostanze di fatto o di diritto, o la loro misura.

A differenza della previsione dell'art. 1467 c.c., in tal caso è sufficiente che gli eventi siano solo imprevedibili, non anche straordinari.

La revisione ex art.1664 c.c. postula insomma un evento non prevedibile che modifichi i costi in misura eccedente il decimo del prezzo convenuto, mentre la variazione inferiore al decimo viene ricondotta dal legislatore alla normale alea contrattuale (1469 c.c.).

Le altre cause cui essa fa riferimento non devono essere state previste dalle parti.

Ci si chiede se debbano essere non imputabili all'uomo (atmosferiche, climatiche ecc.), ovvero se possano anche dipendere da fatto umano di un terzo (ad esempio, sciopero prolungato che renda irreperibile un dato bene) o delle stesse parti, purché non imputabile ad esse (ad esempio, infortunio dell'appaltatore per incidente stradale nel quale non ha colpa che determina una stasi nella esecuzione).

Ne deriva che la parte che non intende sopportare neanche l'alea ordinaria deve cautelarsi con apposita clausola che disponga

un adeguamento convenzionale, in termini prestabiliti dalle parti, anche in deroga all'art. 1664 c.c. (Cass. civ., sez. I, ord. n. 5267/2018).

In caso di contrasto tra le parti circa la portata delle clausole contrattuali sul punto della applicabilità o meno della norma "de qua", è demandato al giudice di merito di accertare la reale volontà dei contraenti, se abbiano, cioè, voluto o meno escludere la revisione del prezzo del contratto di appalto.

8. Il diritto alla rinegoziazione nei contratti pubblici: profili sostanziali e processuali

Poste queste considerazioni generali e di sistema, la derogabilità dell'art. 1664 c.c. conduce al tema delle clausole specifiche di revisione in tema di appalto pubblico, posto che se ne riconosca l'applicabilità non solo all'appalto privato.

Si è già ricordato che ai sensi dell'art. 9 codice dei contratti pubblici sono necessari elementi positivi e negativi: i primi sono dati da circostanze sopravvenute, straordinarie e non prevedibili che vadano oltre la normale alea ed il rischio ordinario del mercato di riferimento; i secondi sono dati dall'assenza di clausole negoziali di accollo del rischio sopravvenuto e dallo stanziamento originario.

La sopravvenienza deve essere in ogni caso estranea al normale ciclo economico ed integrare un fenomeno esogeno eccezionale.

La disposizione va quindi interpretata restrittivamente atteso il suo carattere eccezionale.

L'onere della prova degli elementi costitutivi della fattispecie in esame spetta alla parte svantaggiata, che avendo un diritto alla rinegoziazione può agire davanti al giudice ordinario, in quanto si verta nella fase dell'esecuzione del contratto e qualora si contesti solo il quantum.

Rileva sul punto l'art. 120 c. 8.: *"Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9*

e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione."

La disposizione dell'art. 9 non esclude quindi un contenzioso sulla sussistenza dei presupposti e sui limiti del diritto alla rinegoziazione.

La domanda può avere ad oggetto l'accertamento e la condanna della S.A. che contesti il diritto e si opponga alla rinegoziazione richiesta dall'appaltatore, ovvero resti inerte a fronte della richiesta di rinegoziazione.

L'adeguamento del contratto postula una tutela giurisdizionale in forma specifica e per equivalente al contempo:

- la prima per sancire il diritto alla rinegoziazione ed i termini;
- la seconda per il risarcimento del danno, se allegato e provato, per il ritardo o per altra concorrente ragione che l'attore dovrà provare.

In ordine al riparto di giurisdizione, vale, in definitiva, quanto anche di recente ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione ovvero che:

"il discrimine tra le due giurisdizioni in materia di revisione prezzi è, in genere, condizionato dall'esistenza di una clausola contrattuale che riconosca alla parte pubblica un potere discrezionale di apprezzamento della richiesta, nel senso che, in detta ipotesi, nella fase precedente ad un eventuale riconoscimento, la controversia appartiene al giudice amministrativo; se il contratto contempla un potere vincolato, la lite è invece devoluta al giudice ordinario (Cass. SU 35952/2021; Cass. SU 21990/2020; Cass. SU 3160/2019; Cass. SU 14559/2015).

Nel primo caso, sono attratte alla giurisdizione amministrativa anche le

questioni concernenti il quantum se non sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata anche in ordine alla quantificazione del dovuto, giacché in tale ultima evenienza la controversia incardinata dall'appaltatore ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale e comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, e ricade nella giurisdizione ordinaria (Cass. SU 21990/2020; Cass.3160/2019; Cass. SU 3935/2022).

Il delineato discrimine è ulteriormente precisato nel senso che, se nulla abbia disposto il contratto, la controversia appartiene al giudice amministrativo, poiché il diritto viene a dipendere da un provvedimento dell'amministrazione che lo riconosca: prima di tale momento, il privato può vantare solo un interesse legittimo pretensivo (cfr. specificamente in tema di compensazione per aumento dei costi dei materiali Cass. S.U. 19567/2011, nonché, in tema di compenso revisionale, Cass. 9965/2017; Cass. SU 16285/2010)" (Cass. Civ., SS.UU., ord. 5 febbraio 2025, n. 2934; conforme TAR Friuli V.G., Trieste, n.167/2025).

9. L'obbligo di trattare e di contrarre ex lege. Profili critici

La rinegoziazione consiste nell'obbligo di svolgere trattative (pactum de tractando, che incide sull'an) e nell'obbligo di modificare il rapporto per riportarlo in equilibrio (pactum de contrahendo, che incide sul quid).

Il riequilibrio costituisce, dunque, la finalità peculiare della rinegoziazione, da perseguire e svolgere nel rispetto dei limiti esposti.

Si pone la questione relativa all'ipotesi che le parti non abbiano previsto alcuna clausola ex art. 9, ma al contrario l'abbiano esclusa.

È il caso in cui l'appaltatore si assuma l'alea negoziale che escluda la rinegoziazione. L'ipotesi configura il pericolo di un abuso da parte della stazione appaltante, che potrebbe inserire simile clausola nel capitolato speciale e nel bando di gara.

Si è fatto riferimento ad una clausola *omnibus*, che accolli all'appaltatore l'evento straordinario ed imprevedibile ed escluda i rimedi sia manutentivi che demolitori.

Il contratto da commutativo diviene allora aleatorio: si consideri che le Sezioni Unite hanno stabilito che l'alea deve essere resa conoscibile e misurabile, pena la nullità per difetto di causa della clausola.

Verrebbe meno l'obbligo ex lege della parte "non svantaggiata" di trattare e di contrarre in sede di rinegoziazione dell'assetto originario del contratto.

L'ipotesi opposta si configura se la clausola omnibus assume un carattere generico, senza specificare quale tipologia di eventi sopravvenuti possa determinare una alterazione dell'equilibrio tale da originare il diritto alla rinegoziazione del contraente danneggiato.

Si innesta qui l'ulteriore profilo critico della tutela del terzo che assuma, a fronte di una conclusa rinegoziazione, che sia stata commessa una elusione dell'obbligo dell'evidenza pubblica. Ci si chiede allora se ciò configuri un interesse pretensivo del terzo alla tutela della concorrenza e alla partecipazione ad una nuova gara che rimetta in discussione l'appalto, ivi compreso l'accordo successivo che ha modificato le clausole originarie.

10. La rinegoziazione nei contratti di concessione

Anche nel caso delle concessioni possono aversi sopravvenienze che incidono sul rapporto e quindi sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione (art. 192 d. lgs.36/2023).

Il concessionario, diversamente dall'appaltatore, assume un rischio diverso e ulteriore rispetto a quello di mercato, ovvero il rischio operativo.

In considerazione dei poteri pubblicistici posti in capo all'ente pubblico concedente anche in fase di esecuzione della commessa, si ritiene che la posizione giuridica dell'operatore sia di interesse

legittimo. Tuttavia si dovrebbe a nostro avviso riconoscere anche in capo al concessionario un diritto soggettivo se l'amministrazione, avendo inserito una clausola revisionale nel contratto, abbia esaurito ogni spazio discrezionale.

L'art. 189 infatti prevede la possibilità di inserire nei documenti di gara *clausole chiare, precise e inequivocabili*, come clausole di revisione dei prezzi riferite agli indici sintetici di cui all'art. 60 c. 3.

L'art. 192 inoltre disciplina la revisione per fatti straordinari e imprevedibili in grado di incidere sull'equilibrio dell'operazione e prevede una facoltà del concessionario di chiedere la revisione del contratto ("può chiedere"), cui non corrisponde un altrettanto esplicito obbligo dell'amministrazione di concludere un accordo.

Il concessionario può chiedere la revisione del contratto con alcuni limiti:

- la misura è solo quella strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto;
- l'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa;
- non è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione;
- sono vietate anche nelle concessioni modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione.

Ricorre un generale dovere di entrambe le parti di instaurare delle trattative per addivenire alla formazione di un accordo, nell'ottica della buona fede; nel caso di mancato accordo è ammesso un recesso oneroso.

Infatti l'art. 192, comma 4, del codice dei contratti pubblici stabilisce che in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario, le parti possono recedere dal contratto, con rimborso al concessionario degli importi spettanti ex art. 190, comma 4, per il caso di recesso del concedente, ad esclusione dell'indennizzo a titolo di mancato guadagno di cui all'art. 190, comma 4, c).

Anche nelle concessioni pertanto occorre ammettere la natura eccezionale delle citate previsioni di modifica del contratto, a fronte del principio generale europeo della evidenza pubblica.

Ciò comporta una interpretazione restrittiva ed un divieto di interpretazione analogica delle relative disposizioni.

11. Conclusioni

L'innovazione introdotta nel sistema dei contratti pubblici costituisce un superamento settoriale del principio "rebus sic stantibus" e consente al privato di azionare un rimedio manutentivo del contratto, senza dovere perdere la commessa a seguito della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c.

Il riequilibrio esige tuttavia una ponderata valutazione delle parti prima e del giudice poi, nella cornice dei principi della solidarietà, della buona fede oggettiva e quindi del risultato, che ne sono il fondamento logico-giuridico.

Non può allora escludersi che il principio fin qui approfondito abbia una vis espansiva verso l'appalto privato e oltre, dando alla conservazione dell'equilibrio contrattuale la forza di principio generale dell'ordinamento.

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

XXI EDIZIONE



16 INCONTRI

16 OTTOBRE / 19 MARZO



64 H. DI FORMAZIONE

09:30 - 13:30

IN COSA CONSISTE?

64 ore di alta formazione, 16 appuntamenti tra ottobre e marzo. La XXI edizione nasce come percorso, **aggiornato e rinnovato**, concepito come una piattaforma avanzata di formazione specialistica che combina il rigore dell'approfondimento normativo con la concretezza del lavoro operativo richiesto quotidianamente ai RUP, DEC, dirigenti e funzionari delle stazioni appaltanti.

A CHI È RIVOLTO?

Funzionari e dirigenti di Pubbliche Amministrazioni e Società partecipate, impegnati a vario titolo nella gestione delle gare pubbliche.

CHI SONO I RELATORI E CON QUALE MODALITÀ AGIRANNO?

Confronto aperto con **alcuni dei più Autorevoli Esperti di appalti pubblici in Italia:**

- **Cons. Marcello Faviere**
- **Ing. Gianluca Bandiera**
- **Pres. Alessandro Cacciari**
- **Ing. Pietro Giovanni Coletta**
- **Prof. Davide Croce**
- **Dott. Federico Fidanza**
- **Avv. Pietro Fidanza**
- **Avv. Vittorio Miniero**
- **Ing. Maurizio Monassi**
- **Ing. Francesco Porzio**
- **Cons. Flavia Risso**
- **Pres. Fabio Taormina**
- **Cons. Stefano Toschei**

MODALITÀ DI EROGAZIONE

Il percorso, in streaming, sarà gestito con la piattaforma Zoom. Gli incontri saranno registrati e sarà possibile accedere gratis alle registrazioni.

MATERIALE DIDATTICO

Materiale prodotto dai singoli Relatori.

Sarà, inoltre, attivato un **abbonamento gratuito annuale a MediAppalti**, rivista on line specializzata in materia di appalti pubblici.

ACCREDITAMENTI E QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI

Il corso è stato accreditato dalla SNA quale **"Corso di formazione specialistica utile per la qualificazione delle stazioni appaltanti" ID 2237683**. A tal fine è indispensabile seguire il corso prevalentemente in diretta.



Via Palmitessa, 40
76121 Barletta
Tel. 0883.310504

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



CERTIFICAZIONI
UNI EN ISO 9001:2015
certificato n°2632
ISO/IEC 27001:2022
certificato n°2633

PROGRAMMA

Quota di partecipazione entro 31/08/2026: € 2.450,00
entro 25/09/2026 € 2.800,00
date successive € 3.500,00

16 Ottobre - L'impianto del Codice dei Contratti Pubblici e i principi fondamentali.

Relatore: Cons. Stefano Toschei

30 Ottobre - Redazione dei provvedimenti amministrativi nel procedimento di gara

Relatore: Pres. Fabio Taormina

6 Novembre - I soggetti e gli organi di gara. Il RUP e i responsabili di fase. La Commissione di gara. Compiti, responsabilità e poteri

Relatore: Avv. Vittorio Miniero

13 Novembre - Gli operatori economici. In particolare i requisiti generali e speciali previsti dalla legge.

Relatore: Cons. Marcello Faviere

23 Novembre - Affidamenti diretti e procedure negoziate sotto soglia

Relatore: Avv. Pietro Fidenza e Dott. Federico Fianza

27 Novembre - Gli atti della procedura di gara: programmazione, determine, verbali e valutazioni.

Relatore: Pres. Alessandro Cacciari

11 Dicembre - L'iter di gara: dalla consultazione di mercato alla aggiudicazione. I profili sociali e ambientali.

Relatore: Cons. Marcello Faviere

15 Dicembre - L'impiego dell'Intelligenza Artificiale negli appalti pubblici

Relatore: Ing. Pietro Coletta e Prof. Davide Croce

15 Gennaio - Project Management applicato ai contratti pubblici

Relatore: Ing. Gianluca Bandiera

22 Gennaio - GOEV – Redazione documentazione tecnica di servizi e forniture

Relatore: Cons. Marcello Faviere

5 Febbraio - Semplificazione negli acquisti: gli Accordi quadro, progettazione e atti

Relatore: Pres. Alessandro Cacciari

12 Febbraio - Modifiche contrattuali, varianti e revisione prezzi

Relatore: Cons. Stefano Toschei

19 Febbraio - Esecuzione dei lavori pubblici.

Relatore: Cons. Stefano Toschei

26 Febbraio - Gestione dei contratti di servizi e forniture. Come progettare ed eseguire i controlli.

Relatore: Cons. Marcello Faviere

12 Marzo - Concessioni e PPP

Relatore: Cons. Flavia Riso

19 Marzo - Sessione finale di domande e risposte

Relatore: Cons. Marcello Faviere

Illegittima la richiesta della concreta disponibilità anticipata di strutture per l'esecuzione dell'appalto

di Salvio Biancardi

IL
PUN
TO

Premessa

Nel contesto delle procedure di evidenza pubblica, il principio di massima partecipazione e di tutela della concorrenza impone alle stazioni appaltanti di evitare requisiti che possano risultare sproporzionati o discriminatori.

In tale prospettiva, si è consolidato l'orientamento secondo cui non è consentito richiedere ai concorrenti, già in fase di gara, la disponibilità effettiva e attuale di mezzi, attrezzature o immobili necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Una simile pretesa, infatti, determinerebbe un aggravio ingiustificato a carico degli operatori economici, costringendoli a sostenere costi anticipati e rischi imprenditoriali in assenza di certezza in merito all'aggiudicazione.

Ciò si pone in contrasto con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, oltre che con il divieto di introdurre barriere all'accesso al mercato, favorendo indebitamente gli operatori già strutturati rispetto a quelli che potrebbero acquisire tali disponibilità solo successivamente. Pertanto, la giurisprudenza e la prassi applicativa ammettono che la stazione appaltante possa richiedere esclusivamente un impegno o una dichiarazione circa la futura disponibilità dei mezzi o degli immobili necessari, da rendere effettiva solo in caso di aggiudicazione.

In questo modo si garantisce un equilibrio tra l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto e l'esigenza di assicurare una competizione aperta, equa e non discriminatoria.

Nelle righe a seguire, verranno esaminati alcuni casi specifici affrontati dalla giurisprudenza.

1. La disponibilità materiale di magazzini non può essere imposta prima della gara

Non può ritenersi legittima, nell'ambito di una procedura di gara, la richiesta di dimostrare la disponibilità di un magazzino mediante la produzione di un contratto di locazione, di acquisto o di comodato.

A ricordarlo è il TAR Friuli con la sentenza del 27 marzo 2026, n. 93.

Nel caso esaminato, una stazione appaltante aveva avviato una procedura aperta finalizzata all'affidamento della fornitura di materiale elettrico.

Il disciplinare di gara stabiliva, tra i requisiti di esecuzione, l'obbligo per il concorrente di dimostrare di disporre, oppure di impegnarsi a dotarsi per tutta la durata contrattuale, di un magazzino dotato di vendita al banco.

Il capitolato precisava inoltre che tale magazzino dovesse trovarsi entro una distanza stradale massima di 50 km dalla sede della stazione appaltante e che la sua disponibilità dovesse essere comprovata mediante titolo di proprietà, locazione o comodato.

La parte ricorrente aveva sostenuto che, qualora si interpretasse come vincolante la previsione del disciplinare che imponeva, a pena di esclusione, la presentazione di un contratto preliminare e la piena titolarità del magazzino – escludendo altre modalità contrattuali idonee a garantirne la disponibilità –, tale clausola dovesse ritenersi illegittima.

Secondo la ricorrente, infatti, essa determinava una indebita trasformazione di un requisito di esecuzione in requisito di partecipazione, in contrasto con gli artt. 10 e 113 del D.lgs. 36/2023, introducendo inoltre una causa di esclusione non prevista dall'ordinamento.

In aggiunta, limitando le modalità di disponibilità del magazzino alle sole ipotesi di locazione, comodato o acquisto, la clausola avrebbe imposto un requisito sproporzionato, lesivo dei principi di massima partecipazione e di conseguimento del risultato.

Da ciò sarebbe derivato, sempre secondo la ricorrente, l'illegittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante, fondata sull'applicazione di una clausola del disciplinare non conforme alla legge.

I giudici hanno accolto le doglianze della ricorrente.

La giurisprudenza prevalente – da ultimo richiamata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2079/2026 – ha chiarito che la disciplina dei requisiti di esecuzione deve essere rinvenuta nella *lex specialis*. Inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) ha evidenziato che l'inserimento di una specifica capacità prestazionale tra i requisiti di partecipazione, pur riguardando in senso stretto le modalità di esecuzione del contratto, può essere giustificato dall'esigenza della stazione appaltante di accertare preventivamente l'idoneità degli operatori a svolgere determinate prestazioni caratterizzate da specifiche esigenze operative.

Tuttavia, tale esigenza deve essere bilanciata con il principio secondo cui imporre agli offerenti il rispetto di tutte le condizioni di esecuzione già al momento della presentazione dell'offerta rappresenta un requisito eccessivamente gravoso, idoneo a scoraggiare la partecipazione e quindi in contrasto con i principi di proporzionalità e trasparenza.

In questa prospettiva, la giurisprudenza, pur riconoscendo l'assenza di criteri oggettivi univoci e la conseguente variabilità interpretativa della materia, ha tendenzialmente adottato un approccio favorevole alla concorrenza, ammettendo che taluni requisiti particolarmente onerosi possano essere soddisfatti anche in fase esecutiva, senza necessità di una loro preventiva acquisizione (Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; 17 dicembre 2020, n. 8101; 9 febbraio 2021, n. 1214).

Alla luce di tali principi, il Collegio ha ritenuto che, nel caso di specie, la previsione contenuta nel disciplinare risultasse eccessiva e sproporzionata rispetto alle finalità perseguite, oltre che irragionevolmente lesiva della concorrenza e del principio del *favor participationis*.

In relazione alle esigenze dell'appalto, infatti, non era necessario garantire la disponibilità del magazzino mediante specifiche e tipiche figure contrattuali che attribuissero una piena titolarità, potendo tale esigenza essere soddisfatta anche attraverso la dimostrazione dell'esistenza di un vincolo negoziale serio e idoneo a garantire la disponibilità del bene.

Tale disponibilità può infatti essere assicurata attraverso una pluralità di strumenti contrattuali, anche atipici, inclusi accordi di natura commerciale, purché concretamente idonei a perseguire lo scopo richiesto.

Secondo i giudici, la limitazione alle sole forme contrattuali tipiche (locazione, acquisto o comodato), con esclusione di altre soluzioni giuridicamente valide, si pone in contrasto con i principi di apertura al mercato e di massima partecipazione, in quanto esclude operatori economici che, pur in grado di garantire il risultato richiesto, adottano modelli organizzativi diversi.

Inoltre, il disciplinare anticipava indebitamente alla fase di gara obblighi economici e giuridici, imponendo al concorrente, a pena di esclusione, di instaurare un rapporto giuridico con terzi mediante contratto preliminare per assicurarsi la disponibilità del magazzino.

Tale imposizione costituisce un aggravio ingiustificato e restrittivo della concorrenza, in quanto espone il concorrente al rischio di assumere obblighi giuridici ed economici indipendentemente dall'esito della procedura, nonché al pericolo di dover stipulare il contratto definitivo anche in assenza di aggiudicazione.

Al contrario, l'interesse della stazione appaltante a disporre di un punto vendita entro una determinata distanza può essere adeguatamente tutelato mediante modalità meno rigide, basate sulla dimostrazione della disponibilità giuridicamente rilevante di terzi a mettere a disposizione il magazzino con le caratteristiche richieste.

I giudici hanno inoltre osservato che l'imposizione di tale obbligo già in fase di gara

non è neppure necessaria per evitare offerte avventate, poiché è sempre possibile verificare concretamente la serietà dell'impegno assunto dal concorrente e, in ogni caso, resta ferma la possibilità di effettuare controlli successivi all'aggiudicazione, con eventuale applicazione dei rimedi previsti nella fase esecutiva (revoca o risoluzione del contratto), come previsto dal capitolato.

Pertanto, è stato ritenuto sproporzionato imporre al concorrente, già al momento della presentazione dell'offerta, un impegno vincolante mediante contratto preliminare, suscettibile di produrre effetti anche in assenza di aggiudicazione.

In sostanza, il disciplinare imponeva la creazione anticipata di un vincolo giuridico effettivo prima ancora dell'individuazione dell'aggiudicatario, esponendo il concorrente a obblighi potenzialmente pregiudizievoli.

Non sono state ritenute convincenti, infine, le argomentazioni dell'Amministrazione secondo le quali il contratto preliminare non costituirebbe un onere particolarmente gravoso e potrebbe essere subordinato alla condizione dell'aggiudicazione.

Al contrario, la stipula di un contratto preliminare rappresenta un'operazione potenzialmente onerosa, spesso accompagnata da anticipazioni economiche, e ancora più complessa nel caso di contratti condizionati, in cui un terzo, estraneo alla gara, si impegna a trasferire la disponibilità di un immobile senza certezza né sull'effettiva aggiudicazione né sui tempi, rinunciando nel frattempo ad altri possibili utilizzi.

In tale prospettiva, la clausola del disciplinare si configura non solo come ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, ma anche come fonte di un vincolo anticipato e potenzialmente dannoso per il concorrente, in contrasto con i principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

Ne è conseguita la nullità della clausola espulsiva contenuta nel disciplinare, nella parte in cui prevedeva l'obbligo per il concorrente di allegare

il contratto preliminare di locazione, acquisto o comodato a pena di esclusione, nonché nella parte in cui imponeva all'aggiudicatario la presentazione della relativa documentazione contrattuale riferita al magazzino indicato in sede di offerta.

2. Disponibilità di attrezzature in sede di presentazione dell'offerta

Sul tema della disponibilità di beni e attrezzature prima della presentazione dell'offerta è intervenuto anche il TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 26 marzo 2025, n. 483.

Nel caso specifico, una società aveva agito in giudizio per l'annullamento degli atti con i quali era stata esclusa dalla gara d'appalto, indetta da un Comune per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole comunali d'infanzia e primarie.

L'Amministrazione comunale aveva motivato la sanzione espulsiva in ragione della ritenuta inammissibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente *"in quanto carente della documentazione prevista al punto 14 del disciplinare di gara e nello specifico... dalle "schede tecniche degli automezzi utilizzati" non risulta il titolo di disponibilità, né l'autorizzazione A.S.L. (ovvero SCIA sanitaria) per il trasporto dei pasti"*, oltretutto in ragione della violazione dell'art. 70, comma 4, del D. Lgs. n. 36/2023, e cioè della non conformità dell'offerta *"ai documenti di gara"*.

La ricorrente aveva chiesto, pertanto, l'annullamento degli atti impugnati e la riammissione alla procedura competitiva, sostenendo che l'esclusione fosse illegittima e che la clausola del disciplinare di gara fosse ambigua e non conforme ai principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

Nello specifico, la società ricorrente assumeva che fosse sufficiente, ai fini di che trattasi, aver dichiarato che i mezzi sarebbero stati di nuova fornitura e che l'autorizzazione sanitaria sarebbe stata ottenuta successivamente all'acquisto, non rientrando la documentazione

richiesta tra le cause tassative di esclusione previste dalla legge, né potendosi esigere, alla stregua dei principi fondamentali in materia di partecipazione alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, l'acquisto preventivo dei mezzi di trasporto per partecipare alla gara.

Secondo i giudici le doglianze erano meritevoli di positivo apprezzamento.

Il bando di gara, aveva previsto che *"Le ditte offerenti dovranno, a pena di inammissibilità dell'offerta presentata, produrre la seguente documentazione: Piano organizzativo dei Trasporti, con schede tecniche degli automezzi e dei contenitori usati per la veicolazione ed indicante modalità di trasporto dei pasti ai luoghi di consumo, il numero di personale all'uopo utilizzato, le schede tecniche degli automezzi utilizzati, da cui risulti anche il titolo di disponibilità, autorizzazione A.S.L. per il trasporto dei pasti, schede tecniche dei contenitori usati per il confezionamento e la veicolazione dei pasti un numero di pasti almeno pari a quelli della presente gara"*.

A sua volta il capitolato speciale di appalto - rubricato "mezzi di trasporto"- precisava che *"di tali mezzi l'Impresa Aggiudicataria dovrà presentare le schede tecniche in sede di gara"*; mentre il medesimo capitolato speciale, riferendosi evidentemente ad un requisito di carattere esecutivo, declinava al futuro (*"dovrà avere"*) la prescrizione di *"disponibilità in proprietà, od altre forme, di un parco automezzi di trasporto efficienti e idonei a garantire comunque le consegne nei termini stabiliti"*.

Analogamente, il capitolato, prescriveva in capo alla "ditta appaltatrice" - quindi in una fase che presupponeva la contrattualizzazione del rapporto - l'obbligo di garantire che i mezzi adibiti al trasporto dei pasti possedessero *"i requisiti igienico-sanitari ed essere attrezzati in conformità di quanto prescritto dal Regolamento CE 852/2004 ..."* (anche in questo caso, si trattava di previsione *pro futuro* - "dovranno possedere" -, e quindi protesa alla fase di esecuzione della prestazione, così come evincibile anche dal secondo capoverso dell'articolo dedicato, laddove si ribadiva che "I

mezzi dovranno inoltre essere ritenuti idonei ed autorizzati dall'Azienda Sanitaria Locale").

I giudici hanno precisato che secondo pacifica giurisprudenza, i bandi di gara vanno interpretati in base al criterio letterale e sistematico di cui agli artt. 1362 e 1363 c. c., mentre in presenza di clausole ambigue o di dubbio significato deve privilegiarsi, in ossequio al principio del *favor participationis*, l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (si vedano Consiglio di Stato, Sez. V, 2 luglio 2024, n. 5871; *id.*, 9 gennaio 2024, n. 295).

Secondo i giudici, alla stregua del complessivo tenore delle suddette disposizioni e facendo applicazione dei richiamati criteri ermeneutici, sebbene la produzione delle schede tecniche degli automezzi utilizzati per il trasporto dei pasti fosse funzionale all'accertamento di un requisito essenziale di esecuzione del servizio (e dunque fosse rilevante ai fini della partecipazione alla gara, a pena di inammissibilità), la stessa valenza non potesse estendersi anche alla presenza del "titolo di disponibilità" e della "autorizzazione A.S.L. per il trasporto dei pasti", in modo di garantire alla P.A., fin dalla fase di gara, l'effettivo possesso di tali mezzi e del relativo titolo sanitario in capo all'operatore economico.

Invero, una diversa lettura delle disposizioni della *lex specialis* avrebbe condotto ad un'interpretazione in violazione del principio del *favor participationis*, nonché del principio del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 36 del 2023; e ciò in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenuta in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti" (Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2023, n. 5177; Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589) e, dunque "maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione"

(Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2023, n. 5393).

In particolare, nella giurisprudenza amministrativa si è affermato che, in caso di incertezza interpretativa, deve essere preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308), ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2024, n. 7522).

Secondo i giudici, nella specie, con riferimento alla distinzione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di esecuzione dell'appalto, veniva in rilievo il disposto di cui all'art. 113, comma 1, del D. Lgs. n. 36/2023, secondo cui "Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali e ambientali".

Spetta alla stazione appaltante, nella predisposizione degli atti di gara, conciliare le contrapposte esigenze, ovvero da un lato, quella di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti per procurarsi già al momento dell'offerta la disponibilità di beni e mezzi, senza avere la certezza dell'aggiudicazione e con effetti discriminatori ed anticoncorrenziali perché di favore per gli operatori già presenti sul mercato ed in possesso delle dotazioni strumentali, nonché con violazione del principio di proporzionalità (Corte di Giustizia U.E., Sez. I, 8 luglio 2021, n.

428); dall'altro, quella della stazione appaltante di garantire la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dal concorrente di dotarsi dei mezzi necessari all'espletamento del servizio (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 maggio 2024, n. 7522).

In tal senso, la giurisprudenza nazionale e comunitaria ha da tempo affermato che – allorquando per l'esecuzione di un appalto sia prescritta la disponibilità di beni e mezzi strumentali – costituisce un inutile aggravio di spesa imporre tale disponibilità già al momento dell'offerta, senza certezza alcuna dell'aggiudicazione (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 1° febbraio 2024, n. 105; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255; C. G. U.E., Sez. I, 8 luglio 2021, n. 428).

I giudici hanno, in proposito, richiamato l'orientamento pretorio che – occupandosi, in analoga vicenda, della previsione nella *lex specialis* della disponibilità di un centro di cottura per gli appalti di refezione scolastica – ha statuito che tale previsione va interpretata quale requisito di esecuzione del contratto e non già di partecipazione alla procedura, e che la regola (da valere per ragioni pro-concorrenziali anche quando trattasi di requisito di valutazione dell'offerta tecnica ai fini di incrementarne il punteggio) è che ai concorrenti non venga richiesto di disporre del bene strumentale all'esecuzione del servizio al momento della presentazione dell'offerta, ma solo di garantirne il possesso in caso di esito favorevole della gara (Consiglio di Stato Sez. III, 5 luglio 2024, n.5991; *id.*, 12 dicembre 2022, n. 10840; Sez. V, 26 gennaio 2021, n.776; *id.*, 30 settembre 2020, n. 5734; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 3 marzo 2023, n. 509).

Ove, infatti, la contestata previsione del disciplinare di gara fosse valutabile quale requisito di partecipazione, sarebbe evidente l'effetto anticoncorrenziale della stessa, non essendo peraltro il possesso di tale requisito indice dell'affidabilità dell'operatore economico, potendo nel caso di specie agevolmente procedersi all'acquisto e alla predisposizione dei mezzi di trasporto con le modalità indicate dall'Amministrazione nella fase prodromica alla stipulazione del contratto.

Si avallerebbe, come detto, un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, oltretutto sproporzionata ed irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un bene strumentale che potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario, con inutile aggravio di costi in vista di una possibile, ma non certa, acquisizione del contratto.

3. La disponibilità anticipata di un centro di cottura

Il possesso di un centro di cottura deve essere qualificato come condizione legata alla fase esecutiva del contratto e non come requisito necessario per partecipare alla gara.

Si tratta di un orientamento ormai consolidato, ribadito anche dal Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929.

In particolare, la disponibilità di un centro di cottura per le emergenze non costituisce un presupposto di ammissione alla procedura, bensì un elemento concretamente indispensabile per l'esecuzione del servizio oggetto dell'appalto, come nel caso della mensa scolastica.

Pertanto, essa può essere legittimamente richiesta soltanto nei confronti dell'aggiudicatario definitivo come condizione per la stipula del contratto.

È infatti in questa fase che si concretizza l'interesse dell'amministrazione a garantire che il soggetto contraente disponga di una struttura idonea ad assicurare la continuità del servizio, soprattutto in caso di eventuali malfunzionamenti dell'impianto principale destinato alla preparazione dei pasti.

Diversamente, sostenere che tale disponibilità debba essere dimostrata già in fase di partecipazione comporterebbe una restrizione ingiustificata della concorrenza e risulterebbe irragionevole.

Ciò imporrebbe infatti a tutti i concorrenti di dotarsi preventivamente — e quindi prima

dell'aggiudicazione — di un centro di cottura di emergenza autorizzato, con conseguenti oneri economici e organizzativi rilevanti.

Tali costi potrebbero rivelarsi inutili per i soggetti non aggiudicatari, costretti ad affrontare investimenti per immobili e strutture destinati alla ristorazione collettiva senza la certezza di ottenere la commessa.

Alla luce dell'incertezza propria della procedura di gara, prima dell'aggiudicazione è sufficiente, anche nel rispetto del principio di parità di trattamento, che il concorrente presenti una dichiarazione formale con cui si impegna a dotarsi, in tempi adeguati, di un centro di cottura per le emergenze.

Su tale base, la stazione appaltante potrà successivamente esigere, con piena legittimità, l'effettiva disponibilità della struttura ai fini della stipula e della corretta esecuzione del contratto.

4. Conclusioni

In conclusione, il divieto di richiedere, in sede di gara, la preventiva disponibilità di mezzi, attrezzature o immobili da parte degli operatori economici si inserisce nel più ampio principio di tutela della concorrenza e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Tale divieto mira, innanzitutto, a evitare che la partecipazione alla procedura di gara sia subordinata a oneri anticipati eccessivi, che potrebbero scoraggiare o addirittura impedire la partecipazione di operatori economici, in particolare di piccole e medie imprese.

Richiedere la disponibilità effettiva di risorse materiali già in fase di offerta comporterebbe infatti un investimento economico non giustificato, in quanto non vi è ancora certezza dell'aggiudicazione.

In secondo luogo, la giurisprudenza e la prassi amministrativa hanno chiarito che la stazione appaltante può legittimamente richiedere un impegno o una dichiarazione circa la futura disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione

dell'appalto, ma non la loro disponibilità attuale e concreta.

Ciò consente di garantire l'affidabilità dell'operatore senza comprimere indebitamente la platea dei concorrenti.

Ne deriva che eventuali clausole della *lex specialis* che impongano la disponibilità immediata di beni o strutture prima dell'aggiudicazione devono considerarsi illegittime, in quanto sproporzionate e restrittive della concorrenza, salvo che siano giustificate da esigenze eccezionali, specifiche e adeguatamente motivate.

In definitiva, il corretto equilibrio è rappresentato dalla possibilità per la stazione appaltante di verificare la capacità tecnica e organizzativa degli operatori attraverso impegni, dichiarazioni o requisiti proporzionati, rinviando invece alla fase successiva all'aggiudicazione l'effettiva acquisizione e messa a disposizione dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto.

Gli appalti nei settori speciali

di Marco Vozza

IL
PUN
TO

1. I settori speciali

I contratti che vengono affidati nell'ambito dei cc.dd. settori speciali sono finalizzati, a differenza dei sistemi attraverso i quali le Amministrazioni pubbliche acquisiscono prestazioni (siano esse lavori, servizi forniture), alla soddisfazione diretta degli interessi della collettività: si tratta, infatti, di attività che garantiscono le esigenze di carattere generale attraverso l'erogazione, per l'appunto, di servizi ai cittadini¹.

Anche il D. Lgs. 36/2023, al pari dei suoi predecessori, dedica ai settori speciali una

disciplina autonoma e separata rispetto a quella invece dettata per i contratti relativi settori ordinari, con i primi – i contratti relativi settori speciali –, identificati dagli articoli che vanno dal 146 e sino al 152.

Si tratta di una soluzione che risulta essere, all'evidenza, coerente con l'assetto normativo di derivazione sovranazionale, che, infatti, disciplina i settori speciali con una Direttiva, la dir. 2014/25/UE, esclusivamente dedicata alle *"procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE"*².

-
1. In tal senso si veda Luca R. Perfetti, "Codice dei Contratti pubblici commentato", Seconda Edizione, Milano, 2025, 1098.
 2. Così la rubrica della Direttiva 2014/25/UE.

In ogni caso, *breviter*:

- l'art. 146 è dedicato ai contratti *"inerenti ai settori del gas e dell'energia termica"*, il cui affidamento *"è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività: a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica; b) di alimentazione di tali reti con gas o energia termica, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio"*;
- l'art. 147, proseguendo, è invece dedicato ai contratti riguardanti il settore dell'elettricità, il cui affidamento *"è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività: a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità; b) di alimentazione di tali reti con l'elettricità, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio"*;
- l'art. 148, disciplina invece l'affidamento dei contratti riguardanti il settore idrico, soggetti *"all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) di alimentazione di tali reti con acqua potabile, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio"*;
- l'art. 149 è, invece, dedicato ai servizi di trasporto, per i quali si afferma l'applicabilità del Codice dei Contratti pubblici per le *"attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo"*;
- l'art. 150, si sofferma, invece, sui contratti relativi al settore dei porti e degli

aeroporti, soggetti al D. Lgs. 36/2023, per le *"attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali"*;

- l'art. 151, disciplina il settore dei servizi postali, specificando l'operatività del Codice dei Contratti pubblici *"alle attività relative alla prestazione di: a) servizi postali; b) altri servizi, diversi da quelli postali, quando siano prestati da un ente che fornisca anche servizi postali e a condizione che questi ultimi non riguardino attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, ai sensi dell'articolo 143"*;
- l'art. 152 è, infine, la disposizione che regola il settore dell'estrazione del gas, del carbone o di altri combustibili fossili, ivi prevedendosi che *"le disposizioni del codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai seguenti fini: a) estrazione di petrolio, estrazione o produzione di gas; b) prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi"*.

Per detti contratti, dunque, il Legislatore prevede (nei limiti di quanto si dirà *infra*) l'operatività del Codice dei Contratti pubblici: l'obiettivo, infatti, è quello di rendere contendibile, attraverso l'attuazione della disciplina unionale applicabile ai contratti relativi ai settori ordinari, una commessa che venga affidata da un soggetto che operi, in virtù di un diritto speciale o di esclusiva acquisito senza gara, all'interno di uno dei predetti settori speciali.

2. I settori speciali nel D. Lgs. 163/2006 e nel D. Lgs. 50/2016

La collocazione separata della disciplina dei settori speciali rispetto ai contratti da affidare nell'ambito dei settori ordinari rappresenta, a ben vedere, l'unico punto in comune che il D. Lgs. 36/2023 ha con i suoi predecessori dai quali, invero, si differenzia soprattutto per la portata risolutiva di una serie di problematiche che, invece, caratterizzavano le previgenti discipline.

Il D. Lgs. 163/2006, infatti, si limitava a perimetrare l'ambito oggettivo di applicazione³, attraverso l'individuazione – sempre nell'ottica di cui si è detto sopra, i.e. l'obbligo per i soggetti attivi all'interno dei settori speciali, di mettere a gara commesse relative ai settori speciali -, delle parti del Codice applicabili anche ai settori speciali, che ivi venivano indicati dagli articoli da 208 a 213.

Contestualmente, veniva circoscritto anche l'ambito soggettivo di applicazione, specificando che *"la presente parte si applica, nei limiti espressamente previsti, a soggetti: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice; b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente"*⁴.

In base a quanto previsto dal Codice De Lise, erano attratti all'applicazione – nei limiti sopra detti -, del Codice dei Contratti pubblici:

- le Amministrazioni aggiudicatrici operanti in uno dei settori definiti dagli artt. 208-213. Le Amministrazioni aggiudicatrici venivano definite dall'art. 3 del D. Lgs. 163/2006, individuate nelle *"amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti"*;
- le imprese pubbliche, essendo tali *"le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta"*

3. Cfr. art. 206 del D. Lgs. 163/2006: "Ai contratti pubblici di cui al presente capo si applicano, oltre alle norme della presente parte, le norme di cui alle parti I, IV, e V. Della parte II, titolo I, riguardante i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, si applicano esclusivamente i seguenti articoli: 29, intendendosi sostituite alle soglie di cui all'articolo 28 le soglie di cui all'articolo 215; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 46, comma 1-bis; 51; 52; 53, commi 1, 2, 3, 4, fatte salve le norme della presente parte in tema di qualificazione; 55, comma 1, limitatamente agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici; 55, commi 3, 4, 5, 6, con la precisazione che la menzione della determina a contrarre è facoltativa; 58, con il rispetto dei termini previsti per la procedura negoziata nella presente parte III; 60; 66, con esclusione delle norme che riguardano la procedura urgente; in relazione all'articolo 66, comma 4, in casi eccezionali e in risposta a una domanda dell'ente aggiudicatore, i bandi di gara di cui all'articolo, 224, comma 1, lettera c), sono pubblicati entro cinque giorni, purché il bando sia stato inviato mediante fax; 68; 69; 71; 73; 74; 76: gli enti aggiudicatori possono precisare se autorizzano o meno le varianti anche nel capitolato d'oneri, indicando, in caso affermativo, nel capitolato i requisiti minimi che le varianti devono rispettare nonché le modalità per la loro presentazione; 77; 79; 81, commi 1 e 3; 82; 83, con la precisazione che i criteri di cui all'articolo 83, comma 1, la ponderazione relativa di cui all'articolo 83, comma 2, o l'ordine di importanza di cui all'articolo 83, comma 3, o i sub-criteri, i sub-pesi, i sub-punteggi di cui all'articolo 83, comma 4, sono precisati all'occorrenza nell'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a confermare l'interesse di cui all'articolo 226, comma 5, nell'invito a presentare offerte o a negoziare, o nel capitolato d'oneri; 84; 85, con la precisazione che gli enti aggiudicatori possono indicare di volere ricorrere all'asta elettronica, oltre che nel bando, con un altro degli avvisi con cui si indice la gara ai sensi dell'articolo 224; 86, con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerte; 87; 88; 95; 96; 112-bis; 118; 131. Nessun'altra norma della parte II, titolo I, si applica alla progettazione e alla realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali".

4. Cfr. art. 207 del D. Lgs. 163/2006.

quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

Il D. Lgs. 50/2016, invece, optava per una soluzione completamente differente rispetto al suo predecessore, quantomeno nel perimetrare l'ambito oggettivo di applicazione, individuando non già in maniera analitica quali fossero gli strumenti normativi applicabili ai settori speciali ma, in maniera del tutto infelice, chiarendo che agli appalti affidati nell'ambito di tale settore, si applicassero gli articoli dall'1 e sino al 58 di quel Codice dei Contratti pubblici *"in quanto compatibili"*⁵.

Giudizio, quello della compatibilità delle disposizioni relative ai contratti relativi ai settori ordinari con i contratti relativi ai settori speciali, che di certo non risultava agevole per gli operatori e che, soprattutto, prestandosi ad interpretazioni soggettive e potenzialmente differenziate, finiva con l'elidere la certezza del diritto.

A confermare l'infelice scelta di quel Legislatore, poi, militava anche la considerazione che, a differenza di quanto previsto dalla disposizione di apertura del D. Lgs. 50/2016 in ordine ai settori speciali, nelle disposizioni successive vi erano, in alcuni casi, una serie di rinvii in blocco e, in altri casi, precisi e specifici⁶.

Solo per la fase dell'esecuzione contrattuale, invece, il D. Lgs. 50/2016 dettagliava le disposizioni effettivamente applicabili, identificate nelle *"norme di cui agli articoli 100, 105, 106, 108 e 112"*.

L'ambito soggettivo era, invece, circoscritto:

- *"agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici", ovvero*
- *alle "imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121", ovvero ancora*
- *"a tutti i soggetti che pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dagli articoli da 115 a 121 ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi"*⁷.

3. I settori speciali nel D. Lgs. 36/2023

L'articolo 141 del D. Lgs. n. 36/2023, nel disciplinare gli appalti nei settori speciali, conferma l'assetto classico già delineato, come si è visto, con i suoi due predecessori – collocazione della relativa disciplina, separata rispetto ai contratti da affidare nell'ambito dei settori ordinari -, ma scegliendo, al contempo, di superare, in rapporto all'ambito oggettivo, l'*empasse* creatosi con il D. Lgs. 50/2016.

Il Legislatore del 2023, ben conscio delle difficoltà esegetiche ricollegate alla tecnica adoperata nel precedente Codice dei Contratti pubblici, ha inteso porre rimedio, attraverso l'analitica e specifica indicazione delle disposizioni del D. Lgs. 36/2023 effettivamente applicabili ai contratti relativi ai settori speciali⁸.

5. Cfr. art. 114, co. 1 del D. Lgs. 50/2016.

6. Per un approfondimento sul tema, si veda Luca R. Perfetti, "Codice dei Contratti pubblici commentato", Seconda Edizione, Milano, 2025, 1101.

7. Cfr. art. 114, co. 2 del D. Lgs. 50/2016.

8. Si veda, a tal proposito, TAR Lombardia, n. 2077/2024: "l'individuazione delle norme applicabili ai settori speciali nel nuovo Codice è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio "nei limiti della compatibilità" che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016".

Il co. 3 del cennato referente normativo, infatti, testualmente stabilisce che *“ai contratti di cui al presente Libro si applicano, oltre alle sue disposizioni: a) il Libro I, Parte I, Titolo I, eccetto l’articolo 6; b) nell’ambito del Libro I, Parte I, Titolo II, gli articoli 13, 14, 16, 17 e 18. L’articolo 15 si applica solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici; c) il Libro I, Parte II; d) nell’ambito del Libro I, Parte IV, gli articoli 41, 42, 43, 44, 45 e 46; e) nell’ambito del Libro II, Parte II, gli articoli 57, 60 e 61; f) nell’ambito del Libro II, Parte III, Titolo I, l’articolo 64; g) nell’ambito del Libro II, Parte III, il Titolo II; g-bis) nell’ambito del Libro II, Parte V, Titolo IV, l’articolo 106; h) nell’ambito del Libro II, Parte V, Titolo IV, il Capo II si applica nei limiti di cui agli articoli 167, 168 e 169; i) nell’ambito del Libro II, Parte VI, gli articoli 113, 116, 117, 119, 120, commi 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, 122 e 125; i-bis) nell’ambito del Libro V, Parte I, Titolo II, gli articoli da 215 a 219”*.

Sotto il profilo soggettivo, invece:

- il co. 1 dell’art. 141 testualmente stabilisce che *“le disposizioni del presente Libro si applicano alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Le disposizioni del presente Libro si applicano, altresì, agli 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”*;
- il co. 2, invece, *expressis verbis* dispone che *“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”.

Il perimetro soggettivo, come si evince agevolmente dalla lettera delle disposizioni accennate, è circoscritto:

- alle Stazioni appaltanti ed agli Enti concedenti, per come definiti dall’Allegato I.1 al Codice dei contratti pubblici⁹, attive in uno dei settori speciali indicati dagli articoli che vanno dal 146 al 152;
- alle imprese pubbliche ed ai titolari di diritti speciali o esclusivi, purché il contratto da affidare presenti carattere di strumentalità con una delle attività che identificano i settori speciali.

Il successivo co. 3, invece, identifica il perimetro oggettivo, superando l’infelice soluzione adottata dal Legislatore del 2016 e, dunque, affrancandosi dalla teorica della compatibilità con i settori ordinari.

Per quel che riguarda, invece, i contratti sottosoglia l’art. 50, al co. 5, prevede una disciplina specifica a seconda dell’ambito soggettivo.

Nello specifico, in base al cennato referente normativo:

- le imprese pubbliche, procedono all’affidamento dei contratti privi di rilevanza comunitaria sulla base delle disposizioni regolamentari le quali devono essere conformi al TFUE solo laddove l’appalto da affidare presenti interesse transfrontaliero¹⁰;
- per gli altri soggetti operanti nei settori speciali, invece, l’affidamento di tali

=====

9. Cfr. art. 1, co. 1, lett. a) e b) dell’Allegato I.1: “Nel codice si intende per: a) «stazione appaltante», qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice; b) «ente concedente», qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”

10. Per una migliore comprensione della nozione di interesse transfrontaliero, si vedano: Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02 e le sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU: C2008:277; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228.

contratti avviene sempre secondo i rispettivi regolamenti e sempre nel rispetto del TFUE, indipendentemente dalla sussistenza, o meno, di un interesse transfrontaliero certo.

La disposizione, a ben vedere, presta il fianco a non pochi sospetti di incostituzionalità¹¹, risultando essere del tutto incomprensibile la disparità di trattamento tra le imprese pubbliche e gli altri soggetti attivi nei settori speciali.

4. La strumentalità del contratto di appalto all'attività speciale

Il D. Lgs. 36/2023 ha positivizzato un concetto già espresso, sin dalla vigenza del D. Lgs. 163/2006, dalla giurisprudenza amministrativa, i.e. che un determinato appalto affidato da uno dei soggetti attivi all'interno dello specifico mercato dei settori speciali, fosse assoggettato alla specifica disciplina pubblicistica del Codice degli appalti pubblici, solo ed esclusivamente se il contratto da affidare fosse effettivamente servente alla *mission* perseguita dal soggetto operante all'interno del relativo settore.

Si trattava e si tratta di un aspetto di non poca rilevanza, considerati non solo i riflessi, di natura sostanziale, derivanti dall'applicabilità, o meno, del D. Lgs. 36/2023 ma, anche, di matrice processuale.

Se, infatti, uno dei soggetti attivi all'interno del mercato dei cc.dd. settori speciali deve provvedere all'affidamento di una commessa che, in ragione del suo oggetto, non sia strumentale al rispettivo *core business*, la stessa (commessa) sarà sostanzialmente estranea ai settori speciali e, dunque, venendo

meno la necessità di garantire le regole minime dell'evidenza pubblica, sarà governata dalle regole del diritto comune, con conseguenziale inesistenza della giurisdizione dell'A.G.A. in favore, invece, dell'A.G.O..

È stato sovente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, che *"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."*

*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"*¹².

A tale conclusione, che ha innervato la specifica disciplina in commento sino a trovare la sua consacrazione testuale nel vigente D. Lgs. 36/2023, si è giunti in esito alla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2011, chiamata a decidere¹³ se l'affidamento di un determinato tipo di servizio – all'evidenza non strumentale all'obiettivo che l'impresa pubblica si prefiggeva di perseguire –, fosse attratto all'egida operativa del Codice dei contratti pubblici sulla base del solo profilo soggettivo – i.e. se, indipendentemente dalla natura del contratto da affidare, la sola natura giuridica del committente (operante all'interno dei settori speciali) radicesse l'obbligo di applicazione del diritto unionale –, ovvero se, proprio l'estraneità del contratto al *core business* del soggetto affidante, escludesse l'operatività della disciplina pubblicistica.

11. Secondo la dottrina, "per sfuggire alla palese incostituzionalità, a causa del trattamento peggiorativo di quello fatto alle imprese pubbliche, urge l'applicazione l'analogica al secondo periodo dell'inciso, inserito nel primo, <<se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo>>" (così L. Bertonazzi, in "Commentario al Codice dei Contratti pubblici", Seconda Edizione, Pisa, 2025, 283-284).

12. Cons. Stato, Sez. V, 04/03/2025, n. 1826.

13. Così l'ordinanza di rimessione n. 2543/2011 della VI^a Sezione del Consiglio di Stato: "La questione della applicabilità del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici, alla procedura selettiva espletata da EniServizi s.p.a., in nome e per conto di Eni s.p.a., per l'affidamento dei

Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa ritenne, all'epoca, più corretta tale ultima soluzione, affermando che *"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"*¹⁴.

Da qui, la consacrazione del principio da sempre ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale la (comunque tenue) applicabilità del Codice dei contratti pubblici ai contratti da affidare all'interno dei settori speciali, operasse in forza del principio della strumentalità, *"ritenendo tale solo quell'affidamento che sia finalizzato agli scopi propri (core business) dell'attività speciale"*¹⁵.

Si è chiarito, in particolare, che *"rientrano nel perimetro dei "settori speciali" soltanto gli appalti strumentali, cioè, esclusivamente, quelli finalizzati agli scopi propri dell'attività speciale. 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 e il nesso di strumentalità va inteso in senso restrittivo"*¹⁶.

Ai fini della riconducibilità, o meno, del contratto da affidare alla disciplina pubblicistica transita, inevitabilmente, da una valutazione (comunque non proprio agevole) in concreto del medesimo contratto.

I riflessi sono di non poco momento, considerato che, come si è accennato in precedenza, operano:

- tanto sotto il profilo sostanziale, considerato che la non estraneità del contratto ai settori speciali determinerà l'operatività
- quanto sotto il profilo processuale, in quanto a seconda dell'estraneità o meno del contratto ai settori speciali, si radicherà la giurisdizione amministrativa (nel caso di contratto non estraneo) ovvero quella ordinaria (nel caso di contratto estraneo, attratto alle sole regole del diritto comune).

Non varrà, come chiarito già dall'Adunanza Plenaria con la già affrontata pronuncia n. 16/2011 e come poi ribadito dalla successiva giurisprudenza, a rideterminare l'assetto ordinamentale appena delineato, neanche il conio, da parte del soggetto procedente all'affidamento di un contratto estraneo ai settori speciali, di procedure modellate sulla base di quella pubblicistica.

servizi di sicurezza e vigilanza privata a mezzo di guardie particolari giurate presenta due possibili ed opposte soluzioni. La prima soluzione conduce a ritenere applicabile alla fattispecie il Codice dei contratti pubblici. Secondo tale approccio interpretativo, l'impresa pubblica, in quanto ente sottoposto all'influenza dominante di un'amministrazione aggiudicatrice, non può mai dirsi sottratta dalla osservanza delle regole minimali dell'evidenza pubblica di diritto interno, cui soggiacciono d'altra parte financo gli enti ecclesiastici che fruiscono di finanziamenti pubblici (in tema, Cons. Stato, VI, 4 giugno 2004, n. 3478). In tal caso, non vi sarebbero dubbi circa la necessaria attrazione delle controversie nell'alveo cognitorio del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 Cod. proc. amm.. La seconda soluzione non ritiene applicabile alla fattispecie il Codice dei contratti pubblici per la ragione che si tratta dell'affidamento di un contratto di diritto comune svolto da una impresa pubblica che, quanto all'attività in questione (non-strumentale a quella propria di un settore speciale), è estranea a quelli oggetto del Codice stesso. Secondo tale soluzione le imprese pubbliche, a differenza delle amministrazioni aggiudicatrici, sono soggetti aggiudicatori solo laddove e nella misura in cui svolgono attività nei settori speciali. Tenuto conto della situazione di possibile divergenza interpretativa, la suddetta questione deve essere rimessa all'esame all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato".

14. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/2011.

15. Cons. Stato, n. 8578/2024.

16. Cons. Stato, Sez. V, 04/03/2025, n. 1826.

Come già affermato dalla Plenaria, *"la sottoposizione dell'appalto al D.Lgs. n. 163/2006 dipende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante. Il c.d. autovincolo è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione. L'assoggettabilità alla disciplina dei settori speciali non può essere desunta da un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche da un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale".*

In definitiva, dunque, la strumentalità del contratto da affidare rispetto al *core business* dell'attività speciale presuppone e richiede una valutazione in concreto:

- a. della stessa *mission* del soggetto attivo all'interno dei cc.dd. settori speciali;
- b. del rapporto che il contratto da affidare ha nei confronti della stessa *mission*.

Si tratta di una conclusione che, forse, deve essere rimeditata: come si sarà intuito, infatti, si è al cospetto di un giudizio che, in assenza di una definizione normativamente perimetrata del concetto di strumentalità, si espone al rischio di conclusioni variegata e tra loro differenziate, le quali, a loro volta, finiscono con il rendere maggiormente incerta – e, di riflesso, meno appetibile –, la tutela giurisdizionale per tutti quegli operatori economici che, magari, intendano contestare la valutazione di estraneità compiuta dal committente un contratto che ritiene estraneo.

Con inevitabili riflessi, a questo punto, anche sotto il profilo sostanziale, considerato che un contratto erroneamente sottratto alla disciplina unionale, equivale ad una commessa affidata in difetto di standard minimi di trasparenza e pubblicità ma, soprattutto, in assenza di effettiva concorrenza.

Consentita la valutazione individuale delle offerte. La tutela della segretezza e della collegialità nelle procedure di gara pubblica

di Andrea Magagnoli

IL
PUN
TO

Premessa

Il Consiglio di Stato, Quarta Sezione, attraverso la sentenza n. 2158 depositata il giorno 16 marzo (Pres. Neri, Est. Furno) affronta due delicate questioni interpretative che potrebbero configurarsi nel corso dell'esecuzione delle procedure ex art. 93 d.lgs. 31 marzo 2023 svolte attraverso l'impiego dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del confronto a coppie. Tali questioni trovano nella motivazione della sentenza anzidetta due precisi criteri per la loro risoluzione. I giudici del Consiglio di Stato individuano due diversi principi di diritto destinati a regolamentare le due fattispecie di cui sopra che, come vedremo, presentano evidenti aspetti di similitudine.

La loro somiglianza può essere colta nella identità della situazione giuridica e procedimentale in cui si sviluppano le problematiche esaminate da parte dei giudici del Consiglio di Stato. Entrambe, infatti, trovano il loro sviluppo in

un ambito procedurale specifico ovvero nelle ipotesi in cui la stazione appaltante proceda attraverso le modalità individuate dall' art. 93 d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 avvalendosi inoltre dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del confronto a coppie, accanto a tali elementi d'identità si accompagna comunque la diversità concreta della fisionomia e delle caratteristiche concrete delle questioni, decise da parte dei giudici del Consiglio di Stato nella motivazione della sentenza qui in commento. Ma vediamo in particolare a quali problematiche si allude ed in che cosa consista il quesito posto all'interprete. Una delle questioni ha riguardo alle modalità ed alle forme di valutazione delle offerte economiche, la restante invece riguarda l'aspetto generale della tutela della riservatezza nel corso delle procedure di gara pubblica.

Ma vediamo, sia pure in maniera sintetica, il contenuto essenziale dei due principi di diritto contenuti nella motivazione della sentenza qui in commento.

Il primo di essi presenta senza ombra di dubbio un certo favore per il celere ed agevole svolgimento delle procedure di selezione pubblica evitando di appesantirle con adempimenti inutili ed eccessivi. Secondo i giudici del Consiglio di Stato infatti la procedura di gara pubblica risulta valida qualora le operazioni di valutazione delle offerte presentate da parte degli operatori economici vengano effettuate collegialmente da parte dei commissari tramite download dei documenti dalla piattaforma telematica purché l'attribuzione dei punteggi avvenga autonomamente da parte di ciascun commissario e che le operazioni vengano successivamente formalizzate nelle sedute della commissione secondo quanto previsto dalla *lex specialis*.

Il secondo dei principi di diritto contenuto nella motivazione della sentenza qui in commento presenta indiscutibilmente un carattere più generale manifestando in ogni caso, al pari del primo, importanti aspetti d'interesse.

Tramite il suo contenuto i giudici del Consiglio di Stato cercano un temperamento tra le opposte esigenze di garanzia della riservatezza di tutti coloro che partecipano alla procedura di gara pubblica con quelle di un suo razionale e rapido svolgimento, tale equilibrio viene ricercato attraverso l'attribuzione di un rilievo invalidante degli atti di gara solo a quelle condotte che effettivamente si caratterizzano per una concreta lesività per i beni di cui sopra. Il Consiglio di Stato precisa, infatti, sul punto come l'operazione di scarico dell'offerta di gara compiuta da un commissario nel proprio dispositivo informatico dei file contenenti le offerte costituisca una operazione che di per sé considerata non presenta una intrinseca lesività per i beni della sicurezza e segretezza delle offerte di gara.

Essa potrà costituire causa d'invalidità della procedura nelle sole ipotesi in cui la situazione concreta sia caratterizzata da altre condotte effettivamente lesive della sicurezza e della segretezza delle operazioni di selezione quali ad esempio l'alterazione di documenti, la divulgazione di notizie riservate, o comunque qualsiasi condotta diretta ad interferire nel

corretto sviluppo del processo valutativo delle offerte presentate da parte dei singoli operatori economici che hanno partecipato alla procedura di gara.

1. Il caso concreto ed il primo procedimento giudiziario

Il caso di specie trae origine dall'iniziativa di una amministrazione comunale presente nel territorio nazionale che a seguito della necessità di un potenziamento del servizio di raccolta dei rifiuti dava corso ad una procedura diretta a selezionare un operatore economico presente nel territorio cui affidare l'esecuzione dell'incarico.

La forma prescelta per le operazioni di selezione era quella telematica da realizzarsi attraverso l'impiego di una specifica piattaforma digitale. L'amministrazione che svolgeva le funzioni di stazione appaltante si affidava nel caso concreto ad una procedura aperta basata a propria volta sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del confronto a coppie.

Lo svolgimento delle operazioni di selezione dell'operatore cui affidare l'incarico si apriva con la redazione e la pubblicazione a cura della stazione appaltante della *lex specialis* diretta a regolamentare l'esecuzione della procedura di gara pubblica.

A seguito della pubblicazione del bando di gara l'intera comunità degli operatori economici presente sul territorio veniva messa a conoscenza della possibilità di partecipare alla selezione, tra il gruppo dei soggetti interessati rientrava anche la società che in precedenza aveva gestito l'incarico messo a gara dalla stazione appaltante. Il gestore uscente del servizio a seguito di un esame del contenuto del bando accertava la presenza di condizioni e prescrizioni che presentavano evidenti aspetti d'illegittimità. La *lex specialis* avrebbe contenuto numerose clausole che precludevano nei fatti l'effettiva possibilità di partecipare alla procedura di selezione, trattandosi di disposizioni che in più punti violavano contenuti e prescrizioni della normativa vigente.

A tale constatazione conseguiva un'azione giudiziaria diretta ad ottenere una pronuncia che dichiarasse invalido il bando di gara.

L'organo prescelto per evidenti ragioni procedurali non poteva che essere il Tribunale Amministrativo Regionale competente per territorio.

La tesi difensiva rappresentata ai giudici amministrativi di primo grado rispecchiava essenzialmente le considerazioni ricavate da un esame del contenuto del bando di gara. Secondo il ricorrente erano presenti nella lex specialis numerose clausole che comprimavano in maniera considerevole ed ingiustificata i diritti dell'operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara pubblica al fine di ottenere il conferimento dell'incarico.

La loro presenza, rappresentava il difensore del ricorrente, determinava una evidente distorsione della procedura di gara che passava da strumento di agevole accesso per coloro che fossero interessati ad ottenere incarichi dalle pubbliche amministrazioni a contenitore il cui interno era difficilmente raggiungibile per l'operatore economico.

In seguito, il difensore del ricorrente, rilevata la necessità di integrare la propria difesa, presentava attraverso una memoria specifica una serie di motivi aggiunti.

Il Tribunale Amministrativo Regionale adito riteneva infondato il ricorso.

La decisione dei giudici amministrativi di primo grado si basava su due considerazioni diverse che portavano a ritenere destituite di fondamento le tesi rappresentate da parte del difensore del ricorrente.

Considerano, infatti, i magistrati del Tribunale Amministrativo Regionale, come anche da un attento esame del contenuto della lex specialis non emergano clausole il cui contenuto sia totalmente preclusivo del diritto di un operatore economico a partecipare ad una gara pubblica. Infatti, anche se è innegabile che nel contenuto del bando siano presenti alcune clausole che limitano la facoltà di concorrere liberamente

per gli operatori economici, gli adempimenti in esse previsti non presentano una natura ed un contenuto tale da poterle qualificare come escludenti.

Ulteriore elemento posto alla base della decisione riguarda l'eccezione relativa alla pretesa impossibilità di formulare un'offerta seria e reale. Tale argomentazione difensiva, osservano i giudici amministrativi di primo grado, è totalmente sfornita di prove, pertanto, non potrà che essere disattesa.

Il ricorrente, tuttavia, riteneva illegittima la decisione dei giudici amministrativi di primo grado tanto da presentare appello avverso il loro provvedimento. Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso giungeva all'esame dei giudici del Consiglio di Stato organo al quale ai sensi della legislazione vigente era devoluta la competenza in tale caso. I giudici amministrativi di secondo grado al pari di quelli del Tribunale Amministrativo Regionale non condividevano le tesi rappresentate dall'appellante ritenendo le argomentazioni poste alla loro base del tutto destituite di fondamento concludendo pertanto per il rigetto dell'impugnazione.

2. La fase di merito del processo amministrativo che ha portato all'emissione della sentenza

Esaurita questa prima fase di contenzioso giudiziario, che vedeva favorite le tesi della stazione appaltante, la procedura di gara basata su di un bando di gara ritenuto valido ed efficace da parte dei magistrati amministrativi, non poteva che riprendere regolarmente. La selezione pubblica, una volta compiuti tutti gli adempimenti previsti dalla procedura, si concludeva con l'emissione di una determinazione dirigenziale che dopo avere individuato il vincitore della gara gli affidava il relativo incarico.

A questo punto una volta definitasi la selezione si apriva una seconda fase giudiziaria destinata non più a valutare come la precedente la legittimità del contenuto del bando di gara ma la validità del provvedimento che concludeva

la selezione pubblica affidandone il relativo incarico.

La procedura giudiziaria in questo caso veniva azionata da parte dei legali di uno degli operatori economici che avevano partecipato senza fortuna alla procedura di gara.

A ricorrere, nel caso di specie, era la società classificatasi quarta nella graduatoria di merito. Il ricorrente fondava le proprie richieste principalmente sulla presenza nella procedura di gara di due diverse forme di violazione delle disposizioni previste per la regolamentazione delle procedure da svolgersi in base ai criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del confronto a coppie. Ad avviso del ricorrente nel caso concreto non solo erano state violate le disposizioni dirette alla tutela della segretezza delle offerte presentate dai singoli operatori economici ma anche quelle relative al principio della collegialità nella valutazione delle stesse.

La presenza delle irregolarità anzidette non costituiva comunque il solo vizio rappresentato da parte del ricorrente; infatti, questo ultimo deduceva ulteriori aspetti d'illegittimità nell'operato dei funzionari della stazione appaltante che in diverse situazioni avrebbero violato il principio di buona amministrazione previsto dall'art. 97 Cost.

Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso veniva deciso da parte dei giudici del Tribunale Amministrativo Regionale competente per territorio che ritenevano le argomentazioni difensive destituite di fondamento. Tutti i motivi di ricorso, tra i quali vi rientrava anche quello relativo alle disposizioni inerenti la riservatezza e la collegialità, non venivano condivisi da parte dei giudici amministrativi di primo grado, pertanto, la richiesta di annullamento veniva rigettata. Circa la presunta irregolarità, conseguente alla violazione delle disposizioni previste a tutela della segretezza e della collegialità, il Tribunale Amministrativo Regionale individua i principi di diritto che in seguito verranno ripresi e sviluppati da parte del Consiglio di Stato.

Il procedimento giudiziario, infatti, non esauriva il proprio corso con la sentenza dei giudici del Tribunale Amministrativo Regionale. Il ricorrente, in primo grado, nonostante il rigetto

della sua domanda di annullamento, convinto della bontà delle proprie tesi, proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale. Anche l'atto di appello riproponeva i motivi di ricorso attinenti alla violazione delle disposizioni inerenti la tutela della riservatezza e della collegialità nel corso delle procedure di gara pubblica.

La causa, pertanto, giungeva all'esame dei giudici del Consiglio di Stato, in tale sede una volta esaurita la rituale discussione delle questioni sostanziali veniva trattenuta in decisione. In data 16 marzo 2026 veniva emessa la sentenza qui in commento.

3. Le tesi rappresentate da parte del ricorrente

Passiamo ora all'analisi vera e propria dei principi di diritto contenuti nella motivazione della sentenza qui in commento.

Da un punto di vista processuale, la loro elaborazione consegue alla necessità di valutare una delle argomentazioni difensive rappresentate da una delle parti che partecipavano al giudizio innanzi al Consiglio di Stato. L'appellante, infatti, riprospettava ai giudici del Consiglio di Stato l'eccezione di nullità fondata sulla violazione delle disposizioni inerenti la tutela della segretezza e della collegialità.

Ma vediamo in maniera più analitica in che cosa consistono le argomentazioni difensive e quali siano le motivazioni che portino a ritenere violate le disposizioni sul punto.

La tesi dell'appellante fa leva sulla regolamentazione contenuta nel disciplinare di gara relativa alle modalità di esecuzione delle procedure di valutazione delle gare pubbliche. Il disciplinare di gara regolava in modo analitico lo svolgimento della procedura, anche con riferimento alle modalità di valutazione delle offerte tecniche. Sul punto, la *lex specialis* prevedeva che le operazioni valutative si svolgessero nel corso di apposite sedute riservate della commissione giudicatrice. Tali sedute dovevano garantire, da un lato, il rispetto del principio di collegialità dell'organo valutativo

e, dall'altro, la sicurezza e la segretezza delle offerte. La collegialità, tuttavia, non impone necessariamente che ogni singolo punteggio sia il risultato di una valutazione contestuale e congiunta dei commissari, potendo ciascun componente esprimere autonomamente il proprio giudizio, purché le operazioni siano successivamente ricondotte e formalizzate nell'ambito dell'attività della commissione, secondo quanto previsto dalla disciplina di gara. Si tratta di prescrizioni di carattere cogente ed inderogabile prosegue la tesi difensiva la cui violazione determina senza ombra di dubbio una lesione del principio della buona amministrazione previsto dall'art. 97 Cost. e la conseguente invalidità dell'intera procedura di gara.

Nel caso di specie, prosegue la tesi difensiva, la violazione che avrebbe invalidato l'intera procedura era stata desunta da due operazioni compiute da parte dei commissari nel corso della procedura di selezione, che dapprima avevano effettuato il download dei file che contenevano le offerte sui loro dispositivi personali, ed in seguito avvalendosi di tale materiale avevano effettuato una valutazione individuale delle singole proposte attribuendovi un punteggio attraverso indicazioni separate.

Le operazioni di cui sopra, violerebbero secondo la prospettazione difensiva i principi di segretezza e riservatezza delle offerte nonché quello della collegialità nelle decisioni riguardanti le proposte dei partecipanti alla selezione.

Ma passiamo ora all'esame delle argomentazioni impiegate da parte dei giudici del Consiglio di Stato per confutare le tesi difensive e rigettare la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione oggetto della procedura di gara.

4. I principi di diritto enunciati da parte del Consiglio di Stato

La motivazione della sentenza qui in commento esamina anzitutto l'eccezione basata sulla violazione dei principi di sicurezza e riservatezza che nella tesi difensiva troverebbe il fondamento nell'operazione di scarico compiuta da parte dei commissari dei file contenenti le offerte sui propri

dispositivi. Orbene, osservano i giudici del Consiglio di Stato come l'operazione di scarico sia stata effettuata in ogni caso su dispositivi di carattere privato il cui accesso è comunque interdetto a coloro che non siano in possesso di determinati requisiti. Ci troviamo, pertanto, in presenza di una trasmissione di dati all'interno di un circuito informatico comunque superato dall'esterno. Una operazione come quella effettuata nel caso di specie da parte dei commissari per le sue modalità di realizzazione non si presenta necessariamente lesiva per la segretezza delle operazioni necessarie per lo svolgimento della procedura di gara pubblica, poiché il file non viene in ogni caso reso pubblico. Una lesione per il bene della riservatezza e della segretezza potrà infatti realizzarsi solo nel caso in cui ad una operazione di scarico su di un dispositivo privato, come abbiamo visto innocua, se ne accompagnino anche altre che per le loro caratteristiche concrete presentino una effettiva e reale lesività per i beni di cui sopra, si pensi ad esempio alla divulgazione di notizie riservate ovvero all'alterazione dei documenti.

Condizione che non si verifica nel caso concreto, proseguono i giudici amministrativi, nella situazione da loro esaminata infatti il solo fatto provato è quello dello scarico dei file compiuto da parte dei commissari, l'esito del processo non ha consentito di acquisire prove adeguate circa la presenza di fatti idonei a cagionare un danno per la riservatezza. Il ricorrente prima, l'appellante poi, infatti non è stato in grado di allegare prove o produrre indizi circa la presenza nella situazione concreta di condotte effettivamente lesive del bene della riservatezza, circostanza che non potrà che portare al rigetto della domanda.

Il rigetto dell'eccezione deriva dalla natura giuridica del processo amministrativo. Tale processo, osservano i giudici del Consiglio di Stato, presenta una marcata natura dispositiva limitata solo marginalmente dalla presenza di un potere officioso del giudice. Pertanto, sarà onere della parte interessata provare e dimostrare i fatti posti alla base della propria domanda.

Da tale carattere del processo amministrativo discende che in assenza di prova dei fatti sui quali si fonda la domanda il giudice non potrà che pronunciarne il rigetto. Nel caso di specie come

abbiamo visto l'eccezione basata sulla pretesa violazione della segretezza era del tutto priva di prove, pertanto, non potrà che essere rigettata.

La motivazione della sentenza passa in seguito ad esaminare una parte diversa della tesi difensiva incentrata in questo caso sulla pretesa violazione delle norme che regolamentano le modalità di valutazione delle offerte presentate dai partecipanti alla procedura di gara da parte dei commissari.

La fattispecie presenta una particolare complessità nei casi, come quello di specie, in cui la gara si regga sul criterio del confronto a coppie.

Si tratta di una questione di considerevole rilevanza pratica in quanto l'impiego di una modalità di valutazione difforme da quella prescritta determina comunque una violazione delle disposizioni vigenti dalla quale deriva l'invalidità della procedura di gara.

La questione giuridica si incentra sull'ammissibilità dell'attribuzione individuale del punteggio da parte dei singoli commissari. Si tratta di un tema non nuovo nella giurisprudenza amministrativa, sul quale assume particolare rilievo la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 14 dicembre 2022, n. 16, sia per l'autorevolezza dell'organo decidente, sia per l'individuazione dei criteri applicabili alle procedure valutative fondate sul metodo del confronto a coppie.

I giudici dell'Adunanza Plenaria hanno individuato nella motivazione della sentenza di cui sopra la modalità precisa per l'esecuzione delle valutazioni delle offerte tecniche elaborando un principio di diritto che ritiene valida la procedura nel caso in cui i commissari si confrontino sui criteri qualitativi delle offerte prima di esprimere le proprie valutazioni individuali ma che poi debbano in ogni caso assegnare individualmente il punteggio attraverso valutazioni separate ed autonome.

La tesi espressa da parte dei giudici dell'Adunanza Plenaria nella sentenza di cui sopra e che ritiene valida una valutazione effettuata attraverso un esame dapprima collegiale poi individuale viene ripresa e sostenuta anche nella motivazione del recente provvedimento oggetto del presente elaborato.

Tale modello astratto di valutazione trova un'effettiva realizzazione nel caso concreto che ha dato luogo all'emissione della sentenza qui in commento.

Nel caso di specie, infatti, l'operazione di stima delle offerte presentate da parte degli operatori economici che avevano partecipato alla procedura di selezione era stata compiuta attraverso un esame collegiale avvalendosi del materiale scaricato da parte dei commissari sui loro dispositivi personali. Procedura alla quale aveva fatto seguito l'attribuzione da parte dei commissari di un punteggio per la singola offerta.

La procedura seguita nel caso concreto si presenta, pertanto, come perfettamente conforme ai canoni individuati da parte della giurisprudenza.

Anche sotto tale secondo aspetto, precisano i giudici del Consiglio di Stato, le tesi difensive rappresentate da parte del ricorrente si rivelano infondate.

Pareri & Sentenze



TAR Sicilia Catania sez. III 22/4/2026 n. 1157

Decisioni algoritmiche e c.d. "riserva di umanità"

In una procedura di appalto, l'errore di calcolo nel punteggio tecnico attribuito da un software è contestabile e fondato se provato da perizia tecnica che, partendo dai voti dei commissari, ricalcoli il totale secondo la *lex specialis*, evidenziando discrepanze, specie in assenza di contestazioni specifiche.

Corre l'obbligo di rilevare l'ammissibilità della perizia di parte: Anche se è un indizio, la perizia tecnica di parte assolve l'onere probatorio quando si basa su calcoli matematici chiari che portano a un risultato certo, dimostrando l'errore. Per quanto riguarda la contestazione del calcolo: La parte ricorrente deve dimostrare, attraverso operazioni aritmetiche, che il punteggio finale risulta diverso da quello corretto, partendo dai coefficienti singoli attribuiti dai commissari. Infine, è importante il c.d. il Principio di non contestazione (art. 64 c.p.a.): Il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati. Le sole eccezioni in rito presentate dalle controparti non equivalgono a una contestazione specifica nel merito del calcolo matematico. I punteggi relativi all'offerta tecnica devono rispettare il metodo aggregativo-compensatore (o quello indicato) previsto dal disciplinare. Se il software di gestione della gara calcola erroneamente il punteggio violando le formule del bando, la graduatoria è inficiata.

La giurisprudenza amministrativa ha consolidato il principio secondo cui l'errore di calcolo nel punteggio tecnico, anche se generato da un software, è perfettamente contestabile e fondato se provato matematicamente, specialmente in assenza di contestazioni specifiche sul merito del calcolo da parte della stazione appaltante o degli altri concorrenti. In sintesi, la dimostrazione matematica dell'errore, non contestata specificamente nel merito, rende la censura fondata.

Consiglio di Stato sez. V 24/4/2026 n. 3203**Accordo quadro manutentivo**

Innanzitutto occorre premettere che un accordo quadro manutentivo è un contratto tramite cui un ente pubblico o privato stabilisce ex ante le condizioni (prezzi, tempi, qualità) per futuri interventi di manutenzione (ordinaria o straordinaria su beni immobili). Non comporta una spesa immediata, ma crea un vincolo per attivare i lavori al bisogno. Negli accordi quadro manutentivi complessi, le soluzioni tecniche differenziate per la medesima tipologia di intervento non costituiscono offerte alternative vietate, bensì proposte migliorative ammissibili, adattate all'eterogeneità degli immobili. Secondo la giurisprudenza e quindi secondo il Consiglio di Stato, il rigido divieto di offerte plurime non si applica al contesto inerente la sentenza in esame, per via del fatto che ci troviamo dinanzi ad una varietà-pluralità di edifici.

Il principio di unicità dell'offerta mira a garantire la par condicio, evitando indebiti vantaggi competitivi. Nel caso *de quo* invece siamo di fronte ad un Accordo Quadro e di fronte ad una pluralità di edifici, nonché varietà degli stessi. Vi è pertanto una deroga negli Accordi Quadro. Negli appalti di manutenzione su molteplici immobili (eterogenei per struttura, epoca e condizioni), la proposizione di soluzioni mirate per ogni caso è considerata un'offerta migliorativa e non una violazione, proprio in virtù dell'oggetto dell'accordo. La proposta di soluzioni diverse per cespiti diversi non integra un'offerta alternativa, ma un adeguamento tecnico necessario alla "pluralità degli edifici interessati, non uguali e neppure nello stesso stato". Questa interpretazione valorizza l'offerta tecnica adattabile alle reali esigenze manutentive, differenziandosi dalle forniture standardizzate dove l'univocità è requisito essenziale in materia di accordi quadro manutentivi e interventi su edifici esistenti.

Quando si interviene su fabbricati diversi (es. cappotto termico vs isolante termo-acustico), è naturale che i risultati tecnici non siano identici. La differenza non costituisce un difetto, ma un adattamento necessario alle caratteristiche specifiche di ciascun immobile. Nel contesto di un accordo quadro, l'appaltatore deve poter calibrare la soluzione tecnica in base allo specifico edificio, rendendo la difformità prestazionale compatibile con la natura stessa dell'appalto. Nonostante la personalizzazione, le diverse soluzioni tecniche proposte devono comunque rimanere all'interno del perimetro delle caratteristiche progettuali e delle prestazioni minime stabilite inizialmente dalla stazione appaltante.

In sintesi, la giurisprudenza riconosce la legittimità di soluzioni tecniche variabili (risultati prestazionali non uniformi) negli appalti manutentivi su misura, purché tali soluzioni rimangano coerenti con il quadro progettuale definito in gara, distinguendo quindi l'adattamento tecnico dalla variante progettuale vietata.

Consiglio di Stato sez. III 27/4/2026 n. 3256**Servizi di ristorazione - Requisito del "nutrizionista/dietologo"**

In virtù di tale sentenza è stato appurato che la stazione appaltante non può utilizzare i chiarimenti per restringere la portata del bando. Le regole della *lex specialis* prevalgono sulle successive interpretazioni restrittive dell'ente appaltante. I principi chiave stabiliti dalla giurisprudenza includono innanzitutto una interpretazione letterale: Nel caso di specie infatti, era stata indetta una gara che prevedeva un criterio premiale per la presenza di un nutrizionista dietologo; l'espressione generica «nutrizionista/dietologo» consente la partecipazione di entrambe le figure professionali. Il *favor participationis* e il tenore letterale del bando prevalgono su integrazioni e limitazioni non previste originariamente.

La Natura dei chiarimenti è la seguente: Un chiarimento che precisi che il professionista «deve essere iscritto al relativo albo professionale» non può comportare «restrizioni ab origine non previste» dalla *lex specialis*, i chiarimenti non sono atti provvedimenti, ma meri strumenti interpretativi. Non possono costituire una modifica o un'integrazione della *lex specialis*. Non vi è nessun onere di impugnazione diretta dei chiarimenti, non essendo infatti questi degli atti lesivi capaci di modificare le regole di gara, non sussiste alcun onere di impugnazione immediata da parte dei concorrenti. Eventuali precisazioni sull'iscrizione all'albo non possono aggiungere restrizioni illegittime, ma servono solo a orientare l'individuazione di professionisti adeguati all'interno di un quadro normativo ampio.

TAR Piemonte Torino sez. II 29/4/2026 n. 973**Omessa previsione del criterio premiale sulla certificazione sulla parità di genere**

Con la sentenza n.561 del 04/03/2026, il TAR SICILIA, Palermo (Sez II) ha respinto il ricorso contro l'omessa previsione di un criterio premiale per la parità di genere. Il giudice ha ritenuto irrilevante l'omissione poiché, essendo la certificazione posseduta anche dall'aggiudicataria, il punteggio non avrebbe modificato la graduatoria. Nel caso di specie i Giudici hanno ravvisato un difetto di interesse (nessuna utilità): La ricorrente non avrebbe ottenuto un vantaggio concreto dalla riedizione della gara (il cosiddetto "bene della vita"), poiché l'inserimento del criterio non avrebbe sovvertito l'esito finale della competizione. Hanno altresì rilevato una neutralità della omissione: se tutti i concorrenti, inclusa l'aggiudicataria, possiedono la certificazione, l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo tabellare (come previsto dal DL 51/2023) avrebbe determinato un incremento di punteggio paritario per tutti, mantenendo invariata la graduatoria.

Parità di genere e bandi: Pur essendo la certificazione un elemento strategico e premiale previsto dal Codice Appalti, la sua mancata valorizzazione specifica non sempre invalida la procedura se non ha alterato la parità di trattamento o l'aggiudicazione finale. La sentenza sottolinea la necessità che il ricorrente dimostri non solo l'illegittimità, ma anche il concreto vantaggio che avrebbe derivato dall'accoglimento della domanda. Il principio del risultato (art. 1 d. lsg. N.36/2023 e quello di conservazione degli atti giuridici art. 108 comma 7) rendono infondata la doglianza, privilegiando l'affidamento del contratto e il miglior rapporto qualità-prezzo rispetto a formalismi eccessivi, purché nel rispetto di legalità e concorrenza.

Corte costituzionale 30/4/2026 n. 60

Salario minimo negli appalti - Illegittimità L.R. Toscana n.30/2025

La disciplina dei criteri di aggiudicazione, inclusi quelli premiali, rientra nella competenza esclusiva statale ("tutela della concorrenza"), mirando a garantire la massima apertura del mercato (sentenze nn. 44/2023, 4/2022, 137/2018). Criteri regionali (es. paga minima 9€/ora) che alterano il mercato o creano barriere territoriali sono illegittimi, in quanto spetta allo Stato bilanciare la concorrenza con obiettivi sociali (sentenze nn. 80/2025, 174/2024, 23/2022). La normativa sui criteri di gara mira alla concorrenza "per il mercato". L'imposizione regionale di paghe minime orarie (9€) nei contratti pubblici costituisce una restrizione territoriale del mercato. Vi è e vi deve essere una Uniformità Nazionale: La contrattualistica pubblica richiede uniformità per evitare barriere regionali, come confermato dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 80/2025, 174/2024 e 23/2022. Vi è e vi deve essere un equilibrio degli Interessi: Lo Stato, non le Regioni, deve bilanciare la concorrenza con la tutela dei lavoratori e le politiche sociali (sentenze nn. 80/2025 e 4/2022).

Le citazioni riportate provengono dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare dalla sentenza n. 60 del 30 aprile 2026 (depositata il 2 maggio 2026), con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Toscana n. 30/2025. In sintesi, la Corte Costituzionale ribadisce che le Regioni non possono introdurre criteri premiali propri negli appalti pubblici (specialmente legati a salari minimi o manodopera locale) che si discostino da quelli statali, poiché la disciplina dei contratti pubblici deve essere uniforme su tutto il territorio nazionale.

Tar Sicilia, Catania, Sez. V, 04/05/2026, n. 1341

Gli oneri di sicurezza aziendali sono rimessi alla esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante alla gara

La sentenza del TAR Sicilia, Catania, SEZ V, 04/05/2026 n.1341 ribadisce che gli oneri di sicurezza aziendali (che sono oneri interni, diversi da quelli da interferenza) sono quantificati liberamente dall'operatore economico in base alla propria organizzazione produttiva. Di conseguenza, non sono automaticamente incongrui se inferiori alle tabelle ministeriali o alle altre offerte, purché giustificabili. Gli oneri aziendali infatti, variano da operatore a operatore e dipendono dalla specifica struttura dell'impresa. Ecco la Differenza da Costi "Interferenza": A differenza dei costi per la sicurezza da interferenza (non ribassabili), quelli aziendali non possono essere predeterminati rigidamente dalla stazione appaltante.

La differenza principale risiede nell'origine del rischio: gli oneri di sicurezza aziendali (o interni) sono costi intrinseci dell'impresa per la gestione dei propri rischi specifici (formazione, DPI, DVR), mentre i costi di interferenza (o da DUVRI/PSC) sono spese per rischi derivanti dall'incontro tra più imprese o tra appaltatore e stazione appaltante. Per quanto riguarda la Verifica di Anomalia: Sebbene la stazione appaltante debba verificare la congruità dell'offerta (inclusi i costi sicurezza), un importo inferiore alla media non ne comporta l'esclusione automatica, se il concorrente dimostra attraverso giustificazioni dettagliate (es. organizzazione efficiente) la sostenibilità dei costi. Il TAR ha quindi respinto il ricorso, ritenendo legittima l'aggiudicazione dato che la controinteressata ha dimostrato, tramite note tecniche, come la propria organizzazione interna consentisse l'abbattimento dei costi della manodopera.

Tar Campania, Napoli, Sez. I, 11/05/2026 n.2974

Il requisito esperienziale della professionalità acquisita in servizi analoghi

La massima del TAR Campania in esame, ribadisce il principio pro-concorrenziale della massima partecipazione negli appalti pubblici. Il requisito dei "servizi analoghi" non deve essere inteso in senso restrittivo (come "servizio identico"), ma deve favorire l'ammissione di tutti gli operatori che dimostrano un'affidabilità professionale sovrapponibile. I punti salienti della pronuncia si articolano in: Nozione di servizi analoghi: Non è richiesta l'identità dell'oggetto del contratto, ma la capacità tecnica maturata in servizi appartenenti allo stesso settore imprenditoriale o professionale. Ratio della norma: La finalità è l'apertura del mercato. L'esperienza pregressa serve ad attestare l'affidabilità dell'operatore, non a creare riserve di mercato a favore di chi ha già svolto quel preciso intervento.

Applicazione al caso specifico: La progettazione di strutture per un impianto fotovoltaico e la progettazione strutturale per il recupero di un immobile rientrano entrambe nella macro-categoria della "progettazione di strutture". Essendo l'attività richiesta dal bando (la progettazione di "strutture, opere infrastrutturali puntuali") soddisfatta da entrambe, il requisito si considera pienamente assolto. Questo orientamento giurisprudenziale, che predilige un'interpretazione ampia a favore della concorrenza, è costantemente ribadito dal Consiglio di Stato.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Parere anticorruzione del 15 aprile 2026 - fasc.1462.2026

Fasc. URUV n. 1462.2026

Oggetto: Richiesta di parere in merito alla sussistenza di eventuali cause di inconferibilità e incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013 in capo ad amministratori locali che si sono candidati per le cariche di membro e/o Presidente del CDA dell'azienda speciale consortile OMISSIS" - Riscontro. Fasc. URUV n. 1462/2026.

Con il Parere del 15 aprile 2026 (Fasc. URUV n. 1462/2026), l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha fornito indicazioni in merito alla sussistenza di cause di incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013 per gli amministratori locali che assumono la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione (CdA) in aziende speciali consortili.

Occorre premettere che la differenza principale tra inconferibilità e incompatibilità è la seguente. L'inconferibilità impedisce l'origine di un rapporto di lavoro, è un divieto assoluto, temporaneo o permanente, di attribuire un incarico a un soggetto. Essa scatta prima del conferimento dell'incarico, le cause tipiche sono ad es. aver riportato condanne penali per reati contro la Pubblica Amministrazione o aver ricoperto cariche politiche negli anni precedenti, l'incarico non può essere assegnato in nessun modo. L'incompatibilità invece impedisce la contemporaneità di due ruoli. Questa si verifica quando un soggetto, già in servizio, assume un secondo incarico o svolge un'attività che la legge vieta di cumulare con quella principale.

E' stato chiarito che sussiste una situazione di incompatibilità, ai sensi dell'art. 11, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 39/2013, tra la carica di Presidente del CdA di un'azienda speciale consortile (che gestisce servizi per conto dei comuni soci) e la carica di componente della giunta o del consiglio del comune o della forma associativa che ha conferito l'incarico. Ecco le motivazioni dell'ANAC: L'azienda speciale consortile è qualificata come ente pubblico locale strumentale. L'Assemblea consortile, sebbene

formata dai rappresentanti dei comuni, è considerata una proiezione degli stessi, determinando una sovrapposizione tra ente conferente e operatività dell'azienda. Il presidente del CdA, disponendo solitamente di deleghe gestionali rilevanti, rientra nella fattispecie di incompatibilità prevista per i vertici di enti di diritto privato in controllo pubblico o enti pubblici.

Tale incompatibilità non si applica ai semplici componenti del Consiglio di Amministrazione privi di deleghe gestionali, in quanto le disposizioni del d.lgs. 39/2013 non si estendono a chi non ha poteri di amministrazione attiva. Tutto ciò è avvenuto in virtù del recente contesto Normativo che ha provveduto alla abrogazione della inconferibilità: Il parere evidenzia quindi che, pur essendo venuta meno l'inconferibilità per il passaggio diretto da amministratore locale a vertice di ente strumentale (a seguito dell'abrogazione dell'art. 7, comma 2, operata dalla L. n. 15/2025), resta fermo il divieto di incompatibilità in corso di mandato. Il Presidente del CdA dell'azienda speciale consortile che sia anche amministratore comunale dovrà quindi scegliere, a pena di decadenza, tra la carica politica e quella gestionale, in conformità all'art. 20 del d.lgs. 39/2013. L'Autorità ha espresso forte preoccupazione per tale summenzionata abrogazione circa l'inconferibilità (Atto di segnalazione n. 2 del 26 marzo 2025), sottolineando il rischio di *pantouflage* (revolving doors) e chiedendo modifiche urgenti per ripristinare il divieto, specialmente dopo la sentenza n.98/2024 della Corte Costituzionale che, pur dichiarando l'illegittimità parziale della norma previgente, non ne auspicava la totale cancellazione.

Con la Delibera 26/11/2025 n.464 ANAC ha dovuto aggiornare il sistema di vigilanza su inconferibilità e incompatibilità recependo il nuovo quadro, confermando la necessità di vigilare strettamente sui conflitti di interesse. Da qui la necessità di esprimere tale parere di diniego all'incompatibilità.

Parere MIT 21 aprile 2026, n. 4181

L'autorizzazione al subappalto è rilasciata dal RUP o dal Dirigente della Stazione appaltante su proposta del RUP?

Con il Parere in esame l'autorizzazione al subappalto (art. 119 del D.Lgs 36/2023) può essere rilasciata dal RUP solo se questi riveste una qualifica dirigenziale o possiede formali deleghe di potere. In assenza di tali requisiti, la competenza spetta al dirigente della Stazione Appaltante. La norma, effettivamente parla genericamente di stazione appaltante e non fa riferimento ad una precisa indicazione in merito al soggetto competente al rilascio della autorizzazione.

Come evidenziato dall'interpretazione prevalente e dai chiarimenti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), la normativa affida l'autorizzazione al soggetto che possiede l'autorità giuridica per impegnare l'amministrazione verso l'esterno. Trattandosi di un atto che impegna l'ente verso terzi, la locuzione generica "stazione appaltante" viene tradizionalmente associata alla figura del dirigente. Il RUP può firmare il provvedimento autorizzatorio solo se è un dirigente dell'ente o se gli sono stati attribuiti specifici poteri gestionali ed esterni.

Parere MIT 21 aprile 2026 n. 4159**Divieto di intestazione fiduciaria di cui al D.P.C.M. n. 187/1991**

Il Supporto giuridico del Servizio Contratti Pubblici del MIT con il parere del 21/04/2026 n. 4159 ha risposto al seguente quesito: *L'art. 1, c. 1, del D.P.C.M. n. 187/1991 dispone che "Le società [...] aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, devono comunicare all'amministrazione committente o concedente, prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni "con diritto di voto" [...] nonché l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto." La norma fa riferimento agli affidamenti di opere pubbliche. Tuttavia, l'art. 98, c. 3, lett. e), del Codice prevede il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della L. n. 55/1990, laddove la violazione non sia stata rimossa, quale requisito di ordine generale che gli operatori economici devono possedere, senza distinzione di categorie. Pertanto, si chiede di chiarire se l'obbligo di comunicazione di cui all'art. 1, c. 1, del D.P.C.M. n. 187/1991 si applichi anche agli affidamenti di servizi e forniture. Premesso che la violazione del divieto di intestazione fiduciaria significa nascondere la reale titolarità di un'impresa o di beni e avviene quando un soggetto (fiduciante) affida formalmente a un altro (fiduciario) la proprietà o la gestione di quote, azioni o immobili, senza dichiararlo alle autorità o aggirando le norme sulla trasparenza, con il parere del 21/04/2026 n. 4159, il Servizio Contratti Pubblici del MIT ha chiarito che il divieto di intestazione fiduciaria è un requisito di ordine generale. Poiché l'art. 98, c. 3, lett. e) del D.Lgs. 36/2023 lo richiede a tutti gli operatori economici senza distinzioni, la trasparenza e gli obblighi comunicativi valgono per ogni tipologia di contratto pubblico. La violazione del divieto di intestazione fiduciaria costituisce un motivo di esclusione dalle gare pubbliche. Questa misura, introdotta dal DPCM 187/1991, consente di accertare l'identità reale e l'affidabilità morale ed economica dei concorrenti, preservando le procedure da infiltrazioni della criminalità organizzata.*

Il quadro normativo si è evoluto nel tempo mantenendo intatto tale principio: D.Lgs. 163/2006 (Art. 38, co. 1, lett. d): Prevedeva l'esclusione espressa per i soggetti che violavano il divieto di cui all'articolo 17 della Legge 19 marzo 1990, n. 55. D.Lgs. 50/2016 (Art. 80, co. 5, lett. h): Ha ribadito l'estensione del divieto anche al settore delle forniture e dei servizi, configurandolo come causa ostativa. D.Lgs. 36/2023 (Codice attuale): Il divieto è attualmente contemplato nell'alveo dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 98, comma 3, che continuano a precludere la partecipazione agli operatori economici inottemperanti e si applica anche ai servizi e forniture.

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

Come si applicano gli incentivi tecnici in caso di proroghe e rinnovi contrattuali?

A fare il punto della situazione è la Corte dei Conti, deliberazione n. 14 del 30/03/2026, con la quale distingue le due ipotesi:

- nel caso della proroga tecnica già previste ed incluse nell'importo complessivo stimato dell'appalto, gli incentivi andranno riconosciuti se ricorrono i relativi presupposti;
- nel rinnovo contrattuale l'importo da considerare è quello della nuova procedura, ovviamente se previsto e attuato secondo la normativa vigente.

Infine, si esclude categoricamente la possibilità di riconoscere gli incentivi negli affidamenti alle società in house providing, mancando l'aspetto competitivo e concorrenziale dell'affidamento.

2

Può la società in house destinataria di un affidamento, fare ricorso a terzi per l'esecuzione dei servizi affidati?

Sul punto, il Tar Campania con sentenza n. 742 del 20/04/2026 ha considerato legittimo l'operato della stazione appaltante che accorpando più servizi nell'ottica di una gestione aggregata degli stessi, abbia consentito anche il ricorso a terzi, in virtù della matrice funzionale di tale aggregazione, ad un'unica esigenza pubblica.

Nella sentenza si cita già il Consiglio di Stato, Sez. V, del 30 aprile 2009, sentenza n. 2765 che ha escluso che l'affidatario in house sia obbligato all'esecuzione della prestazione "interamente in proprio, con il corrispondente divieto di affidarne, anche in parte, lo svolgimento a terzi (selezionati tramite gara)"

Occorre infatti considerare che imporre a una società in house un obbligo di esecuzione personale e diretta, esclusivamente mediante proprie risorse umane e strumentali, di ciascuna delle prestazioni incluse nell'affidamento risulterebbe in contrasto non solo con la logica giuridica ma anche con quella economica.

Quindi, se l'appaltatore o il concessionario, individuato a seguito di procedura di gara, può affidare a terzi singole parti della prestazione o delle prestazioni previste o singole prestazioni tra quelle incluse nel più ampio e complesso insieme di prestazioni aggiudicate, ciò non può risultare precluso a un affidatario in house, specie alla luce della previsione dell'art. 16, comma 7, del d.lgs. n. 175 del 2016 che impone alle società della specie l'applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016 (ora d.lgs. n. 36 del 2023) al fine di affidare contratti di lavori, forniture e servizi.

3

Cosa succede se un'impresa in RTI perde parte della qualificazione SOA?

Il Tar Calabria, con sentenza n. 336 del 27/04/2026 riprendendo quanto sancito dall'Adunanza Plenaria n. 2/2022, conferma l'approccio sostanzialistico che conserva la capacità esecutiva del raggruppamento se garantita dalle imprese già presenti originariamente. Di fronte ad una declassamento della classifica Soa, non in grado di coprire completamente quanto dichiarato in fase di partecipazione alla procedura di gara, si ribadisce la necessità di verifica da parte della stazione appaltante, di una riorganizzazione interna atta a garantire il possesso dei requisiti richiesti in atti prima di procedere ad una eventuale esclusione. Il principio di base vieta le modifiche dei raggruppamenti in aumento ma non in diminuzione, in cui cambia solo la distribuzione interna delle quote.

Ed infatti, «È pur vero che vige il principio di continuità del possesso dei requisiti, generali e speciali (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8), ma tale regola non può essere interpretata in modo irragionevole e solamente formalistico; come è stato rilevato in giurisprudenza ad altri fini, "sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione".

4

È legittimo modificare le giustificazioni rese in sede di offerta sui costi della manodopera?

Con parere di precontenzioso n.161, approvato dal Consiglio dell'Autorità del 6 maggio 2026, Anac ribadisce l'orientamento giurisprudenziale già espresso in precedenza secondo il quale il principio di immodificabilità dell'offerta economica non riguarda infatti le giustificazioni economiche dell'offerta le quali possono essere soggette a variazioni.

In altre parole, un concorrente può apportare modifiche alle spiegazioni relative alla composizione delle voci di costo dell'offerta, ma l'importo complessivo dell'offerta non può essere alterato (v. Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2021, n. 8358).

Le modifiche non possono essere, pertanto, considerate ammissibili soltanto se intaccano il principio dell'intangibilità sostanziale dell'offerta (economica, ma anche tecnica).

Pertanto, nel caso concreto, avendo il concorrente giustificato in tali costi tutte le figure operative indicate nell'offerta con modalità sostanzialmente coerenti con l'appalto e la sua esecuzione e il costo complessivo della manodopera non è stato alterato, rimanendo sempre il medesimo, l'Anac ritiene l'operazione di rimodulazione conforme alla disciplina di riferimento e anche alla delibera ANAC n. 515 del 22.12.2025.

5

Quali sono le caratteristiche di un affidamento diretto? E qual è la differenza tra affidamento diretto previo interpello e procedura negoziata?

Le caratteristiche dell'affidamento diretto sono le seguenti: a) non si tratta di una procedura competitiva e, quindi, non è una gara, neppure intesa in senso informale; b) non c'è un criterio di aggiudicazione; c) non c'è una graduatoria; d) l'acquisizione di preventivi, in caso di previo interpello, non qualifica gli stessi come offerte da valutare in una procedura competitiva.

La procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, attraverso l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara in quanto quella che la stazione appaltante svolge è un'istruttoria finalizzata a giustificare la scelta di negoziare con un determinato operatore economico. Va da sé che la previsione in atti di una fase preliminare volta ad acquisire le manifestazioni di interesse, un confronto competitivo, il vaglio di una commissione giudicatrice, un criterio di aggiudicazione, trasforma l'affidamento diretto in una gara e, come tale, va trattata (Cfr. *Consiglio di Stato*, Sez. V, 25.05.2026 n. 4185)

6

Il termine concesso dalla Stazione Appaltante in caso di soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3) e correttivo (comma 4) di cui al D.lgs. n. 36/2023 è perentorio o ordinatorio?

L'art. 101 del D.lgs. n. 36 del 2023 individua quattro tipologie di soccorso istruttorio: a) integrativo (comma 1, lett. a); b) sanante (comma 1, lett. b); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3); d) correttivo (comma 4). Secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, soltanto per le prime due fattispecie il termine concesso dalla Stazione Appaltante è perentorio e pertanto l'inutile decorso dello stesso determina l'esclusione dalla procedura di gara (*ex multis*, *Cons. Stato*, sez. V, n. 2789 del 2 aprile 2025; *Cons. Stato*, sez. V, n. 7075 del 19 agosto 2025).

Diversamente per le fattispecie previste dal terzo e quarto comma dell'art. 101, manca un'espressa previsione normativa per disporre l'esclusione dalla gara in caso di superamento del termine. Pertanto, in assenza di una espressa previsione nella *lex specialis* di gara nonché in forza dei principi del risultato e della fiducia (articoli, rispettivamente, 1 e 2 D.lgs. n. 36 del 2023), il termine indicato dalla stazione appaltante per esitare la richiesta di chiarimenti in sede di soccorso istruttorio può essere superato senza effetti invalidanti, ove inferiore a quello massimo previsto *ex lege* di dieci giorni.

7

In una procedura di gara, a quali dati non è consentito l'accesso?

“L’art. 36 del Codice dei contratti pubblici prevede l’ostensibilità integrale a tutti i candidati e agli offerenti non definitivamente esclusi, dell’offerta dell’operatore economico aggiudicatario, unitamente ai verbali e agli atti, dati e informazioni presupposti dell’aggiudicazione, nonché la reciproca messa a disposizione degli stessi documenti relativi agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria, salvo eventuale oscuramento in tutto o in parte dell’offerta tecnica a fronte di una specifica richiesta dell’operatore economico.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 61 del 2026, ha chiarito che “quanto ai documenti messi a disposizione sulla piattaforma digitale non vi è ragione di oscurare alcun dato, notizia o informazione, salvo in tutto o in parte l’offerta tecnica per la quale l’operatore abbia indicato le relative ragioni e le stesse siano state accolte (ex art. 35, comma 4, lett. a) e art. 36, comma 3) dalla Stazione Appaltante.

E’ una scelta che non appare illogica, irragionevole o arbitraria perché è funzionale a rendere spedita, efficace ed economica l’azione amministrativa, alleggerendola degli eventuali appesantimenti e aggravamenti connessi alle singole richieste di accesso da parte degli operatori; ad evitare agli operatori economici una attività defaticante ed anti-economica di ricerca e selezione degli atti eventualmente da impugnare e infine a consentire una altrettanto pronta e completa risposta di giustizia alle eventuali domande degli operatori economici interessati, il tutto per conseguire quanto più rapidamente possibile (nei tempi preventivati) il bene che costituisce l’oggetto della causa del contratto della cui procedura di affidamento si tratta” (Cfr. *Comunicato del Presidente n. 10 del 6 maggio 2026*)

8

Che differenza c’è tra “revisione dei prezzi ordinaria” e “revisione dei prezzi straordinaria”?

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha adottato un documento operativo che orienta le stazioni appaltanti nell’applicazione dell’art. 60 del Codice dei contratti, distinguendo tra revisione straordinaria e ordinaria.

La **Revisione prezzi “straordinaria”** è la revisione obbligatoria ex lege che deve essere prevista nei documenti di gara iniziali e serve a fronteggiare variazioni anomale, rilevanti e oggettive dei costi.

L’art. 60 comma 2 prevede infatti l’obbligo di inserire clausole di revisione prezzi e stabilisce che si attivano automaticamente quando si verificano particolari condizioni oggettive che determinano una variazione superiore al 3% negli appalti di lavori e al 5% negli appalti di servizi e forniture.

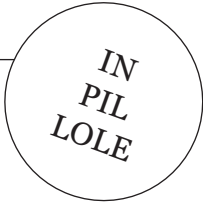
La **Revisione prezzi “ordinaria”** invece è un meccanismo diverso, previsto per servizi e forniture dal nuovo comma 2-bis dell’art. 60 e serve a governare le oscillazioni fisiologiche e prevedibili nei contratti di durata.

Il comma 2-bis consente infatti di inserire, oltre alla clausola obbligatoria di revisione prezzi, anche meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto all’indice inflattivo convenzionalmente individuato dalle parti.

Il punto più importante è che i due meccanismi non si sommano sugli stessi incrementi.

L’art. 60, comma 2-bis, precisa infatti che l’incremento riconosciuto con il meccanismo ordinario non deve essere considerato nel calcolo della variazione rilevante ai fini dell’attivazione della revisione straordinaria per servizi e forniture.

Principio di autoresponsabilità: nuova pronuncia sul tema da parte del Consiglio di Stato



IN
PIL
LOLE

La sentenza del Consiglio di Stato (sez. V) del 30 aprile 2026, n. 3382 qui esaminata, esalta il principio di autoresponsabilità, che è un principio cardine nel nuovo codice dei contratti pubblici; tale principio, applicato al caso *de quo*, conferma che l'operatore economico è responsabile della corretta e tempestiva presentazione dell'offerta nelle gare telematiche.

Di conseguenza, il mancato perfezionamento del caricamento o dell'invio, ne comporta l'esclusione, non essendo configurabile un soccorso istruttorio per mancanze nella trasmissione.

I passaggi tecnici richiesti dalla piattaforma (firme digitali, marcatura temporale, caricamento file) non sono semplici formalità, ma strumenti essenziali per l'accesso alla gara. Viene così a consolidarsi il principio di autoresponsabilità dell'operatore: Questi deve organizzare l'invio in tempo utile, eventuali difficoltà tecniche legate alla sfera organizzativa dell'impresa (es. lentezza internet, malfunzionamento PC, firma digitale scaduta) ricadono esclusivamente sul concorrente.

Cosa succede quindi se non viene presentata l'offerta? Se l'offerta non viene presentata o viene inviata in modo incompleto entro il termine perentorio, non può essere valutata, la conseguenza di ciò è pertanto l'esclusione automatica.

L'esclusione non è automatica solo nel caso in cui venga dimostrato un malfunzionamento della piattaforma di approvvigionamento digitale (Responsabilità della Piattaforma ex art. 25 D. LGS 36/2023) imputabile alla stazione appaltante. In tal caso, la stazione appaltante deve garantire la partecipazione riaprendo o prorogando i termini.

Il principio di autoresponsabilità è senz'altro tra i più importanti nel nuovo codice dei contratti pubblici, nel caso in questione la sua applicazione, impone senza dubbio agli operatori economici un rigoroso dovere di diligenza nella partecipazione alle gare. La giurisprudenza recente, compresa la sentenza in questione, conferma altresì che tale principio di autoresponsabilità va a limitare fortemente l'attivazione del soccorso istruttorio.

La sentenza in esame segue, pertanto, l'onda giurisprudenziale di diverse precedenti sentenze; già il Consiglio di Stato, sez. V, del 2 aprile 2025 n. 2789 anticipava quanto di cui alla sentenza del Consiglio di Stato (sez. V) del 30 aprile 2026, n. 3382, e altresì evidenziava che il soccorso istruttorio non è una sanatoria infinita, esso non può essere utilizzato per rimediare a carenze sostanziali dell'offerta tecnica o economica ed inoltre deve rispettare il principio della parità di trattamento tra i concorrenti.

L'integrazione è ammessa solo per chiarimenti o elementi formali, non per modifiche sostanziali. Il soccorso procedimentale è volto a chiarire l'effettiva volontà dell'offerente, non a riplasmare l'offerta. Secondo altra giurisprudenza del 2025 (tra cui Consiglio di Stato n.8986/2025 e TAR Umbria n. 487/2025), il rischio legato al funzionamento delle piattaforme informatiche è quasi interamente a carico del concorrente, i cosiddetti malfunzionamenti prevedibili ovvero i rallentamenti del sistema nelle ore di punta sono considerati fisiologici e prevedibili, quindi non costituiscono causa di forza maggiore per giustificare ritardi nell'invio.

È necessario che l'operatore sia diligente nell'effettuare l'invio, quest'ultimo deve assicurarsi che la documentazione sia correttamente caricata, firmata e trasmessa entro i termini, subendo le conseguenze di eventuali file illeggibili o sostituzioni errate. Inoltre il concorrente deve accettare obbligatoriamente le regole della Piattaforma di Approvvigionamento Digitale, ovvero le regole tecnico-procedurali stabilite dalla *lex specialis*, errori non sanabili e principi correlati non sono sanabili tramite soccorso istruttorio.

Anche in virtù del c.d. "Principio del Risultato" (art. 1 del Codice) inoltre, è consigliabile un uso non eccessivo del soccorso istruttorio per garantire l'efficienza della procedura.

Fra le precedenti sentenze si segnala altresì quella del Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2024, n. 8947, la quale aveva ribadito con forza il principio di autoresponsabilità nelle gare d'appalto telematiche, in coerenza con i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento previsti

dall'Articolo 5 del d.lgs. 36/2023. Pertanto, va ribadito che l'operatore economico è in primis responsabile della corretta e tempestiva presentazione della documentazione, eventuali rallentamenti fisiologici della piattaforma di negoziazione o la congestione del traffico dati sono considerati rischi prevedibili che il concorrente deve gestire.

In secondo luogo, il concorrente deve essere consapevole che, l'invio di un file illeggibile o vuoto equivale alla mancata presentazione del documento, in tali casi, non è attivabile il soccorso istruttorio per sanare la carenza, comportando la legittima esclusione dalla gara.

In terzo luogo, è necessario che il concorrente sia professionalmente diligente, è onere del partecipante leggere attentamente le istruzioni procedurali (accettando obbligatoriamente le regole della Piattaforma), poiché si presuppone che questi sia in possesso dell'esperienza necessaria per gestire la procedura telematica.

Di contro, dal canto suo, la Stazione Appaltante ha l'obbligo di predisporre una piattaforma funzionante, ma non è responsabile dei malfunzionamenti imputabili alla condotta dell'operatore (es. errato caricamento o uso di modalità non consentite dal bando).

La sentenza inquadra dunque il soccorso istruttorio (ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. 36/2023) come strumento non attivabile quando l'errore è imputabile alla negligenza dell'operatore nel rispettare le regole tecniche di gara.

Anche la Corte di Giustizia della Unione Europea ha evidenziato, con diverse sentenze, la distinzione tra la modifica sostanziale dell'offerta (che è appunto vietata) e il superamento di ostacoli oggettivi e non imputabili al concorrente durante la procedura telematica, che invece giustifica il soccorso istruttorio.

Ecco i punti fondamentali basati sulla giurisprudenza della CGUE e le recenti evoluzioni (2025-2026). Innanzitutto il principio di immodificabilità (CGUE) il quale sancisce che un'offerta non può essere modificata

dopo il deposito, né su iniziativa della stazione appaltante né dell'offerente (CGUE, C-599/10; C-336/12). Il soccorso istruttorio non può rimediare alla mancanza di documenti richiesti a pena di esclusione, nel rispetto rigoroso della *lex specialis* (CGUE, C-42/13, C-199/15, C-523/16).

La deroga è consentita quando ci troviamo di fronte ad ostacoli oggettivi e al malfunzionamento della piattaforma, il ricorso al soccorso istruttorio pertanto è legittimo di fronte a carenze documentali causate da "ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato" e "oggettivamente non superabili", anche in caso di limitata dimestichezza con la metodologia digitale (sentenza 10 gennaio 2025, confermata in orientamenti 2025-2026, come ad esempio C.d.S. 3418/2022).

Il soccorso istruttorio pertanto non consente di modificare i contenuti sostanziali dell'offerta tecnica ed economica, tuttavia, è applicabile per sanare carenze documentali amministrative o, tramite il soccorso procedimentale, per chiarire ambiguità e correggere meri errori materiali prima della loro apertura (anche all'interno dell'offerta tecnico-economica), nel rispetto della par condicio.

Il Consiglio di Stato in conclusione, ha confermato (così come il Giudice di prime cure) l'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto per non aver completato l'inoltro telematico. La mancata attivazione del comando "Conferma offerta", richiesto a pena di esclusione, ha configurato un errore materiale non sanabile imputabile esclusivamente all'operatore.



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!