

Rivista mensile - Anno XVI, Numero 5

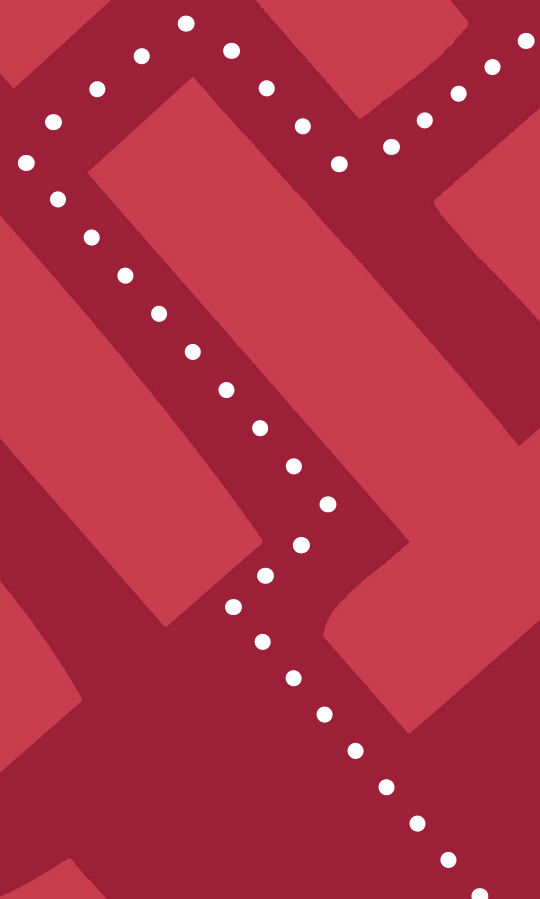
luglio
2026

MEDIA APPALTI

**I criteri ambientali minimi
nelle gare d'appalto**

**Il c.d. quinto d'obbligo.
Prime indicazioni
operative**

**Evoluzione normativa
nazionale e
giurisprudenziale in
materia di appalti pubblici
avente ad oggetto servizi
legali.**



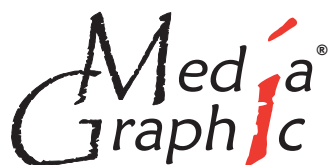
**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

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**

**luglio
2026**

Loop

Per quanto si sforzi, non riesce in nessun modo a migliorare. Si impegna con tutte le sue forze. La volontà non gli manca. È lì, anche oggi, che prova a fare quel salto di qualità. E domani sarà ancora lì con le solite buone intenzioni, senza ottenere alcun risultato. Ogni giorno, sempre uguale. Lavora alacremente. Ottiene il minimo. È vittima della routine.

La consuetudine è tra le più comuni cause di quella forma degenerativa della vista detta convinzione. Non permette di vedere al di là del perimetro ristretto delle proprie credenze. Impegnarsi e fallire. Potrà andare avanti così per sempre, se qualcuno non interviene, se qualcuno un giorno non gli si para davanti per mostrargli dove è l'errore che, immerso nelle proprie prassi, non è in grado di riconoscere.

Dal primo luglio scorso stazioni appaltanti e centrali di committenza qualificate hanno a disposizione un nuovo sistema informatico che permetterà di imparare a riconoscere i propri limiti e promuovere procedure di correzione sul fronte dell'efficienza decisionale. Il tema è il tempo che trascorre tra il momento in cui vengono presentate le offerte e la data in cui viene sottoscritto il contratto d'appalto. Il sistema, predisposto dall'ANAC, prevede che in media questo tempo non deve superare i 160 giorni. Cosa succede se una stazione appaltante supera questo margine? È invitata a fare un esame di coscienza e presentare un piano che l'ANAC ritiene debba essere orientato "alla riorganizzazione del personale, al potenziamento della formazione specialistica e all'utilizzo degli strumenti digitali".

Le lungaggini temporali sono una delle piaghe delle nostre amministrazioni pubbliche. Disorientate da labirinti burocratici, pratiche si avviano e finiscono per arrivare sull'altra sponda del dedalo dopo tempi memorabili. A volte si perdono e non riescono a concludere un iter disseminato di trappole e trabocchetti, cavilli legislativi e autorizzazioni, timbri, firme.

L'autunno scorso è stato inaugurato il portale "Italia Semplice". La piattaforma promossa dal Dipartimento della funzione pubblica è nata "per supportare e valorizzare le iniziative di semplificazione e digitalizzazione della pubblica amministrazione".

Uno studio dell'Osservatorio sui Conti Pubblici che fa capo all'Università Cattolica ha constatato che i buoni propositi non sono appagati come promesso. "Una delle maggiori difficoltà del semplificare è che le nuove leggi non siano contraddittorie né con leggi precedenti né con sé stesse, altrimenti si crea ulteriore confusione", si legge nel contributo dell'Osservatorio.

Leggi, decreti, regolamenti, codici spesso si sovrappongono e contrastano, confermano e smentiscono. Un complicato sistema di ingranaggi, un intricato assemblaggio di meccanismi che si muovono cigolando e stridendo. Il passaggio farraginoso del castello errante di Howl al minimo della sua vitalità: la burocrazia.

C'è davvero un rimedio efficace e definitivo? La soluzione, almeno nelle intenzioni, non può che essere nella proposta dell'ANAC relativa all'efficienza decisionale: individuare le criticità e trovarne una soluzione.

Serve consapevolezza dei propri limiti e delle proprie risorse per uscire da quel loop che porta a reiterare continuamente gli stessi errori. Phil Connors il meteorologo del celebre film "Ricomincio da capo" si trova a rivivere sempre lo stesso giorno, commettendo sempre gli stessi sbagli. Verrà fuori da quel loop temporale solo quando avrà preso coscienza dei suoi errori.

L'ANAC prova a rompere il loop degli errori in cui le pubbliche amministrazioni sono incastrate presumendo di poter migliorare le tempistiche agendo sulla riorganizzazione del personale, sulla formazione e sulla digitalizzazione. Basterà? Probabilmente solo in parte. Se il percorso tracciato dalle norme non è lineare e coerente sarà facile smarrirsi e cadere in un nuovo loop di errori. Il personale potrà avere tutta la buona volontà e la preparazione necessaria per seguire le procedure ma se le procedure sono contorte e corrotte, tanta dedizione sarà vana. E vedremo ancora tanti piccoli dipendenti pubblici aggirarsi senza arrivare da nessuna parte in un loop di scale, porte e terrazzi del tutto simile alla Relatività di Escher.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Loop

4

In evidenza

I criteri ambientali minimi nelle gare d'appalto

7

Sotto la lente

L'equivalenza dei contratti collettivi negli appalti pubblici: criteri di valutazione e limiti del sindacato giurisdizionale dopo il D.Lgs. 36/2023

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:

Aldo Areddu
Avvocato penalista, esperto in materia di appalti pubblici

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

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

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

Ginevra Gambardella
Dottoressa in Giurisprudenza e Praticante Avvocato

Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Il c.d. quinto d'obbligo, previsto dall'articolo 120, co. 9, del D.Lgs. n. 36 del 2023. Prime indicazioni operative. Nota alla sentenza del Consiglio di Stato Consiglio di Stato, Sez. V, 27.04.2026 n. 3278

26

Criteri applicativi del principio di equivalenza nel rapporto di conformità tra prestazione offerta e specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante

33

Evoluzione normativa nazionale e giurisprudenziale in materia di appalti pubblici avente ad oggetto servizi legali. Il Caso - L'Ordinanza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 3462/2026

40

L'avvento di strumenti di automazione e d'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa e nelle procedure di gara: confini, limiti e orientamenti giurisprudenziali

50

Esclusione non automatica da reato: casi, durata, self cleaning

57

Pareri & Sentenze

66

A Domanda Rispondiamo

72

In pillole

76

Osservatorio della Corte dei Conti

I criteri ambientali minimi nelle gare d'appalto

di Salvio Biancardi

IN
EVIDENZA

Premessa

I Criteri Ambientali Minimi (CAM) vengono stabiliti tramite appositi decreti emanati dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica per specifiche tipologie di appalti e concessioni.

I CAM rappresentano un insieme di requisiti di carattere ambientale stabiliti con l'obiettivo di orientare le decisioni della Pubblica Amministrazione verso soluzioni più sostenibili, favorendo prodotti, servizi e lavori che presentano un maggiore livello di sostenibilità. Con l'adozione dei CAM le stazioni appaltanti contribuiscono alla tutela di aspetti ambientali e sociali delle attività oggetto di gara, assicurando, inoltre, un uso più efficiente delle risorse e una riduzione dei costi connessi ai consumi.

I criteri ambientali minimi costituiscono quindi disposizioni finalizzate a individuare, per ogni fase del processo di acquisto pubblico, la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio più vantaggioso dal punto di vista ambientale. Questa valutazione riguarda l'intero ciclo di vita dell'opera o del bene, considerando elementi quali la composizione dei materiali, le modalità di utilizzo e le fasi di smaltimento o riciclo, sempre tenendo conto delle effettive disponibilità presenti sul mercato.

Il Codice dei contratti pubblici stabilisce che le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste dai CAM debbano essere obbligatoriamente inserite nella documentazione progettuale e negli atti di gara relativi agli appalti pubblici.

La disciplina relativa ai criteri ambientali minimi è trattata, dal codice dei contratti, nell'art. 57, comma 2.

Va rammentato che l'articolo 57, comma 2, stabilisce l'obbligo di applicare, sull'intero valore economico dell'appalto, le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste dai Criteri Ambientali Minimi.

La norma precisa, inoltre, che tali criteri devono essere presi in considerazione anche nella definizione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5, del Codice.

Ne consegue che, nella documentazione tecnica posta a base della gara, è indispensabile indicare, in modo preciso, le suddette specifiche e clausole contrattuali riconducibili ai CAM applicabili al servizio o alla fornitura oggetto della procedura di affidamento.

A tale riguardo, la Relazione illustrativa relativa al Bando tipo n. 1 dell'ANAC richiama l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la mancata previsione dei CAM nella *lex specialis* costituisce un vizio non sanabile della procedura di gara, che può essere contestato anche nella fase di aggiudicazione (si veda tra le tante sentenze: Consiglio di Stato, Sezione V, 8 ottobre 2025, n. 7898).

Nelle righe a seguire, verranno analizzate le principali pronunce emanate sull'argomento, purtroppo non sempre uniformi.

1. È immediatamente lesiva (e quindi va impugnata entro 30 gg) la *lex specialis* priva dei CAM

Secondo quanto stabilito dal TAR Lazio, Roma, sez. V, con la sentenza del 29 aprile 2025 n. 8354, l'assenza di un'esplicita indicazione dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) all'interno del bando di gara costituisce una clausola immediatamente lesiva.

Tale circostanza comporta per gli operatori interessati l'obbligo di proporre impugnazione entro il termine decadenziale di 30 giorni dalla pubblicazione del bando.

Qualora l'impugnazione non venga presentata entro tale termine, l'eventuale ricorso proposto successivamente deve essere dichiarato inammissibile.

La medesima pronuncia giurisprudenziale precisa inoltre che, sotto il profilo sostanziale, la mancata previsione dei CAM nel bando non comporta l'invalidità della procedura di gara.

Ciò avviene in virtù del principio di eterointegrazione, secondo il quale le norme imperative – tra cui quelle che disciplinano i CAM – si inseriscono automaticamente nel contenuto della *lex specialis* e del contratto. Di conseguenza, la loro eventuale mancata indicazione espressa nel bando non assume rilevanza.

Nel caso trattato, un operatore economico chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto di lavori.

Tra le molteplici censure, il ricorrente contestava alla stazione appaltante la violazione dell'obbligo di prevedere nella documentazione di gara, tra i requisiti necessari dell'offerta, le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM rifiuti di cui al d.m. del Ministero Transizione ecologica 23 giugno 2022 e dei Criteri Ambientali Minimi di cui al d.m. 11 ottobre 2017.

Sul punto i giudici hanno osservato che, a partire dalla recente sentenza del Consiglio di Stato,

resa nell'adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4, la giurisprudenza amministrativa ha statuito che *"In riferimento alla clausola immediatamente escludente che si assuma consistere nella difficoltà/impossibilità di formulare un'offerta, la casistica giurisprudenziale vi include anche le clausole che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati"*; tra questi casi possono essere annoverati anche le prescrizioni *"impongano obblighi contra ius, ovvero presentino gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta"* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 maggio 2023, n.2729). *"Del resto, quando la violazione dei principi che informano le procedure di evidenza pubblica risulta già immediatamente evidente e percepibile al momento dell'indizione della gara ... posporre l'impugnazione della lex specialis fino al momento dell'aggiudicazione non solo non risulta coerente, ma si pone anche in contrasto con il dovere di leale collaborazione e con i principi di economicità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento, immanenti anche nel procedimento amministrativo che governa le procedure evidenziali"* (T.A.R. Lazio, sez. III, 3 gennaio 2023, n. 62).

Secondo il Collegio, ne derivava che il motivo proposto risultasse irricevibile per mancata impugnazione tempestiva della legge di gara entro trenta giorni dalla pubblicazione, essendo i suddetti principi applicabili *a fortiori* nel caso in cui, come nella presente vicenda oggetto di esame, il ricorrente, non solo attende di verificare di non essersi collocato in posizione utile all'aggiudicazione, per decidere se impugnare la *lex specialis* o meno, ma addirittura nulla eccepisce circa la violazione delle invocate prescrizioni ministeriali da parte dei controinteressati, limitandosi a stigmatizzare in generale l'illegittimità della legge di gara per la violazione asserita di questi ultimi (TAR Lazio, sede di Roma, Sez. II ter, 6 marzo 2024 nn. 4493, 4494 e 4495).

A parere dei giudici, la censura si palesava, poi, anche infondata.

In primis perché trova applicazione il principio dell'eterointegrazione dei CAM nella

documentazione di gara, in virtù del quale laddove i CAM non fossero esplicitamente menzionati nei bandi, dovrebbero essere automaticamente integrati nella legge di gara stessa, senza che questa possa essere oggetto di un provvedimento demolitorio.

In secondo luogo, la Stazione appaltante aveva chiarito che nei documenti progettuali allegati agli atti di gara veniva espressamente sancito il rispetto di quanto statuito dall'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, con l'ovvia conseguenza che la prospettazione operata da parte ricorrente non poteva trovare accoglimento anche per tale ragione.

2. No all'esclusione dei concorrenti se l'allegazione della certificazione sui CAM non è esplicitamente richiesta nei documenti di gara

Secondo il TAR Toscana, sentenza 23 dicembre 2025 n. 2115, la mancata presentazione della certificazione ambientale non determina automaticamente l'esclusione dalla procedura di gara quando tale documentazione non sia stata esplicitamente richiesta dalla *lex specialis*. Quanto evidenziato vale soprattutto nei casi in cui le stesse informazioni possano essere comunque reperite attraverso banche dati ufficiali.

Nel caso specifico analizzato, due società, appartenenti a un costituendo RTI, avevano presentato ricorso contro il provvedimento di aggiudicazione relativo a una procedura aperta avente ad oggetto la fornitura di cartucce toner e inkjet, comprensiva del servizio di ritiro dei materiali di stampa esausti.

Le società ricorrenti avevano formulato diversi motivi di contestazione, tra cui la presunta mancanza, nei prodotti offerti dall'RTI aggiudicatario, delle necessarie certificazioni ambientali.

Secondo il Collegio, con riferimento alla presunta assenza di etichettatura ambientale sui prodotti offerti, risultava determinante rilevare che l'Amministrazione aveva verificato

che tali prodotti erano dotati della certificazione Nordic Swan Ecolabel.

In particolare, la *lex specialis* non prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo di allegare i file PDF delle certificazioni ambientali, richiedendo unicamente l'indicazione delle cartucce munite di etichetta ambientale conforme alla norma UNI EN ISO 14024.

In mancanza degli allegati, la Commissione aveva provveduto autonomamente a verificare l'effettiva esistenza delle certificazioni consultando il database ufficiale.

Sotto questo profilo, i giudici hanno ricordato che una simile verifica d'ufficio, basata su fonti pubblicamente accessibili, risulta pienamente conforme all'orientamento giurisprudenziale (TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 ottobre 2018, n. 9785).

Per le ragioni illustrate, il ricorso è stato respinto. La decisione rappresenta un esempio concreto di applicazione del principio di risultato, che consente di superare formalismi inutili quando questi rischiano di ostacolare la Stazione appaltante nel conseguire la migliore prestazione disponibile sul mercato.

3. Non si produce la nullità della gara in caso di mancata specificazione dei CAM nella legge di gara

La sentenza del Consiglio di Stato n. 1403/2026 chiarisce che l'assenza di un esplicito riferimento ai Criteri Ambientali Minimi (CAM) nella legge di gara non determina automaticamente l'invalidità della procedura, purché l'insieme della documentazione di gara consenta comunque di garantire il rispetto dei principi di sostenibilità ambientale.

Il caso è nato da un ricorso presentato al Tribunale Amministrativo Regionale da un operatore economico contro l'aggiudicazione di un appalto relativo alla manutenzione degli impianti termoidraulici e di climatizzazione.

L'impresa sosteneva che la gara violasse la

normativa ambientale perché non richiama adeguatamente i CAM.

Il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso, ritenendo che la documentazione di gara, attraverso il richiamo alla disciplina Consip e ai decreti ministeriali pertinenti, integrasse automaticamente tali prescrizioni tramite il meccanismo dell'eterointegrazione.

In questo modo, anche senza una menzione dettagliata, le regole ambientali risultavano comunque parte integrante della disciplina di gara.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che, secondo l'art. 57 del d.lgs. 36/2023, le stazioni appaltanti devono inserire nelle gare le specifiche tecniche e le clausole previste dai decreti ministeriali relativi ai CAM.

Tuttavia, la loro eventuale omissione non può essere sanata dal semplice fatto che le offerte presentate siano conformi ai CAM, né da richiami generici alla sostenibilità o dai principi del risultato e della fiducia.

Nonostante ciò, la giurisprudenza ha chiarito che la mancanza di un riferimento esplicito ai CAM nella *lex specialis* non rende automaticamente illegittima la gara, a meno che non vi sia una reale violazione degli obiettivi di tutela ambientale previsti dalla normativa.

Nel caso concreto, l'analisi complessiva della documentazione di gara dimostrava che l'appalto era stato impostato in modo tale da garantire comunque il rispetto dei criteri ambientali.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha confermato che il rispetto dei CAM deve essere valutato soprattutto sotto il profilo sostanziale e non meramente formale: ciò che conta è che la procedura assicuri concretamente la sostenibilità ambientale dell'affidamento.

4. Il possesso dei CAM deve essere comprovato con diligenza dalle imprese concorrenti

Il Consiglio di Stato sentenza n. 1170/2026 ha chiarito che, nelle gare d'appalto, l'operatore economico deve dimostrare il rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) attraverso adeguata documentazione tecnica.

Il caso riguardava una gara per il servizio di pulizia, nella quale un'impresa era stata esclusa perché aveva presentato soltanto una propria dichiarazione sulla conformità dei macchinari utilizzati per l'espletamento del servizio ai CAM, senza allegare le schede tecniche o la documentazione del produttore necessaria a dimostrarne il rispetto.

Il ricorso dell'azienda era stato respinto dal T.A.R., decisione poi confermata anche in appello.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che la verifica della conformità ai CAM può avvenire in due modi:

- durante la gara, tramite la valutazione della documentazione tecnica allegata all'offerta;
- in fase di esecuzione del contratto, come controllo successivo sull'effettivo rispetto degli obblighi.

Tuttavia, l'esclusione dalla gara è legittima quando il decreto ministeriale di settore o la *lex specialis* di gara prevedono espressamente, a pena di esclusione, la presentazione della documentazione tecnica già in sede di offerta.

Nel caso specifico, il D.M. 29 gennaio 2021 e il disciplinare di gara imponevano ai concorrenti di indicare i macchinari utilizzati e di allegare le relative schede tecniche per dimostrare la conformità ai CAM.

Poiché l'impresa non aveva fornito tale documentazione, l'esclusione è stata ritenuta corretta.

I giudici hanno inoltre precisato che:

- il controllo durante l'esecuzione del contratto non sostituisce quello effettuato nella fase di gara, ma lo integra;
- una semplice autodichiarazione dell'impresa non è sufficiente, poiché solo

il produttore dei macchinari può attestare tecnicamente la conformità ai CAM.

In sostanza, quando la normativa di settore o il bando lo richiedono espressamente, la mancata presentazione della documentazione tecnica che dimostri il rispetto dei CAM già in sede di offerta può legittimamente comportare l'esclusione dalla procedura di gara.

5. La stazione appaltante deve necessariamente inserire i CAM nella legge di gara

Secondo l'ANAC (deliberazione n. 438 del 11 novembre 2025) la stazione appaltante deve prestare la massima attenzione nel redigere la legge di gara, inserendovi, quando previsti, i necessari CAM che i concorrenti devono rispettare.

La questione analizzata riguardava la procedura di affidamento del servizio di trasporto scolastico destinato agli alunni delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie.

Un operatore economico aveva contestato gli atti di gara ritenendoli incompleti, in quanto non includevano le disposizioni relative ai criteri ambientali minimi (CAM) stabiliti con il D.M. 17 giugno 2021.

La Stazione appaltante aveva motivato la mancata applicazione dei CAM affermando di aver riscontrato alcune criticità nelle precedenti procedure di affidamento.

In particolare, nelle gare precedenti si era registrata una partecipazione molto limitata da parte degli operatori economici: alcuni lotti erano andati deserti e, in altri casi, si era presentato un unico concorrente.

L'operatore economico che aveva segnalato la situazione all'ANAC, già affidatario del servizio di trasporto scolastico, aveva partecipato alle due gare precedenti ottenendone l'aggiudicazione.

In occasione di tali procedure, l'impresa aveva effettuato investimenti rilevanti per adeguare la propria flotta di veicoli ai requisiti previsti

dal D.M. 17 giugno 2021, decreto che nelle precedenti gare era stato esplicitamente richiamato e applicato.

L'azienda aveva quindi sottoposto all'ANAC due quesiti con l'obiettivo di chiarire se l'obbligo di inserire i CAM nella documentazione di gara dovesse considerarsi inderogabile oppure se fosse possibile prevedere deroghe, attenuazioni o, come nel caso in esame, una completa disapplicazione per ragioni adeguatamente motivate.

Nel caso in cui una deroga fosse ritenuta ammissibile, l'istante chiedeva inoltre se la motivazione indicata dalla Stazione appaltante nella relazione illustrativa potesse essere considerata legittima.

A sostegno della propria richiesta evidenziava che almeno due imprese avevano già sostenuto ingenti investimenti per garantire un servizio conforme ai criteri ambientali minimi previsti dal decreto del giugno 2021 e che, nel frattempo, erano trascorsi oltre tre anni dalle precedenti procedure di gara.

Durante questo periodo, altri operatori economici avrebbero potuto programmare e realizzare investimenti idonei a partecipare alle nuove procedure.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'obbligatorietà dei CAM deriva dalla necessità di rendere concreta ed effettiva la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi.

L'obiettivo non consiste soltanto nella riduzione dell'impatto ambientale delle attività economiche, ma anche nella promozione di modelli di produzione e consumo sostenibili e circolari, nonché nello sviluppo dell'occupazione cosiddetta "verde".

In questa prospettiva, il contratto pubblico non rappresenta più esclusivamente uno strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione acquisisce beni e servizi, ma diventa anche uno strumento di politica economica.

In dottrina, infatti, i cosiddetti green public

procurements sono considerati parte integrante dell'economia circolare (Consiglio di Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701).

Da tale impostazione discende l'illegittimità della *lex specialis* che si limiti a un semplice rinvio ai decreti CAM di riferimento senza indicare in modo puntuale le caratteristiche tecniche e le clausole contrattuali applicabili alla prestazione oggetto dell'appalto.

In simili circostanze si determina l'annullamento dell'intera procedura di gara, compreso il provvedimento di aggiudicazione, poiché vengono violate norme poste a tutela di interessi di carattere superindividuale (Consiglio di Stato, sez. III, 11 novembre 2024, n. 8171).

Applicando tali principi al caso concreto, l'ANAC ha chiarito che, quando il servizio da affidare rientra nell'ambito di applicazione di un decreto CAM vigente, l'amministrazione non dispone di alcun margine di discrezionalità rispetto all'osservanza delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste dal decreto.

Tali elementi devono essere necessariamente inseriti nella documentazione di gara, senza possibilità di deroga o di adattamento.

Secondo l'ANAC, la decisione della Stazione appaltante di non applicare i CAM nel caso in esame risultava pertanto in contrasto con quanto previsto dall'art. 57, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

Le motivazioni poste a fondamento della deroga, illustrate nella relazione tecnico-illustrativa, presentavano inoltre un evidente difetto di istruttoria.

La situazione descritta, caratterizzata da una limitata presenza di operatori economici in grado di svolgere il servizio con mezzi conformi al decreto del 2021, faceva riferimento infatti agli anni 2022 e 2023 e non alla situazione attuale del mercato.

Non poteva quindi escludersi che, nel periodo trascorso dalle precedenti procedure di gara, altri operatori economici si fossero dotati di

mezzi conformi ai requisiti previsti dal decreto e che, di conseguenza, l'inserimento dei CAM nella documentazione di gara non avrebbe comportato alcuna restrizione della concorrenza.

In conclusione, l'ANAC ha ritenuto che la documentazione di gara predisposta dal Comune non fosse conforme all'art. 57, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, poiché non conteneva il richiamo alle specifiche tecniche e alle clausole contrattuali previste dal D.M. 17 giugno 2021 relativo ai criteri ambientali minimi per l'acquisto, il leasing, la locazione e il noleggio di veicoli destinati al trasporto su strada.

Di conseguenza, la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'annullamento in autotutela del bando di gara e, nella predisposizione della nuova documentazione per la ripetizione della procedura, inserire espressamente le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste dal decreto citato, riformulando inoltre i criteri di valutazione delle offerte in modo coerente con i requisiti tecnici minimi richiesti per i mezzi utilizzati nello svolgimento del servizio.

6. Annullabile la gara senza CAM

Altra pronuncia di rilievo, sull'obbligo di inserire i CAM negli atti di gara, è quella del TAR Campania, sentenza 28/11/2025, n. 7715.

Secondo i giudici, non costituisce mera irregolarità sanabile mediante eterointegrazione, la mancata previsione dei CAM nella legge di gara

In una procedura di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora essa rientri nei settori merceologici disciplinati dai decreti del Ministero dell'Ambiente e non siano stati inseriti criteri premiali relativi ai CAM, la procedura deve essere rinnovata.

La vicenda sottoposta all'esame dei giudici, trae origine da una gara bandita da un'Azienda Sanitaria avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli edifici. Una delle imprese partecipanti aveva impugnato

gli esiti della procedura contestando la violazione dell'art. 57, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023 e del D.M. 29 gennaio 2021, n. 51 (CAM Pulizie), a causa della mancata previsione dei criteri premianti obbligatori.

La società ricorrente aveva evidenziato che la documentazione di gara non aveva recepito alcuno dei criteri premianti obbligatori previsti dall'allegato II del suddetto decreto per gli appalti di servizi di pulizia in ambito sanitario.

Tali criteri, finalizzati a valorizzare gli aspetti qualitativi e ambientali delle offerte — come, ad esempio, l'utilizzo di prodotti con minore impatto ambientale, la formazione specifica del personale e l'adozione di misure dirette alla riduzione dei rifiuti — non risultavano inclusi tra i parametri di valutazione dell'offerta tecnica.

Secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, tale omissione avrebbe determinato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, poiché la *lex specialis* non sarebbe risultata conforme alle disposizioni imperative in materia di Criteri Ambientali Minimi (CAM), con conseguente alterazione della corretta competizione tra gli operatori economici.

In base alla prospettazione avanzata dalla ricorrente, l'art. 57, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici impone alle stazioni appaltanti di includere nella documentazione di gara almeno le "specifiche tecniche" e le "clausole contrattuali" previste nei CAM, stabilendo inoltre che tali criteri, e in particolare quelli premianti, devono essere presi in considerazione anche nella predisposizione dei documenti di gara quando si applica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente aveva inoltre evidenziato che il disciplinare di gara non attribuiva alcun punteggio specifico all'adozione di soluzioni tecniche e organizzative individuate come premianti dal decreto citato, quali, ad esempio, la presenza di sistemi di dosaggio dei detergenti installati sui macchinari, l'utilizzo di prodotti detergenti dotati di particolari certificazioni ambientali oppure l'adozione di programmi di formazione del personale orientati alla sostenibilità.

Secondo la tesi prospettata dalla ricorrente, tale omissione avrebbe determinato la violazione di una norma imperativa, compromettendo il corretto confronto concorrenziale e impedendo alla Stazione appaltante di individuare l'offerta realmente più vantaggiosa sotto il profilo complessivo.

I giudici hanno osservato che il pregiudizio alla posizione giuridica della ricorrente non derivava dall'impossibilità di partecipare alla gara, bensì dalla distorsione del confronto competitivo determinata da una *lex specialis* non conforme alle norme imperative, circostanza che aveva portato a un'aggiudicazione illegittima in favore di un altro operatore economico.

Nel motivare la decisione, i giudici hanno richiamato un recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale la non conformità della legge di gara all'art. 57, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023 "*non costituisce un vizio tale da richiedere un'immediata impugnazione del bando di gara. L'illegittimità relativa ai criteri ambientali minimi, infatti, non incide sulla formulazione dell'offerta, né determinando un'impossibilità assoluta né producendo un condizionamento, anche solo relativo*" (T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, sentenza 28 maggio 2025, n. 1013, richiamata anche nel Parere di precontenzioso ANAC n. 290 del 23 luglio 2025). I giudici hanno inoltre ricordato che i criteri premianti relativi ai CAM devono essere presi in considerazione anche nella redazione della documentazione di gara ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5.

La ragione dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi risiede nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi produca effetti concreti non solo nella riduzione degli impatti ambientali, ma anche nella promozione di modelli di produzione e consumo più sostenibili e nella diffusione di forme di occupazione cosiddetta "verde".

È stato inoltre evidenziato che il semplice ricorso al meccanismo dell'eterointegrazione della legge di gara mediante il rinvio ai decreti

che disciplinano gli specifici criteri ambientali non è sufficiente per ritenere rispettato quanto previsto dall'art. 57 del D.Lgs. n. 36/2023.

Di conseguenza, tali prescrizioni non possono considerarsi soddisfatte mediante un generico richiamo, nella legge di gara, alle disposizioni normative vigenti.

In conclusione, applicando i principi richiamati alla fattispecie concreta, i giudici hanno ritenuto fondate le censure sollevate dalla ricorrente, ritenendo quindi necessario procedere all'annullamento dell'intera procedura di gara, in ragione della radicale illegittimità della *lex specialis*.

7. Conclusioni

Dalla lettura delle pronunce esaminate, emergono, come già detto in premessa, indirizzi non univoci in materia di CAM;

Ciò che sembra evidente è comunque una certa apertura della giurisprudenza nell'assegnare rilevanza alla sostanza invece che alla forma, potendosi ritenere rispettato l'obbligo di inserimento dei CAM nella legge di gara anche nei casi in cui le specifiche tecniche riguardanti detti criteri non siano state espressamente dettagliate.

Si tratta dell'applicazione del super principio di cui all'art. 1 del codice dei contratti, il quale impone alle stazioni appaltanti il conseguimento del risultato.

In ogni caso, appare evidente che, nel momento attuale, la materia risulta ancora in evoluzione.

L'equivalenza dei contratti collettivi negli appalti pubblici: criteri di valutazione e limiti del sindacato giurisdizionale dopo il D.Lgs. 36/2023

di Ginevra Gambardella

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Originariamente le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici erano orientate prevalentemente alla realizzazione del mercato interno e all'apertura di quelli nazionali alla concorrenza.

Nel tempo, tuttavia, il legislatore europeo ha progressivamente modificato gli obiettivi della relativa disciplina, valorizzando la tutela di interessi pubblici, quali la protezione dei lavoratori, la tutela sociale, la sostenibilità ambientale e la promozione dell'innovazione.

In questo contesto il tema dell'equivalenza dei contratti collettivi negli appalti pubblici ha particolare rilevanza, quale strumento volto a garantire un equilibrio tra libertà di iniziativa economica e tutela sostanziale dei lavoratori.

La questione giuridica attiene, in particolare, ai criteri utilizzati per accertare tale equivalenza e ai limiti entro i quali la relativa valutazione può essere sindacata dal giudice amministrativo.

1. Il quadro normativo dell'equivalenza dei CCNL nel Codice dei contratti

L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono indicare, nei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all'art. 17, comma 2, il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'attività oggetto dell'appalto o della concessione.

Tuttavia, l'operatore economico può applicarne uno diverso, a condizione che assicuri ai dipendenti il medesimo livello di tutela. In tal caso, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, l'amministrazione acquisisce la relativa dichiarazione resa dall'operatore individuato.

A sua volta, la stazione appaltante è tenuta a verificare la dichiarazione di equivalenza resa dall'operatore economico con le modalità di cui al successivo art. 110, relativo alla verifica dell'anomalia dell'offerta. Il rinvio alle modalità di cui all'art. 110 riguarda esclusivamente il

metodo istruttorio della verifica, modellato su quello previsto per l'anomalia dell'offerta, ma non limita tale controllo ai soli casi di offerta anomala.

Diversamente, nel previgente d.lgs. n. 50/2016 non era prevista una disciplina espressa dell'equivalenza dei CCNL. Il controllo sul rispetto delle condizioni di lavoro avveniva in modo indiretto attraverso altre disposizioni: l'art. 30 comma 4 imponeva il rispetto dei contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati dalle organizzazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale pertinenti al settore e all'attività oggetto dell'appalto; mentre l'art. 95 comma 10, prevedeva l'obbligo di indicare i costi della manodopera nell'offerta e l'art. 97 comma 5 disponeva che nella verifica di anomalia, dovesse essere valutata la congruità del costo del lavoro rispetto ai minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali.

Quanto al soggetto competente a svolgere la verifica di equivalenza, questa rientra tra le competenze del Responsabile Unico del Progetto (RUP). Ciò si desume dal rinvio operato dall'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 alle modalità di cui all'art. 110, relativo alla verifica dell'anomalia dell'offerta, attività tradizionalmente ricondotta alla competenza del RUP. Inoltre, quest'ultimo si può avvalere del supporto delle strutture organizzative della stazione appaltante, quali uffici contratti, uffici legali o del personale, circostanza particolarmente frequente nelle centrali di committenza e nelle stazioni appaltanti qualificate.

“ L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 consente all'operatore economico di applicare CCNL diverso da quello indicato dalla stazione appaltante purché garantisca tutele equivalenti; in tal caso la verifica di equivalenza costituisce un passaggio obbligatorio del procedimento ed è effettuata con le modalità previste dall'art. 110 del Codice. ”

2. I criteri di valutazione dell'equivalenza dei CCNL

L'equivalenza può presumersi quando il contratto collettivo sia sottoscritto dalle medesime organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ancorché con organizzazioni datoriali diverse da quelle firmatarie del contratto indicato dalla stazione appaltante, sia riferibile al medesimo sottosettore e sia applicato ai lavoratori dell'operatore economico in modo coerente con la dimensione o la natura giuridica dell'impresa (art. 3, Allegato I.01 al d.lgs. 36/2023).

Negli altri casi, la verifica di equivalenza deve essere effettuata tenendo conto di due profili principali: le tutele economiche e le tutele normative. Con riferimento alle prime, è richiesto che vi sia corrispondenza tra le componenti fisse della retribuzione globale annua, nel senso che il valore economico complessivo previsto dal contratto collettivo applicato non deve risultare inferiore rispetto a quello stabilito dal contratto indicato nel bando di gara.

Quanto alle tutele normative, invece, è necessario procedere al confronto tra i principali istituti contrattuali, quali ferie, malattia, maternità, orario di lavoro e sicurezza sul lavoro, verificando che eventuali scostamenti siano soltanto marginali (art. 4, Allegato I.01 al d.lgs. 36/2023).

Inoltre, il d.lgs. 36/2023, come modificato con il d.lgs. n. 209/2024 (c.d. decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici) ha previsto, con riferimento alla disciplina contenuta nell'Allegato I.01, l'adozione di apposite linee guida ministeriali da emanarsi con decreto del Ministero del Lavoro di concerto con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Il termine indicato per l'adozione di tali linee guida era fissato al 31 marzo 2025; tuttavia, il relativo decreto non risulta ancora emanato.

In assenza delle linee guida previste, la prassi applicativa ha dato rilievo alle indicazioni fornite dall'ANAC nella relazione illustrativa al Bando-tipo n. 1/2023, che rinvia, a sua volta, alla circolare n. 2/2020 dell'Ispettorato Nazionale

del Lavoro. Ne consegue, che, fino all'adozione del decreto ministeriale, i criteri interpretativi elaborati dalle autorità in parola continuano a costituire il principale parametro di riferimento operativo.

Tali criteri interpretativi valorizzano un approccio maggiormente analitico alla verifica di equivalenza fondato sul confronto tra i parametri individuati nell'Allegato I.01. Secondo detta impostazione, l'equivalenza dovrebbe essere accertata attraverso un raffronto puntuale tra i singoli istituti contrattuali, verificando il numero degli scostamenti rispetto alle normative previste dal contratto indicato nel bando, in linea con le indicazioni fornite dall'ANAC e dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro. In particolare, si prevede che si possa ritenere ammissibile uno scostamento limitato a soli due parametri delle tutele.

“ **In assenza delle Linee Guida appositamente previste dal Codice, tuttora da adottare, l'approccio da seguire per la verifica di equivalenza tra CCNL applicato dall'operatore economico e quello indicato dalla stazione appaltante è, secondo quanto delineato da ANAC e INL, quello analitico.** ”

3. Le principali questioni interpretative

L'applicazione concreta della disciplina in materia di equivalenza dei contratti collettivi ha dato luogo a diverse questioni interpretative, progressivamente affrontate dalla giurisprudenza amministrativa.

Una recente pronuncia particolarmente significativa in tal senso è rappresentata dal TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 25 marzo 2026, n. 5507, relativa a una procedura di gara indetta da Autostrade per l'Italia s.p.a. per lavori di manutenzione e riqualificazione di barriere autostradali, nella quale la stazione appaltante aveva individuato, quale contratto collettivo

di riferimento, il CCNL Edilizia, mentre una delle imprese componenti il raggruppamento, risultato primo classificato, aveva dichiarato l'applicazione del diverso CCNL Laterizi – Aziende Industriali in ragione della specifica attività svolta.

Una prima questione concerne l'individuazione del contratto collettivo applicabile. In particolare, la ricorrente sosteneva che il contratto dovesse essere individuato con riferimento all'attività concretamente svolta dalla singola impresa esecutrice e non sulla base dell'oggetto complessivo dell'appalto.

Secondo tale tesi, non sarebbe possibile obbligare un'impresa manifatturiera, il cui core business consiste nella produzione industriale, ad applicare il CCNL Edilizia per il solo fatto di partecipare a un appalto edile, poiché ciò significherebbe snaturare la funzione stessa della contrattazione collettiva, trasformandola da strumento di tutela coerente con la concreta realtà produttiva in un mero vincolo burocratico sganciato da essa.

Il TAR ha chiarito che, alla luce della *ratio* dell'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023, il baricentro della valutazione non è più rappresentato dall'attività prevalente dell'impresa ai sensi dell'art. 2070 c.c., bensì dalle prestazioni oggetto dell'appalto. Ne consegue che la stazione appaltante può legittimamente individuare un unico contratto collettivo purché coerente con la natura prevalente o assorbente delle lavorazioni da eseguire.

Infatti, appare difficilmente configurabile un sistema fondato sulla frammentazione dei regimi contrattuali applicabili all'interno del medesimo appalto in ragione della diversa natura delle singole attività eseguite. Una simile impostazione, oltre a presentare criticità di ordine pratico e gestionale, rischierebbe di favorire fenomeni elusivi, rendendo più incerta la verifica dell'effettiva osservanza della normativa giuslavoristica e alterando il confronto competitivo tra operatori economici.

Una seconda tematica riguarda il carattere obbligatorio della verifica di equivalenza. Sul

punto, la pronuncia conferma che l'operatore economico non può unilateralmente sottrarsi al controllo della stazione appaltante invocando la maggiore pertinenza del contratto collettivo autonomamente applicato rispetto alle prestazioni concretamente eseguite.

La verifica di equivalenza costituisce, infatti, un passaggio necessario del procedimento, rimesso al RUP, il quale può avvalersi del supporto di competenze tecniche specialistiche. Nel caso di specie, il giudizio di non equivalenza è stato formulato anche sulla base di un parere tecnico giuslavoristico, che ha evidenziato l'inferiorità delle tutele garantite dal CCNL Laterizi rispetto al CCNL Edilizia, sia sotto il profilo economico sia sotto quello normativo; relativamente a quest'ultimo aspetto, in linea con le indicazioni richiamate dalla Relazione illustrativa ANAC al Bando-tipo n. 1/2023, secondo cui l'equivalenza delle tutele normative può ritenersi sussistente solo in presenza di scostamenti marginali, limitati a due parametri.

Nel caso concreto sono stati riscontrati ben sei profili di differenziazione, quali lavoro straordinario, assistenza integrativa, welfare, termini di preavviso, lavoro supplementare, disciplina del part-time e contribuzione alla Cassa Edile. Analogamente, anche sul piano economico, l'equivalenza è stata esclusa in ragione della inferiorità delle componenti fisse della retribuzione globale annua rispetto a quelle previste dal contratto collettivo indicato dalla *lex specialis*.

Altro aspetto esaminato dalla pronuncia concerne l'operatività della presunzione di equivalenza prevista dall'art. 3 dell'Allegato I.01 al d.lgs. n. 36/2023. La ricorrente aveva infatti sostenuto che il CCNL Laterizi dovesse ritenersi automaticamente equivalente al CCNL Edilizia, in quanto sottoscritto dalle medesime organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Il TAR ha tuttavia escluso tale ricostruzione. In primo luogo, ha osservato che la disciplina in questione, introdotta dal d.lgs. n. 209/2024, non risultava direttamente applicabile *ratione temporis* alla procedura oggetto di

giudizio, essendo quest'ultima stata avviata anteriormente alla sua entrata in vigore. In ogni caso, il Collegio ha chiarito che, anche a voler attribuire alla disposizione una funzione meramente interpretativa del sistema, la presunzione automatica di equivalenza non avrebbe comunque potuto operare nel caso concreto.

L'art. 3, comma 2, dell'Allegato I.01 prevede, infatti, con specifico riferimento agli appalti del settore edilizio, una delimitazione puntuale dei contratti collettivi considerati automaticamente equivalenti, circoscrivendoli a quelli identificati mediante i codici unici alfanumerici CNEL/INPS F012, F015 e F018. Poiché il CCNL Laterizi non rientra tra tali contratti, il TAR ha escluso la possibilità di riconoscere in via automatica la presunzione di equivalenza, confermando la necessità di una verifica concreta delle tutele economiche e normative effettivamente garantite.

Un ulteriore profilo problematico riguarda l'applicazione dell'art. 11, comma 2-bis, che impone alla stazione appaltante di individuare separatamente un contratto collettivo per prestazioni scorporabili, secondarie, accessorie o sussidiarie soltanto quando tali attività, differenti da quelle prevalenti, raggiungano almeno il 30% dell'importo complessivo dell'appalto.

Al di sotto di tale soglia, l'individuazione del CCNL rientra nella discrezionalità dell'amministrazione, la quale può legittimamente optare per i contratti più pertinenti al nucleo essenziale dell'appalto.

A sostegno di tale conclusione, il TAR richiama anche il contributo CNEL n. 21/2024, secondo cui, in presenza di attività plurime tra loro autonome, la pubblica amministrazione può vincolare l'operatore economico ad applicare tanti contratti collettivi quante sono le attività oggetto dell'appalto. Tuttavia, viene altresì chiarito che, se le prestazioni risultano strumentalmente connesse perché dirette al conseguimento della medesima finalità produttiva oppure abbiano carattere complementare, il contratto collettivo applicabile resta quello riferibile all'attività prevalente.

Nel caso esaminato, il TAR ha rilevato che l'attività riferibile alla mandante che applicava il CCNL Laterizi rappresentava una quota pari al 4,61% dell'appalto, ritenendo pertanto legittima la mancata individuazione di un autonomo contratto collettivo.

Tale impostazione, rilevano i giudici amministrativi romani, può determinare criticità sia sul piano della tutela sostanziale del lavoro sia sotto il profilo concorrenziale. In particolare, a parità di prestazioni, un operatore economico potrebbe applicare un contratto collettivo economicamente più oneroso e strettamente coerente con la specifica attività svolta, mentre un altro potrebbe beneficiare di un regime meno gravoso, purché formalmente ritenuto equivalente. In assenza di un controllo rigoroso sull'effettiva equivalenza delle tutele, tale meccanismo rischia di tradursi in un indebito vantaggio competitivo fondato sul minor costo del lavoro con possibili fenomeni di dumping contrattuale.

La pronuncia affronta un'ulteriore questione di rilievo, escludendo la possibilità di sostituzione della mandante del raggruppamento a seguito dell'esito negativo della verifica di equivalenza del contratto collettivo applicato.

Sul punto, il TAR osserva che l'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023 consente la sostituzione o l'estromissione di un componente del RTI soltanto in ipotesi tassative, quali la sopravvenienza di cause di esclusione soggettive ai sensi degli artt. 94 e 95 ovvero la carenza dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'art. 100. Nel caso di specie, tuttavia, non ricorreva alcuna di tali situazioni, poiché la mandante non risultava priva dei requisiti di partecipazione, ma aveva semplicemente indicato un contratto collettivo ritenuto non equivalente rispetto a quello previsto dalla *lex specialis*.

Secondo il Collegio, tale circostanza non attiene a un profilo meramente soggettivo del concorrente, bensì incide direttamente sulla struttura dell'offerta economica, in quanto la scelta del contratto collettivo determina il costo della manodopera e, conseguentemente, la competitività del ribasso formulato. Pertanto,

ammettere l'estromissione della mandante in una fase successiva avrebbe comportato una modifica sostanziale dell'offerta già presentata in contrasto con il principio di immutabilità dell'offerta e con la *par condicio* tra concorrenti.

La ricorrente prospettava, infine, un possibile contrasto tra gli artt. 11 e 97 del Codice e i principi euro-unitari di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, proporzionalità e non discriminazione, sostenendo che l'imposizione del contratto collettivo individuato dalla stazione appaltante e il divieto di sostituzione della mandante costituissero restrizioni eccessive alla libertà concorrenziale, oltretutto di quelli costituzionali di libertà di organizzazione sindacale e di iniziativa economica.

Tuttavia, il TAR ha escluso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ritenendo che tali limitazioni risultino giustificate dalla tutela dei lavoratori e dalla necessità di garantire la parità di trattamento tra concorrenti, non configurandosi quindi un contrasto con i principi del diritto dell'Unione europea.

Analogamente, il TAR ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla ricorrente.

In particolare, con riferimento agli artt. 39 e 41 Cost., il Collegio richiama l'orientamento secondo cui l'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 non impone *ex lege* ed *erga omnes* l'applicazione di un determinato contratto collettivo, ma si limita a individuare le condizioni contrattuali richieste per l'esecuzione di uno specifico appalto pubblico, ferma restando la facoltà dell'operatore economico di indicare un diverso contratto collettivo purché idoneo a garantire tutele equivalenti.

Per le medesime ragioni, è stata esclusa anche la dedotta violazione dell'art. 3 Cost., non ravvisandosi alcuna disparità di trattamento tra operatori economici.

Parimenti infondata appare la cesura relativa all'art. 76 Cost., poiché l'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 si pone in linea con i criteri fissati dalla l. n. 78/2022, la quale già prevedeva l'obbligo

di garantire l'applicazione dei contratti collettivi di settore in relazione all'oggetto dell'appalto, ferma restando la possibilità di applicare contratti equivalenti.

“ Per evitare la frammentazione contrattuale ed i possibili conseguenti fenomeni di dumping, secondo il TAR Lazio (Roma) in caso di RTI l'obbligo di applicare il CCNL relativo alle prestazioni prevalenti si estende a tutti i suoi componenti, indipendentemente dall'attività svolta da ciascuno, con una lettura destinata a vedere anche dopo che il correttivo ha introdotto la soglia minima del 30% per la previsione di un CCNL aggiuntivo. ”

4. Ancora sul tema del giudizio di equivalenza e sui limiti del sindacato giurisdizionale

Al di là del caso esaminato dal TAR Lazio che peraltro conferma il carattere obbligatorio della verifica di equivalenza anche laddove i contratti collettivi applicati, seppur per ambiti operativi diversi, risultano firmati dalle medesime organizzazioni sindacali, ed al netto delle riferite equiparazioni *ex lege*, il tema del relativo giudizio e dei limiti entro i quali il relativo esito possa essere sottoposto a sindacato giurisdizionale resta un tema rilevante.

La più recente giurisprudenza amministrativa ha superato l'approccio analitico fondato sul mero confronto numerico tra i singoli istituti contrattuali che la stessa sentenza su richiamata in qualche modo menziona, affermando che l'equivalenza deve essere valutata in termini complessivi, tenendo conto dell'assetto generale delle tutele garantite ai lavoratori.

In particolare, la V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 9484 del 2 dicembre 2025, ha introdotto un approccio di carattere sostanziale alla valutazione dell'equivalenza.

La verifica non deve essere condotta in modo meramente atomistico limitandosi al mero conteggio degli scostamenti tra i singoli istituti contrattuali.

Diversamente, essa deve fondarsi su una valutazione complessiva delle tutele garantite ai lavoratori. Infatti, l'obiettivo della verifica consiste nell'accertare se l'offerta, considerata nel suo complesso, risulti adeguata e affidabile ai fini della esecuzione dell'appalto. Così facendo, si amplia il margine valutativo delle stazioni appaltanti e si consente agli operatori economici di valorizzare contratti collettivi differenti purché garantiscano adeguata tutela. In tale prospettiva occorre verificare, da un lato, che il trattamento economico e normativo dei lavoratori non risulti significativamente inferiore rispetto a quello previsto dal contratto indicato nel bando, e dall'altro, che vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni previste dal contratto collettivo applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto.

Tale orientamento è stato successivamente confermato anche dal TAR Piemonte, Torino (Sez. I, n. 170/2026), secondo cui la verifica di equivalenza deve fondarsi su una valutazione complessiva delle tutele garantite ai lavoratori. Non è quindi sufficiente individuare le singole differenze tra i contratti collettivi, ma occorre dimostrare che tali scostamenti determinino un livello complessivo di tutela inferiore. L'approccio sostanziale appare preferibile in quanto i contratti collettivi costituiscono sistemi complessi di regolazione del rapporto di lavoro, all'interno dei quali i diversi istituti contrattuali possono compensarsi reciprocamente.

Un criterio puramente numerico, fondato sul mero conteggio degli scostamenti tra singole clausole, rischierebbe di trascurare la valutazione complessiva del livello di tutela garantito ai lavoratori e di attribuire lo stesso peso a istituti contrattuali di diversa rilevanza. La valutazione complessiva consente invece di verificare se, nel loro insieme, le condizioni economiche e normative offerte dal contratto applicato assicurino un livello di tutela sostanzialmente equivalente a quello previsto dal contratto indicato nel bando. Tale impostazione,

pur comportando un maggiore margine di discrezionalità valutativa per la stazione appaltante, consente una verifica più aderente alla struttura complessiva della contrattazione collettiva, restando comunque soggetta ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e al sindacato del giudice amministrativo.

In particolare, la verifica di equivalenza rientra nell'ambito della discrezionalità tecnico-valutativa della stazione appaltante. Ne consegue che il giudice amministrativo non può sostituire la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione, potendo intervenire soltanto nei casi di manifesta illogicità, irragionevolezza ed inadeguatezza dell'istruttoria. Il sindacato giurisdizionale, pertanto, resta confinato nell'ambito del controllo di legittimità, senza estendersi al merito della valutazione tecnico-discrezionale compiuta dall'amministrazione.

“ **Secondo la più recente giurisprudenza amministrativa, la verifica di equivalenza deve fondarsi su una valutazione complessiva e non analitica delle tutele garantite ai lavoratori.** ”

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, la disciplina dell'equivalenza dei contratti collettivi negli appalti pubblici rappresenta uno degli snodi più delicati del nuovo Codice dei contratti pubblici, in quanto collocata al punto di equilibrio tra tutela dei lavoratori, libertà di iniziativa economica e salvaguardia della concorrenza.

L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 ha il merito di aver introdotto, per la prima volta in modo espresso, una disciplina positiva dell'equivalenza dei contratti collettivi, superando le incertezze interpretative emerse nel vigore del previgente Codice.

Tuttavia, l'applicazione concreta della disciplina evidenzia ancora significativi profili problematici.

In primo luogo, permane una tensione tra l'approccio analitico, valorizzato nella prassi applicativa e nelle indicazioni ANAC, e l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa, che privilegia invece una valutazione sostanziale e complessiva delle tutele garantite ai lavoratori.

Se il primo modello presenta il vantaggio di offrire criteri maggiormente predeterminati e uniformi, il secondo appare più coerente con la natura sistemica della contrattazione collettiva, evitando che la verifica di equivalenza si riduca a un mero esercizio comparativo di carattere numerico.

Ulteriori criticità emergono con riferimento all'art. 11, comma 2-bis, del Codice. La soglia del 30%, infatti, pur assolvendo alla funzione di delimitare l'obbligo di separata individuazione del contratto collettivo per attività secondarie o accessorie, non costituisce una soglia di tutela sostanziale del lavoro.

Ciò comporta che, per le prestazioni inferiori a tale limite, possano determinarsi spazi di incertezza, con il rischio che differenze nel costo del lavoro derivanti dall'applicazione di contratti collettivi differenti si traducano in indebiti vantaggi competitivi, laddove il controllo sull'effettiva equivalenza non venga esercitato in modo rigoroso. In tale contesto, assume rilievo centrale il ruolo della stazione appaltante e, in particolare, del RUP, cui è affidata una valutazione tecnico-discrezionale complessa destinata a incidere tanto sulla tutela dei lavoratori quanto sulla regolarità del confronto concorrenziale. Proprio per tale ragione, appare auspicabile l'adozione delle linee guida ministeriali previste dal legislatore, tuttora mancanti, al fine di garantire maggiore certezza applicativa, uniformità interpretativa e riduzione del contenzioso.

In definitiva, il principio di equivalenza non può essere interpretato come uno strumento di flessibilizzazione del costo del lavoro, ma deve operare quale meccanismo volto a consentire l'applicazione di contratti collettivi diversi solo se sia effettivamente assicurato un livello di tutela sostanzialmente equivalente; in questo senso i

contenuti dell'articolo 7 del recente decreto legge 30 aprile 2026, n. 62 secondo i quali l'accesso ai benefici previsti dal decreto è consentito in caso di trattamento economico individuale corrisposto non inferiore al trattamento economico complessivo determinato ai sensi del presente articolo appare destinato ad introdurre nuovi elementi di dibattito, specie con riferimento ai presupposti da porre a base dei giudizi di equivalenza e di congruità dell'intera offerta sottoposta scrutinio.

La tenuta del sistema dipenderà, dunque, dalla capacità dell'interprete e della giurisprudenza di preservare il corretto bilanciamento tra apertura concorrenziale del mercato e tutela effettiva del lavoro.

“ **La disciplina dell'equivalenza dei CCNL richiede un costante bilanciamento tra tutela del lavoro e concorrenza negli appalti pubblici. In tale prospettiva, anche il riferimento al trattamento economico complessivo contenuto nell'art. 7 del d.l. n. 62/2026 ed ai CCNL sottoscritti dalle Organizzazioni datoriali e dei lavoratori più rappresentativi sul piano nazionale si pone a tutela di tali interessi, pur nella successiva fase di verifica di congruità dell'offerta.** ”

Calendario formativo dei prossimi mesi

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

I nostri corsi sono accreditati dalla SNA per la formazione delle Stazioni Appaltanti. A seconda delle tue esigenze, scegli tra: **SPECIALISTICA** | **BASE** | **AGGIORNAMENTO** | **ESECUZIONE**

Percorsi per esperti

Percorso di Alta Formazione in Appalti e Concessioni
- XXI EDIZIONE

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

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

SNA SPECIALISTICA (64 ore - 16 incontri)

 Bandiera, Cacciari, Coletta, Croce, Faviere, Fidanza, Fidanza, Miniero, Taormina, Toschei

[🔗 Webinar](#) dal 16/10

Vuoi saperne di più su questo corso?

Partecipa all'incontro di presentazione gratuito

 Di Leo, Faviere [🔗 Webinar](#) 29/07

I Contratti Pubblici: casi concreti, soluzioni operative e giurisprudenza rilevante

SNA AGGIORNAMENTO (30 ore - 6 incontri)

 Faviere, Miniero, Toschei [🔗 Webinar](#) dal 30/10

Percorsi per riordinare le idee

ABC degli appalti pubblici

 Morolla [🔗 Webinar](#) dal 15/10 (3 incontri)

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

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Morolla, Rizzi

[🔗 Webinar](#) dal 15/10 [🔗 Webinar](#) dal 24/11

La progettazione e gestione di una procedura di gara per l'acquisto di beni e servizi: dalla programmazione all'esecuzione con esame di atti necessari per le varie fasi

SNA BASE (20 ore - 4 incontri)

 Ponti [🔗 Webinar](#) dal 18/09

WEBINAR GRATUITO

La formazione valida ai fini della qualificazione delle S.A. per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione. Il Regolamento SNA 156/2025.

 Di Leo, Lacerenza [🔗 Webinar](#) 30/07

Redazione atti e Intelligenza artificiale

Gli appalti sotto soglia e il contributo dell'intelligenza artificiale

 F. Fidanza, P. Fidanza

[🔗 Firenze](#) 30/10

I contratti pubblici nell'era dell'intelligenza artificiale. Simulazione di redazione atti.

SNA BASE (20 ore - 5 incontri) in fase di accreditamento

 Coletta, Croce, Mariani, Taormina

[🔗 Webinar](#) dal 6/11

Il RUP e le procedure di gara

Focus e laboratori sugli appalti pubblici. Metodi, soluzioni operative e strumenti decisionali per la PA.

SNA BASE (20 ore - 3 incontri)

 Faviere, Ponti [🔗 Cagliari](#) dal 1/10

 Faviere, Toschei [🔗 Roma](#) dal 8/10

 Faviere, Toschei [🔗 Trieste](#) dal 8/10

 Caruocciolo, Faviere, Ponti [🔗 Bolzano](#) dal 5/11

Trasparenza e Privacy

Accesso trasparenza e privacy nei contratti pubblici

 Toschei [🔗 Webinar](#) 14/07

PROGRAMMAZIONE 2026 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato

Sottosoglia e MePA

I sottosoglia: una guida sicura alla gestione della procedura, alla redazione degli atti e simulazioni sul MePA

SNA BASE (20 ore - 4 incontri)

 Miniero, Porzio

 Webinar dal 25/09

 Webinar dal 18/11

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

 Miniero

 Webinar 25/09 e 30/09

 Webinar 18/11 e 20/11

Simulazioni sul Mepa CONSIP: affidamenti diretti e procedure negoziate

 Porzio

 Webinar 12/10 e 20/10

 Webinar 9/12 e 11/12

Adempimenti e verifiche su operatori economici

Gli adempimenti della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

 Rizzi

 Webinar 4/11 e 6/11

 Webinar 16/12 e 18/12

Settori Speciali

La disciplina in tema di settori speciali alla luce della giurisprudenza

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Galli

 Webinar dal 26/10

Appalti nel Trentino Alto Adige

La disciplina dei contratti pubblici: i profili di maggiore impatto critico per gli enti del Trentino e dell'Alto Adige

SNA BASE (20 ore - 5 incontri)

 Caruocciolo, Toschei

 Webinar dal 2/10

Project Management

CORSO SPECIALISTICO IN MATERIA DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base® e AV®

SNA SPECIALISTICA (64 ore - 15 incontri)

 Legisa, Santoro, Tramontana

 Webinar dal 06/10

CORSO BASE DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Base®

SNA BASE (30 ore - 7 incontri)

 Legisa, Santoro, Tramontana

 Webinar dal 06/10

 Webinar dal 17/11

CORSO DI PROJECT MANAGEMENT

propedeutico alla certificazione ISIPM Av®

SNA BASE (34 ore - 8 incontri)

 Tramontana

 Webinar dal 25/11

 Webinar dal 24/03

BIM

L'implementazione del BIM nella PA.

Organizzazione, best practices e casi pratici

 Accettulli, Barutta, Mottola, Versolato, Vigliarolo

SNA BASE (20 ore - 5 incontri) in fase di accreditamento

L1 (14 ore - 4 incontri) / L2 (10 ore - 3 incontri)

 Webinar dal 16/09

 Webinar dal 28/10

La formazione per la qualificazione delle S.A.

- FASE ESECUTIVA -

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

I nostri corsi sono in linea con quanto richiesto dal Codice dei Contratti e dal nuovo Regolamento della SNA (n.156/2025), ai fini della formazione valida per la qualificazione delle stazioni appaltanti per la Fase Esecutiva.

WEBINAR GRATUITO

La formazione valida ai fini della qualificazione delle S.A. per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione. Il Regolamento SNA 156/2025.

 Di Leo, Lacerenza  Webinar 30/07

Lavori Pubblici

La fase esecutiva delle gare di lavori pubblici

 Maceroni

L1 (14 ore - 3 incontri) / L2 (10 ore - 2 incontri)

 Webinar dal 8/09
 Webinar dal 13/10
 Webinar dal 10/11

La gestione esecutiva dei contratti di lavori pubblici

L1 (14 ore - 2 incontri)

 Lilli  Firenze dal 10/11
 Lilli, Zoppolato  Milano dal 17/11
 Lilli, Toschei  Roma dal 26/11

► BIM - Building Information Modelling

L'implementazione del BIM nella PA.

Organizzazione, best practices e casi pratici

 Accettulli, Barutta, Mottola, Versolato, Vigliarolo

SNA BASE (20 ore - 5 incontri) in fase di accreditamento

L1 (14 ore - 4 incontri) / L2 (10 ore - 3 incontri)

 Webinar dal 16/09
 Webinar dal 28/10

Servizi e Forniture

La fase esecutiva negli appalti di forniture e servizi

 Ponti

L1 (14 ore - 3 incontri) / L2 (10 ore - 2 incontri)

 Webinar dal 22/09
 Webinar dal 29/10
 Webinar dal 24/11

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

L1 (14 ore - 2 incontri)

 Faviere, Ponti  Bologna dal 22/10
 Miniero, Toschei  Roma dal 03/11
 Ponti  Pescara dal 12/11

Lavori Pubblici + Servizi e Forniture

L'esecuzione del contratto nelle gare di lavori, servizi e forniture

 Maceroni, Ponti

L3 (12 ore - 2 incontri)

 Webinar dal 22/09
 Webinar dal 13/10
 Webinar dal 10/11

Il c.d. quinto d'obbligo, previsto dall'articolo 120, co. 9, del D.Lgs. n. 36 del 2023. Prime indicazioni operative. Nota alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 27.04.2026 n. 3278

di Giuseppe Totino

IL
PUN
TO

Premessa – L'evoluzione della disciplina normativa

Dopo quasi 4 anni dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, il dibattito in merito alla corretta applicazione della disposizione normativa di cui all'articolo 120, co. 9 del Codice dei contratti sembra esser giunto ad un approdo.

La norma, come noto, è quella che consente alle stazioni appaltanti di imporre all'appaltatore di eseguire in aumento ovvero in diminuzione le prestazioni dedotte in contratto, per un massimo del 20% del valore dello stesso, senza che lo stesso appaltatore possa rifiutarsi di adempiere.

La disposizione di cui si ragiona, al primo periodo, dispone che "(n)ei documenti di gara iniziali può essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre

all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste".

Invero, il previgente articolo 106, co. 12, del D.lgs. 50/2016, già disciplinava la medesima fattispecie sebbene in maniera lievemente difforme, con una unica differenza: non era prevista la necessità di dover esplicitare negli atti di gara iniziali la facoltà di volervi o meno ricorrere in corso di esecuzione.

In assenza di tale riserva, la Stazione appaltante non potrà ricorrere validamente al c.d. quinto d'obbligo.

Infatti, il comma 12 dell'articolo 106 del Codice previgente, prevedeva esclusivamente che "(l)a stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto."

Non dissimile era la disciplina prevista sul tema dall'articolo 311, co. 4 del D.P.R. 207/2010, attuativo del citato comma 12 dell'articolo 106, del D.Lgs. 163/2006, secondo cui era stabilito che *"... la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del prezzo complessivo previsto dal contratto che l'esecutore è tenuto ad eseguire, previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni. Nel caso in cui la variazione superi tale limite, la stazione appaltante procede alla stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale dopo aver acquisito il consenso dell'esecutore"*.

Ancor precedentemente, l'articolo 10 del Capitolato Generale di cui al Decreto 19 aprile 2000, n. 145 recante *"Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni"*, stabiliva che *"la stazione appaltante durante l'esecuzione dell'appalto può ordinare una variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto, e l'appaltatore è tenuto ad eseguire i variati lavori agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salva l'eventuale applicazione dell'articolo 134, comma 6, e 136 (ndr.: leggasi nuovi prezzi) del regolamento (ndr.:D.P.R. 445/99), e non ha diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori."*

Soprascedendo sulle semplificazioni del costruito normativo che hanno interessato la disciplina in parola che hanno determinato uno svilimento dell'ordito sul piano semantico della capacità conformativa della norma, la sostanza della ratio legis sembra essere rimasta invariata: la stazione appaltante ha il diritto di imporre all'esecutore maggiori (o minori) prestazioni all'appaltatore, qualora le stesse non eccedano il quinto dell'importo contrattuale.

L'appaltatore, in tal caso, non può che sottostare a tale decisione unilaterale, dovendo

l'appaltatore trovare adeguata remunerazione a fronte dell'esecuzione di tali opere nei medesimi prezzi, ove applicabili, stabiliti nel contratto originario da applicarsi alle lavorazioni imposte.

La premura del Legislatore della riforma codicistica di aggiungere al testo previgente l'onere per le stazioni appaltanti di stabilire *ex ante* l'intendimento di riservarsi la facoltà di affidare in corso d'opera ulteriori prestazioni entro il limite stabilito dalla legge - spiegava la Relazione di accompagnamento al nuovo Codice - ha avuto lo scopo di *"rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva"*.

“ L'indicazione del quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali si è resa necessaria al fine di rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva ”

Invero, in un contesto normativo e interpretativo stabile negli anni, l'inserimento dell'inciso circa la necessità della suddetta previsione nell'ambito degli atti di gara iniziali, onde rendere compatibile tale modifica alla direttiva appalti, ha alterato quell'equilibrio ermeneutico cristallizzatosi nel tempo, costringendo gli operatori del diritto ad interrogarsi in ordine alla corretta sussunzione della fattispecie *de qua* in una delle ipotesi di modifica contrattuale prevista dall'articolo 72 della Direttiva appalti.

Di questa alterazione ne sono specchio alcune pronunce che si sono succedute nel tempo e che hanno trovato solo in parte compensazione nella sentenza del Consiglio di Stato del 27.04.2026 n. 3278, oggi annotata.

1. Le diverse opzioni ermeneutiche: la posizione assunta da ANAC

A ben vedere, sia la Relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento al nuovo Codice che ANAC hanno avuto modo di sottolineare come la facoltà di dichiarare negli atti di gara la riserva di poter affidare o diminuire prestazioni entro il quinto dell'importo contrattuale fosse riconducibile alla necessità di aderire ad una delle ipotesi di modifica contrattuale previste dalla normativa comunitaria, sebbene non fosse stata indicata la specifica fattispecie tra quelle previste dall'articolo 72 della Direttiva nell'ambito delle quali inquadrare quella del quinto d'obbligo.

La stessa Autorità ANAC nel raccogliere le diverse interpretazioni provenienti dagli stakeholder in vista della pubblicazione del Bando tipo n.1, ha constatato "osservazioni discordanti" emergenti in merito all'interpretazione da conferire all'opzione del quinto d'obbligo, a partire dall'analisi delle quali l'Autorità è stata costretta a prendere le mosse, abbracciando poi una posizione – se comparata alla pregressa giurisprudenza sul punto, nonché a posizione precedenti della stessa Autorità – aderente ad una interpretazione comunitariamente orientata.

La Relazione AIR a corredo alla bozza di Bando tipo n. 1 posta in consultazione agli stakeholder prima della pubblicazione ufficiale, aveva rammentato che "(a)lcuni concordano con l'interpretazione adottata nel disciplinare che riconduce il quinto d'obbligo alle modifiche ex articolo 120 comma 1 lettera a) e la considera quale opzione a sé stante di modifica del contratto, con conseguente conteggio del relativo importo ai fini della soglia. Altri aderiscono all'interpretazione sostenuta dall'Autorità nel comunicato del 23/3/2021. Secondo tale interpretazione il quinto d'obbligo non va ricondotto all'art. 120 co. 1 lett. a), ma all'ipotesi di cui alla lett. c), ossia alle varianti in corso d'opera. Non si tratta, invero, di scelta discrezionale della stazione appaltante, ma di varianti necessarie che possono essere imposte se limitate al quinto (con conseguente firma del solo atto di sottomissione, senza necessità di

modifica contrattuale) o devono essere accettate se di valore superiore (con atto aggiuntivo al contratto)."

La posizione assunta da ANAC è stata poi quella di propendere per la sussumibilità del quinto d'obbligo "quale tipizzazione delle clausole di cui all'art. 120 comma 1 lett. a) poiché la relazione allegata al codice evidenzia che l'indicazione del quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali si è resa necessaria al fine di rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva".

“Il quinto d'obbligo deve qualificarsi “quale tipizzazione delle clausole di cui all'art. 120 comma 1 lett. a) poiché la relazione allegata al codice evidenzia che l'indicazione del quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali si è resa necessaria al fine di rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva”.

Di certo tale posizione appare distonica rispetto a quella che la stessa ANAC aveva sostenuto nel 16 giugno 2021, quando con la Delibera ANAC n. 461 aveva invece ricondotto le variazioni contrattuali del quinto d'obbligo nell'alveo di quelle di cui alla lettera c) co. 1 dell'allora vigente 106 del D.Lgs. 50/2016 (oggi previste pedissequamente all'articolo 120, co. 1, lett. c)), propriamente deputate a disciplinare le varianti in corso d'opera per fatti imprevisi ed imprevedibili.

Appare evidente come il revirement dell'Autorità sia stato compulsato dal dover individuare gioco-forza la fattispecie comunitaria entro cui sussumere il quinto d'obbligo, quando, a giudicare l'origine dell'istituto rassegnato nel paragrafo precedente, tale "imperativo categorico" appare del tutto privo di agganci sistematici di natura comunitaria.

Il quinto d'obbligo è, invero, una ipotesi del tutto domestica, nata *post* tangentopoli per fornire alle stazioni appaltanti in fase strettamente esecutiva uno strumento utile a gestire una controparte contrattuale spesso assai più capace e avvezzata a "ragionare" (in termini economici soprattutto) di modifiche in corso delle opere rispetto, garantendo alle amministrazioni un baluardo ragionevole, cioè il 20% dell'importo del contratto, dietro il quale la stessa stazione appaltante può trincerarsi per arginare le pretese economiche in corso d'opera di appaltatori particolarmente disinvolti.

Nelle strette maglie dell'articolo 72 della Direttiva, l'ANAC non ha saputo far altro che prendere la via più semplicistica di accostare il quinto d'obbligo all'ipotesi prevista dall'articolo 120 c.1 lett. a) del Codice, solo poiché le due ipotesi sono accomunate dall'elemento del tutto circostanziale per cui la facoltà in via opzionale di consentire una modifica contrattuale deve essere dichiarata e disciplinata *ex ante* negli atti di gara, senza considerare altri elementi differenziali (e ben più pregnanti) che avevano condotto la stessa Autorità a qualificare l'istituto in parola come una ipotesi di variante in corso d'opera, come correttamente asserito nel 2021 con la citata Delibera ANAC n. 461, coerentemente con la giurisprudenza prevalente che ha più volte stigmatizzato come il quinto d'obbligo *"presuppone sempre che l'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerga "in corso di esecuzione", non essendo consentita una previsione di modifica ex art. 106, comma 12, a monte della*

stipulazione del contratto, quando cioè vi sia un vizio genetico e noto della legge di gara che renda certa l'inadeguatezza delle prestazioni contrattuali cui parametrare le offerte, come nel caso di specie.”¹

2. I rilievi del Consiglio di Stato con la sentenza in commento

La sentenza n. 3278 del 27 aprile 2026 del Consiglio di Stato ha il pregio di consentire la definizione, con un grado di chiarezza utile per regalare un concreto indirizzo alle stazioni appaltante, l'inquadramento giuridico e le conseguenze operative del cosiddetto "quinto d'obbligo" nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

La sentenza interviene su alcuni dei punti cruciali della corretta interpretazione delle implicazioni giuridiche legate alla circostanza che stazione appaltante si riservi la facoltà di aumentare le prestazioni fino al 20% dell'importo contrattuale, come previsto dall'articolo 120, comma 9, del Codice.

In prima battuta la sentenza in commento consente di sciogliere il nodo della qualificazione dell'operatore economico.

Si era dibattuto ampiamente se l'importo delle lavorazioni che in via additiva possono essere affidate in corso di esecuzione all'operatore economico dovessero concorrere a determinare la classifica SOA delle categorie oggetto di appalto.

1. Cons Stato, sez. V, 25 febbraio 2020, n. 1394, conforme, TAR Piemonte, Torino, sez. I, 20 luglio 2022, n. 681: In tale senso l'applicazione del c.d. quinto d'obbligo si lega alla sussistenza di circostanze imprevedibili ed impreviste per l'amministrazione ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) in linea con quanto chiarito sul punto dall'ANAC con comunicato del Presidente del 23 marzo 2021 secondo cui la disposizione di cui all'art. 106, comma 12, D.lgs. 50/2016 "deve essere intesa come volta a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera c) e 2 dell'articolo 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell'importo originario, la stazione appaltante potrà imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Nel caso in cui, invece, si ecceda il quinto d'obbligo e, sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all'articolo 106, commi 1 e 2, del Codice, l'appaltatore potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, il diritto alla risoluzione del contratto".

Se, in altri termini, la sola eventualità che dette lavorazioni possano essere affidate, determinassero per l'ente banditore l'obbligo di sovradimensionare i requisiti di un venti per cento, dando come per certa l'esecuzione delle attività ulteriori.

Il principio espresso da Consiglio di Stato che va nella direzione di dover commisurare i requisiti all'importo dell'appalto nel suo complesso, muove dall'assunto che l'importo relativo al quinto d'obbligo debba essere necessariamente contemplato nel valore complessivo stimato del contratto ai sensi dell'art. 14, comma 4, del Codice dei contratti che prevede che l'importo stimato dell'appalto sia calcolato sulla base del valore massimo complessivamente pagabile, al netto dell'IVA, comprendendo anche tutte le eventuali opzioni o rinnovi espressamente previsti nella documentazione di gara.

Precipitato logico dell'assolvimento a tale obbligo – a detta del Consiglio di Stato - è che la determinazione del *quantum* di requisiti di capacità tecnica organizzativa ed economico-finanziaria da richiedere debba dare per presupposto tale importo complessivo, in ragione della sussistenza della mera eventualità che possano essere affidate ulteriori prestazioni all'aggiudicatario.

Recita la sentenza "una volta determinate le modifiche del contratto ai sensi dell'articolo 120, comma 1, lettera a) del Codice in cui sono incluse le modifiche legate al quinto d'obbligo di cui all'art. 120 comma 9, l'amministrazione non poteva, come del resto ha fatto, che indicare il valore globale stimato dell'appalto, pari a € 14.779.542,07 e, su quello, evidentemente, doveva essere misurata la qualificazione degli operatori economici partecipanti", con ciò sancendo una intima correlazione tra il dimensionamento dei requisiti richiedibile e il valore dell'appalto comprensivo della facoltà di affidare prestazioni fino al 20% in più.

Ancor più chiaramente viene stabilito dalla Quinta Sezione: *"Se l'amministrazione si riserva il diritto di imporre all'appaltatore un aumento delle prestazioni fino a 14,7 milioni di euro, l'appaltatore deve essere qualificato per tale importo sin dal momento della presentazione dell'offerta, a garanzia del pubblico interesse alla corretta esecuzione dell'opera."*

La sentenza in commento, si spende, poi, su un ulteriore tema, trattato invero in modo non del tutto perspicuo: quello della necessità o meno di dover garantire la copertura finanziaria ex ante delle prestazioni da affidarsi ex comma 9 dell'articolo 120.

Sebbene in maniera ermetica, il Consiglio di Stato ha sdoganato la facoltà di riservarsi l'opzione del quinto d'obbligo anche in assenza di una specifica copertura economica in fase di indizione della gara, giacché *"la copertura finanziaria attiene alla fase dell'impegno di spesa e dell'efficacia del contratto"* e ragionare diversamente – come fatto dal primo giudice – è un "errore logico-giuridico".

Le conseguenze di un tale assunto non sono di poco conto.

Nella sentenza emerge ormai lo scontato accostamento della casistica disciplinata dal comma 9 dell'articolo 120 con quella di cui al citato 120, co. 1, lett. a), fondata sull'assunto che per entrambe le ipotesi si debba procedere a dichiarare la riserva di affidamento negli atti di gara iniziali.

La norma in questione, infatti, prevede che l'ente banditore debba avvertire gli operatori di essersi riservata la possibilità di imporre variazioni il contratto nel limite quantitativo previsto dalla norma; nulla più.

Sebbene appaiano deboli² i presupposti per cui da più parti, compresa la sentenza in commento,

2. Su questa Rivista si è affermato: "Appare evidente la distonia rispetto alla fattispecie di cui al citato articolo 120, co.1 lett. a), che disciplina una ipotesi che contempla invece una modifica contrattuale i cui contorni debbono essere predeterminati ex ante "in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali": il quinto d'obbligo non presuppone affatto che

si dia ormai per scontata la sussunzione del quinto d'obbligo come *species* del *genus* opzione, tale ricostruzione interpretativa si appalesa come ormai univoca.

Orbene, pertanto, se trattasi di medesimo istituto, non si vede perché, sul piano della garanzia della copertura finanziaria, dovrebbe sussistere una disparità di trattamento tra le due fattispecie nel senso di dover, invece, ritenere sussistente per le stazioni appaltanti l'obbligo di trovare adeguata copertura ex ante per le opzioni di cui alla lettera a) del comma 1 del 120 del Codice, contrariamente alla ipotesi del quinto d'obbligo che ben potrebbe essere annoverato nell'oggetto della prestazione da eseguirsi, anche in assenza di fondi pubblici.

Su questa Rivista già è stato detto che ben sarebbe possibile fronteggiare eventuali incrementi a titolo di corrispettivo nel limite del 20% a titolo quinto d'obbligo con le risorse presenti all'interno del Quadro economico rimodulato post gara (i.e. economie di gara, ecc.), in ragione della non sovrapponibilità degli istituti.

Tuttavia, se l'interpretazione ormai univoca è quella anzi rassegnata, non si ravvede il presupposto di una distonia nel trattamento economico, considerato che tali due fattispecie debbano essere qualificate come l'una (il quinto d'obbligo) declinazione dell'altra (opzione in senso stretto ex articolo 120).

Né tantomeno può ritenersi sufficiente a stabilire un diverso regime la circostanza che l'articolo 5 dell'Allegato I.7, preveda, alla lettera e), n. 6 - norma che disciplina la struttura e voci da inserire dei quadri economici degli interventi - la necessità di una specifica voce economica solo in relazione alle modifiche contrattuali di cui agli articoli 60 e 120, co. 1, lett. a), del Codice, e non anche in relazione al comma 9 del medesimo articolo 120.

La circostanza potrebbe essere semplicemente etichettata come una dimenticanza del legislatore oppure - per i fautori del rapporto da *genus* e *specie* degli istituti di cui si ragiona - come una ulteriore conferma che le due fattispecie stessa cosa, in ultima analisi, sono.

3. Conclusioni

L'analisi della disciplina del "quinto d'obbligo", alla luce di una recente sentenza del Consiglio di Stato, restituisce un quadro a due velocità: da un lato emerge una maggiore chiarezza operativa, dall'altro persistono dubbi irrisolti sulla sua natura giuridica.

Sul piano pratico, la sentenza ha risolto questioni cruciali. Ha sancito in modo inequivocabile che, qualora la stazione appaltante si riservi la facoltà di avvalersi del quinto d'obbligo, l'appaltatore deve essere qualificato per l'importo totale sin dal momento della presentazione dell'offerta,

le esigenze di modifica del contratto possano essere predeterminabili nelle suddette clausole poiché discendenti da eventi imprevisti ovvero imprevedibili emergenti in fase di esecuzione. Un secondo elemento che suffraga l'interpretazione del quinto d'obbligo come una *species* delle varianti in corso d'opera (non già una ipotesi di opzione contrattuale prevista ex ante) si riviene in quanto è stabilito dall'All. II.14, articolo 5, co. 6, ultimo periodo, secondo cui: "(a)i fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 212 e 213 del codice". Tale norma, nel disciplinare la corretta quantificazione del quinto, individua atti e provvedimenti che nella fase genetica della gara non possono essere venuti ad esistenza, con ciò rendendo impossibile, in fase di gara, operare una quantificazione corretta di quel 20% previsto dalla norma."

a garanzia del pubblico interesse alla corretta esecuzione dell'opera.

Di conseguenza, il valore stimato dell'appalto su cui misurare i requisiti di partecipazione deve includere fin da subito anche il valore di tale estensione potenziale.

La pronuncia ha inoltre risolto un nodo importante per la programmazione finanziaria degli enti, specificando che la copertura economica per le maggiori prestazioni non è richiesta in fase di indizione della gara, ma attiene alla successiva fase dell'impegno di spesa, ovvero al momento in cui tale facoltà viene concretamente esercitata.

Tuttavia, la stessa sentenza acuisce un fondamentale dubbio sistematico. La tendenza, ormai avallata dai giudici amministrativi, è quella di sussumere il quinto d'obbligo, disciplinato dal comma 9, nella categoria generale delle clausole di opzione di cui alla lettera a) del comma 1 del medesimo articolo 120.

Questa ricostruzione, che vede il quinto d'obbligo come una *species* di un più ampio *genus*, è funzionale a garantire la compatibilità dell'istituto con il diritto europeo, che esige la massima trasparenza e predeterminazione delle condizioni contrattuali sin dai documenti di gara, ma mal sembra conciliarsi con la propria domestica natura originaria.

Tale assimilazione, infatti, appare una forzatura. Essa rischia di snaturare l'identità storica del quinto d'obbligo, nato come uno *ius variandi* della pubblica amministrazione, un potere quasi autoritativo per far fronte a necessità impreviste, e non come una mera opzione puramente discrezionale.

Un sintomo di questa irrisolta ambiguità è la "dimenticanza" del legislatore, che nell'Allegato I.7 non ha previsto una specifica voce per il quinto d'obbligo nei quadri economici, a differenza di quanto fatto per le modifiche di cui alla lettera a) del comma 1. Questa lacuna può essere interpretata tanto come una svista, quanto come un'implicita conferma che le due fattispecie siano, in ultima analisi, la stessa cosa.

In conclusione, mentre la giurisprudenza ha fornito indispensabili "istruzioni per l'uso" agli operatori, la palla passa ora al legislatore. A quest'ultimo spetta il compito di un intervento chiarificatore che definisca la natura giuridica del quinto d'obbligo e il suo rapporto con le altre opzioni di modifica. Solo una presa di posizione normativa potrà risolvere la discrasia tra l'origine storica dell'istituto e il nuovo inquadramento sistematico, trasformando la chiarezza operativa raggiunta in una stabile e incontestabile certezza del diritto.

Criteri applicativi del principio di equivalenza nel rapporto di conformità tra prestazione offerta e specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante

di Giuseppe Laurieri

IL
PUN
TO

Introduzione

Un tema molto delicato nell'ambito della contrattualistica pubblica riguarda la comparazione tra le prestazioni richieste dalla *lex specialis* di gara e quelle proposte dall'offerente: entro quali margini è consentito uno scostamento e di quale flessibilità gode il concorrente?

Trattasi di un tema assai noto agli operatori del diritto¹ e alla dottrina², che influisce sulla possibilità dei concorrenti di muoversi entro

perimetri più o meno ampi a seconda che si consenta in modo più o meno flessibile di presentare offerte dal contenuto diverso da quello specificamente previsto dal bando di gara.

Nel contributo si cercherà di trattare del principio di equivalenza scrutandone la *ratio* e le concrete applicazioni pratiche, evidenziando in questa sede le problematiche sottese, in modo utile per chi, quotidianamente, si trova ad interfacciarsi con sfide interpretative che la normativa sul *procurement* pone.

-
1. Sul punto si veda già R. Donati, L'equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto con le specifiche tecniche, sulla base di un criterio di conformità sostanziale e funzionale delle soluzioni tecniche offerte, in *Giurisprudenzappalti.it*, al seguente link: <https://www.giurisprudenzappalti.it/sentenze/lequivalenza-presuppone-la-corrispondenza-delle-prestazioni-del-prodotto-offerto-con-le-specifiche-tecniche-sulla-base-di-un-criterio-di-conformita-sostanziale-e-funzionale-delle-soluzioni-t/>; G. Cassano, La stazione appaltante può ammettere offerte diverse ma equivalenti alle specifiche tecniche, in *N&TPlus*; Principio di equivalenza negli appalti: quando l'offerta con caratteristiche tecniche diverse non va esclusa in *Lavoripubblici.it*, 13 giugno 2026.
 2. L. Fogli, Appalti pubblici: quando è applicabile la clausola di equivalenza, in *Azienditalia* 12/2022, p. 1843; A. Quaranta, Casi e soluzioni: principio di equivalenza delle specifiche tecniche, in *Ambiente & Sviluppo*, 7/2019, p. 579; G. Balocco, Il principio di equivalenza nell'ultima giurisprudenza del Consiglio di Stato, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2016, p. 454; G. Barberis, L'interpretazione della *lex specialis*: il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2014, p. 384, G. Delle Cave, Principio di equivalenza e specifiche tecniche: deve sussistere una corrispondenza sostanziale delle prestazioni, non la formale conformità alle prescrizioni del bando, in *ItaliAppalti.it*, 9 settembre 2020; I. Lazzaro, Il principio di equivalenza negli appalti pubblici: funzione, limiti e sindacato del giudice amministrativo, in *ItaliAppalti.it*, 18 luglio 2025.

1. La possibilità di discostarsi dalle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis* di gara: il dato di legge

Sul piano normativo, già il previgente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il “**Vecchio Codice**”) prevedeva, in modo molto ampio e generico, all’art. 68, comma 7, che quando le stazioni appaltanti si avvalevano della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche, non fosse possibile “dichiarare inammissibile o escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

Oggi, il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (il “**Codice**”, il “**Nuovo Codice**” o “**Codice dei contratti pubblici**”) riprende lo stesso principio, disciplinando, all’allegato II.5 le specifiche tecniche e le etichettature.

Preliminarmente è opportuno precisare che, in base alla definizione codicistica, le specifiche tecniche sono:

1. nel caso di **appalti pubblici di lavori**: l’insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all’uso a cui sono destinati dalla stazione appaltante. Tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, la progettazione che tenga conto di tutti i requisiti (compresa l’accessibilità per persone con disabilità), la valutazione della conformità, la proprietà d’uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo e metodi di prova, l’imballaggio, la marcatura e l’etichettatura, le istruzioni per l’uso, nonché i processi e i metodi di produzione in qualsiasi momento del ciclo di vita

dei lavori. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d’ispezione e di accettazione dei lavori nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione tecnica che l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione all’opera finita e ai materiali o alle parti che la compongono;

2. nel caso di **appalti pubblici di servizi o di forniture**: le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l’accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d’uso, l’uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l’imballaggio, la marcatura e l’etichettatura, le istruzioni per l’uso, i processi e i metodi di produzione a ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità;

Le specifiche tecniche sono inserite nei documenti di gara e definiscono, come visto, le caratteristiche previste e richieste per i lavori, servizi e forniture che si intendono affidare.

Esse possono riferirsi al **processo o metodo** di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno **specifico processo per un’altra fase del loro ciclo di vita** anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all’oggetto dell’appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.

Le specifiche tecniche sono un aspetto, quindi, essenziale della fase di affidamento perché delineano, sostanzialmente, le caratteristiche

essenziali della prestazione richiesta indirizzando l'offerta in modo da soddisfare le esigenze primarie direttamente connesse alla commessa, quanto profili ulteriori, esigenze "indirette" e collaterali che la normativa sui pubblici affidamenti persegue per mezzo del *procurement*: la parità di genere, tutela dell'ambiente³, inclusività e tutela della disabilità⁴, per citare solo alcuni dei macro-obiettivi.

A questo specifico scopo concorrono ancor più dettagliatamente le etichettature, disciplinate nel dettaglio alla lettera B dell'Allegato II.5 al Codice, costituenti dei veri e propri "mezzi di prova" che i lavori, le forniture o i servizi che si intende affidare corrispondono alle caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo richieste per le specifiche tecniche proposte.

Tanto per le specifiche tecniche, quanto per le etichettature, il Legislatore ammette la possibilità per l'operatore economico di dimostrare il possesso delle caratteristiche richieste, per "equivalenza".

Più chiaramente, la parte II, lett. A dell'Allegato II.5 riconosce espressamente che l'offerente può dimostrare, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato che le soluzioni proposte **ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti**.

Allo stesso modo, il punto 3, lett. B, parte II, dell'Allegato II.5 al Codice ammette espressamente la possibilità che le stazioni appaltanti, in alternativa all'etichettatura specifica eventualmente richiesta, accettino anche **"tutte quelle che confermano che i**

lavori, le forniture o i servizi soddisfano i requisiti equivalenti". Inoltre, in forma ancora più ampia, la norma prescrive che se un operatore economico dimostra di non avere la possibilità di ottenere l'etichettatura specifica indicata dalla stazione appaltante o **neppure un'etichettatura equivalente entro i termini richiesti**, per motivi a esso non imputabili, la stazione appaltante è tenuta ad accettare anche altri mezzi di prova, ivi compresa una documentazione tecnica del fabbricante, idonei a dimostrare che i lavori, le forniture o i servizi che l'operatore economico interessato deve prestare **soddisfano i requisiti dell'etichettatura specifica o i requisiti specifici indicati dalla stazione appaltante**.

Le disposizioni appena esaminate, in sostanza, esprimono a pieno il principio di equivalenza per cui l'operatore economico può presentare un'offerta che abbia ad oggetto una prestazione "equivalente" a quella specificamente richiesta dalla stazione appaltante.

Ebbene, il principio di equivalenza è un principio elaborato dalla giurisprudenza sovranazionale e ripreso dalle corti italiane che "permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai **principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà di iniziativa economica** e, dall'altro, al **principio euro – unitario di concorrenza**, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte

-
3. In base al punto 5, lett. a) Parte II, dell'Allegato II.5, le specifiche tecniche devono essere formulate "in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto".
 4. È lo stesso punto 3, lett. A, Parte II, dell'Allegato II.5 che stabilisce come "Per tutti gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche, le specifiche tecniche, salvo in casi debitamente giustificati, sono elaborate in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti."

dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità⁵. Esso è, dunque, "finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta"⁶.

L'equivalenza presuppone, quindi, la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale **conformità sostanziale** con le predette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte.

2. L'applicazione del principio di equivalenza: offerta equivalente o *aliud pro alio*?

L'equivalenza presuppone la **corrispondenza** delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante. Ma entro quali margini opera il principio di equivalenza? Quando, un'offerta, può essere considerata equivalente alle specifiche tecniche richieste e, quando, invece, si ricade nell'*aliud pro alio*?

Anzitutto occorre distinguere tra "specifiche tecniche" e "requisiti minimi obbligatori". Secondo la giurisprudenza, se è vero che la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni o servizi da fornire può risolversi, in astratto, in un *aliud pro alio* idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione anche in assenza di una espressa comminatoria in tal senso, tuttavia questo rigido automatismo opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza

il servizio richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie, e quindi laddove la disciplina di gara preveda qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano **come caratteristiche minime**⁷.

Viceversa, e sempre in linea generale, soltanto laddove residui un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole (escludenti) del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* 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**.

Della questione si è occupato recentemente il Consiglio di Stato che, con sentenza 5 giugno 2026⁸, n. 4508 ha fornito alcuni utili indirizzi operativi per stazioni appaltanti ed operatori economici.

Il caso riguardava una gara preordinata all'affidamento della "fornitura e posa di un nuovo tappeto sciatori [...] presso il Comune di Sestriere" nell'ambito della quale era risultata prima una società che, secondo il ricorrente, avrebbe effettuato un'offerta costituente *aliud pro alio* sia con riguardo alla fornitura del "rullo di movimentazione", non essendo neppure indicata l'equivalenza tra i prodotti, sia per quanto attiene le videocamere e il sistema di ancoraggio.

In primo grado, il T.A.R. aveva respinto il ricorso affermando che dal capitolato speciale non era dato evincere che le dimensioni del nastro trasportatore rappresentassero un requisito essenziale per la stazione appaltante, potendo

5. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 luglio 2025 n. 5708.

6. T.A.R. Ancona, 27 agosto 2025 n. 649.

7. Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2025 n. 8094.

8. Per un commento, si rinvia a Principio di equivalenza negli appalti: quando l'offerta con caratteristiche tecniche diverse non va esclusa, in Lavoripubblici.it, cit.

dunque operare il principio di equivalenza con riguardo al rullo offerto dalla prima classificata, pur avente un diametro inferiore a quello prescritto, e anche con riguardo al sistema di ancoraggio. Ha affermato altresì che la commissione giudicatrice può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto a quanto prescritto dalla *lex specialis*.

I giudici di Palazzo Spada, ritornando sul tema, hanno anzitutto ridefinito – in chiave pratica e concreta – l’operatività del principio di equivalenza che, ritornando alla sua nozione più profonda, “attribuisce la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà di iniziativa economica, e dall’altro, al principio eurounitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità; l’equivalenza presuppone, quindi, la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale conformità sostanziale con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte; ne deriva, sul piano applicativo, che, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando vengano in pratica comunque soddisfatte”⁹.

Orunque, se l’equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto con le specifiche tecniche, sulla base di

un criterio di conformità sostanziale e funzionale delle soluzioni tecniche offerte, il tema centrale è quello di capire, nel concreto, **se e quando ricorrono le condizioni per applicare il principio di equivalenza nella pratica.**

La domanda non è banale, perché – come riconosce la giurisprudenza – presuppone, in concreto, una disamina dettagliata delle caratteristiche della prestazione oggetto dell’affidamento, allo scopo di comprendere se le prescrizioni dettate dal capitolato speciale **costituiscono (o meno) requisiti minimi del bene, e dunque condizioni di partecipazione alla procedura selettiva, sì che le difformità dalle stesse determinerebbero la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell’accordo negoziale**¹⁰.

In sostanza, prima di valutare le modalità operative del principio di equivalenza, come si diceva, è necessario chiedersi se questo possa operare in concreto rispetto alle caratteristiche che l’operatore non riesce a soddisfare nello specifico bensì attraverso categorie, appunto, equivalenti domandandosi se tali caratteristiche costituiscano profili “dirimenti” ovvero elementi indiscutibili dell’offerta (e, quindi, non negoziabili ovvero non equiparabili ad altri).

Questo criterio enunciato dalla giurisprudenza risulta estremamente utile ed efficace per stazioni appaltanti e operatori economici che dovessero da una parte, redigere un bando o selezionare un concorrente e, dall’altra, presentare un’offerta rispetto alla quale non riescano a soddisfare tutti gli specifici dettami “obbligatori” della *lex* di gara.

Ebbene, nel caso della recente sentenza di cui si discute, il Consiglio di Stato, applicando tali parametri ermeneutici, ha ritenuto che le **prescrizioni tecniche generali individuate dal capitolato costituissero requisiti minimi del bene, la cui mancanza**

9. Cfr. in termini Cons. Stato, III, 13 marzo 2025, n. 2066; III, 12 novembre 2025, n. 8840.

10. Cons. Stato, V, 1 settembre 2025, n. 7161

comporterebbe l'esclusione dalla gara: nel dettaglio, il diametro del rullo di trazione da 800 mm., modellato sul prodotto dell'appellante, non costituisce requisito indefettibile, se è vero che il capitolato consente alle ditte concorrenti la libertà di proporre e progettare il tipo di nastro trasportatore per sciatori più conveniente nei riguardi della sicurezza e regolarità di funzionamento. Occorre, a questo riguardo, considerare che il rullo di trazione è il motore che fa muovere il nastro trasportatore e cioè il tappeto. Stante questo rapporto di trazione tra rullo e tappeto, **non sembra postulabile che la scelta del tipo di nastro sia indifferente al rullo, sviluppandosi la trasmissione mediante attrito.**

Conseguentemente, su tali basi argomentative, si è escluso che l'offerta risultata aggiudicataria costituisse un *aliud pro alio*.

Nel definire una tale conclusione, la sentenza in commento evidenzia un interessante (quanto perspicace) logica argomentativa tesa a spiegare l'*iter* valutativo a cui è chiamata la commissione di gara nell'analisi circa l'applicabilità del principio di equivalenza.

A questo riguardo, il Consiglio di Stato, riprendendo gli arresti già affermatasi in materia, ha specificato che in sede di gara le valutazioni della stazione appaltante in ordine alla equivalenza o meno del prodotto offerto **sono espressioni di ampia discrezionalità tecnica e le relative censure, che investono il merito di tali valutazioni, sono sottratte al sindacato di legittimità**, salva l'ipotesi della loro manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità o del travisamento dei fatti¹¹, situazioni non configurabili nella fattispecie scrutinata.

Non è peraltro necessario che la stazione appaltante si pronunci espressamente sull'applicabilità del principio di equivalenza, ben potendo, quest'ultima,

effettuare la valutazione di equivalenza "anche in forma implicita", nell'ipotesi in cui dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto a quanto previsto dalla *lex specialis*.

Insomma, irrilevante che la stazione appaltante abbia preso specifica posizione a riguardo... ben potendo, il suo silenzio, equivalere a tacita affermazione di "equiparabilità" di contenuto tra l'offerta e le specifiche tecniche richieste dal bando di gara. Si badi, come anche chiarito in altre occasioni dalla giurisprudenza, questo non vale sempre, ma fintanto che la documentazione di gara risulti "eloquente", vale a dire, rechi elementi che rendono univoco l'*iter logico* sotteso all'asserita adeguatezza delle soluzioni alternative apprestate e quindi ricostruibile a posteriori il tipo di giudizio operato: *"occorrendo altrimenti che la valutazione di conformità effettuata dalla stazione appaltante dia conto delle ragioni in virtù delle quali il prodotto offerto viene considerato funzionalmente equivalente a quello identificato con le specifiche tecniche del capitolato, mentre la carenza motivazionale non può essere colmata in giudizio attraverso le deduzioni contenute negli atti difensivi e relativi allegati delle parti"*¹².

3. Le conseguenze derivanti da un'offerta "non equivalente"

Ma quali conseguenze si ripercuotono nei confronti dell'operatore economico che proponga un'offerta il cui oggetto si discosti lievemente da quanto descritto nel bando di gara?

Anzitutto è opportuno, e utile, chiarire che l'onere della prova circa l'equivalenza dell'offerta presentata rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex* di gara incombe, evidentemente, sull'operatore economico, chiamato a dimostrare "già nella propria

11. in termini Cons. Stato, III, 25 novembre 2025, n. 9200.

12. T.A.R., Campania, Salerno, 24 luglio 2025, n. 1352; T.A.R. Umbria, Perugia, 16 giugno 2025, n. 548; Cons. St., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1479.

offerta l'equivalenza tra i servizi o tra i prodotti, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d'ufficio dalla Stazione appaltante o addirittura che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnato l'esito della gara"¹³.

Quindi deve essere riaffermato il principio per cui *"in tema di contratti pubblici, l'articolo 68, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, impone di ammettere l'offerta non conforme alle specifiche tecniche ove l'operatore dimostri l'equivalenza funzionale della soluzione proposta rispetto alla finalità perseguita, secondo una valutazione bifasica incentrata sulla ratio del requisito e sull'idoneità del prodotto a soddisfarla. Resta tuttavia vincolante la lex specialis, sicché non è consentita la disapplicazione di un requisito minimo non impugnato, né l'ammissione di un'offerta che ne sia priva in difetto di prova dell'effettiva equivalenza."*¹⁴

Premesso ciò, che accade se l'operatore non dimostra adeguatamente l'equivalenza o presenta un'offerta non equivalente?

Ebbene, la soluzione al quesito posto deriva dall'inquadramento delle caratteristiche tecniche a seconda che si tratti di "specifiche tecniche" ovvero di "requisiti minimi indispensabili". Nel secondo caso, la mancata prova determina ineludibilmente l'esclusione dalla gara stante la natura indispensabile delle caratteristiche richieste dal bando.

Il principio di equivalenza, nondimeno, è stato ritenuto estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara, sulla scorta di un approccio "funzionale", ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa lex specialis emerge che determinate caratteristiche tecniche sono richieste al fine di assicurare all'Amministrazione il perseguimento di determinate finalità.

In definitiva, la mancanza o insufficienza della prova comporta l'esclusione dalla gara, non essendo attivabile il soccorso istruttorio; analogamente, deve disporsi l'esclusione ove il prodotto offerto non sia equivalente o integri un'ipotesi di *aliud pro alio* rispetto alle specifiche della *lex specialis*.

13. T.A.R. Umbria, Perugia, I, 3 aprile 2025, n. 154; T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 14 maggio 2025, n. 9238, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 02 febbraio 2024, n. 276, Cons. Stato, sez. V, 03 agosto 2023, n. 7502, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 30 maggio 2023, n. 370

14. Cons. Stato, sez. III, 27 gennaio 2026, n. 663

Evoluzione normativa nazionale e giurisprudenziale in materia di appalti pubblici avente ad oggetto servizi legali. Il Caso - L'Ordinanza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 3462/2026

di Claudio Beneduce

IL
PUN
TO

Premessa

L'obiettivo del presente contributo è rivolto alla analisi e alla ricostruzione della dimensione e normativa e giurisprudenziale ove correttamente "collocare" gli affidamenti aventi ad oggetto i servizi legali.

Lo spunto editoriale trae origine – oltre che dalla necessità di approfondire e sviscerare un tema estremamente attuale - e di diretto interesse per la professione dell'estensore – anche **dalla illuminante (e a tratti cangiante) pronuncia della V Sezione del Consiglio di Stato del 04.05.2026 – dunque recentissima – n. 3462/2026.**

Il rilievo di tale pronuncia deriva dall'essere stata in grado di riordinare – con particolare sforzo di precisione – la normativa eurounitaria e la disciplina italiana in tema di servizi legali. Si affronteranno – nel presente scritto – le criticità che in sede processuale sono emerse e sono state affrontate e che hanno condotto i Giudici di Palazzo Spada alla richiesta di pronuncia pregiudiziale. In particolar modo, l'Ordinanza, oggetto di indagine, conclude con la esplicita richiesta – in via pregiudiziale – alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi sulle seguenti questioni:

- "se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché il principio euro-unitario di proporzionalità di cui all'art. 5 dello stesso TFUE e l'art. 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2014/24/UE **ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici avente ad oggetto servizi legali, quale quella italiana contenuta nell'art. 56, comma 1, lettera h), nell'art. 13, comma 5 e nell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, secondo cui l'amministrazione che intende affidare uno di tali servizi deve comunque tenere conto dei principi fondamentali del Trattato UE in tema di concorrenzialità, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità**";
- "se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché il principio euro-unitario di proporzionalità di cui all'art. 5 dello stesso TFUE e il connesso divieto di gold plating **ostino all'applicazione di una normativa nazionale la quale preveda, in**

materia di affidamento di servizi legali: a) la comunicazione, ai sensi dell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie), del codice identificativo di gara ai fini del monitoraggio finanziario connesso al pagamento dei compensi dovuti per lo svolgimento di tali servizi; b) il pagamento del contributo ANAC, ai sensi dell'art. 222 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, onde consentire alla suddetta autorità nazionale anticorruzione di svolgere ogni opportuna verifica circa il rispetto dei principi di concorrenzialità, imparzialità e non discriminazione da parte delle pubbliche amministrazioni che affidano tali stessi servizi".

“ **L'obiettivo del presente contributo è rivolto alla analisi e alla definizione della dimensione e normativa e giurisprudenziale ove collocare gli affidamenti aventi ad oggetto i servizi legali. Lo spunto editoriale trae origine – oltre che dalla necessità di approfondire e sviscerare un tema estremamente attuale - e di diretto interesse per la professione dell'estensore – trae altresì spunto dalla illuminante (e a tratti cangiante) pronuncia della V Sezione del Consiglio di Stato del 04.05.2026 – dunque recentissima – n. 3462/2026. Il rilievo di tale pronuncia deriva dall'essere stata in grado di riordinare – con particolare sforzo di precisione – la normativa eurounitaria e la disciplina italiana in tema di servizi legali. Si affronteranno – nel presente scritto – le criticità che in sede processuale sono emerse e sono state affrontate e che hanno condotto i Giudici di Palazzo Spada alla richiesta di pronuncia pregiudiziale** ”

1. La normativa applicabile ai servizi legali – La dinamica eurounitaria – La dinamica nazionale.

A) Si richiamano, in primo luogo, le disposizioni comunitarie che assumono rilievo per le questioni affrontate con il presente contributo.

L'art. 10 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi) a norma del quale: *"La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:*

a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;

b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, o appalti concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi audiovisivi o radiofonici. Ai fini della presente lettera, i termini «servizi di media audiovisivi» e «fornitori di servizi di media» hanno rispettivamente lo stesso significato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e d), della direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (1). Il termine «programma» ha lo stesso significato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva, ma comprende anche i programmi radiofonici e i materiali associati ai programmi radiofonici. Inoltre, ai fini della presente disposizione il termine «materiale associato ai programmi» ha lo stesso significato di «programma»;

c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

i) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE del Consiglio (2); — in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; oppure — in procedimenti

giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro o un paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

ii) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui alla presente lettera, punto i), o qua lora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE;

iii) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

iv) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale nello Stato membro interessato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

v) altri servizi legali che, nello Stato membro interessato, sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri; e) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari ai sensi della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (3) servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;

f) concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;

g) concernenti i contratti di lavoro;

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;

i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana;

j) concernenti servizi connessi a campagne politiche, identificati con i codici CPV 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, se aggiudicati da un partito politico nel contesto di una campagna elettorale."

Si richiama, ancora, la **comunicazione interpretativa della Commissione UE relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (C-179/02 del 1° agosto 2006)** secondo la quale: "le disposizioni del trattato CE relative al mercato interno si applicano altresì agli appalti che esulano dall'ambito di applicazione delle direttive «appalti pubblici»" (quarto periodo della Introduzione). In tal senso: "le amministrazioni aggiudicatrici (4) degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità" (par. 1.1.) nonché "il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" (par. 2.2.1.).

B) Richiamati e ricostruiti i riferimenti normativi in ambito eurounitario, si ricostruisce anche la dinamica nazionale applicabile al caso in esame.

L'art. 56 (Appalti esclusi nei settori ordinari) del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici) prevede che:

"1. Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici:

h) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31:

1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali ...

2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1)";

L'art. 13 del richiamato codice dei contratti, il cui comma 2 prevede che "Le disposizioni

del codice non si applicano ai contratti esclusi” e il cui comma 5 stabilisce in ogni caso che “L’affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”;

L’art. 3 del codice dei contratti (Principio dell’accesso al mercato) a norma del quale: *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”;*

L’art. 222, comma 3, del codice dei contratti secondo cui: *“3. Nell’ambito dei poteri ad essa attribuiti, l’ANAC: a) vigila sui contratti pubblici ... nonché sui contratti esclusi dall’ambito di applicazione del codice”;*

L’art. 3, comma 1, secondo periodo, della legge n. 136 del 13 agosto 2010 (Piano straordinario contro le mafie), secondo cui: *“Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al comma 3, devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni”;*

L’art. 3, comma 5, della suddetta legge n. 136 del 2010, a norma del quale: *“Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”.*

C) Da quanto precede, discende che gli incarichi legali possono essere saltuari ed occasionali oppure continuativi ed organizzati.

Con riferimento al primo caso, secondo la legislazione italiana richiamata, si applica l’art. 13, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, che stabilisce che simili affidamenti, sebbene esclusi dagli obblighi di evidenza pubblica (ossia dalle norme sull’aggiudicazione dei contratti previsti dalle direttive europee), restano comunque soggetti al rispetto di taluni principi fondamentali ricavabili anche dal Trattato UE ossia trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione e proporzionalità (principi ricavabili dall’art. 3 del codice stesso).

È frutto di una concatenazione normativa. L’art. 56 prevede che i servizi legali, tra cui anche la rappresentanza in giudizio ad opera di un avvocato del libero foro, rientri tra i contratti “esclusi” dalla applicazione del codice.

Dunque, l’art. 13, comma 5, del codice stabilisce a sua volta che i contratti esclusi siano comunque sottoposti al rispetto dei principi, tra l’altro, di cui all’art. 3 del codice stesso.

Pertanto, tale ultimo riferimento normativo stabilisce che l’accesso al mercato degli operatori economici avvenga in ossequio ai principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza nonché proporzionalità;

Quanto precede implica e determina una serie di ulteriori adempimenti collegati tra cui:

a) la indizione di interpellì per acquisire manifestazioni di disponibilità da parte dei singoli avvocati interessati, la formazione di elenchi ristretti (c.d. *short list*) sulla base dei *curriculum* presentati e la scelta dei singoli patrocinatori in modo discrezionale e, se possibile, secondo criteri di rotazione e ferma la possibilità, in casi particolari, di disporre in via diretta l’affidamento stesso (es. consequenzialità e complementarietà degli incarichi oppure rilevante urgenza di provvedere).

Insomma, una sorta di procedura “superalleggerita” - che si accompagna a quella di cui all’art. 127 del codice (definita invece come “alleggerita”);

b) la comunicazione del codice identificativo gara onde consentire la tracciabilità dei conseguenti flussi finanziari (i pagamenti, in altre parole, dovranno essere effettuati su conti dedicati anche a più affidamenti da parte di pubbliche amministrazioni);

c) il versamento del contributo ANAC onde consentire la vigilanza, da parte di tale autorità, circa il rispetto di taluni principi di "concorrenzialità minima";

Nel caso di incarichi continuativi ed organizzati si rientra invece nel campo degli appalti di servizi in senso stretto e le modalità di affidamento sono soggette, ai sensi dell'art. 127 del suddetto codice dei contratti, ad un sistema più "alleggerito", con particolare riguardo agli oneri di pubblicazione dei relativi avvisi di partecipazione.

2. La quaestio legis – La ricostruzione della V Sezione del Consiglio di Stato.

Ricostruita la cornice normativa e le effettive applicazioni, si esaminano le contestazioni poi oggetto della pronuncia di rinvio del maggio del 2026.

A) Si contesta la impostazione del legislatore interno. Si sostiene che l'esclusione dalle regole sugli appalti, per i servizi legali saltuari, dovrebbe essere *integrale* e non *temperata* ossia limitata alle sole norme sull'aggiudicazione.

L'esclusione – pertanto – secondo questa tesi deve estendersi anche ai principi di derivazione eurounitaria i quali prevedono, come detto, il rispetto di criteri minimi di concorrenzialità. Si sostiene la esclusione integrale e non la mera procedura cd. superalleggerita. Si richiama, a sostegno di tale impianto difensivo, la sentenza della Corte di giustizia UE (causa C-264/18 del 6 giugno 2019) **secondo cui tali incarichi hanno natura fiduciaria e dunque darebbero luogo a contratti non altrimenti "comparabili" con gli altri servizi sottoposti alle direttive in materia di appalti.** La richiamata Sentenza precisa che *"Simili prestazioni di servizi fornite*

da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza" (par. 35). Ed ancora: *"Orbene, da un lato, un siffatto rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare* (par. 36) ... *Dall'altro, la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente ... potrebbe essere minacciata dall'obbligo, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni"* (par. 38). Infine: *"Ne consegue che, alla luce delle loro caratteristiche oggettive, i servizi di cui all'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva medesima. Tenuto conto di tale differenza oggettiva, è altresì senza violare il principio della parità di trattamento che il legislatore dell'Unione ha potuto, nell'ambito del suo potere discrezionale, escludere tali servizi dall'ambito di applicazione di detta direttiva"* (par. 38).

In altri termini, secondo la sentenza della sentenza Corte di Giustizia del 6 giugno 2019 in causa C-264/2018, due sono gli elementi che caratterizzano ontologicamente le prestazioni di servizi legali esclusi dall'applicabilità della normativa in materia di appalti e che collocano le stesse – quantomeno ordinariamente – al di fuori delle logiche della procedura concorsuale: **– da un lato, il rapporto *intuitu personae* tra il cliente ed il suo avvocato caratterizzato dalla fiducia che unisce il primo al secondo (punto 36); – dall'altro, "la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato", riservatezza che potrebbe essere minacciata dall'obbligo, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché**

la pubblicità che deve essere data a tali condizioni” (punto 37).

Si richiama la circostanza che tali incarichi per il loro carattere saltuario e occasionale sono riconducibili alla categoria dei contratti d’opera intellettuale e non degli appalti di servizi, con conseguente non applicabilità al regime dei suddetti servizi legali, del relativo codice dei contratti pubblici e dunque l’impossibilità di ricorrere a forme anche soltanto più attenuate di concorrenzialità per l’affidamento di simili incarichi. La libertà nella scelta del difensore e soprattutto la riservatezza **non sarebbero altrimenti coniugabili con l’esigenza di descrivere e precisare, prima di procedere all’affidamento dell’incarico, l’oggetto e la qualità dei servizi oggetto di prestazione nonché le condizioni di attribuzione dell’incarico stesso, dunque “non appaltabili”.**

La prassi legittimata dalla normativa interna, secondo la tesi dell’associazione che propone appello e che ha il merito di compulsare il Consiglio di Stato sul punto, realizza una indebita “burocratizzazione” degli incarichi legali (con conseguente violazione del divieto di *gold plating*, nozione questa con cui si indica l’eccedenza rispetto agli obblighi minimi di una direttiva UE, c.d. *over-compliance*);

B) Sulla scorta delle pregresse considerazioni, il Consiglio di Stato ha ravvisato l’opportunità che i quesiti e le criticità emerse in seno al processo debbano essere – necessariamente – sottoposte all’esame della Corte di giustizia UE in considerazione sia delle vesti di giudice di ultima istanza che il Consiglio di Stato – quale giudice di ultima istanza - ricopre ai sensi dell’art. 267 TFUE, sia degli argomenti ulteriormente proposti dalle parti e di un orientamento non ancora del tutto consolidato sul piano della giurisprudenza interna.

Tuttavia, il Giudice del Rinvio ha ritenuto – in ogni caso – definire alcune puntualizzazioni. In particolare, ha precisato che la Direttiva UE appalti 2014/24 *giustifica* ma non *impone* altresì, agli stati membri, l’esclusione di simili servizi legali dalle norme sull’evidenza

pubblica. Precisa che in ogni caso, l’art. 10 della direttiva esclude per tali servizi legali le norme sull’aggiudicazione ma non anche il rispetto di taluni principi di stretta derivazione eurounitaria (concorrenza, pubblicità, imparzialità e non discriminazione, trasparenza e proporzionalità).

Evidenza che – in tal senso - la procedura “superalleggerita” ipotizzata dal legislatore interno [indizione di interpelli per acquisire manifestazioni di disponibilità, formazione di elenchi ristretti (c.d. *short list*) sulla base dei *curriculum* presentati e scelta discrezionale secondo criteri di rotazione (ferma la possibilità, in casi particolari, di disporre in via diretta l’affidamento stesso)] **si rivelerebbe tra l’altro idonea al raggiungimento di taluni obiettivi** e segnatamente:

i) un adeguato bilanciamento tra: buon andamento della PA (sotto il profilo della spendita di denaro pubblico) e principi di concorrenza (ossia libertà di prestazione di servizi e diritto di stabilimento) da un lato; diritto di difesa (ossia di poter scegliere il proprio difensore) e fiduciarità dell’incarico legale dall’altro lato;

ii) un buon compromesso nel rapporto di sicuro non privo di una certa tensione tra esigenze di “procedimentalizzazione”, la quale potrebbe definirsi *temperata* in quanto non vengono descritti in modo analitico i passaggi ed i criteri in base ai quali affidare tali incarichi, e aspetto “fiduciario” che non viene del tutto obliterato ma resta comunque ammesso in casi di particolare evenienza come la complementarità e consequenzialità tra incarichi oppure la urgenza di provvedere;

iii) il rispetto sostanziale di quanto al riguardo stabilito nei punti 35 – 40 della sentenza della Corte di giustizia UE del 6 giugno 2019 dal momento che, con tale procedura “superalleggerita” (o, se si preferisce, “a concorrenzialità ridotta”), non vengono in alcun modo descritti e precisati, prima di procedere all’affidamento dell’incarico, l’oggetto e la qualità dei servizi oggetto di prestazione nonché le condizioni di attribuzione dell’incarico stesso: di qui la salvaguardia altresì di taluni valori, specificamente evidenziati nella richiamata

giurisprudenza eurounitaria, quali quello della più ampia discrezionalità nella scelta del difensore e della riservatezza nel rapporto tra cliente (PA) ed avvocato.

Ne consegue da quanto detto e ricostruito che i Giudici di Palazzo spada hanno ritenuto che l'ordinamento eurounitario, per i servizi legali (tutti), non sembra imporre ma neppure vietare l'osservanza di alcune procedure comparative.

Sostiene altresì che i suddetti incarichi possano essere ricompresi nella nozione di appalto di servizi, e tanto sulla base della espressa qualificazione proprio in tal senso contenuta all'art. 10 della citata direttiva appalti.

Afferma la inesistenza della violazione del divieto di *gold plating*, richiamando a sostegno la pronuncia della Corte costituzionale del 27 maggio 2020, n. 100, e il parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 855 del 1° aprile 2016, ove è stato chiarito che il suddetto divieto "ben può trovare ... un temperamento a tutela di interessi e obiettivi ritenuti ... più meritevoli, quali sono la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia, la trasparenza, una tutela rafforzata della concorrenza, la salvaguardia di valori ambientali e sociali". Ed ancora: "il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" va retamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli oneri non necessari, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive";

In questa prospettiva:

a) la comunicazione CIG, attraverso il monitoraggio dei flussi finanziari di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni, risponde a fondamentali esigenze di prevenzione da infiltrazione malavitosa nonché alla correlata necessità di garantire il buon andamento della PA (art. 97 Cost.) la quale deve poter contrarre e coltivare più in generale rapporti con soggetti che non siano coinvolti in vicende legate alla criminalità organizzata;

b) il contributo ANAC costituisce ad ogni modo il frutto di una scelta pro-concorrenziale più ampia (ma non per questo vietata) che si traduce, in concreto, nell'utilizzo di strumenti di *concorrenzialità ridotta* o *minima* attraverso interpellati, formazione di elenchi di professionisti e rotazione degli incarichi ove possibile. Da tanto discende l'esigenza di prevedere, in capo ad ANAC, una vigilanza aggiuntiva anche su tale tipologia di contratti esclusi, e ciò proprio allo scopo di evitare possibili abusi circa il ricorso all'affidamento diretto.

La Sez. V conclude che **"il meccanismo introdotto dal legislatore interno: da un lato contempli un sistema di scelta dei legali delle pubbliche amministrazioni (soprattutto locali) a procedimentalizzazione temperata, e dunque a concorrenzialità ridotta, dove i singoli professionisti sono sottoposti non ad una "gara" (con requisiti soggettivi stringenti, criteri di valutazione e modalità di presentazione delle offerte tecniche ed economiche) ma soltanto ad un mero "confronto" tra diversi curriculum; dall'altro lato, risulti concretamente idoneo ad interrompere indebite posizioni di rendita costituite in favore di pochi professionisti e, allo stesso tempo, a consentire in qualche misura l'ingresso, in tale segmento di mercato, anche di giovani professionisti e comunque di coloro che non godono di relazioni particolarmente dirette e privilegiate con il potere politico."**

Nonostante la posizione del Consiglio di Stato – anche piuttosto netta e marcata e su lunghi tratti condivisibile con riferimento quantomeno all'intenzione di estendere l'ingresso al mercato (anche forense) alle fasce più "deboli" – e primi tra tutti i giovani – lo stesso ha ritenuto che non sussistano le condizioni per applicare la c.d. "teoria dell'atto chiaro". Si intende con atto chiaro – a partire dalla nota sentenza 6 ottobre 1982 in C.283/81 (*Cilfit*) – **la circostanza in cui l'obbligo di rinvio viene meno quando l'applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata.** Alla detta statuizione, conosciuta ormai come

teoria dell'atto chiaro, ha fatto seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. lav. 25 ottobre 2002 n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000 n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav., 1 febbraio 2000 n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999 n. 4564; 9 giugno 1998 n. 5673) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, 20 ottobre 2004 n. 6884; Sez. IV, 19 giugno 2003 n. 3475; 31 maggio 2003 n. 3047; Sez. VI, 4 ottobre 2002 n. 5255; 1 aprile 2000 n.1885; Sez. V, 23 aprile 1998 n. 478) l'enucleazione di ulteriori casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa. Più precisamente si è affermato che *"i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite."* (Sez. VI, n. 6884/2004, cit).

Pertanto, il Consiglio di Stato con Ordinanza del 04.05.2026 n. 3462/2026 ha concluso per la presenza dei presupposti di cui all'art. 267 TFUE e quindi la necessità di formulare i quesiti pregiudiziali indicati nella premessa dello scritto. Non si può non notare – e dunque apprezzare – una valutazione fortemente equilibrata del Consiglio di Stato, che non lesina considerazioni chiare e definitive ma allo stesso tempo decide di affidare il goal della vittoria al Giudice europeo. Non ci resta che attendere – anche con un certo velo di intensa curiosità – la decisione della Corte di Giustizia Europea.

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 2554801**. A tal fine è indispensabile seguire il corso prevalentemente in diretta.

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

Relatore: Cons. Marcello Faviere

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

Relatore: Cons. Stefano Toschei

23 Novembre - Affidamenti diretti e procedure negoziate sotto soglia

Relatore: Avv. Pietro Fidenza e Dott. Federico Fidanza

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 Risso

19 Marzo - Sessione finale di domande e risposte

Relatore: Cons. Marcello Faviere



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

L'avvento di strumenti di automazione e d'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa e nelle procedure di gara: confini, limiti e orientamenti giurisprudenziali

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Principi connessi all'utilizzo di procedure informatiche o matematiche. I primi orientamenti giurisprudenziali

La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione è da tempo un obiettivo fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi a cittadini e imprese; in questo contesto, il Codice dell'amministrazione digitale (CAD) ha rappresentato una tappa fondamentale.

"L'obiettivo è rendere la Pubblica Amministrazione la migliore "alleata" di cittadini e imprese, con un'offerta di servizi sempre più efficienti e facilmente accessibili. Per fare ciò le procedure devono essere rese più snelle, migliorando l'accessibilità e adeguando i processi agli standard condivisi da tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea" (come affermato dal Dipartimento per la transizione digitale). Per garantire la transizione digitale del paese, gli interventi finalizzati a tale obiettivo sono stati accompagnati, tra l'altro, da iniziative di supporto per l'acquisizione e l'arricchimento delle competenze digitali nelle Pubbliche Amministrazioni.

Questo processo si è realizzato anche attraverso *"l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze, allo scopo di migliorare i servizi pubblici, i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche"* (Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 «Il ruolo dell'e-government per il futuro dell'Europa»).

La dottrina ha quindi elaborato la nozione di "e-government", ovvero l'introduzione di modelli decisionali e gestionali innovativi basati sulle tecnologie informatiche ed elettroniche. Per realizzare l'e-government e quindi attuare la digitalizzazione della PA, è auspicabile diffondere, tra l'altro, la trasparenza e l'accesso aperto alle informazioni.

L'effettiva attuazione delle misure previste dal CAD consente ai cittadini ed alle imprese, se attuate a pieno regime, risparmi di tempo per i cittadini e una sostanziale riduzione per le imprese degli oneri amministrativi legati agli adempimenti richiesti dalle norme di legge.

In questo contesto operano anche gli appalti pubblici: dal 1° gennaio 2024 ha acquisito piena efficacia la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, che prevede la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti attraverso il ricorso a piattaforme di e-procurement al fine di incoraggiare l'efficienza in termini di accelerazione delle procedure di gara e riduzione dei costi transattivi, anche in capo ai partecipanti.

La giurisprudenza si è quindi occupata di esaminare gli effetti dell'introduzione di strumenti telematici (di automazione) anche negli appalti; la medesima ha evidenziato la necessità di predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali, procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza (ad esempio in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro delle domande nelle procedure concorsuali di massa).

La giurisprudenza si è occupata di esaminare gli effetti dell'introduzione di strumenti telematici anche negli appalti, evidenziando la necessità di predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali, procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza.

Secondo i primi orientamenti giurisprudenziali le procedure informatiche applicate all'attività amministrativa rivestono una funzione puramente servente rispetto al procedimento ordinario, non è infatti ammissibile che problematiche di natura tecnica ostacolino il regolare svolgimento dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, nonché tra enti (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III bis, n. 8312/2016;

in termini, cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136; richiamate da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III bis, 8 agosto 2018, n. 8902).

L'introduzione di soluzioni automatizzate è stata così accolta dalla giurisprudenza con la considerazione che gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, non possono essere legittimamente mortificati e compressi sostituendo l'attività umana con quella impersonale, che *"poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche"* (del TAR Lazio (Sezione III Bis), n. 9230 del 10 settembre 2018).

Il canone di trasparenza, di partecipazione procedimentale e l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative (con il risultato di tutelare le garanzie processuali del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost.) impongono di valutare la corretta applicazione di strumenti automatizzati nell'iter amministrativo.

Al Giudice deve essere sempre dato modo di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimento (ai sensi dell'art. 3 della Legge 241/1990).

L'attività amministrativa resta un'opera essenzialmente umana e non robotica: la regola tecnica che governa ciascun algoritmo costituisce una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, essa conserva la sua piena valenza giuridico-amministrativa, pur esprimendosi attraverso formule matematiche.

Di conseguenza, l'adozione di strumenti digitali rimane strettamente subordinata ai principi cardine dell'azione pubblica, quali imparzialità, pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità. Come sancito dal Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 2270/2019), la Pubblica Amministrazione conserva un ruolo centrale di mediazione e composizione degli interessi ex ante, compito che impone una verifica rigorosa

della correttezza del processo automatizzato in ogni sua componente.

In sintesi, i sistemi tecnologici innovativi rappresentano meri strumenti di supporto per il perseguimento delle finalità di interesse generale.

“ La regola tecnica che governa ciascun algoritmo costituisce una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina che possiede piena valenza giuridica e amministrativa nonostante la sua declinazione in forma matematica, di conseguenza resta subordinata ai consueti principi generali dell'attività amministrativa, quali pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità. ”

Il procedimento per addivenire ad una decisione amministrativa deve sempre quindi garantire l'imparzialità, la pubblicità e la trasparenza. L'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'algoritmo applicato siano state assunte le relative determinazioni può comportare un vizio tale da inficiare la procedura. Ciò in ragione del principio costituzionale di buon andamento che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative (così, tra le tante, Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014 n. 72).

Se da un lato emerge l'opportunità di introdurre sistemi automatizzati nelle fasi antecedenti l'adozione della decisione finale, dall'altro appare prioritario garantire la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari. Nelle procedure di gara, pertanto, l'azione amministrativa deve in maniera preminente esprimere l'esigenza di certezza da garantirsi anche nel caso di utilizzo di

strumenti automatizzati. La giurisprudenza amministrativa preliminarmente ha già chiarito che l'eventuale impiego di strumenti innovativi di IA o di supporti algoritmici non può tradursi *"...in una delega integrale del potere decisionale a un sistema automatico, soprattutto nei procedimenti caratterizzati da profili valutativi o discrezionali..."*, e ciò in quanto *"...l'utilizzo di procedure algoritmiche è legittimo solo se l'amministrazione conserva un effettivo potere di controllo e di imputazione della decisione, restando esclusa l'adozione di determinazioni amministrative basate su meccanismi caratterizzati dalla mera automazione..."* (Cons. Stato, Sezione VI, n. 2270 del 8 aprile 2019).

“ L'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'algoritmo applicato siano state assunte le relative determinazioni, può comportare un vizio tale da inficiare la procedura. Ciò pone l'obbligo di rendere pienamente conoscibile e comprensibile ogni aspetto dello strumento utilizzato: dagli autori del codice al procedimento di elaborazione, fino ai criteri di priorità e alla selezione dei dati rilevanti. ”

Quanto rappresentato pone l'obbligo di rendere pienamente conoscibile e comprensibile ogni aspetto dello strumento utilizzato: dagli autori del codice al procedimento di elaborazione, fino ai criteri di priorità e alla selezione dei dati rilevanti. La regola algoritmica è quindi soggetta al pieno sindacato del giudice amministrativo: il controllo giurisdizionale sulla decisione robotizzata deve essere effettivo e analogo a quello esercitato sulle procedure tradizionali.

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa a partire dalle sentenze del Consiglio di Stato n. 2270/2019 e n. 8472/2019 – che rappresentano ulteriori importanti orientamenti giurisprudenziali con

riferimento all'applicazione degli algoritmi a supporto delle decisioni pubbliche – la gestione dell'azione amministrativa mediante procedure digitalizzate non costituisce una delega di potere alla macchina, bensì un moderno modulo organizzativo e istruttorio.

L'algoritmo, inteso come sequenza ordinata di operazioni di calcolo in grado di valutare e graduare una moltitudine di posizioni, viene così ricondotto nell'alveo dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, restando sempre subordinato alla trasparenza del codice sorgente e alla riserva di umanità della decisione finale.

È chiaro che gli strumenti adottati non possono in alcun modo derogare alle garanzie procedurali stabilite dagli articoli da 2 a 10 della , con particolare riferimento ai diritti di partecipazione, trasparenza e accesso agli atti, nonché di continuità delle attività amministrative in caso di malfunzionamento. Tale impostazione trova ormai riscontro in un consolidato orientamento sia dottrinale sia giurisprudenziale, il quale ribadisce la centralità delle tutele del privato anche a fronte dell'innovazione tecnologica.

La successiva e recente giurisprudenza ha posto in essere la nozione comune e generale di algoritmo come "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato".

“ La giurisprudenza ha progressivamente accolto l'orientamento che l'utilizzo di un sistema informatico volto alla decisione finale comporta numerosi vantaggi, tra cui la notevole riduzione dei tempi procedurali nelle operazioni ripetitive e una maggiore garanzia di imparzialità. ”

L'intelligenza artificiale invece *"contempla meccanismi di machine Learning"* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico" (Cons. Stato in sede giurisdizionale - Sezione III N. 04698/2021 REG.RIC).

L'intelligenza artificiale contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.

Secondo, poi, l'opinione dottrinale prevalente l'intervento umano potrebbe essere limitato anche solo alla fase della decisione preliminare circa l'utilizzo della procedura automatizzata. In questo scenario, l'unico vero obbligo in capo al deployer — il soggetto pubblico o privato che utilizza il sistema di intelligenza artificiale — resta quello di trasparenza. Tale dovere è sancito, ad esempio, dall'articolo 86 del Regolamento UE 2024/1689 (AI Act) e dall'articolo 30 del D.Lgs. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici). Entrambe le norme impongono infatti di fornire ai soggetti interessati spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata.

La giurisprudenza ha quindi progressivamente accolto l'orientamento, nel rispetto delle tutele evidenziate, che l'utilizzo di un sistema informatico volto alla decisione finale comporta numerosi vantaggi, tra cui la notevole riduzione dei tempi procedurali nelle operazioni ripetitive e una maggiore garanzia di imparzialità (come risulta essere confermato nella gestione degli appalti nel presente contesto).

"I vantaggi derivanti dall'utilizzo di simili strumenti sono evidenti: la notevole riduzione

della tempistica procedimentale nelle operazioni seriali o ripetitive, l'esclusione di errori dovuti a negligenza o dolo del funzionario umano, la conseguente maggiore garanzia di imparzialità della decisione automatizzata" (Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza n. 8472/2019).

In tale quadro si pone il principio di risultato che *"può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvergono obiettive ragioni che ostino al suo espletamento" ().*

2. Inquadramento normativo anche con riferimento agli appalti pubblici

Il recente regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti precedenti. Il medesimo è volto a incoraggiare lo sviluppo e l'adozione di sistemi di intelligenza artificiale (IA) sicuri e affidabili sia nel settore pubblico sia in quello privato, nel rispetto della salute e della sicurezza dei cittadini dell'Unione, garantendo i diritti fondamentali. Il regolamento stabilisce particolari norme basate al fine di tutelarne un uso corretto rispetto agli eventuali rischi.

Il Regolamento sull'intelligenza artificiale può legittimamente essere utilizzato quale parametro interpretativo evolutivo, idoneo a rafforzare l'esigenza di trasparenza, controllo umano e sindacabilità delle decisioni automatizzate, in coerenza con l'orientamento già espresso dalla giurisprudenza nazionale ed europea (T.A.R. Lazio, N. 02562/2025 REG.RIC).

Un sistema di IA è *«un sistema basato su macchina progettato per operare con diversi livelli di autonomia e che può mostrare adattabilità dopo il suo impiego e che, per*

obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input ricevuto come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo).

A livello nazionale, l'Italia ha approvato una disciplina organica specifica con la Legge n. 132/2025 costituendo il primo Paese UE con un quadro nazionale pienamente allineato all'AI Act, fondato su principi e tutele con particolare riferimento a settori applicativi specifici (sanità, PA, giustizia, scuola e sport) in coordinamento con la Governance nazionale.

La legge sull'IA mira a promuovere l'innovazione, garantendo nel contempo elevati livelli di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali, classifica i sistemi di IA in diverse categorie di rischio, tra cui quelle vietate e ad alto rischio e quelle soggette a obblighi di trasparenza.

“ Il regolamento (UE) 2024/1689 stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti precedenti ed è volto a incoraggiare lo sviluppo e l'adozione di sistemi di intelligenza artificiale (IA) sicuri e affidabili nel rispetto della salute e della sicurezza dei cittadini dell'Unione, garantendo i diritti fondamentali. ”

Negli appalti l'art. 30 del Dlgs. 36/2023 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici) prevede che al fine di migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni e dei principi in materia (in termini di conoscibilità e comprensibilità, non esclusività della decisione

algoritmica e non discriminazione algoritmica, adottando ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori).

Le disposizioni rivestono particolare rilievo in quanto si tratta di una disciplina di grande novità per l'ordinamento italiano perché, per la prima volta, sebbene nel solo settore dei contratti pubblici, sono individuati a livello normativo i principi da rispettare in caso di utilizzo di procedure automatizzate.

Si tratta di una disposizione volta a disciplinare il futuro prossimo, in quanto nell'ambito delle procedure di gara sono stati inizialmente utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, impiegati per il confronto automatico di singoli parametri quantitativi e predeterminati delle offerte.

Tuttavia, la disponibilità di grandi quantità di dati potrà consentire (circostanza che già avviene) l'addestramento di algoritmi di apprendimento automatico (machine learning) da applicare alle procedure di affidamento più complesse.

Già la legge n. 241/90 all'art. 3-bis aveva previsto *"Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati"*. (comma introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera b), legge n. 120 del 2020).

Con tali norme è stata definita la regola generale dell'utilizzo di strumenti informatici e telematici da parte delle pubbliche amministrazioni, per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.

In tale contesto si colloca il protocollo d'intesa tra il MIT, la Giustizia Amministrativa e ITACA (Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale), con l'adesione di Invitalia e IFEL in qualità di partner di progetto, al fine della condivisione, l'elaborazione e la valorizzazione, tramite tecnologie IA, della giurisprudenza amministrativa in materia di contratti pubblici.

Per quanto riguarda la disposizione introdotta con l'art. 30 del Dlgs. 36/2023 essa rappresenta un passo importante che si aggiunge al tema dell'utilizzo degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito dell'attività amministrativa. Anche Anac ha evidenziato (con) che nelle procedure di gara gli operatori economici debbano dichiarare di aver utilizzato sistemi di Intelligenza Artificiale nella predisposizione dell'offerta o se intendono utilizzarli in fase esecutiva. Tali dichiarazioni dovranno essere rese in conformità alla legge n. 132 del 23 settembre 2025 in tema di intelligenza artificiale e al Regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

La disposizione del Codice degli appalti ha recepito non soltanto i principi, che si sono da tempo affermati in ambito europeo sul tema dell'utilizzo di soluzioni di intelligenza artificiale, ma anche quelli enunciati dai giudici amministrativi come rappresentati. Le stazioni appaltanti, in sede di acquisto o sviluppo ed applicazione delle soluzioni tecnologiche: assicurano la disponibilità del codice sorgente e di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; sono consapevoli che la decisione assunta all'esito di un processo automatizzato deve considerarsi imputabile alla stazione appaltante e che il processo decisionale non deve essere lasciato interamente alla macchina.

“ Le stazioni appaltanti, in sede di acquisto o sviluppo ed applicazione delle soluzioni tecnologiche: assicurano la disponibilità del codice sorgente e di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; sono consapevoli che la decisione assunta all'esito di un processo automatizzato deve considerarsi imputabile alla stazione appaltante e che il processo decisionale non deve essere lasciato interamente alla macchina. ”

Le pubbliche amministrazioni adottano, ai sensi del comma 4 dell'art. 30 del Dlgs. 36/2023, ogni misura tecnica e organizzativa idonea a garantire, come preannunciato dalla giurisprudenza rappresentata, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e che sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici o dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale.

Il comma 5, infine, prevede un adempimento per dare trasparenza e consentire ai cittadini e agli operatori di sapere se nelle attività riferite agli appalti pubblici si utilizzano o meno soluzioni tecnologiche avanzate come individuate al comma 1 della norma, imponendo alle pubbliche amministrazioni di darne contezza sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente".

L'articolo 30 del Dlgs. 36/2023 costituisce una disposizione speciale in relazione all'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale ed il controllo umano è il presupposto dell'utilizzo di tali strumenti: *"il principio di controllo umano delle decisioni automatizzate trova solido fondamento: negli artt. 3, 24 e 97 Cost., che impongono il rispetto dei principi di uguaglianza, diritto di difesa, imparzialità, ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa; nella legge n. 241/1990, in particolare negli artt. 1 e 3, che richiedono che l'azione amministrativa sia sorretta da motivazione intelligibile e verificabile, e negli artt. 7 ss. e 22 ss., che tutelano la partecipazione procedimentale e il diritto di accesso; nel Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), che consente l'uso di strumenti informatici e automatizzati solo in quanto funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico e nel rispetto dei principi di trasparenza, responsabilità e centralità della persona"* (TAR Lazio, con la sentenza n. 1895/2026).

Da ultimo, la sentenza del TAR Marche

758/2026 evidenzia che *"Pertanto, allo stato attuale dell'arte, e a seconda della tipologia di procedimento che viene in rilievo, in alcuni casi la P.A. potrebbe garantire la c.d. riserva di umanità anche adottando solo la decisione preliminare in merito all'utilizzo di una procedura basata sull'IA (e dovendo nel prosieguo verificare solo il corretto funzionamento del sistema, oltre, come detto, a rendere le dovute spiegazioni a chiunque sia interessato).*

Come riportato l'utilizzo legittimo di strumenti di automazione classica e di moderni sistemi di intelligenza artificiale presuppone che l'Amministrazione conservi un effettivo potere di controllo e di imputazione della decisione, restando esclusa l'adozione di determinazioni amministrative basate su meccanismi caratterizzati dalla mera automazione.

“ Per quanto riguarda la disposizione introdotta con l'articolo 30 del Dlgs. 36/2023 essa rappresenta un passo importante che si aggiunge al tema dell'utilizzo degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito dell'attività amministrativa. La disposizione ha recepito non soltanto i principi, che si sono da tempo affermati in ambito europeo, ma anche quelli enunciati dai giudici amministrativi.

Esclusione non automatica da reato: casi, durata, self cleaning

di Aldo Areddu

IL
PUN
TO

Premessa

Come noto, il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. distingue, tra le cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di affidamento, quelle automatiche (enumerate all'art. 94) da quelle – artt. 95 e 98 – che passano invece per un accertamento **motivato**, da parte della stazione appaltante o del concedente nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, della sussistenza di specifiche condizioni. Tra le cause di esclusione non automatiche figura (art. 95, co. 1, lett. e) l'**illecito professionale grave** che, dimostrato con mezzi di prova adeguati, incide sulla integrità/affidabilità dell'offerente (artt. 95, co. 1, lett. e; 98, co. 2 e 6).

In particolare - ai fini che rilevano al presente contributo - ci soffermiamo sull'errore professionale desumibile da uno, tra quelli enunciati dall'art. 98, co. 3, dei seguenti "elementi":

- l'omessa denuncia all'autorità giudiziaria della persona offesa dei reati di cui agli artt. 317 e 629 c.p., aggravati ai sensi dell'art. 416-bis 1 cpv (connessione con attività mafiose);
- la contestata commissione di taluno dei reati, consumati o tentati, di cui all'art. 94, co. 1, d.lgs. n. 36/23;
- la contestata o accertata commissione di taluno dei reati consumati di cui all'art. 98, co. 3, lett. h), d.lgs. n. 36/23.

1. Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione aggravati dalla connessione mafiosa

L'art. 98, co. 3, lett. f) del d.lgs. n. 36/23 configura come causa di esclusione non automatica l'essere l'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dai surricordati articoli del codice penale, ossia **concussione** ed **estorsione**, aggravati ai sensi dell'art. 416-bis 1 cpv, ossia commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. (associazioni di tipo mafioso anche straniera), o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da quest'ultimo e, in tale veste, aver mancato di sporgere denuncia all'autorità giudiziaria.

Tale circostanza (i) deve emergere dagli **indizi** posti a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per uno dei (o entrambi i) reati anzidetti nell'anno precedente la pubblicazione del bando, e (ii) deve essere comunicata, unitamente alle generalità della persona offesa che abbia omesso la denuncia, dal procuratore della Repubblica che procede, all'**ANAC** (che ne cura la pubblicazione).

La disposizione non è una novità, in quanto già in precedenza prevista dal codice dei contratti pubblici n. 50 del 2016 (art. 80, co. 5, lett. l).

Essa mira evidentemente a colpire chi, seppur vittima di condotte prevaricatrici di pubblici agenti od estorsive, in ogni caso da collocarsi nel contesto della criminalità mafiosa, non abbia direttamente rappresentato all'ufficio giudiziario requirente i relativi fatti, che invece sono emersi comunque ed indipendentemente dall'iniziativa della persona offesa.

L'esclusione, tuttavia, non si applica nei casi previsti dall'art. 4, primo co., l. 24 novembre 1981, n. 689 (tipici della responsabilità amministrativa): l'aver commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

2. Contestata commissione dei reati di esclusione automatica

La "semplice" contestazione degli stessi reati per i quali, ove definitivamente accertati, opera l'effetto espulsivo automatico (gli stessi già elencati all'art. 80, co. 1 del previgente codice) può configurare una potenziale estromissione dalla procedura: art. 98, co. 3, lett. g).

In altre parole, le medesime fattispecie di illecito penale per le quali una condanna in giudicato (con sentenza definitiva o decreto penale non più revocabile) determina – ai sensi dell'art. 94, co. 3 del d.lgs. n. 36/23 - una rimozione "meccanica" dalla procedura selettiva, priva cioè di margini di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante/concedente, sono idonee a poter far escludere un concorrente ove siano oggetto di sola imputazione (con le precisazioni che seguiranno).

Tali fattispecie costituiranno uno degli "elementi" da cui poter "desumere" l'illecito professionale: art. 98, co. 3.

A ben vedere, la locuzione "*reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94*" potrebbe prestarsi ad una lettura diversa, tesa cioè ad ampliare il novero a tutte le corrispondenti fattispecie di **tentativo** di ciascuno dei reati menzionati nel predetto art. 94 (che, invece, quando individua anche i reati tentati, lo fa espressamente: lett. a), b) ed e).

Questa ricostruzione, tuttavia, non persuade.

Difatti, essa, da un lato, sarebbe in contrasto con i criteri di interpretazione letterale e sistematica della legge (quando il codice dei contratti pubblici intende – come anzidetto – far riferimento anche alle fattispecie tentate, usa la locuzione "consumati o tentati" tra le virgole, dunque come inciso puntuale e determinato); dall'altro, creerebbe un'asimmetria difficilmente giustificabile (e contraria al principio della più estesa partecipazione alle gare), apparendo ben più logico e coerente che la volontà del legislatore sia stata quella di anticipare la tutela negli stessi casi in cui, con condanna definitiva, si escluda *tout court*.

In definitiva, pertanto, la previsione dell'art. 98, co. 3, lett. g), nel richiamare fedelmente l'art. 94, co. 3, rimanda alle sole ipotesi di reati tentati previste da quest'ultimo.

La contestata commissione – in coerenza con questa finalità di protezione “avanzata”, che pone le due ipotesi di esclusione (automatica e no) come pienamente sovrapponibili – deve riguardare non solo l'operatore economico in sé, ma anche **i soggetti di cui all'art. 94, co. 3**, ossia:

- operatore economico, ai sensi e nei termini di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (responsabilità amministrativa da reato);
- titolare o direttore tecnico dell'impresa individuale;
- socio amministratore o direttore tecnico della società in nome collettivo;
- soci accomandatari o direttore tecnico della società in accomandita semplice;
- membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
- componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza;
- soggetti muniti di poteri di rappresentanza, direzione o controllo;
- socio unico di qualsiasi compagine;
- amministratore di fatto.

Rileva, cioè, il “**contagio**”, che riferisce l'esclusione per le fattispecie di reato non solo direttamente all'operatore economico, ma pure alle anzidette figure soggettive ulteriori.

Con specifico riferimento alla prima di esse (operatore economico oggetto dei provvedimenti di cui al **d.lgs. n. 231/01 e ss.mm.ii.**), esso, per essere escluso, deve risultare destinatario di un provvedimento definitivo di irrogazione di una delle sanzioni amministrative indicate in tale norma, che trovano causa nella commissione di uno dei reati previsti dall'art. 94, co. 1.

L'ente, pertanto, viene escluso – come da ultimo chiarito dal Consiglio di Stato, con la sent. 8 giugno 2026, n. 4594 - non in quanto destinatario diretto di una sanzione penale

(che notoriamente si infligge solo a persona fisica) ma in quanto colpito da una sanzione amministrativa da reato.

Occorre, da ultimo, chiarire cosa si intende per “*contestata commissione*”.

La definizione di “contestazione”, qui, non coincide con quella di **esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero**, che scatta con la richiesta di rinvio a giudizio (cui segue l'udienza preliminare) oppure, nei casi di reati a citazione diretta, con l'emissione del decreto di citazione a giudizio, o ancora con le richieste dei riti alternativi al dibattimento (richiesta di applicazione di pena concordata ex art. 444 c.p.p.; conduzione all'udienza dell'imputato arrestato in flagranza o citazione a giudizio dell'imputato libero, nel giudizio direttissimo; richiesta di giudizio immediato; richiesta motivata di emissione di decreto penale di condanna).

Infatti, l'art. 98, co. 6, lett. g) del codice dei contratti pubblici, nella tassativa (ex art. 95, co. 1, lett. e), secondo periodo) enunciazione dei “*mezzi di prova adeguati*” dell'errore professionale grave da illecito penale, non si limita a menzionare soltanto “*gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale*” – vale a dire, gli appena ricordati atti di formulazione dell'imputazione (che segnano anche il passaggio, per l'accusato, dello *status* da persona sottoposta ad indagini preliminari ad imputato) – ma anche gli “*eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale*” che possono intervenire già nella fase delle investigazioni, anzi costituendo quest'ultima il segmento procedimentale statisticamente più interessato dall'applicazione.

Non a caso, del resto, l'art. 96, co. 10 del codice, nel fissare – come si approfondirà nel prosieguo – la durata triennale delle cause di esclusione dell'art. 95, con decorrenza, tra l'altro, dall'emissione di eventuali misure cautelari, fa esplicito riferimento a quelle “*antecedenti all'esercizio dell'azione penale*”. Per completezza, va detto che il predetto art. 98, co. 6, lett. g) menziona anche il decreto

che dispone il giudizio di cui all'art. 429 c.p.p., che però presuppone l'intervenuta richiesta di rinvio a giudizio e la successiva determinazione, da parte del giudice per l'udienza preliminare, a valle di quest'ultima, di dare corso al dibattimento nei confronti dell'imputato.

In definitiva, pertanto, la contestazione di reati consumati o tentati di cui all'art. 94, co. 3, come richiamati dall'art. 98, co. 3, lett. g), si identifica nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, o nella emissione di provvedimenti cautelari, personali o reali, anche nella fase delle indagini preliminari, o comunque prima di tale esercizio. Si tratta, difatti, o di atti giudiziali che abbiano ritenuto la *notitia criminis* non archiviabile ed anzi meritevole di approfondimento, oppure di provvedimenti (le misure cautelari) che presuppongono o una consistenza indiziaria grave, precisa e concordante (le misure cautelari personali) o fumus di fondatezza del reato (quelle reali). Per di più, in loro presenza, si attua la cd. *discovery* delle fonti di prova (il soggetto destinatario dell'atto o del provvedimento viene reso edotto del materiale probatorio che è alla base): "ciò implica che detto materiale probatorio non è più coperto da segreto e che quindi l'operatore economico è nelle condizioni di comunicare il fatto e l'amministrazione lo possa valutare nell'ambito della propria discrezionalità" (Cons. Stato, 8 giugno 2026, n. 4594 cit.).

“ Per i reati, anche tentati, di cui all'art. 94, co. 3 del codice, la loro “contestazione” ex art. 98, co. 3, lett. g), opera al momento dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero o con l'emissione di provvedimenti cautelari, personali o reali, antecedenti a tale data. ”

3. Contestata/accertata commissione di reati specifici

La terza ed ultima macro ipotesi di “elementi” da cui è desumibile l'illecito professionale grave è quella dei singoli reati **consumati** espressamente previsti dall'art. 98, co. 3, lett. h) del codice, per i quali sussista o la sola contestazione o l'accertata commissione.

Le singole fattispecie (potenzialmente) escludenti – riproducendosi qui l'elencazione di cui al punto 2.2. delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. n. 56 del 2017 con successiva delibera consiliare n. 1008 dell'11 ottobre 2017 - sono:

1. abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.);
2. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito (artt. 216, 217, 218 e 220 r.d. 16 marzo 1942, n. 267);
3. reati tributari di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74;
4. delitti societari di cui agli artt. 2621 e ss. del codice civile;
5. delitti contro l'industria e il commercio di cui agli artt. da 513 a 517 c.p.;
6. reati urbanistici di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) e c), del t.u. edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura o ingegneria;
7. reati di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Il catalogo di questi ultimi (responsabilità amministrativa da reato) è assai vasto: oltre ad annoverare alcune delle stesse categorie “autonome” anzidette (i reati tributari e quelli societari), include - tra gli altri, per citarne i più significativi - i reati ambientali, i delitti contro la personalità individuale ed i reati di lesioni gravi e gravissime, nonché di omicidio colposo in violazione delle norme a tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro.

I “mezzi di prova adeguati” da prendere qui in considerazione sono (art. 98, co. 6, lett. h):

- la sentenza di condanna definitiva o il decreto penale non più revocabile;
- la sentenza di condanna non definitiva;
- i provvedimenti cautelari personali o reali emessi dal giudice penale.

Lo schema definitivo del testo del codice licenziato dal Consiglio di Stato nel dicembre 2022 menzionava - oltre alla sentenza, irrevocabile o no, di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (cd. patteggiamento) - anche gli atti di esercizio dell'azione penale ed il decreto che dispone il giudizio, in tal modo “allineandosi” alla precedente macro categoria dei reati di cui all'art. 94 solo contestati (di cui al precedente paragrafo).

Il testo vigente, invece, **non** li riporta.

La relazione illustrativa al codice non ha fornito spiegazione di tale esclusione.

A questo punto, si profilano due letture alternative.

La prima è che la mancata riproduzione degli atti di esercizio dell'azione penale (e del decreto che dispone il giudizio) sia soltanto espressione della volontà di non appesantire inutilmente il testo dell'art. 98, co. 6, lett. h), dandoli per implicitamente presupposti, in quanto già menzionati nella precedente lett. g).

Assistono questa interpretazione: (i) l'omogeneità del riferimento a “contestazione” alle lett. g) e h) dell'art. 98, co. 6; (ii) la circostanza che, al momento di stabilire la durata triennale di rilevanza della causa di esclusione (art. 96, co. 10), il codice individua come decorrenza temporale per tutti i reati di esclusione non automatica, proprio - oltre all'eventualità di emissione del provvedimento cautelare, personale o reale antecedente all'esercizio dell'azione penale - uno degli atti di avvio dell'azione penale di cui all'art. 407-bis, co. 1, c.p.p.

La seconda consiste in ciò: la “contestazione” di questi illeciti non coinciderebbe con l'esercizio dell'azione penale (tranne che sia stata applicata,

financo durante le indagini preliminari, una misura cautelare) ma solo con l'emissione di una sentenza di condanna non definitiva.

Questa diversità di trattamento si fonda sulla ritenuta minore gravità e rilevanza di questi illeciti rispetto a quelli dell'art. 94 (anche ribadita dal Consiglio di Stato nella sua relazione allo schema definitivo del codice, del 7 dicembre 2022), avvalorata, per di più, dal fatto che mentre per i primi si richiede la forma consumata, per i secondi è sufficiente la forma tentata.

Questa seconda lettura ci sembra preferibile, perché più coerente con il principio della massima partecipazione alle gare e con la prevista tassatività delle vicende preclusive e dei mezzi di prova adeguati ad esse.

Essa trova, tra l'altro, conforto presso il Servizio supporto giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che in risposta a quesito n. 3621 del 2025 ha chiarito come “*per stabilire se un operatore economico debba essere inquadrato nella lettera g) o h), occorre valutare: - se il reato è solo contestato (senza una condanna definitiva) con un rinvio a giudizio o un decreto penale che dispone il giudizio, l'illecito rientra nella lettera g); - se invece e vi è una condanna definitiva o un provvedimento cautelare l'illecito rientra nella lettera h)*”.

Anche qui, infine, vale quanto già rammentato a proposito delle figure soggettive cui le cause escludenti, per “contagio”, possono riferirsi.

“ **Per i reati di cui all'art. 98, co. 3, lett. h) del codice, pare preferibile la tesi per cui la loro contestazione coincide non con l'esercizio dell'azione penale ma con l'emissione di una sentenza non definitiva o di un provvedimento cautelare, personale o reale, anche di data anteriore a tale esercizio.** ”

4. La valutazione sulla "gravità" dell'illecito professionale

Non basta che ricorra almeno uno degli elementi anzidetti per addivenirsi all'accertamento motivato dell'illecito professionale da reato: occorre una valutazione, altrettanto motivata, sulla relativa gravità (art. 98, co. 3, d.lgs. n. 36/23).

Al riguardo, soccorre anzitutto il co. 4 dello stesso art. 98: i parametri sono identificati (i) nel **bene giuridico**, (ii) nell'entità della **lesione** inferta dalla condotta integrante uno degli elementi da cui inferire l'illecito e (iii) nel **tempo** trascorso dalla violazione.

Il primo è decisamente congruente con il comparto penalistico, atteso che tradizionalmente il bene giuridico è propriamente l'interesse tutelato dalla norma penale violata.

Tuttavia, questo parametro appare di scarsa valenza operativa, perché se il codice ha operato una rassegna di reati da cui poter desumere l'illecito professionale, e ciascuno di essi ha un proprio bene giuridico leso, non si vede come la stazione appaltante o il concedente possano essere concretamente guidati nell'accertamento, a meno di ipotizzare una graduazione "interna" tra i pur previsti illeciti penali (che però non pare consentita, essendo semplicemente enumerati senza scale distintive specifiche).

Il secondo ("*entità della lesione inferta dalla condotta*") appare più conducente: la formulazione ampia utilizzata consente di poter valorizzare ogni conseguenza del reato, sia in termini di modalità di aggressione dell'interesse leso dall'azione od omissione, sia – ove esistente – il detrimento, materiale o morale, procurato ad una persona offesa o ad uno o più danneggiati. In questa prospettiva, sarà opportuno, avendo a disposizione la sentenza, accertare la sussistenza di una o più **parti civili**, l'ammontare del danno o dei danni liquidato/i (o anche solo domandato/i), oppure, in caso di sola richiesta di rinvio a giudizio o di emissione di un provvedimento di natura cautelare, valutare natura, specie, mezzi, oggetto, tempo e luogo o ogni altra modalità dell'agire contestato, in

quanto abbiano riflesso sulle conseguenze della condotta.

Infine, rileva il tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a **modifiche intervenute** nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.

Si impone, dunque, di considerare non solo il lasso temporale in sé intercorso tra il fatto di reato e la domanda di partecipazione o l'offerta, ma anche eventuali alterazioni intervenute *medio tempore* nell'assetto strutturale dell'operatore (es. modifica dell'organo direttivo, azione di responsabilità intrapresa nei confronti dell'amministratore identificato come presunto reo, adozione di modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/01, etc.).

Hanno, infine, un peso significativo – co. 5 dell'art. 98 – eventuali **dichiarazioni omesse o non veritiere** rese nella stessa gara, diverse da quelle del co. 3, lett. b) (costituenti ex se autonomo elemento da cui inferire l'illecito professionale), nonché l'eventuale **impugnazione** di uno dei provvedimenti sanzionatori o giurisdizionali costituenti i mezzi adeguati di prova dell'illecito, ai sensi del co. 7 dello stesso art. 98.

Sotto questo secondo aspetto, già il solo gravame dovrebbe costituire espressione della volontà dell'offerente di reagire alla contestazione elevatagli, e dunque la sua presa di distanza da essa; inoltre, i suoi contenuti – che sarà dunque opportuno acquisire dall'operatore economico – potranno ulteriormente fornire dati ed informazioni di sicuro interesse ai fini della valutazione motivata di gravità imposta.

5. La valutazione sulla (dubbia) integrità/affidabilità dell'offerente

Anzitutto, il codice non fornisce una definizione dei due termini. "Integrità" sembra rimandare ad una valutazione, per così dire, statica dell'operatore, ossia della sua onestà, correttezza ed esenzione da influenze illecite; "affidabilità", invece, in senso dinamico, alla fiducia che una stazione appaltante può riporre nell'operato dell'offerente.

Quanto alla valutazione da compiersi da parte della stazione appaltante o del concedente, si registra una difformità nelle previsioni di riferimento del codice dei contratti pubblici vigente:

- l'art. 95, co. 1, lett. e), primo periodo, d.lgs. n. 36/23 dispone che l'illecito professionale grave (dimostrato con i tassativi mezzi adeguati già esaminati) deve essere tale *"da rendere dubbia la sua [dell'offerente, ndr.] integrità o affidabilità"*;
- l'art. 98, commi 2, lett. b) e 7, primo periodo, fanno riferimento, invece, all'"idoneità" ad "incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore".

Le differenze si muovono sui due profili che seguono:

1. grado di lesione dell'integrità/affidabilità: nella prima previsione, è sufficiente una prospettazione dubitativa; nelle seconde il criterio valutativo è più obiettivo (parlandosi di "idoneità"), e soprattutto pare imporre un livello di maggiore certezza.
2. parametri di valutazione: nell'art. 95 sono disgiunti (per cui basterebbe dubitare dell'uno o dell'altro, indifferentemente, per escludere), mentre nell'art. 98, ai fini dell'effetto espulsivo, devono ricorrere congiuntamente.

Stante tale alternatività, ed in generale incertezza regolamentativa, va preferita, delle due, la soluzione più "garantista" che esige di dover provare entrambi i parametri, perché la più coerente con i principi di concorrenzialità e massima partecipazione alle procedure selettive.

“ La valutazione di esclusione del concorrente deve fondarsi congiuntamente sulla sua integrità ed affidabilità. ”

Aggiungiamo che l'art. 96, co. 6 – che disciplina, come vedremo a breve, il cd. *self-cleaning* – stabilisce come l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni escludenti, automatiche o no, possa *"fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità"*

Se, dunque, basta dimostrare la sola affidabilità per impedire l'effetto espulsivo, i due criteri sono da ritenersi congiunti per - invece - determinare tale effetto.

6. Disapplicazione dell'esclusione o divieto di aggiudicazione

Ai sensi dell'art. 95, co. 3 del d.lgs. n. 36/23, con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 98, co. 3, lett. h) già analizzate, l'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicazione non si applica nelle seguenti evenienze (già considerate all'art. 94, co. 7 per le cause di esclusione automatica):

- a. intercorsa depenalizzazione del reato;
- b. intervenuta riabilitazione;
- c. dichiarata estinzione della eventuale pena accessoria perpetua inflitta con la condanna, ai sensi dell'art. 179, co. 7 del c.p.;
- d. dichiarata estinzione del reato dopo la condanna;
- e. revoca della condanna.

La prima ipotesi riguarda l'eventualità che l'illecito penale non sia più tale, in quanto una norma abbia del tutto abrogato la legge penale, "retrocedendola" a sanzione amministrativa pecuniaria. La depenalizzazione fa venir meno la causa di esclusione anche quando l'illecito risulti soltanto "contestato" (e non necessariamente "accertato"): difatti, ai sensi dell'art. 129, primo comma, del codice di procedura penale, il giudice, in ogni stato e grado del processo, dichiara d'ufficio con sentenza che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

La seconda attiene all'intervenuta riabilitazione del condannato in via definitiva, ai sensi e alle condizioni previste dal codice penale (artt. 178 e ss.).

La terza è una ipotesi specifica di riabilitazione, che in sé (ultimo comma dell'art. 179 c.p., aggiunto dall'art. 1, co. 1, lett. i) della l. 9 gennaio 2019, n. 3) non produce effetti sulle **pene accessorie perpetue**: esse, però, sono dichiarate estinte al decorso di un termine minimo di sette anni dalla pronuncia di riabilitazione, e nella misura in cui il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta.

La quarta concerne ogni ipotesi di estinzione del reato dichiarata a valle di una sentenza di condanna, definitiva o no. Nel primo caso, provvede il giudice dell'esecuzione (art. 676 c.p.p.); nel secondo, il giudice procedente ai sensi dell'art. 129 c.p.p. cit. Peraltro, proprio in forza di tale ultima previsione, ricorrendo una causa estintiva di qualsiasi genere tra quelle previste dagli artt. 150-170 c.p. (es. remissione di querela accettata; decorso del termine stabilito in caso di concessione della sospensione condizionale della pena etc.) il giudice che procede lo dichiarerà in ogni stato e grado del processo (ed in generale del procedimento penale, ove intercorre nelle fasi anteriori all'esercizio dell'azione penale).

La quinta ed ultima fattispecie si produce o per accoglimento di richiesta di revisione (art. 637, co. 2 c.p.p.), ovvero (art. 673 c.p.p.) per abolizione del reato, determinata (i) da abrogazione della norma incriminatrice (e dunque costituisce integrazione della prima ipotesi surricordata di depenalizzazione, che invece può operare da subito, a prescindere cioè da una condanna anche non definitiva) o (ii) da dichiarazione di illegittimità costituzionale di quest'ultima.

7. Durata

Come più volte anticipato, l'art. 96, co. 10, lett. c) stabilisce la durata della causa espulsiva non automatica, fissandola – in linea con la disciplina europea (art. 57, par. 7 della dir. n. 24/2014) – in un **triennio**, che decorre, per tutte le ipotesi di illecito professionale grave da reato, *“dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura*

penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrando tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98”.

Come si vede, nel richiamare entrambe le casistiche fin qui analizzate (contestata commissione dei reati consumati e tentati ex art. 94; contestata o accertata commissione di uno dei reati consumati ex art. 98, co. 3, lett. h), il codice prende in considerazione però, tra i rispettivi mezzi di prova adeguati, solo (i) uno degli atti di cui all'art. 407-bis c.p.p. e (ii) provvedimenti cautelari personali o reali intervenuti in fase anteriore all'esercizio dell'azione penale.

Tuttavia, come già approfondito in precedenza, quanto ai reati di cui alla lett. h) anzidetti, costituiscono mezzi di prova adeguati le condanne definitive e no, nonché i provvedimenti cautelari, ma non anche gli atti di cui all'art. 407 bis c.p.p., invece menzionati espressamente solo per i reati di cui all'art. art. 98, co. 3, lett. g) (ossia quelli del comma 1 dell'art. 94).

Questa contraddizione, resa più evidente dalla surricordata previsione di tassatività dei mezzi di prova adeguati, si risolve – come illustrato nel paragrafo 3 – preferendo la tesi secondo cui, nei reati di cui all'art. 98, co. 3, lett. h), la “contestazione” coincide con l'emissione di una sentenza di condanna non definitiva, o di un provvedimento cautelare personale o reale.

8. Self cleaning

Con riferimento a tutte le fattispecie escludenti da reato, comprese le automatiche, l'art. 96 del codice, in deroga alla regola generale – co. 1 – dell'obbligo di esclusione (al solo verificarsi delle ipotesi dell'art. 94, senza alcun margine valutativo; al verificarsi delle ipotesi dell'art. 98, co. 3, lett. g) ed h), previa adeguata motivazione su tutti gli elementi che compongono l'errore professionale grave), consente – co. 6, primo periodo – all'operatore economico di poter

provare di aver adottato **misure** sufficienti a dimostrare la propria affidabilità: se le stesse sono ritenute bastevoli e tempestivamente adottate, il medesimo non è escluso dalla procedura d'appalto (co. 6, secondo periodo). In tal caso, difatti, l'operatore economico avrà comprovato l'avvenuta adozione di misure rimediali idonee a determinare la **rottura** dei rapporti tra la società ed il soggetto indagato/imputato/condannato.

A tal fine – co. 6, terzo periodo - l'operatore economico deve dimostrare di:

- aver risarcito (o essersi impegnato a risarcire) qualunque danno causato dal reato;
- aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le autorità investigative;
- aver adottato i provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati.

Le misure adottate sono valutate – art. 96, co. 6, quarto periodo - considerando (i) la gravità del reato, (ii) le particolari circostanze di esso, e (iii) la tempestività della loro assunzione.

Quanto alla "*gravità del reato*", può ben farsi riferimento alla nozione penalistica di cui all'art. 133 del codice penale, che basa tale valutazione su tre parametri:

- le modalità dell'azione (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo e luogo, ogni altra modalità);
- la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa;
- l'intensità del dolo o il grado della colpa.

La locuzione "*particolari circostanze*" non allude tanto alle circostanze, aggravanti o attenuanti, previste dal codice Rocco (artt. 61, 62 e 62 bis c.p.), ma più in generale ad ogni elemento connotativo dell'illecito, consumato o tentato, idoneo a consentire la valutazione sull'idoneità delle misure.

In ossequio al principio del **contraddittorio**, se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico (quinto ed ultimo periodo dell'art. 96, co. 6).

I commi 3 e 4 dell'art. 96 regolano, rispettivamente, il momento del verificarsi della causa di esclusione rispetto alla data di presentazione dell'offerta:

- se la causa si è verificata prima, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante o concedente e, alternativamente, comprova di avere adottato le misure anzidette ovvero l'impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta (salvo successivamente ottemperare);
- se la causa si è verificata dopo, l'operatore economico adotta e comunica le misure.

In nessun caso – stabilisce il co. 5 - l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di *self cleaning*.

Infine, ai sensi dell'art. 96, co. 7, l'operatore economico che sia stato **escluso con sentenza definitiva** dalla partecipazione alle procedure di appalto o concessione, dunque in forza dell'applicazione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, non può avvalersi del beneficio nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

Pareri & Sentenze



TAR Sicilia Catania sez. V 29/5/2026 n. 1513

Società in house – Nomina di amministratori e sindaci

Le società con partecipazione pubblica mantengono la natura di enti di diritto privato, come ribadito dal quadro giurisprudenziale e dal Testo Unico in materia. L'identità dell'azionista pubblico e l'eventuale controllo "in house" non modificano l'autonomia soggettiva e la veste societaria. La società di capitali con partecipazione pubblica e l'ente pubblico sono soggetti giuridici distinti.

Il controllo analogo è una relazione intraorganica che riguarda la direzione dell'ente, ma non ne assorbe la soggettività giuridica. L'utilizzo del modello societario assoggetta l'ente alle regole di diritto comune e alle norme del codice civile. Nonostante la proprietà pubblica (totalitaria, maggioritaria o minoritaria), l'attività negoziale e la responsabilità patrimoniale seguono i principi del diritto privato. La configurazione di ente "in house" deriva da un'interpretazione funzionale e sostanziale del diritto comunitario, che prescinde dalle qualificazioni formali nazionali. La normativa di riferimento è stabilita dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico sulle società a partecipazione pubblica), il quale sancisce l'applicazione delle norme del codice civile e del diritto privato per tutto ciò che non è espressamente derogato dal decreto stesso.

Tale orientamento è confermato in modo costante dalla giurisprudenza di legittimità e amministrativa: La Cassazione Civile (Sez. I, n. 32465/2025) afferma l'irrilevanza della natura pubblica dell'azionista ai fini delle vicende societarie e dell'autonomia negoziale. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, n. 6616/2024 e Cons. Stato, Sez. VII, n. 6472/2025) riconosce la natura intrinsecamente privatistica della forma societaria, anche quando applicata agli affidamenti.

TAR Lazio Roma sez. V 28/5/2026 n. 9871**Contratti pubblici - Sostituzione ausiliaria**

L'estratto giurisprudenziale in questione fotografa in pieno il consolidato orientamento del Consiglio di Stato, pienamente recepito dal Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), che boccia qualsiasi automatismo espulsivo dell'impresa principale (avvalente) a causa di vicende che colpiscono la sua impresa ausiliaria.

Viene ad estrinsecarsi il c.d. principio del "divieto di contagio", il ragionamento si articola su tre capisaldi, innanzitutto la sostituibilità: 1) Qualora l'ausiliaria dovesse essere incisa da una causa di esclusione, l'operatore economico ha il diritto di essere autorizzato a sostituirla con un altro soggetto in possesso dei requisiti, come previsto dall'art. 104, comma 6 del Codice. 2) Non vi è alcun automatismo espulsivo: la stazione appaltante deve concedere all'offerente la possibilità di sanare la carenza strutturale.

Non è ammesso, dunque, il "contagio" immediato dell'offerta. 3) Valutazione discrezionale (Art. 95): Trattandosi di cause di esclusione non automatiche (quali i gravi illeciti professionali), la stazione appaltante non può procedere a esclusioni aprioristiche. È richiesto invece un giudizio complesso e tecnico sull'affidabilità dell'operatore, che di fatto salvaguarda la concorrenza e favorisce la conservazione dell'offerta.

TAR Lombardia Milano sez. I 29/5/2026 n. 2701**Revisione prezzi e rinegoziazione - Aumento CCNL in corso di gara**

Il principio espresso stabilisce la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qualvolta il rinnovo del CCNL (e la conseguente istanza di rinegoziazione) intervenga *prima* dell'aggiudicazione e persino prima della verifica di anomalia.

In questa fase, infatti, l'operatore vanta un interesse legittimo. La linea di demarcazione della giurisdizione si articola in due scenari distinti, la sopravvenienza *prima* dell'aggiudicazione (come nel caso di cui trattasi con evento del 16.02.2024) e il verificarsi dopo l'aggiudicazione, nel caso in questione la procedura di gara è ancora aperta e la stazione appaltante deve ancora individuare l'aggiudicatario sulla base delle condizioni economiche iniziali. Poiché permane l'esercizio del potere amministrativo, la controversia è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Quando il rinnovo del CCNL si verifica successivamente all'aggiudicazione definitiva (e a maggior ragione in fase di esecuzione contrattuale), il rapporto negoziale è già consolidato.

In questa ipotesi, come chiarito da Consiglio di Stato, Sez. V, n. 9468/2024, la pretesa al riequilibrio economico assume la consistenza di un diritto soggettivo patrimoniale, radicando la giurisdizione del giudice ordinario.

Consiglio di Stato sez. V 1/6/2026 n. 4353

Convenzioni Consip – Obbligo di convenzionamento delle Regioni

Il quadro normativo e giurisprudenziale delineato da tale sentenza stabilisce il principio di centralizzazione e obbligatorietà dell'approvvigionamento tramite Consip S.p.A. per le Pubbliche Amministrazioni, con particolare riferimento alle Regioni. I capisaldi di tale disciplina si articolano come segue: Art. 1, comma 449, Legge n. 296/2006, impone l'obbligo di approvvigionamento tramite le convenzioni messe a disposizione da Consip per le categorie merceologiche dell'energia elettrica, del gas, dei carburanti (rete ed extra-rete) e dei combustibili per riscaldamento.

L'art. 1, comma 7, D.L. n. 95/2012 stabilisce le sanzioni e le responsabilità per l'elusione di detti obblighi (nullità dei contratti stipulati in violazione e profili di responsabilità amministrativa/danno erariale). L'Art. 9, comma 3, D.L. n. 66/2014 estende gli obblighi di centralizzazione degli acquisti e di utilizzo delle convenzioni quadro d.P.C.M. 11 luglio 2018 (sub n. 19).

Ricomprende formalmente i servizi di manutenzione di immobili e impianti tra quelli per cui vige l'obbligo di riferimento a Consip. La possibilità di derogare agli accordi quadro attivi è strettamente limitata. Ricorrere ad altri canali di approvvigionamento è illegittimo, a meno che non sussistano elementi talmente differenziali da rendere la prestazione non comparabile o sostanzialmente difforme da quella offerta dal fornitore convenzionato. L'aggiunta di servizi ancillari o accessori (come il call center, la reperibilità, l'anagrafe tecnica o la certificazione energetica) non giustifica lo scostamento dal vincolo di convenzionamento, non alterando la natura qualitativa dell'affidamento principale.

TAR Marche Ancona sez. I 1/6/2026 n. 758

Intelligenza artificiale a supporto del RUP - Gravi illeciti professionali

La stazione appaltante deve valutare l'affidabilità dei concorrenti basandosi su fatti pregressi, come le risoluzioni contrattuali, senza dirimere il merito delle controversie civili. L'impugnazione delle risoluzioni o le transazioni non impediscono tale valutazione discrezionale, essendo sufficiente il ragionevole dubbio sull'integrità dell'operatore, specialmente in presenza di risoluzioni multiple.

E' stato precisato che il compito del giudice non è quello di stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse questo Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie), ma è di valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione, ai fini dell'esclusione dalla gara, come si è detto, è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10438). Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della 'non pretestuosità' della valutazione degli elementi di fatto compiuta dall'amministrazione e non può in alcun modo pervenire ad evidenziare una mera 'non condivisibilità' della valutazione stessa.

TAR Lombardia Milano sez. IV 4/6/2026 n. 2855**Costo della manodopera - Soccorso istruttorio processuale - Oneri della sicurezza**

La sentenza in esame ricalca i capisaldi della giurisprudenza amministrativa in materia di verifica di congruità dell'offerta (anomalia). Generalmente, occorre evidenziare che l'onere della prova spetta all'operatore economico, infatti è l'operatore economico che impugna l'aggiudicazione a dover dimostrare che la valutazione di non anomalia dell'amministrazione è manifestamente errata o irragionevole. Il giudizio sulla congruità è un apprezzamento tecnico-discrezionale. Il giudice può sindacarlo solo in presenza di errori macroscopici o di una palese inattendibilità complessiva dell'offerta. Nel settore delle pulizie ospedaliere, la giurisprudenza riconosce pacificamente che la formazione del personale avviene per lo più "sul campo" ovvero la c.d. formazione on the job, non richiedendo necessariamente corsi specifici pregressi o formalizzati nell'offerta.

Chiarire come avvenuto nel caso di specie, nel corso della procedura, che la formazione sarà eseguita "on the job", non è una modifica dell'offerta, ma una specificazione ammissibile che non viola la par condicio tra i concorrenti. La giurisprudenza amministrativa ammette invero il soccorso istruttorio processuale quando il giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione, durante il procedimento.

La giurisprudenza amministrativa ritiene siffatta verifica (inerente il caso in esame) non violi il principio di par condicio tra i concorrenti, in quanto l'istituto mira ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022 n. 7145; 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826; Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

TAR Lazio Roma sez. I bis 10/6/2026 n. 10691**Gare telematiche - Malfunzionamento piattaforma telematica**

Si ritorna su una problematica sempre rilevante e di carattere pratico, infatti anche la sentenza 10 giugno 2026, n. 10691 del TAR Lazio, Roma (Sez. I-bis) ha chiarito che, in caso di mancato invio dell'offerta entro i termini di scadenza, la rimessione in termini è subordinata alla prova rigorosa del malfunzionamento del sistema telematico, analizzabile tramite i log di sistema.

I principi chiave stabiliti dalla pronuncia in tema di gare telematiche e malfunzionamento della piattaforma includono innanzitutto il valore probatorio dei log di sistema: L'istruttoria tecnica basata sull'analisi dei log è decisiva. Se dai registri informatici risulta che l'invio non è mai stato completato, l'operatore non può essere rimesso in termini, anche se il caricamento era iniziato. Successivamente viene sempre richiamato il Principio di autoresponsabilità: L'operatore economico è responsabile della trasmissione tempestiva. Il caricamento della documentazione costituisce un'obbligazione di risultato e deve avvenire con debito anticipo rispetto alla scadenza per evitare problemi di congestione di rete. Per quanto riguarda l'onere della prova, l'onere di dimostrare che l'invio è fallito per un'oggettiva anomalia tecnica del portale ricade sull'operatore economico, il quale deve dimostrare la non imputabilità del ritardo.

Parere MIT 21 aprile 2026, n. 4172**Quali sono gli adempimenti della stazione appaltante qualificata**

Il Parere del MIT n. 4172 del 21/04/2026 chiarisce le responsabilità nei casi in cui un ente non qualificato deleghi la gara a una stazione appaltante qualificata. L'ente delegato deve gestire interamente la procedura, condurre le verifiche di congruità ed è responsabile di tutti gli atti fondamentali, compresi i requisiti di gara.

Il Parere stabilisce quali siano i paletti per la gestione del procedimento, nonché quali siano le responsabilità. Innanzitutto il soggetto qualificato cura l'intera procedura di gara, compresa la verifica dei requisiti degli operatori economici e della congruità della manodopera. Gli atti fondamentali, caratterizzanti e decisorio del procedimento di gara sono di competenza esclusiva del soggetto qualificato, il quale se ne assume la piena responsabilità.

E' necessaria la nomina del RUP e vi deve essere coordinamento tra gli stessi, quindi vi è una doppia nomina: Ai sensi dell'art. 62, comma 13 del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante delegata deve nominare un proprio RUP per la frazione di attività oggetto di delega. Il RUP dell'ente delegato (soggetto qualificato) deve coordinarsi con il responsabile del procedimento nominato dall'ente delegante (ente non qualificato) per le attività di specifica competenza di quest'ultimo.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere Precontenzioso Anac n. 193 del 25/05/2026
UPREC/PREC/171/2026/S****Clausole sociali, progetto di assorbimento del personale, soccorso istruttorio.**

Nel Parere di Precontenzioso n. 193 del 25 maggio, l'ANAC ha chiarito che l'esclusione di un'impresa per un progetto di assorbimento (clausola sociale) ritenuto incompleto è illegittima. Il soccorso istruttorio è applicabile se l'offerente accetta gli impegni di stabilità occupazionale e il progetto non è un criterio di valutazione. La pronuncia dell'Autorità Anticorruzione ha delineato confini precisi sugli istituti del Codice Appalti (D.Lgs. 36/2023). L'omissione o la carenza del progetto di assorbimento è sanabile tramite soccorso istruttorio (artt. 101 e 102 del D.Lgs. 36/2023) se l'impresa ha manifestato una generica accettazione degli impegni di stabilità occupazionale.

Vi sono però dei limiti al Soccorso, infatti l'integrazione documentale è ammessa solo se il progetto di riassorbimento non è stato inserito nel bando come elemento premiale o criterio di valutazione dell'offerta tecnica (poiché in tal caso inciderebbe sulla "par condicio" e sulla discrezionalità valutativa).

Le clausole sociali (Art. 57) costituiscono una componente essenziale dell'offerta per garantire i livelli occupazionali, ma non possono essere utilizzate dalle Stazioni Appaltanti come vincolo rigido ed escludente per vizi puramente formali, purché vi sia l'impegno sostanziale al rispetto della stabilità lavorativa.

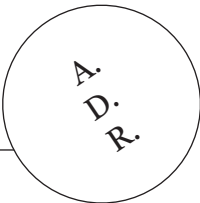
Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere Precontenzioso Anac n. 195 del 25/05/2026
UPREC-PRE-0183-2026-S-PREC - FASC. 2026-002734****Concessione Servizi, criteri di selezione offerta, soglia di sbarramento**

Il Parere di precontenzioso ANAC n. 195 del 25 maggio 2026 riguarda una procedura aperta del Ministero della Difesa (Maricommi Taranto) per l'affidamento di un appalto di servizi/concessione. Nello specifico, il parere ha chiarito i limiti di legittimità delle stazioni appaltanti nell'imporre una soglia di sbarramento per l'ammissione dell'offerta economica.

Viene ribadito un principio di diritto: "Nei contratti misti e nelle concessioni di servizi, qualora venga applicato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), la stazione appaltante deve stabilire un punteggio minimo (la cosiddetta soglia di sbarramento) da raggiungere nell'offerta tecnica per poter accedere alla valutazione dell'offerta economica.

Tuttavia, il parere ribadisce che è legittimo prevedere l'esclusione automatica dalla gara per i concorrenti che non raggiungono tale soglia di sbarramento nell'offerta tecnica, trattasi pertanto di un meccanismo legittimo e inoltre viene tutelata la concorrenza (Art. 107 d.lgs. 36/2023). L'applicazione della soglia non deve risultare sproporzionata o arbitraria rispetto all'oggetto dell'affidamento e deve essere indicata in modo chiaro e inequivocabile nella *lex specialis* di gara (bando o disciplinare), affinché gli operatori economici possano valutare l'effettiva convenienza della partecipazione.

A Domanda Rispondiamo

A. D. R.

1

Il principio di rotazione si applica ai settori speciali?

Per i settori speciali si applica il Libro III del Codice e l'art. 141 individua espressamente quali disposizioni degli altri Libri si applicano anche a tali settori. In tale elenco non è richiamato l'art. 49, che disciplina il principio di rotazione per i contratti sottosoglia nei settori ordinari. L'art. 153, inoltre, per le procedure di scelta del contraente nei settori speciali richiama alcune norme delle procedure ordinarie, ma anche qui non richiama l'art. 49 né l'art. 50.

Ne consegue che nei settori speciali il principio di rotazione ex art. 49 D.Lgs. 36/2023 non si applica automaticamente come regola puntuale.

Restano in ogni caso applicabili i principi generali del Codice, tra cui risultato, fiducia, accesso al mercato, concorrenza, imparzialità, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità pertanto, se si riaffida al gestore uscente, resta necessario motivare bene la scelta.

2

Se il contraente uscente è stato individuato con una procedura ad evidenza è derogabile il principio di rotazione nel secondo affidamento e quindi è possibile procedere con un affidamento diretto nei suoi confronti?

Il principio di rotazione non si applica alle procedure aperte o, per le negoziate ex art. 50, comma 1, lett. c), d), e), quando l'indagine di mercato sia senza limiti al numero di operatori da invitare.

Ma questa esclusione riguarda la procedura concorrenziale/aperta e non trasforma automaticamente il successivo affidamento diretto allo stesso uscente in scelta libera da motivazione.

Pertanto, è possibile affidare allo stesso operatore solo se ricorre una delle seguenti condizioni di sicurezza:

- importo inferiore a 5.000 euro, per cui è ammessa la deroga alla rotazione;
- prestazione realmente diversa, nonostante il CPV;
- diversa fascia economica, ma solo se la stazione appaltante ha previamente regolamentato le fasce ex art. 49, comma 3;
- deroga motivata ex art. 49, comma 4, con riferimento a struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto e convenienza/adequatezza dell'offerta. ANAC evidenzia la necessità della contemporanea sussistenza di questi presupposti.

3

Quando una stazione appaltante non qualificata si rivolge, per una gara, ad una stazione appaltante qualificata (mediante apposita Convenzione) quali sono gli adempimenti a cui è tenuta la stazione appaltante qualificata?

Il MIT con parere n. 3869 del 2025 ha precisato che "la stazione appaltante che svolge procedure di gara in delega e per conto di altre stazioni appaltanti, in applicazione dell'articolo 62, comma 13, del Codice deve, nominare un proprio RUP che assume i compiti specifici relativi alla frazione di attività oggetto di delega, il quale dovrà coordinarsi con il responsabile del procedimento dell'ente delegante nominato per le attività di competenza di tale ultimo ente".

L'ANAC, di recente con faq A7 ha sottolineato come "il soggetto qualificato deve condurre l'intero procedimento di gara (art. 62 co. 5, 6 e 7, nonché art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023) e quindi adottare tutti i relativi provvedimenti ed assumerne la relativa responsabilità (art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023).

Ne consegue che, gli atti e provvedimenti fondamentali e caratterizzanti il procedimento di gara devono essere adottati dal soggetto qualificato".

4

Il concorrente può nominare l'affidatario uscente quale subappaltatore?

Il principio di rotazione impedisce, salvo deroghe motivate, il nuovo affidamento diretto o la nuova aggiudicazione al contraente uscente, ma non vieta automaticamente che lo stesso soggetto sia scelto dal nuovo appaltatore come subappaltatore.

ANAC chiarisce che l'art. 49 si riferisce al contraente uscente che ha conseguito il precedente affidamento; il MIT, con parere n. 3261 del 30 gennaio 2025, ha poi precisato che la stazione appaltante non può sindacare la scelta del subappaltatore oltre i limiti dell'art. 119, e che nell'art. 119 non vi è un divieto per il subappaltatore già precedente appaltatore della stessa stazione appaltante.

Quindi, l'Operatore Economico uscente può avere affidati parte dei servizi in subappalto, a condizione che:

1. il subappalto sia stato indicato dall'affidatario nei modi previsti dalla gara/offerta;
2. sia richiesta e rilasciata l'autorizzazione al subappalto;
3. l'OE uscente/subappaltatore possieda i requisiti necessari per la parte di servizio da eseguire e non abbia cause di esclusione;
4. il subappalto riguardi solo parte delle prestazioni, perché l'art. 119 vieta l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni appaltate e, per i contratti ad alta intensità di manodopera, anche la prevalente esecuzione da parte di terzi;
5. il subappalto sia reale e parziale non come modo per far continuare l'uscente a gestire sostanzialmente lo stesso servizio.

5

Il quinto d'obbligo va sempre incluso nel valore dell'appalto, anche quando serve solo a recuperare il ribasso d'asta?

Se il quinto d'obbligo è previsto nei documenti di gara, la Stazione Appaltante è tenuta a quantificarlo e a includerne il valore nel calcolo dell'importo stimato ai sensi dell'art. 14, comma 4. Non è una scelta discrezionale e non dipende da come si pensa che il contratto verrà eseguito.

Il valore dell'appalto non si costruisce guardando a ciò che accadrà in fase esecutiva, ma a come il contratto è stato strutturato fin dall'inizio. E in quella struttura rientrano anche le opzioni, compreso il quinto d'obbligo.

Da qui discende una conseguenza operativa chiara. Anche quando l'opzione è pensata solo per il recupero del ribasso d'asta e non comporta, in prospettiva, un aumento dell'importo effettivamente pagabile, resta comunque una componente del contratto e, come tale, deve essere considerata nel valore stimato.

In definitiva il MIT con parere n. 4072/2026, conferma che "l'importo stimato dell'appalto deve rappresentare il valore massimo potenziale del contratto così come definito nella *lex specialis* quindi, non su quanto si spenderà davvero, ma su quanto il contratto consente di spendere. Ed è su questo valore che si costruisce, fin dall'inizio, l'equilibrio della gara.

6

In presenza di lavori aggiuntivi nell'ambito di un contratto a corpo come si determina il compenso aggiuntivo per l'appaltatore? A corpo oppure a misura?

La questione, assume rilevanza nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, facendo leva sulla natura delle due tipologie di appalto, nell'appalto "a misura", il corrispettivo può variare in più o in meno rispetto all'ammontare pattuito a seconda delle quantità di lavoro eseguito. Nell'appalto "a corpo" il prezzo convenuto rimane fisso ed invariabile in quanto riferito all'opera considerata globalmente, senza che nessuna delle parti contraenti possa pretendere una modifica del prezzo convenuto, in base alle quantità delle lavorazioni effettivamente eseguite.

La sentenza della Cassazione Civile, sez. I, 7 giugno 2012, n. 9246 ha chiarito che "i lavori in variante possono essere disposti esclusivamente per le opere in più o in meno rispetto alle previsioni di progetto, con la conseguenza che la perizia di variante non deve rielaborare le quantità dei lavori non interessanti le variazioni supplementari o riduttive, anche se le quantità originarie, previste nei computi metrici del progetto, sono di valore differente rispetto alle quantità risultanti in fase di esecuzione".

Nel caso esaminato, quindi, i lavori aggiuntivi potevano, essere compensati a misura esclusivamente per le opere in più o in meno rispetto alle previsioni di progetto.

L'eventuale perizia predisposta dall'ente, calcolata rielaborando unicamente, le quantità dei lavori interessanti le variazioni supplementari o riduttive rispetto al corpo progettuale.

7

Il diritto alla liquidazione degli incentivi tecnici permane in caso di approvazione tardiva del regolamento interno? Si riconosce agli affidamenti in house?

La Corte dei conti del Friuli Venezia Giulia, con la deliberazione n. 14 del 30 marzo 2026, ha chiarito che il termine di trenta giorni previsto dall'articolo 45 del Codice non ha natura perentoria per cui la sua inosservanza non comporta automaticamente la perdita del diritto agli incentivi da parte dei dipendenti.

Secondo i giudici contabili, l'amministrazione può approvare successivamente la disciplina di riparto, purché sussistano alcune condizioni precise:

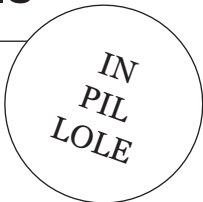
- le risorse devono essere state preventivamente accantonate;
- gli importi devono risultare inseriti nel quadro economico dell'intervento;
- le procedure devono essere state avviate sotto la disciplina vigente.

Ne consegue che gli incentivi per funzioni tecniche viene attribuita natura retributiva. Il diritto del lavoratore nasce nel momento in cui vengono concretamente svolte le attività tecniche previste dalla legge e non dal momento in cui viene adottato l'atto, avente lo scopo di definire le modalità di distribuzione delle somme ma non crea il diritto stesso.

In merito alla posizione delle società in house providing, nella deliberazione si legge che condividendo quanto già evidenziato dalla Sezione regionale di controllo della Puglia con la Deliberazione n. 175/2025/PAR, "la disciplina degli incentivi tecnici prevista dall'art. 45 del d. lgs. 36/2023 non trova applicazione per gli affidamenti posti in essere, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del d. lgs. 36/2023, dalle pubbliche amministrazioni appaltanti nei confronti delle società in house in cui detengono partecipazioni in considerazione dell'assenza di una relazione intersoggettiva sostanziale tra ente controllante e società controllata".

"In linea con tale ricostruzione si pongono anche i pareri funzione consultiva n. 36 del 3 luglio 2024 e n. 9 dell'11 marzo 2025 dell'ANAC a tenore dei quali "sebbene la previsione dell'art. 45 sia riferita alle "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture" quindi dotata di maggiore portata applicativa rispetto all'art. 113 del previgente 24 d.lgs 50/2016 che circoscriveva la corresponsione di incentivi solo in caso di "gara" (cfr. parere Funz. Consultiva 54/2023) – per effetto della descritta peculiarità degli affidamenti in house, non sia possibile riconoscere gli incentivi de quibus, stante il rapporto di immedesimazione organica rispetto all'ente dante causa e la conseguente assenza di terzietà della società in house")."

Offerta Tecnica e Localizzazione Territoriale



IN
PIL
LOLE

La questione sulla quale si sono dovuti pronunciare i Giudici del TAR Catania (TAR Sicilia, Catania, sentenza 21 aprile 2026, n.1153), è sorta in conseguenza di una procedura di gara indetta da una Amministrazione Comunale per l'affidamento del servizio di asilo nido e spazio giochi.

Un concorrente aveva contestato i risultati della gara, ritenendo che fosse da considerare discriminatoria la clausola territoriale inserita in atti; la S.A. controbatteva asserendo che le clausole territoriali sono da ritenersi illegittime se presentate come requisiti di partecipazione, al contrario sono legittime se previste come criteri premiali da applicare in modo proporzionato e non discriminatorio.

La posizione del Comune è stata ritenuta fondata ed in linea con il diritto europeo e la giurisprudenza amministrativa. Le clausole territoriali sono illegittime se usate come requisiti di partecipazione (poiché discriminatorie),

ma sono pienamente ammissibili come criteri premiali dell'offerta tecnica.

La distinzione si articola esattamente così:

a) Requisiti di partecipazione: avanzare negli atti di gara come richiesta la sede legale/operativa nel territorio comunale per poter partecipare è illegittimo, viola i principi di libera concorrenza, di non discriminazione e parità di trattamento, tagliando fuori gli operatori esterni.

b) Criteri premiali: attribuire un punteggio aggiuntivo a chi offre una vicinanza territoriale, garantendo così una gestione più efficiente, celere e di prossimità (es. interventi rapidi, conoscenza del contesto sociale), è invece legittimo.

La normativa attuale (art. 108, comma 7, del D. Lgs. 36/2023) e i recenti orientamenti dell'Anac (Autorità Nazionale Anticorruzione) e del Consiglio di Stato confermano che la prossimità territoriale può essere valutata, ma non deve mai trasformarsi in una barriera d'accesso e il punteggio deve essere proporzionato.

La sentenza del TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 21 aprile 2026, n. 1153 conferma, pertanto, un orientamento consolidato in tema di appalti pubblici e clausole territoriali, distinguendo nettamente tra criteri premiali e requisiti di partecipazione.

È infatti legittimo valorizzare, mediante un punteggio aggiuntivo nell'offerta tecnica, la localizzazione territoriale degli operatori economici, purché ciò sia funzionale a garantire una gestione più efficiente delle prestazioni (es. riduzione tempi di intervento, maggiore logistica).

Sarebbe al contrario illegittimo pretendere il possesso della sede (o di specifiche unità locali) nel territorio limitrofo come requisito per la partecipazione alla gara, poiché tale pretesa viola i principi di concorrenza, libera circolazione dei servizi e non discriminazione, la finalità che si persegue è quella che la clausola territoriale non deve essere un ostacolo all'accesso, ma un elemento di qualità dell'offerta (prossimità logistica).

Il Collegio del TAR Catania si è quindi riportato a dei principi acclarati ed espressi, in materia, da consolidata giurisprudenza amministrativa pregressa, la quale ammette i criteri soggettivi nella valutazione dell'offerta tecnica solo negli appalti di servizi. Tale facoltà è subordinata a due limiti: devono servire a valutare la qualità dell'offerta e il relativo punteggio non deve incidere in modo determinante sul totale (Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279).

Si è ribadito quindi che è consentito esclusivamente negli appalti di servizi. I requisiti soggettivi, infatti, possono eccezionalmente premiare l'esperienza del concorrente negli appalti di servizi, solo per l'effettivo valore aggiunto sul progetto specifico e con un peso limitato sul punteggio totale. Gli elementi soggettivi (come le esperienze pregresse dell'impresa) sono legittimi solo se dimostrano in concreto la qualità dell'offerta tecnica. I punti assegnati per l'attitudine specifica dell'impresa non devono avere un peso rilevante sul punteggio complessivo, per evitare distorsioni della concorrenza.

Questi principi sono stati ribaditi, integrati e confermati anche nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 36/2023), che delinea i limiti entro cui le stazioni appaltanti possono premiare l'esperienza e la capacità tecnica degli operatori, senza violare il principio di separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione.

Le clausole di territorialità che impongono requisiti di localizzazione come vincolo di partecipazione sono illegittime, contrastando con i principi di favor participationis e par condicio. È invece legittima, previa valutazione caso per caso, la valorizzazione del territorio come criterio di esecuzione o punteggio aggiuntivo, se funzionale alle esigenze specifiche.

Sostanzialmente è vietato prescrivere che i concorrenti abbiano sede o strutture nel territorio oggetto dell'appalto per poter partecipare. Questo viola la libera concorrenza. Il criterio geografico è ammissibile se posto come requisito di esecuzione del contratto, ovvero finalizzato a garantire una prestazione più efficiente (es. pronto intervento in un'area limitata). La ragionevolezza della clausola va misurata sulla base della natura della prestazione.

Anche il Consiglio di Stato (Sez. V, 22 luglio 2021, n. 5513) ribadisce che la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione e dei pesi per l'offerta economicamente più vantaggiosa, sindacabile in sede giurisdizionale solo se manifestamente illogica o non trasparente.

Tale discrezionalità tecnica, espressa nella *lex specialis*, mira a garantire il miglior perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto della *par condicio*.

L'estratto giurisprudenziale conferma la legittimità delle clausole di territorialità nei bandi di gara. Sotto il Nuovo Codice Appalti (D. Lgs. 36/2023), le stazioni appaltanti possono attribuire un punteggio aggiuntivo agli operatori locali, purché ciò non sia discriminatorio e garantisca una maggiore qualità ed efficienza della prestazione.

Riepilogando possiamo confermare che i punti fondamentali della normativa, ovvero L'art. 108, comma 7, del D.Lgs. 36/2023 consentono di inserire nei bandi di gara criteri premiali.

L'obiettivo è favorire le piccole e medie imprese e promuovere il principio di prossimità per una gestione più efficiente delle prestazioni. La vicinanza della sede operativa dell'impresa all'ambito territoriale di riferimento diventa un elemento di valutazione tecnica dell'offerta.

Questo criterio premiale è valido solo a due condizioni: a) Deve garantire oggettivamente una più efficiente gestione del servizio (ad esempio, una migliore conoscenza del territorio o tempi di intervento ridotti). b) Deve rispettare i principi europei di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.



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!