



*Ufficio del massimario
della Giustizia amministrativa*



RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Diana Caminiti – 28 ottobre 2024

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Premessa. § 1. I principi generali. § 2. Il principio del risultato. § 2.1. In termini generali. § 2.2. Casistiche particolari. § 2.2.1 La *lex specialis* di gara e la necessità del rispetto dei criteri ambientali minimi. § 2.2.2. La sostituzione del progettista. § 2.2.3. La segretezza delle offerte. § 2.2.4. Il soccorso procedimentale. § 2.2.5. L'accertamento della non anomalia dell'offerta. § 2.2.6. L'esercizio del potere di autotutela. § 2.2.7. L'utilizzo delle piattaforme telematiche. **§ 3. Il principio della fiducia.** § 3.1. In termini generali. § 3.2. Il principio del risultato in connessione con il principio della fiducia come principi immanenti nel sistema. **§ 4. Il principio di accesso al mercato.** § 4.1. Illegittimità del divieto di incremento del quinto. § 4.2. Il partenariato pubblico come deroga del principio di accesso al mercato. § 4.3. Interazione con il principio del risultato e della fiducia. **§ 5. Il principio della buona fede e dell'affidamento.** § 5.1. Correlazione con il principio del risultato. § 5.2. L'autovincolo della *lex specialis* di gara. § 5.3. Buona fede e soccorso istruttorio. § 5.4. La responsabilità precontrattuale. § 5.4.1. Problematiche afferenti la giurisdizione. **§ 6. Il principio di auto-organizzazione amministrativa.** § 6.1. L'affidamento *in house* nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione. **§ 7. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.** § 7.1. Casistiche particolari. **§ 8. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.** § 8.1. La tassatività delle cause di esclusione nell'interpretazione giurisprudenziale. § 8.2. Il principio di massima partecipazione in connessione con il principio di accesso al mercato. **§ 9. Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.** § 9.1. Correlazione con la diversa disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016. § 9.2. Il principio di equivalenza delle tutele. **§ 10. L'ambito di applicazione del codice.** §10.1. L'equo compenso. **§ 11. Il responsabile unico del progetto.** § 11.1. Proposta di aggiudicazione ed aggiudicazione efficace. **§ 12. Il termine per la stipula del contratto.** **§ 13. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti.** **§ 13.1. Il sistema dinamico di acquisizione.** **§ 14. Accesso agli atti di gara.** § 14.1. Accesso agli atti e riservatezza. § 14.2. Profili procedimentali. § 14.3. Profili processuali. § 14.4. Accesso agli atti e termine per impugnare. **§ 15. La progettazione.** § 15.1. Il principio di continuità della progettazione. § 15.2. L'appalto integrato. § 15.3. Gli incentivi alle funzioni tecniche. § 15.4. L'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura. **§ 16. Il costo della manodopera.** § 16.1. Rapporto fra la disciplina del nuovo codice e la disciplina del codice previgente. § 16.2. L'omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza. § 16.3. Il ribasso sui costi della manodopera. § 16.4. *Lex specialis* di gara e tabelle ministeriali. **§ 17. Gli appalti sotto-soglia.** § 17.1. Appalti sotto-soglia e principio di accesso al mercato. Il principio di equivalenza. § 17.2. Il principio di rotazione. § 17.3. Le modalità di affidamento dei contratti sotto-soglia. § 17.3.1. L'affidamento diretto. § 17.4. L'esclusione delle offerte anomale. § 17.4.1 Il calcolo della soglia di anomalia delle offerte nel metodo A dell'allegato II.2. **§ 18. La suddivisione in lotti.** § 18.1. Effetti del giudicato di annullamento del bando

relativamente a taluni lotti sugli altri lotti. § 18.2. Il vincolo di partecipazione e di aggiudicazione. § 18.2.1. Estensione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione oltre l'offerente. **§ 19. Gli operatori economici.** § 19.1. I consorzi non necessari. § 19.1.1. La norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 225, tredicesimo comma. § 19.1.2. La cooptazione con riferimento ai consorzi stabili. § 19.2. I raggruppamenti temporanei di imprese. § 19.2.1. Le modalità esecutive dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei relativi partecipanti. § 19.2.2. Modifica del raggruppamento atta ad evitare l'esclusione. **§ 20. Procedure di scelta del contraente e requisiti di ammissibilità delle offerte.** § 20.1. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara. **§ 21. I chiarimenti della stazione appaltante ed il relativo termine.** **§ 22. I requisiti di ordine generale. Le cause di esclusione.** § 22.1. Le cause di esclusione automatica. Le gravi violazioni fiscali definitivamente accertate. § 22.2. Le cause di esclusione non automatica. Le gravi violazioni fiscali non definitivamente accertate. § 22.2.1 L'illecito professionale. § 22.3. Il *self-cleaning* **§ 23. I requisiti di ordine speciale.** § 23.1. Il subappalto qualificatorio per le opere scorporabili a qualificazione obbligatoria. **§ 24. Il soccorso istruttorio.** § 24.1. Le declinazioni del soccorso istruttorio. § 24.2. Il soccorso istruttorio c.d. sanate. § 24.3. L'inammissibilità del soccorso istruttorio sull'offerta. Il soccorso procedimentale. § 24.4. Il soccorso istruttorio alla luce dei principi generali. § 24.5. Il soccorso istruttorio sulla polizza fideiussoria. § 24.6. Soccorso istruttorio e requisiti di partecipazione con riferimento alle offerte presentata dai R.t.i. **§ 25. L'avvalimento.** **§ 26 la verifica di anomalia dell'offerta.** § 26.1. Il principio di invarianza della soglia di anomalia. **§ 27. La scelta di non aggiudicare la gara.** **§ 28. Il subappalto.** **§ 29 Il parere precontenzioso Anac.** **§ 30. Appalti PNRR e codice: la normativa applicabile.** **§ Conclusioni**

Premessa.

Il presente studio esamina, senza alcuna pretesa di esaustività, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei T.a.r., intervenuta su alcuni argomenti centrali, in sede di prima applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 sulla base dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 (recante delega al Governo in materia di contratti pubblici). La finalità perseguita dalla legge di delega è stata quella di adeguare la disciplina codicistica ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché di evitare l'avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione di quelle già avviate. Anche il nuovo codice si fonda, come il precedente, sulla direttiva 2014/24 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio

2014, ma considera le criticità emerse in sede giurisprudenziale, ivi compresi gli interventi della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

Come noto il progetto del nuovo codice dei contratti pubblici è stato redatto da una commissione costituita presso il Consiglio di Stato, ai sensi del quarto comma dell'art. 1 della l. n. 78 del 2022, cui hanno preso parte, oltre a consiglieri di Stato, dei T.a.r., avvocati dello Stato, consiglieri della Corte di cassazione, un consigliere della Corte dei conti, professori ed avvocati, nonché esperti tecnici.

Nella relazione al codice – la cui redazione è stata curata dalla stessa commissione – si evidenzia come si sia inteso promuovere alcuni valori chiave nel settore dei contratti pubblici, ovvero:

- “la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione;

- l’accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo “sulla carta”, perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva “fattibilità”: assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;

- la digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell’once only, ossia dell’unicità dell’invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;

- la tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei c.c.n.l. e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti)”.

In considerazione del breve lasso di tempo intercorso dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile in via generale alle procedure bandite a partire dal 1° luglio 2023, ex art. 229, secondo comma, verranno indicate anche quelle pronunce riferite a fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016 che hanno richiamato il nuovo codice o in via interpretativa oppure al fine di evidenziare le differenze di disciplina.

Verranno inoltre fatti alcuni accenni alla giurisprudenza della Corte di giustizia, posta a fondamento delle modifiche alla previgente disciplina codicistica, nonché, ove pertinenti, anche alle pronunce della Corte dei conti e della Corte di cassazione.

1. I principi generali.

Il d.lgs. n. 36 del 2023 reca, a differenza del precedente d.lgs. n. 50 del 2016, in apertura, i principi generali informativi della materia (artt. 1-12), in considerazione del rilievo, precisato nella relazione al codice, che *“rispetto alle altre fonti primarie la caratteristica di un codice è la sua tendenza a costituire un “sistema” normativo (ciò vale anche per la nuova codificazione cd. “di settore”; espressione approfondita dal parere dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 2 del 2004). Nell’ambito di tale sistema, i principi rendono intellegibile il*

disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13)”.

L'art. 4 del medesimo d.lgs. n. 36 del 2023 precisa che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 (principio del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato), per cui, nelle stesse intenzioni del legislatore, tali principi assumono valore primario anche in relazione all'interpretazione delle restanti disposizioni del codice.

2. Il principio del risultato.

L'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 codifica il principio del risultato come principio guida non solo nella fase dell'affidamento, ma anche nella fase di esecuzione del contratto, prevedendo al primo comma che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*. Detto principio è posto in stretta correlazione con la concorrenza tra gli operatori economici, in quanto volta al conseguimento del miglior risultato possibile, e con il principio della trasparenza, in quanto funzionale alla massima semplicità e celerità (secondo comma). È poi specificato, al terzo comma, che il principio del risultato costituisce, nello specifico settore dei contratti pubblici, attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità e che è posto nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Trattasi, come specificato poi nell'ultimo comma, di criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

2.1. In termini generali.

Così si è espressa, in sede di prima applicazione, la giurisprudenza sul principio del risultato:

a) anche se il “principio del risultato” è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici, tale principio era già “immanente” al sistema della c.d. amministrazione di risultato (ricodotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023). Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36 del 2023. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura ad evidenza pubblica, trattandosi di un principio considerato quale valore dominante che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive

ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale (Cons. Stato, sez. VI, n. 4996 del 2024, con richiamo a Cons. Stato sez. V, n. 1924 del 2024; sez. III, n. 286 del 2024 e 9812 del 2023);

b) il principio del risultato può concorrere, vincolando la procedura al suo buon esito, ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale, facendo transitare nell'area della legittimità giustiziabile opzioni che si pensava attenessero al merito insindacabile. (Cons. Stato, sez. VI, n. 4996 del 2024; sez. IV, n. 3985 del 2024; sez. III, n. 2886 del 2024 e 9812 del 2023);

c) il principio del risultato, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, è stato reso esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici, ma costituisce un principio già immanente nel sistema, suscettibile di trovare piena applicazione anche con riguardo alle procedure di gara anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023. (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione III, n. 2096 del 2024 e n. 478 del 2024; Cons. Stato, sez. III, n. 9812 del 2023);

d) il principio del risultato è collocato all'inizio della disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri; si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto; il principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (Cons. Stato, sez. V, n. 1924 del 2024, conferma T.a.r. per la Puglia, Bari, sez. III, n. 484 del 2023 che aveva respinto il ricorso avverso l'esclusione di un operatore che aveva inserito nel campo relativo all'offerta tecnica dati relativi all'offerta economica; il Consiglio di Stato ha evidenziato come la condotta della stazione appaltate era stata perfettamente conforme al principio del risultato, codificato soltanto dal d.lgs. n. 36 del 2023, precisando di avere utilizzato le disposizioni del nuovo codice come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti il d.lgs. n. 50 del 2016, con rinvio a Cons. Stato, sez. V, n. 5665 del 2023);

e) il principio del risultato consente di orientare l'operato delle stazioni appaltanti attraverso due criteri di indirizzo: i) il "criterio temporale" della tempestività dell'affidamento ed esecuzione del contratto, che impone alle stazioni

appaltanti il superamento delle situazioni di inerzia o di *impasse* connesse, tra l'altro, alla difficoltà di interpretazione delle disposizioni unionali e nazionali, oltre che dalle indicazioni fornite in sede pretoria, guardando al risultato attraverso l'applicazione di una regola per il caso concreto; *ii*) il "criterio qualitativo" dell'efficienza ed economicità dell'affidamento ed esecuzione del contratto, la cui applicazione deve guidare la stazione appaltante nella scelta della soluzione che consenta di addivenire all'ottimizzazione del rapporto tra il profilo tecnico-qualitativo dell'offerta e quello economico del prezzo da corrispondere (T.a.r. per Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 98 del 2024);

f) la nozione di risultato, anche alla luce del significato ad essa attribuito dal d.lgs. n. 36 del 2023, non riguarda soltanto la rapidità e la economicità, ma anche la qualità della prestazione; con la conseguenza che la migliore offerta è quella che presenta le migliori condizioni economiche, ma solo a parità di requisiti qualitativi. Il richiamo alla nozione di risultato integra i parametri di legittimità dell'azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) oltre che di astratta conformità al paradigma normativo (Cons. Stato, sez. III, n. 11322 del 2023, resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, che ha respinto l'appello presentato da parte dell'operatore nei cui confronti, in sede di verifica del possesso dei requisiti, era stata revocata l'aggiudicazione, precedentemente disposta in suo favore, della gara bandita dal comune di Torino per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica con gestione a ridotto impatto ambientale, in considerazione del rilievo che il risultato sotteso alla commessa riguardava, per precisa scelta dell'amministrazione committente, non la prestazione del servizio di ristorazione scolastica in quanto tale, ma quella relativa ad un servizio caratterizzato dalla conformità a politiche ambientali per lo sviluppo sostenibile. Il fatto che l'operatore economico non possedesse il requisito richiesto, secondo le regole relative allo stesso, ovvero la certificazione EMAS, escludeva, pertanto, che la selezione della sua offerta potesse rappresentare un risultato conforme alla tutela degli interessi sottesi alla commessa pubblica, come cristallizzati nella legge di gara, o addirittura la "migliore offerta" in un'ottica di risultato);

g) il principio del risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" e comporta che l'amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; tale obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 3738 del 2023, che ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara [per affidamento del "Servizio *full risk* per la verifica degli *standard* di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina], dell'operatore economico che non aveva adempiuto alla richiesta,

prescritta dalla legge di gara, di svolgere il sopralluogo, quale condizione per la successiva formulazione dell'offerta, costituente, ai sensi dell'articolo 10, terzo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, requisito "attinente" e "proporzionato" all'oggetto del contratto, all'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza dalla stazione appaltante. Il T.a.r. ha altresì precisato che mentre la stazione appaltante ha l'onere di chiarire nella disciplina di gara l'effettiva portata e natura dei requisiti richiesti, spetta all'operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità, quale precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza, assumere una condotta confacente alla diligenza che viene richiesta a chi riveste una determinata qualifica professionale).

2.2. Casistiche particolari.

La giurisprudenza ha applicato il principio *de quo* con riferimento a diverse problematiche, tra cui si illustrano le principali.

2.2.1. La *lex specialis* di gara e la necessità del rispetto dei criteri ambientali minimi.

Il principio del risultato in materia contrattuale:

- a) non si pone in chiave dialettica rispetto al principio di legalità, ma anzi contribuisce a far transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili;
- b) in materia interessata dall'applicazione di clausole ambientali e sociali, ha riguardo non "all'effettivo e tempestivo" svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione), ma allo svolgimento del servizio finalizzato all'effettiva (e non meramente nominale) attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi;
- c) esso ha comunque riguardo anche alla certezza e stabilità del rapporto negoziale e dei reciproci diritti ed obblighi.

Nonostante apparenti difformità testuali, la disciplina contenuta nell'art. 57, secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, si pone in relazione di continuità con il carattere c.d. *mandatory* dei criteri ambientali minimi di cui al d.lgs. n. 50 del 2016: anche in considerazione del rilievo, non solo meramente esegetico, che tale processo di successione di norme è stato segnato, *medio tempore*, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 Cost. (Cons. Stato, sez. III, n. 4701 del 2024, [con richiamo, quanto all'integrazione del principio del risultato con il principio di legalità, a Cons. Stato, sez. IV, n. 3985 del 2024 e sez. III, n. 2866 del 2024] di riforma della sentenza T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 377 del 2024. Nella fattispecie il Consiglio di Stato ha affrontato e risolto il problema relativo all'individuazione della soglia minima normativa di esigibilità della previsione dei criteri ambientali minimi all'interno della legge di gara, rilevando che occorre trovare

un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte: l'esigenza di semplificazione della *lex specialis* - e della gara stessa - per un verso, e la non meno rilevante esigenza di effettività dell'operatività dei criteri ambientali minimi nella fase di esecuzione del contratto. Alla luce dei dati normativi e dei principi richiamati, il giudice di appello ha ritenuto illegittima la legge di gara che si era limitata a rinviare alla disciplina dei criteri ambientali minimi relativi ai settori considerati, senza tuttavia declinare coerentemente tale richiamo all'interno della "documentazione di gara". Infatti, mentre il T.a.r., in primo grado, aveva ritenuto legittima la legge di gara così strutturata, facendo ricorso al principio della eterointegrazione del bando ad opera di norme imperative [così confermando la lacuna contenutistica della disciplina di gara], il Consiglio di Stato non ha condiviso tale impostazione, ritenendo che essa non consentisse un'adeguata valorizzazione dei criteri ambientali minimi).

2.2.2. La sostituzione del progettista.

Dagli artt. 96, quinto comma, 97, primo e secondo comma, e 104, sesto comma, d.lgs. n. 36 del 2023, interpretati alla luce del principio del risultato, si evince che la sostituzione del progettista indicato, sprovvisto dei requisiti generali o speciali di partecipazione, debba avvenire a iniziativa dello stesso concorrente, specie nei casi in cui la mancanza di requisiti del detto progettista sia già nota al concorrente e non derivi dai controlli effettuati dall'amministrazione, nel limite temporale generale, ultimo e inderogabile - in mancanza di indicazione di un diverso termine nella *lex specialis* di gara - costituito dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione, che non può essere per tale ragione dilazionata.

È pertanto legittima l'esclusione di un operatore economico da una gara di appalto integrato, indetta per l'affidamento congiunto della progettazione definitiva, esecutiva e della realizzazione dei lavori, che sia motivata con riferimento al fatto che, in aperto contrasto con un quanto prescritto dal bando, il medesimo operatore ha indicato, per le prestazioni di progettazione, un costituendo R.t.p. la cui capogruppo ha fatto ricorso all'avvalimento per il soddisfacimento dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dalla lettera di invito (in violazione della medesima lettera di invito, che esclude il ricorso all'avvalimento in caso di indicazione del progettista), allorquando l'operatore economico abbia richiesto di provvedere alla sostituzione del progettista indicato dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I, n. 1605 del 2024; in termini Cons. Stato, sez. V, n. 7496 del 2024, sub § 24.6 lett. a).

2.2.3. La segretezza delle offerte.

Il principio di segretezza delle offerte, posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 Cost., *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti,

postula che l'offerta economica non debba essere conosciuta nella fase di valutazione dell'offerta tecnica. Tale principio peraltro non va inteso in senso assoluto, ma in conformità con il principio del risultato. Pertanto il divieto di commistione (pur rilevando anche solo sotto il profilo potenziale) non deve essere inteso in senso meramente formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i mezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano cioè in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica, ovvero consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024, resa in relazione ad una fattispecie regolata *ratione temporis* dal d.lgs. n. 50 del 2016, sulla base del rilievo che il principio del risultato, codificato dal d.lgs. n. 36 del 2023, fosse già immanente nel sistema. La sentenza richiama, quanto alla *ratio* del principio di segretezza, la giurisprudenza in materia: Cons. Stato, sez. V, n. 5125 del 2024; n. 1785 del 2022; n. 2732 del 2020; sez. III, n. 1335 del 2019; n. 4284 del 2018; sez. V, n. 3609 del 2018; cfr. quanto alla commistione fra offerta tecnica ed economica Cons. Stato, sez. V, n. 1924 del 2024 sub § 3.2. e quanto all'inserimento nella busta amministrativa di elementi afferenti l'offerta economica, Cons. Stato, sez. V, n. 7113 del 2024, sub. § 8.1.).

2.2.4. Il soccorso procedimentale.

Il soccorso istruttorio, *sub specie* di soccorso procedimentale, deve essere conforme al principio del risultato, oggi codificato nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, ma costituente principio già immanente dell'ordinamento. Tale principio deve essere considerato come un vero criterio guida per l'azione della pubblica amministrazione nella scelta dell'operatore economico che sia più idoneo all'aggiudicazione dell'appalto. Di conseguenza il comportamento errato dell'amministrazione, che non ha permesso al medesimo operatore economico di ottenere la commessa, pur avendo lo stesso presentato la migliore offerta, è illegittimo anche sotto il profilo della violazione del sopra indicato principio. La stazione appaltante ha pertanto l'onere di ricorrere alla richiamata tipologia di soccorso in specifici casi; in particolare, nelle situazioni in cui tale onere sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni. Questi ultimi inadempimenti, che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto, devono essere afferenti alla documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici. La possibilità di sanatoria di meri errori materiali, attraverso l'indicata tipologia di soccorso, deve essere concessa indistintamente a tutti gli interessati (T.r.g.a. - Bolzano, n. 316 del 2023, che ha ritenuto illegittimo il mancato esperimento del soccorso

procedimentale nei confronti di un operatore che non aveva allegato nella busta amministrativa il nominativo di uno dei componenti la commissione per il collaudo, per contro indicato nell'offerta tecnica, con conseguente azzeramento del punteggio afferente detto requisito, peraltro in disparità di trattamento rispetto al soccorso istruttorio/procedimentale svolto in relazione ad altro operatore).

2.2.5. L'accertamento della congruità dell'offerta.

Il principio del risultato implica che il risultato che l'amministrazione deve perseguire debba essere virtuoso, assicurando il "miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"; non può ritenersi che tale "miglior rapporto" sia raggiunto nella gara ove la stazione appaltante, addivenendo alla propria decisione di aggiudicare l'appalto, abbia disatteso, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere. Tale principio dunque costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e comporta che l'amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; tale obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento. Da ciò discende l'illegittimità dell'azione amministrativa, laddove le evidenze fattuali dimostrative dei costi per lo svolgimento del servizio, avrebbero dovuto indurre l'Amministrazione a sottoporre a scrutinio di anomalia l'offerta presentata dall'aggiudicataria, risultando manifestamente illogica la scelta contraria operata in sede di gara di non procedere a tale verifica (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione III, n. 2096 del 2024, riferibile a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016).

2.2.6. L'esercizio del potere di autotutela.

La discrezionalità - che connota l'esercizio di poteri amministrativi di secondo grado - deve prioritariamente tenere conto del principio del risultato, sicché deve presumersi l'implicita esistenza di una preferenza ordinamentale per le scelte dell'amministrazione che siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, dovendosi, invece, predicare un onere motivazionale rafforzato nel caso di opzioni che possano frustare tali esigenze (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 1962 del 2024, che ha ritenuto inammissibile, oltre che infondato, il ricorso proposto da un operatore che aveva richiesto l'intervento in autotutela sulla *lex specialis* di gara, senza avere partecipato alla procedura e senza avere esplicitato il suo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura; in

termini T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 900 del 2024 che, per contro, ha ritenuto illegittimo, in assenza di idonea motivazione, il provvedimento di annullamento del progetto esecutivo posto a base della procedura di gara, accogliendo conseguentemente il ricorso proposto dall'aggiudicataria dell'appalto dei lavori).

2.2.7. L'utilizzo delle piattaforme telematiche.

Il ricorso alle modalità telematiche di gara risponde alla *ratio* di snellire e velocizzare le procedure, riducendo gli adempimenti formali, promuovendo l'interazione tra stazione appaltante e concorrenti, in un'ottica di semplificazione e leale collaborazione. È del tutto contrario alla suddetta finalità, viceversa, utilizzare piattaforme telematiche strutturate in modo tale da rendere la presentazione dell'offerta una sorta di gara ad ostacoli (Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024 che ha ritenuto, con riferimento ad una procedura indetta nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, che l'operato della stazione appaltante non fosse in linea col principio del risultato, da considerarsi principio immanente del sistema);

La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta.

È legittima l'esclusione dell'operatore che non ha correttamente utilizzato la piattaforma telematica adducendo un inesistente funzionamento del sistema (Cons. Stato, sez. V, n. 1924 del 2024).

3. Il principio della fiducia.

Il principio della fiducia è codificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale prevede che l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici (primo comma).

Il principio della fiducia è in tale contesto volto a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (secondo comma).

Pertanto è considerata quale colpa grave, ai fini della responsabilità amministrativa, la violazione delle norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive, normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto (terzo

comma).

3.1. In termini generali.

In sede di prima applicazione così si è espressa la giurisprudenza sul principio della fiducia.

Il principio della fiducia, codificato dal d.lgs. n. 36 del 2023, è finalizzato a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere le gare non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività; è un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a. ma che non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata; dovendo la stessa essere reciproca e investire, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa. (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 2096 del 2024, *sub* § 2.2.5.; T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 2959 del 2024 *sub* § 3.2. lett. d); T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 3738 del 2023, che ha ritenuto che la condotta del concorrente, escluso per non avere effettuato il sopralluogo previsto dalla *lex specialis* di gara nel termine prescritto e che solo successivamente a tale termine aveva richiesto un differimento, non fosse in linea con la fiducia riposta dalla stessa stazione appaltante e non potesse pertanto consentire l'esperimento del soccorso istruttorio *sub specie* di rimessione in termini).

3.2. Il principio del risultato in connessione con il principio della fiducia come principi immanenti nel sistema.

Il principio della fiducia è stato applicato dalla giurisprudenza in connessione con il principio del risultato, in coerenza con il dato letterale del disposto normativo, nei seguenti termini:

a) il principio del risultato e il principio della fiducia, sebbene codificati solo dal d.lgs. n. 36 del 2023, svolgendo una funzione regolatoria, devono guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara, anche in relazione a procedure di gara soggette al d.lgs. n. 50 del 2016, rendendosi funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti precluso dall'interpretazione formalistica ed escludente delle disposizioni della *lex specialis*. È pertanto legittima l'aggiudicazione del servizio

per la gestione di uno stabilimento balneare a favore dell'operatore economico che, al momento della suddetta aggiudicazione, aveva in corso di rilascio la certificazione di qualità prevista dalla *lex specialis* di gara quale requisito di esecuzione e non di partecipazione. (Cons. Stato, sez. V, n. 7875 del 2024);

b) il ritardo della stazione appaltante nella stipula del contratto e nella definizione dei progetti, relativamente ad un appalto di lavori da finanziare con il *superbonus* 110%, e la totale chiusura dalla stessa dimostrata alla ricerca di una soluzione concordata, che consentisse la realizzazione di alcuni interventi, stante la tempistica imposta *ex lege* per la fruizione del *superbonus*, non sono in linea con il principio del risultato da leggersi unitamente a quello della fiducia, dovendo detti principi, seppure codificati solo con il nuovo codice dei contratti (non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) intendersi immanenti nel sistema, non potendo la fiducia tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico alla stessa sotteso e che, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento (Cons. Stato, sez. V, n. 7571 del 2024, con richiamo, quanto ai principi del risultato e alla fiducia e alla loro applicabilità, in termini interpretativi, anche alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 a: Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024 e n. 1924 del 2024; Cons. Stato, sez. III, n. 9812 del 2023; quanto alla possibilità per l'operatore di sciogliersi dal rapporto dopo la scadenza del termine per la stipula del contratto, a: Cons. Stato, sez. V, n. 1774 del 2024; n. 5991 del 2022; sez. IV, n. 6620 del 2020; con tale sentenza si è pertanto ritenuta illegittima la revoca dell'aggiudicazione, disposta sulla base dell'indebito rifiuto dell'operatore di addivenire alla stipula del contratto anziché per venire meno della fonte del finanziamento);

c) la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo costituiscono le due declinazioni principali del principio del risultato, cui sono funzionali gli altri elementi indicati nei successivi commi: la concorrenza tra gli operatori economici, funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, e la trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nell'applicazione delle disposizioni del codice.

La declinazione del principio del risultato quale "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" si traduce nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare ed è destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

Il nuovo principio guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma

una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Il chiarimento reso dalla stazione appaltante volto ad esplicitare le specifiche tecniche della *lex specialis* di gara, in applicazione del principio di equivalenza funzionale, si pone in linea con tali coordinate normative cui deve ispirarsi l'azione amministrativa in quanto, nel delucidare la "regola del caso concreto" assicura il conseguimento del "miglior risultato" possibile all'esito di un realizzato contesto partecipativo, ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità nel segmento di mercato interessato, altrimenti preclusa dall'interpretazione formalistica ed escludente delle prescrizioni tecniche (T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 2959 del 2024);

d) il principio del risultato:

- costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea;

- costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice.

Il principio della fiducia amplia, poi, i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo. (Cons. Stato, sez. V, n. 1924 del 2024 cit. che ha ritenuto come l'operato della stazione appaltante, che aveva escluso l'appellante per avere inserito nell'offerta tecnica dati relativi all'offerta economica fosse del tutto in linea con il principio del risultato, non rinvenendosi alcun malfunzionamento della piattaforma ed avendo l'operatore richiesto chiarimenti, uscendo fuori dalla piattaforma, con semplice pec; cfr. anche Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024, *sub* § 2.2.7 lett. a) che ha ritenuto che l'eccessiva "rigidità" della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo "formalismo" con cui la stazione appaltante aveva gestito la gara, arrestata sul nascere, avessero nella sostanza frustrato i riportati principi);

e) la *ratio* che pervade il nuovo impianto codicistico in materia di contratti pubblici, erge, tra i suoi capisaldi, il principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara. Tale principio-guida amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile". Proprio il perseguimento di tale interesse pubblico costituisce il "risultato" cui deve tendere l'appalto, rappresentando, il "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale". Il risultato che l'amministrazione deve perseguire, invero, deve essere "virtuoso", risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività. In questo quadro, in presenza di una "verifica facoltativa" della congruità dell'offerta di un operatore economico in una gara sotto-soglia, va riconosciuta alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità con riguardo alla scelta di procedere, o no, alla verifica, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione, né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 478 del 2024).

4. Il principio di accesso al mercato.

Il principio *de quo* è codificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 36 del 2023 che prevede che "*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*".

Il principio *de quo*, come evidenziato nella relazione al codice, risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.

Esso è pertanto strettamente correlato ai richiamati principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

In particolare, il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione (v. considerando 3 direttiva n. 24/2014/UE).

La giurisprudenza ha applicato tale principio avendo riguardo ai diversi profili di seguito evidenziati.

4.1. Illegittimità del divieto di incremento del quinto.

Il divieto di incremento del quinto in favore della mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese, previsto dal regolamento applicativo del codice dei contratti pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207), contrasta con i principi in materia di tutela della concorrenza e apertura al mercato sancite dal diritto dell'Unione europea e va disapplicato da parte del giudice nazionale (Cons. Stato, sez. V, n. 2227 del 2024 che ha ritenuto illegittimo il divieto *de quo* per contrasto con la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022, C-642/2020, ove si afferma che *“l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.lgs. 50/2016 n.d.r.) secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*; la sentenza, pur essendo riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 e dal d.P.R. n. 207 del 2010, ha fatto applicazione, alla luce della giurisprudenza eurounitaria, posta alla base del nuovo codice dei contratti pubblici, del principio di accesso al mercato e di concorrenza; il giudice di appello ha pertanto disapplicato i limiti puramente quantitativi alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall'art. 92, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010 [nella parte in cui dispone che *“[...] per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento”*], nonché dall'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 61 del medesimo d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede *“nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”*; ha infine disapplicato la disposizione di cui all'art. 2, comma 2 dell'allegato II.12 al predetto d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui stabilisce che *“[...] la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2”*).

4.2. Il partenariato pubblico come deroga al principio di accesso al mercato.

L'art. 15 della legge n. 241 del 1990, nel disciplinare gli accordi tra pubbliche amministrazioni, risponde ad una forma di partenariato pubblico e si connota per il fatto che le amministrazioni sono titolari di un potere discrezionale di stipulare tali forme di accordi, dovendo rispettare precise condizioni per evitare di violare le regole di ricorso al mercato di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Cons. Stato, sez. IV, n. 4321 del 2024).

4.3. Interazione con il principio del risultato e della fiducia.

La modifica dei costi della manodopera – introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia – comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettivo di essere mutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti; è, pertanto, legittimo il provvedimento con il quale la p.a. appaltante ha escluso un operatore economico da una gara di appalto di servizi, secondo il criterio del prezzo più basso, che sia motivato con riferimento al fatto che il concorrente interessato, in sede di verifica di anomalia dell'offerta, ha effettuato la correzione di un errore materiale, cui ha fatto seguito una sensibile modifica del costo della manodopera, a nulla rilevando che l'offerta esclusa presenti profili di maggiore convenienza economica; né, in tal senso, possono assumere rilievo i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, non idonei a determinare un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale formatosi, in materia, sotto la vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016. Il d.lgs. n. 36 del 2023 si pone del tutto in linea con il d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo di indicare in via separata il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza. Ciò per assicurare che gli operatori economici svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi prima di formulare il proprio ribasso complessivo. Sotto altro profilo, i principi del raggiungimento dello scopo, di fiducia e di accesso al mercato devono ritenersi rivolti non solo nei confronti dell'amministrazione, ma anche degli operatori economici privati, i quali devono collaborare per il buon esito dell'affidamento. Tali principi indubbiamente portano a circoscrivere le ipotesi di esclusione dalla procedura, ma non consentono di superare il divieto di modificazione del contenuto dell'offerta, di cui il costo della manodopera costituisce parte integrante (T.a.r. per il Veneto, sez. I, n. 230 del 2024).

5. Il principio della buona fede e di tutela dell'affidamento.

L'art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023 consacra il principio della buona fede e di tutela dell'affidamento, avuto riguardo sia alla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni unite, che al modello generale stabilito dalla legge n. 241 del 1990 (art. 1, comma 2 *bis*), prescrivendo che nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (primo comma). Viene altresì tutelato il legittimo affidamento dell'operatore economico. nella fase antecedente l'aggiudicazione, al legittimo esercizio del potere e al rispetto della buona fede (secondo comma). Il terzo comma esclude peraltro l'affidamento incolpevole se

l'illegittimità della procedura di gara è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti e richiama l'elaborazione giurisprudenziale sull'interesse negativo, quale criterio risarcitorio per i danni da responsabilità precontrattuale. Il quarto comma prevede poi l'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente, condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, prevedendo la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. La giurisprudenza ha avuto modo di applicare tale principio sotto diversi profili, di seguito indicati.

5.1. Correlazione con il principio del risultato.

L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento, dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito fossero come tali insindacabili.

L'obbligo di agire secondo buona fede, previsto in linea generale dalla legge sul procedimento amministrativo e ora declinato nella contrattualistica pubblica, configura un rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione, che comporta – oltre a dei precisi doveri per l'amministrazione - anche una più marcata responsabilizzazione dei primi in seno al procedimento, il che si traduce nella individuazione della soglia di sforzo esigibile dall'operatore economico per comprendere l'interesse cui la commessa è preordinata (Cons, Stato, sez. III, n. 2866 del 2024 che ha specificato come l'applicazione al caso di specie dei richiamati principi implicava che l'“operazione amministrativa” avuta di mira dalla stazione appaltante, desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, aveva riguardo al fatto che *“Il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature”* per cui non soddisfaceva tale requisito la fornitura di apparecchiature da parte dell'aggiudicatario che, a fronte dell'apparente minor costo di acquisto, implicavano il necessario svolgimento di attività materiali e giuridiche aggiuntive: le quali, oltre ai costi relativi ai corrispettivi per l'acquisto degli ulteriori materiali necessari al funzionamento, comportavano altresì dei costi relativi ai tempi e all'impiego delle risorse umane necessarie per il compimento delle relative procedure).

È legittimo e coerente con i principi del risultato e di buona fede delle parti contrattuali, con la necessità di parità di trattamento dei partecipanti alla gara, che abbiano rispettato la *lex specialis* di gara, oltre che con la previsione dell'art. 107, primo comma, lettera a), d.lgs. n. 36 del 2023, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso un operatore economico da una gara di appalto di

forniture (nella specie, si trattava della fornitura di dispositivi medici essenziali nelle emergenze sanitarie, per cui la certezza sui tempi di consegna assumeva un valore particolare), che sia motivato con riferimento al fatto che l'operatore economico ha previsto nell'offerta presentata, tempi di consegna dei prodotti offerti ben più ampi di quelli contemplati dalla *lex specialis* (T.a.r. per la Lombardia, sez. II, n. 1105 del 2024 che ha evidenziato come l'offerta era radicalmente difforme dal modello contrattuale risultante dalla legge di gara, ex art. 107, primo comma, lettera a), d.lgs. n. 36 del 2023. L'offerta doveva pertanto reputarsi anche condizionata e pertanto inammissibile, ex art. 17, quarto comma, d.lgs. n. 36 del 2023, che impone di presentare una sola offerta, in quanto il partecipante aveva modificato in maniera unilaterale le condizioni di gara, subordinando quindi il proprio obbligo a presupposti diversi da quelli indicati dalla stazione appaltante).

5.2. L'autovincolo della *lex specialis* di gara.

La giurisprudenza, leggendo il principio della buona fede e del legittimo affidamento con la necessità di rispetto della *lex specialis* di gara, ha affermato che:

a) contrasta con i principi di buona fede e legittimo affidamento riposto dai concorrenti sulla *lex specialis* di gara, di cui all'art. 5, primo e secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, l'operato dalla stazione appaltante che abbia disposto l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, qualora in sede di chiarimenti forniti agli operatori economici concorrenti, abbia sostituito la prescrizione della legge di gara relativa al possesso di certificazione UNI EN 15359:2011, con altra concernente la diversa certificazione UNI EN 15358:2011, apportando una sostanziale e surrettizia modifica dei requisiti di partecipazione in fase di formulazione dei chiarimenti, dalla cui applicazione è derivato il provvedimento di ammissione alla procedura comparativa del concorrente, poi risultato aggiudicatario (T.a.r. per la Basilicata, sez. I, n. 438 del 2024; il T.a.r. richiamando la costante giurisprudenza in materia ha al riguardo affermato che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto, non hanno contenuto provvedimentale, non potendo costituire integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara);

b) quando l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: *i*) è impedita la successiva disapplicazione; *ii*) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni.

L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a sé medesima, in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità,

favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali.

Il rispetto dell'autovincolo è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici che fra i principi fondamentali annovera quelli dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo, ex art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Cons. Stato, sez. V, n. 4659 del 2024, resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con richiamo al nuovo codice, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione disposta a favore di un operatore che aveva fatto ricorso al subappalto nella misura del 50% dell'importo complessivo del contratto, nonostante la lettera d'invito prevedesse che potesse farsi ricorso al subappalto nella misura massima del 49,99% dell'importo complessivo del contratto relativo ad un'unica categoria).

5.3. Buona fede e soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio deve in ogni caso essere esercitato nel rispetto di altri principi che attengono ai procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione di soggetti cui assegnare contributi o contratti pubblici, quali ad esempio il principio di "*par condicio*" dei partecipanti. Questi ultimi hanno in ogni caso un onere di collaborazione con l'ente aggiudicatore, nel rispetto della buona fede che deve ispirare i rapporti fra il cittadino e l'amministrazione, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023, per cui un operatore non può pretendere che errori od omissioni anche gravi siano in qualche modo sempre "sanati" dall'amministrazione medesima (T.a.r. per la Lombardia, sez. II, n. 1795 del 2023 che ha respinto il ricorso proposto da un operatore la cui domanda per la selezione di proposte progettuali per la realizzazione di impianti di produzione di idrogeno rinnovabile in aree industriali dismesse, da finanziare nell'ambito del PNRR, non era stata giudicata ammissibile per incompletezza rispetto ai requisiti prescritti dal bando pur dopo l'esperienza del soccorso istruttorio).

5.4. La responsabilità precontrattuale.

L'art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023, come evidenziato nella relazione al codice elaborata dal Consiglio di Stato, si pone in stretta connessione con il principio della responsabilità precontrattuale, in ordine alla quale la recente giurisprudenza, con richiamo ai principi sanciti dall'Adunanza plenaria nn. 19, 20 e 21 del 2021 e n. 5 del 2018, posti a base della formulazione del disposto codicistico, ha avuto modo di affermare:

a) la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che

questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa. Nel caso in cui venga affermata la sussistenza di una responsabilità precontrattuale, il risarcimento del danno va parametrato non già all'utile che il contraente avrebbe potuto ritrarre dall'esecuzione del rapporto, ma all'interesse contrattuale negativo, che copre sia il danno emergente (ossia le spese inutilmente sostenute per dare corso alle trattative), sia il lucro cessante, da intendersi come mancato guadagno rispetto a eventuali altre occasioni di contratto che la parte allegghi di avere perduto (Cons. Stato, sez. V, n. 9298 del 2023 che ha escluso la responsabilità precontrattuale della p.a. con riferimento ad un atto di autotutela intervenuto in relazione alla prima fase del *project financing*, escludendo che il promotore potesse avere maturato un legittimo affidamento sulla conclusione del contratto, avuto riguardo anche alla riconoscibilità dell'illegittimità da cui era affetto il provvedimento di approvazione del progetto, in quanto in variante allo strumento urbanistico e pertanto di competenza del consiglio comunale e non della giunta);

b) la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione può sussistere anche nel caso in cui sia stata revocata legittimamente una gara, alla luce dell'entrata in vigore di una norma in materia di contenimento della spesa pubblica. Infatti un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza può concretizzarsi nel momento in cui il soggetto pubblico, accortosi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione, non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti. In tal modo lo stesso ha prolungato inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle *chances* di conseguire l'appalto. Al tempo stesso le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi (Cons. Stato, sez. V, n. 8273 del 2023 che ha ritenuto sussistente la responsabilità del comune di Roma in relazione ad una revoca di una procedura di gara per motivi di carattere finanziario per non avere il comune reso edotto l'aggiudicatario della sussistenza di tale problematica, in violazione dell'art. 1338 c.c.);

c) il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (da ultimo, recepito nell'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36 del 2023), già secondo l'elaborazione compiuta da Cons. Stato, Ad. plen., n. 5 del 2018, comporta che nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può fare nascere una responsabilità da

comportamento scorretto, incidente sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze derivanti dall'altrui scorrettezza;

d) la responsabilità precontrattuale richiede non solo la buona fede soggettiva del privato, ma anche gli ulteriori seguenti presupposti: *i)* che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà; *ii)* che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; *iii)* che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (e cioè le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia il nesso eziologico tra il danno e il comportamento scorretto che si imputa all'amministrazione. Tale responsabilità è in funzione del comportamento scorretto e non già dell'illegittimità provvedimentoale e prescinde dall'esigenza stessa di impugnare il provvedimento (nel caso di specie, di revoca dell'aggiudicazione); è pertanto ammissibile il ricorso per il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale anche allorquando non sia stata impugnato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, n. 7574 del 2024, di riforma della sentenza del T.a.r. per la Puglia, sez. II, n. 969 del 2021 che aveva considerato inammissibile il ricorso proposto per il risarcimento del danno conseguente al provvedimento di revoca dell'aggiudicazione).

5.5. Problematiche afferenti la giurisdizione.

L'obbligo del rispetto della buona fede riveste portata bilaterale, al pari pertanto della responsabilità precontrattuale, in relazione alla quale si pone la problematica della giurisdizione.

Infatti di recente la Corte di cassazione, sezioni unite civili, con ordinanza, n. 5441 del 2024, ponendosi in contrasto con la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 21, 20 e 19 del 2021), ha affermato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda risarcitoria avanzata dalla p.a. appaltante nei confronti del concorrente aggiudicatario di un appalto di progettazione e lavori, derivante dalla mancata stipula del contratto, con conseguente incameramento della cauzione e relativa domanda di condanna al pagamento, nel caso in cui l'accordo negoziale non si sia perfezionato per fatto imputabile al medesimo aggiudicatario, il quale ha mancato di adempiere l'obbligo di mantenere, per tutta la durata della procedura concorrenziale, il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare l'amministrazione del venir meno degli stessi. In tal caso, infatti:

a) non rileva che abbia avuto luogo l'aggiudicazione, e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di tali atti, ma sulla responsabilità precontrattuale;

b) le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in

particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

6. Il principio di auto-organizzazione amministrativa.

L'art. 7 del d.lgs. n. 36 del 2023 sancisce il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: *i)* auto-produzione, *ii)* esternalizzazione; *iii)* cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

Il primo comma prevede, infatti, oltre al ricorso all'esternalizzazione, la possibilità di ricorso alla cooperazione e all'autoproduzione (primo comma), non solo in riferimento ai lavori ed ai servizi, ma anche ai beni, mentre il secondo comma prevede la possibilità di affidamento a società *in house*, nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, con provvedimento motivato in ordine ai vantaggi per la collettività, alle connesse esternalità e alla congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche.

È inoltre previsto che, in caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intenda sufficientemente motivato, dando conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici, anche mediante la comparazione con gli *standard* di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli *standard* di mercato.

Nel terzo comma si rinvia, quanto all'affidamento *in house*, ai servizi di interesse economico generale di livello locale, disciplinati dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.

Nel quarto comma poi si prevedono le condizioni per la cooperazione, volta al perseguimento di interessi comuni, fra stazioni appaltanti ed enti concedenti, sottratta all'applicazione delle norme del codice.

Come bene evidenziato nella relazione al codice, la disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione, così recuperando, in coerenza anche con alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. n. 131 del 2020) l'"amministrazione del fare", per troppo tempo sacrificata in base a

visioni nazionali prive in realtà di fondamento nella normativa eurounitaria, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "far fare" agli altri.

6.1. L'affidamento *in house* nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione.

La norma *de qua* prevede la possibilità dell'affidamento *in house* con provvedimento motivato, rinviando quanto ai servizi di interesse economico generale di livello locale, al d.lgs. n. 201 del 2022.

Al riguardo va rammentato che l'affidamento *in house* secondo la Corte costituzionale è sottoposto a un preciso onere motivazionale, a tutela della concorrenza che comporta la necessità per gli enti locali di valutare le possibili alternative, oltre che la congruità economica e i benefici per la collettività (Corte cost., n. 100 del 2022).

La Corte di cassazione ha di recente ricordato, in tema di affidamento *in house*, che non è necessario che il controllo analogo sia esplicito nelle forme assolute e gerarchiche previste per gli uffici dell'ente, visto che si tratta di controllo su soggetto esterno e distinto (Cass. civ., sez. un., ord. n. 567 del 2024, relativa al controllo dell'Azienda sanitaria di Foggia su una società *in house*).

La Corte di cassazione, con tale pronuncia, nell'individuare la giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla condanna per danno erariale cagionato dall'amministratore della società *in house*, ha precisato che in ordine alle questioni di giurisdizione le S.U. sono anche giudice del fatto, sicché possono e devono esaminare l'atto negoziale, la cui valutazione incida sulla determinazione della giurisdizione, anche quando tale titolo sia già stato apprezzato col provvedimento impugnato, perché la decisione sulla corretta individuazione del giudice munito di competenza giurisdizionale dipende da quella circostanza fattuale. In applicazione del principio, al fine di verificare la sussistenza del requisito necessario per la configurazione di una società "*in house*", assoggettata a controllo analogo a quello sui servizi di diretta gestione dell'ente pubblico, la Corte di cassazione ha riesaminato lo statuto - già oggetto del precedente apprezzamento della Corte dei conti - della società interamente partecipata dalla azienda di Foggia, rilevando che l'ente pubblico partecipante aveva il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società, di decidere le strategie aziendali in relazione alle operazioni necessarie o utili al raggiungimento dell'oggetto sociale, nonché specifici poteri di ingerenza nella pianificazione, programmazione e controllo dell'attività aziendale, concludendo così per la giurisdizione del giudice contabile.

Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno altresì evidenziato, con altra recente pronuncia, che l'esercizio delle attività facenti capo al servizio idrico integrato può essere affidato in via diretta alle società "*in house*" (interamente partecipate dagli enti pubblici e ricadenti nell'ambito territoriale ottimale), senza che

ciò determini violazione del principio comunitario di concorrenza, dal momento che tali società, pur essendo dotate di autonoma personalità giuridica, sono equiparabili a un'articolazione interna dell'ente pubblico che le ha costituite, con la conseguente necessità di rispettare i principi che informano la correttezza e la legittimità dell'attività amministrativa, in vista della tutela del peculiare interesse pubblico a cui sono preposte (Cass. civ., sez. un., n. 18623 del 2024).

7. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

L'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha sancito il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, prevedendo che se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali (primo comma), nei limiti ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica (secondo comma). Il terzo comma prevede per contro che, se le circostanze sopravvenute rendono temporaneamente inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti la prestazione, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. Il quarto comma è volto a favorire l'inserimento ad opera dalla p.a. di clausole di rinegoziazione, con correlativa pubblicità nel bando e nella lettera d'invito, specie in relazione a contratti particolarmente esposti per la durata, per il contesto di riferimento o per altri motivi. L'ultimo comma prevede invece un rinvio agli art. 60 ("*Revisione dei prezzi*") e 120 ("*Modifica dei contratti in corso di esecuzione*"), considerati come applicazione del principio *de quo*.

La disciplina pertanto, come evidenziato nella relazione al codice, si ispira ad un rimedio conservativo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti, in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria di cui alla risoluzione per eccessiva onerosità *ex* art. 1467 c.c.

7.1. Casistiche particolari.

La giurisprudenza ha applicato tale principio, in via interpretativa, anche in relazione a fattispecie regolate *ratione temporis* dal d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare si è affermato che:

a) i rinnovi contrattuali che hanno determinato l'incremento del costo della manodopera, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e ad intervenuta aggiudicazione dell'appalto, non impongono alla stazione appaltante di rinnovare la verifica di anomalia per appurare la sostenibilità economica dell'offerta economica. Al contrario, si può addivenire ad una modifica del contratto volto a

riequilibrare il contratto, a seguito della “sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”, di cui all’art. 120, primo comma, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente all’epoca dell’indizione della procedura di gara; disposizione confermata dall’art. 106, primo comma, lett. c) del d.lgs. n. 36 del 2023 e soprattutto dal principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, di cui all’art. 9 del medesimo codice (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 3735 del 2024);

b) è legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, a distanza di sei anni dall’aggiudicazione di un appalto di forniture (nella specie, si trattava di una procedura aperta per noleggio operativo di n. 2 TAC, solo parzialmente eseguita con la consegna di una sola TAC), in forza della sussistenza del comprovato bisogno di disporre anche della seconda TAC, ha affidato allo stesso operatore economico aggiudicatario la fornitura di tale ulteriore strumento diagnostico, ancorché differente e più tecnologicamente avanzato rispetto a quello previsto negli originari atti di gara, disponendo, contestualmente, l’adeguamento del corrispettivo, entro il limite del 10%. Deve infatti ritenersi che non si sia al cospetto di un nuovo affidamento diretto, ma del perfezionamento e completamento della medesima fornitura, in osservanza del principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, senza un’alterazione sostanziale del contratto originario, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 9, quinto comma, e 120, terzo comma, d.lgs. n. 36 del 2023 (T.a.r. per la Sicilia, sez. I, n. 2251 del 2024. La sentenza ha osservato che l’art. 120 del d.lgs. n. 36 del 2023, cui rinvia l’art. 9 dello stesso codice - espressamente richiamato dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato -, consente alle stazioni appaltanti, a certe condizioni e in presenza di determinati presupposti, di fruire di un rapporto negoziale già instaurato; in ciò, ponendosi quale disposizione sostanzialmente riprodotiva dell’art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis*);

c) la *ratio* insita nell’art. 27 del decreto legge 17 maggio 2022 n. 50 “Disposizioni urgenti in materia di concessioni e di affidamenti di lavori”, emanato per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei costi sopportati dai concessionari, esclude che la sua applicazione sia subordinata alle modalità operative di esecuzione dei lavori, discriminando tra coloro che li realizzano in proprio o per il tramite dei propri soci se costituiti in società di progetto, rispetto a chi decida invece di affidarli a terzi. Tale interpretazione è coerente con la disciplina dettata dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, che per quanto non applicabile *ratione temporis*, all’art. 9 introduce il “principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale” (T.a.r. per la Lombardia, sez. I, n. 2407 del 2023 che ha accolto il ricorso proposto avverso il provvedimento di diniego della revisione dei prezzi in riferimento ad un contratto di concessione di costruzione e gestione, *ex art.* 143 del d.lgs. n. 163 del 2006, facendo peraltro riferimento in via interpretativa al principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale cristallizzato dall’art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023).

8. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

L'art. 10 codifica il principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché di massima partecipazione, prevedendo al primo comma, in termini generali, che i contratti pubblici non sono affidati agli operatori nei cui confronti venga accertata la presenza di cause di esclusione previste dal codice, al secondo comma che le clausole di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 (relative ai requisiti generali di partecipazione) sono tassative, integrando la *lex specialis* di gara, con conseguente nullità relativa delle clausole contrastanti, mentre al terzo comma prevede, fermi restando i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire dei requisiti speciali di partecipazione di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti. Viene, con riferimento a tale ultimo profilo, pertanto recepita la distinzione di cui all'art. 83, secondo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, tra i requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e i requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale.

8.1. La tassatività delle cause di esclusione nell'interpretazione giurisprudenziale.

La giurisprudenza amministrativa, in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, così si è espressa:

a) l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che quest'ultimo riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta, richiesti per la partecipazione alla gara. Ciò trova conferma anche nel dettato dell'art. 10, terzo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023. Pertanto, le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, con conseguente onere dell'operatore di impugnativa immediata della medesima *lex specialis*.

Le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a essi, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, in quanto determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo negoziale (Cons. Stato, sez. IV, n. 7296 del 2024 resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con richiamo al d.lgs. n. 36 del 2023, relativa ad una gara per l'affidamento del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti,

che ha ritenuto legittima l'esclusione del raggruppamento ricorrente, motivata con riferimento alla mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti dalla *lex specialis* di gara, con richiamo a Cons. Stato, sez. V, n. 1809 del 2016; sez. IV, n. 3024 del 2022);

b) non sono nulli per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui al secondo comma dell'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, i disposti della *lex specialis* di gara che prevedano il divieto di inserimento nella busta amministrativa e/o nella busta dell'offerta tecnica di elementi afferenti all'offerta economica a pena di esclusione, in quanto il citato disposto non può essere interpretato nel senso che i partecipanti possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del medesimo codice, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica, per mancanza dei requisiti generali. Osta ad una tale interpretazione lo stesso codice, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dagli artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100), che sono richiamati *per relationem* nel primo comma.

Le disposizioni della legge di gara che prevedono il divieto di inserimento di elementi dell'offerta economica nella busta amministrativa o nella busta dell'offerta tecnica non si pongono in contrasto con il principio della tassatività delle clausole di esclusione, non attenendo ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE, così come attuata dagli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, costituendo al contrario applicazione dell'art. 107, primo comma, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023 (Cons. Stato, sez. V., n. 7113 del 2024 che ha ritenuto legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante in applicazione della *lex specialis* di gara, ritenendo che non ostasse a tale conclusione la circostanza che il modulo predisposto dalla stessa per presentare la domanda, compilato dall'operatore escluso, contenesse un riferimento al ribasso offerto, agli oneri di sicurezza e all'incidenza dei costi della manodopera, in quanto il RUP, con comunicazione inviata sulla piattaforma telematica Digital PA dell'Unione a tutti i partecipanti, aveva specificato che "l'offerta economica va inserita esclusivamente nella busta economica" e che, di conseguenza, nel modello dell'istanza di partecipazione andasse barrata la parte in cui vi erano spazi dedicati a tale indicazione);

c) in tema di appalto integrato la stazione appaltante può - nei limiti di ragionevolezza e non eccessiva onerosità - discrezionalmente dare un contenuto specifico ad eventuali limitazioni alla partecipazione, ai sensi dell'art. 44, terzo comma, d.lgs. n. 36 del 2023. Il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, non risulta applicabile alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, dirette a definire i requisiti di partecipazione alla procedura, giacché la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara, a condizione che tali requisiti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (T.a.r. per la Sicilia, sez. I, n. 703 del 2024, che ha ritenuto legittima l'esclusione da una procedura per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva, della relazione geologica integrativa e dell'esecuzione

dei lavori di ristrutturazione per violazione della *lex specialis* di gara - che prevedeva che “ *il rapporto tra l’operatore economico che partecipa alla procedura di gara e il soggetto incaricato di svolgere l’incarico può configurarsi esclusivamente quale: rapporto di lavoro subordinato (se tale soggetto è dipendente dell’operatore economico che partecipa alla presente procedura); raggruppamento temporaneo di imprese/professionisti (se tale soggetto assume il ruolo di mandante); rapporto di lavoro parasubordinato (se tale soggetto e l’operatore economico che partecipa alla procedura intrattengono un rapporto di lavoro qualificabile come consulenza/collaborazione continuativa stabile e su base annua). Dovrà essere precisata la natura del rapporto professionale intercorrente tra l’O.E. partecipante alla gara ed i professionisti?*” - in quanto in sede di soccorso istruttorio l’operatore escluso aveva prodotto un atto di impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo, riportante data e sottoscrizione successiva alla scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte);

d) è legittima e non contrasta con il principio di tassatività delle clausole di esclusione il disposto della *lex specialis* di gara che prevede l’effettuazione del sopralluogo a pena di esclusione, trattandosi di adempimento, proporzionato e coerente con l’oggetto del contratto, *ex art. 10, terzo comma, d.lgs. n. 36 del 2023*, richiesto dalla stazione appaltante all’esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 3738 del 2023 cit. § *sub* 1.1. in relazione al principio del risultato e *sub* § 3.1. in relazione al principio della fiducia);

e) il mancato pagamento del contributo Anac è sanabile mediante soccorso istruttorio, conseguendo l’inammissibilità dell’offerta solo al mancato versamento dello stesso nei termini indicati nel soccorso istruttorio dalla stazione appaltante. La stessa Anac nella relazione AIR al bando tipo n. 1 – 2023 ha affermato che, al fine di evitare possibili interferenze con il principio di tassatività delle cause di esclusione, si è scelto di considerare il pagamento del contributo in esame quale condizione di ammissibilità dell’offerta, nel senso che la mancata presenza della prova del pagamento del contributo non consente di valutare l’offerta. Siffatta opzione è aderente alla previsione di cui all’articolo 1, sessantasettesimo comma, della l. n. 266 del 2005 e, altresì, coerente con gli ultimi arresti della giurisprudenza (T.a.r. per il Lazio, sez. III *quater*, n. 3340 del 2024, che ha ritenuto che l’Anac avesse espressamente avallato la ricostruzione interpretativa di cui alla sentenza Cons. Stato, sez. III, n. 1175 del 2023 che, in contrasto con altro orientamento, ha ritenuto regolarizzabile attraverso il soccorso istruttorio l’omesso pagamento del contributo di cui trattasi, evidenziando come del pari l’Anac, nell’approvare il bando tipo con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, all’art. 12 aveva previsto che: “*Il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell’offerta. Il pagamento è verificato mediante il FVOE. In caso di esito negativo della verifica, è attivata la procedura di soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l’offerta è dichiarata inammissibile*”. Il T.a.r. ha pertanto accolto il ricorso presentato dall’operatore escluso per mancato pagamento del contributo entro il termine per la presentazione delle offerte, nonostante la *lex specialis* di gara prevedesse il pagamento di detto contributo a pena di esclusione).

8.2. Il principio di massima partecipazione in connessione con il principio di accesso al mercato.

La giurisprudenza ha posto il principio di massima partecipazione in correlazione con il principio di accesso al mercato nei seguenti termini:

a) i principi di accesso al mercato e di massima partecipazione non impongono alla stazione appaltante di ammettere alla gara un concorrente che non sia in possesso dei requisiti di partecipazione e questo nemmeno laddove l'esclusione di uno o più concorrenti implicherebbe l'ammissione di un solo partecipante. Detti principi, al contrario, assumono rilievo solo nei casi in cui, a fronte di una clausola della *lex specialis* poco chiara, emergano irregolarità o incompletezze nelle domande di partecipazione e/o nelle offerte dovute proprio alla non perfetta intellegibilità della *lex specialis*, essendo in tal caso la stazione appaltante obbligata ad ammettere tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di partecipazione, previa, se necessario, una rettifica della domanda e/o dell'offerta (T.a.r. per le Marche, sez. I, n. 542 del 2024, riferita alla causa di esclusione non automatica per gravi violazioni tributarie non definitivamente accertate);

b) l'esclusione automatica delle offerte pari alla soglia di anomalia da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo per gli appalti sotto-soglia con applicazione del metodo A dell'allegato II.2 del codice non si pone in contrasto con:

- il principio di massima partecipazione, ai sensi dell'art. 10, primo comma, del codice dei contratti, in quanto la causa di esclusione è espressamente prevista dal d.lgs. 36 del 2023 e dalla legge di gara;

- con il principio dell'accesso al mercato, del risultato o di efficienza economica, in quanto l'art. 54, primo e secondo comma, e il metodo A dell'allegato II.2 del codice mirano a coniugare le esigenze di velocizzare le procedure con quella di evitare un livello esiguo del rapporto qualità-prezzo, riconducibile a valutazioni errate ovvero a proposte spregiudicate degli operatori economici.

Deve ritenersi che il combinato disposto dell'art. 54, secondo comma, e del metodo A dell'allegato II.2 del codice, preveda che debbano essere considerate anomale e che, quindi, vadano escluse automaticamente, anche le offerte con un ribasso pari alla soglia di anomalia determinata dalla stazione appaltante (T.a.r. per la Puglia, sez. I, n. 731 del 2024, che ha rigettato il ricorso proposto dall'operatore escluso che aveva presentato un'offerta pari alla soglia di anomalia; cfr. quanto alla problematica dell'interpretazione del metodo A dell'Allegato II.2 § 17.4.1);

c) è illegittima per contrasto con il dato letterale di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 36 del 2023, oltre con i principi di buona fede e tutela del legittimo affidamento, di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, nonché, soprattutto, di accesso al mercato e concorrenza - principio di particolare importanza in quanto costituisce, per espressa previsione codicistica, criterio in base al quale vanno interpretate tutte le norme del codice dei contratti pubblici - l'esclusione di un

operatore economico da una gara di appalto di servizi (nella specie vigilanza armata) indetta nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione attivo presso Consip, *ex art.* 32, sesto comma del d.lgs. n. 36 del 2023, qualora il medesimo operatore economico, seppure non ancora accreditato presso il sistema dinamico di acquisizione al momento della pubblicazione del bando e dell'invio delle lettere di invito, si sia accreditato al medesimo sistema prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. L'art. 32, ottavo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, al fine di individuare gli operatori economici che devono essere invitati a presentare offerte, nell'identificarli con "tutti i partecipanti ammessi", non può infatti essere inteso come riferito solo a quelli che risultino essere stati accreditati sulla piattaforma prima dell'invio delle lettere di invito, dovendo il limite temporale massimo essere individuato solo in relazione al termine previsto per la presentazione delle offerte, unico parametro certo e inequivoco, nonché coerente con il principio di massima partecipazione (T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. III, n. 4445 del 2024, resa in relazione a fattispecie in cui l'amministrazione aveva ritenuto tardivo l'accredito dell'operatore uscente, assumendo che per poter partecipare alla procedura fosse necessario essere stati ammessi al sistema prima della pubblicazione sul sistema dello specifico appalto).

9. Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

L'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede, in attuazione dall'art. 1, secondo comma, lettera h), n. 2, della legge delega, che la stazione appaltante debba indicare nella *lex specialis* di gara il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, avendo riguardo a quello in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La norma *de qua* peraltro prevede che gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente; in siffatta ipotesi prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele; in tale ultimo caso la dichiarazione è verificata anche nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, in forza del rinvio operato all'art. 110 del codice.

La giurisprudenza è espressa su tale principio secondo quanto di seguito precisato.

9.1. Correlazione con la diversa disciplina dettata dal d.lgs. 50 del 2016.

Le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016 di cui all'art. 23, sedicesimo comma (secondo cui, nella predisposizione delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro «è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione»), e all'art. 97, quinto comma, lettera d), in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta (l'offerta è anormalmente bassa se «il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16») e sesto comma («Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge»), non prefigurano un potere dell'amministrazione appaltante volto a imporre ai concorrenti l'applicazione al personale impiegato nei servizi oggetto dell'appalto di uno specifico contratto collettivo di lavoro, né impongono alle imprese un obbligo del medesimo contenuto (diversamente da quanto invece previsto nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, in particolare all'art. 11). La questione della scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile nella disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016 rileva pertanto, diversamente rispetto al d.lgs. n. 36 del 2023, sul piano della verifica dell'affidabilità dell'offerta. Dal canto suo l'art. 30, quarto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 impone unicamente l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro stipulati «dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (Cons. Stato, sez. V, n. 6770 del 2024 che ha respinto l'appello proposto dal secondo graduato in un appalto indetto da Consip per l'affidamento del servizio di *contact center*, fondato tra l'altro sull'asserita incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria che in tesi applicava il c.c.n.l. stipulato da Cisl, ritenendo come la stessa non fosse organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa, sulla base del rilievo che l'appellante, su cui gravava il relativo onere probatorio, non avesse fornito adeguati elementi al riguardo. Il Consiglio di Stato ha operato una comparazione fra la disciplina recata dal d.lgs. n. 50 del 2016 che non imponeva l'applicazione di un determinato c.c.n.l. e la disciplina recata dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023).

9.2. Il principio di equivalenza delle tutele.

In base all'art. 11, terzo e quarto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un c.c.n.l. che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative. La suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Deve pertanto ritenersi che un'impresa possa mantenere il proprio

c.c.n.l. anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei c.c.n.l. individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del c.c.n.l. applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto. Non è peraltro necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un c.c.n.l. unico (T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. I, ord. n. 89 del 2024 che ha accolto l'istanza di sospensiva proposta dall'operatore primo graduato che era stato escluso dalla procedura per ritenuta incongruità dell'offerta che nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia aveva reso la dichiarazione di equivalenza di cui all'art. 11, quarto comma del d.lgs. n. 36 del 2023).

10. L'ambito di applicazione del codice.

L'art. 13 del d.lgs. n. 36 del 2023 delinea l'ambito di applicazione oggettivo del codice, specificando in particolare, al primo comma, in positivo che le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione e, al secondo comma, in negativo, che le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto, per i quali ultimi si applicano, in tema di affidamento le disposizioni di cui agli artt. 1, 2, 3 del codice (quinto comma). Il terzo comma precisa poi che le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni.

10.1. L'equo compenso.

La problematica dei contratti a titolo gratuito interseca quella del divieto di prestazione d'opera intellettuale a titolo gratuito, salvo in casi eccezionali e previa adeguata motivazione, e dell'equo compenso *expressis verbis* richiamato dal precedente art. 8, secondo comma, del codice che ha pertanto sottinteso, con riferimento alle prestazioni di opera intellettuale, l'applicabilità della legge 21 aprile 2023, n. 49 alle p.a.

Con l'approvazione di tale legge, entrata in vigore in data 20 maggio 2023, il legislatore ha riscritto le regole in materia di compenso equo per le prestazioni professionali, con l'intento di incrementare le tutele per quest'ultime, garantendo la percezione, da parte dei professionisti, di un corrispettivo equo per la prestazione intellettuale eseguita nell'ambito di quei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli".

Più nel dettaglio, la novella normativa, che trova applicazione in favore di tutti i professionisti, a prescindere dalla loro iscrizione ad un ordine o collegio, ha previsto (art. 1) che per compenso equo deve intendersi la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente:

a) per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia, emanato ai sensi dell'articolo 13, sesto comma, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;

b) per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27;

c) per i professionisti, di cui al secondo comma dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dal decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy.

Il successivo articolo 2, inoltre, ha specificato che la legge in esame trova applicazione ai rapporti professionali fondati sulla prestazione d'opera intellettuale *ex* art. 2230 c.c., regolamentati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali prestate a favore di imprese bancarie e assicurative, delle loro società controllate e delle loro mandatarie, imprese che, nell'anno precedente al conferimento dell'incarico, hanno occupato alle proprie dipendenze più di 50 lavoratori ovvero hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro e, infine, per le prestazioni rese in favore della pubblica amministrazione.

Il legislatore ha quindi stabilito la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, come determinato dall'art. 2, introducendo una nullità relativa o di protezione che consente al professionista di impugnare la convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che prevede un compenso iniquo innanzi al Tribunale territorialmente competente in base al luogo in cui ha la residenza, per far valere la nullità della pattuizione, chiedendo la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata con l'applicazione dei parametri previsti dai decreti ministeriali relativi alla specifica attività svolta dal professionista.

Lo scopo della normativa in esame è di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli" ed emerge ulteriormente dalla previsione per la quale gli stessi ordini e i collegi professionali sono chiamati ad adottare disposizioni deontologiche volte a sanzionare il professionista che violi le disposizioni sull'equo compenso.

Ciò posto il T.a.r. per il Veneto, sez. III, n. 632 del 2024, con riferimento a fattispecie soggetta *ratione temporis* al d.lgs. n. 50 del 2016, ha ritenuto come l'equo compenso si applica anche ai contratti pubblici, producendo l'eterointegrazione della *lex specialis*, con la conseguenza che non sono ribassabili i compensi previsti dai decreti ministeriali per le varie prestazioni professionali, salva la ribassabilità delle

voci relative ai costi e ad altri oneri economici.

Il T.a.r. ha osservato, con riferimento ad una gara per l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva, con opzione della progettazione esecutiva e del coordinamento della sicurezza in fase progettuale inerente ai lavori di *“Adeguamento alla normativa di prevenzione incendi e antisismica dei PP.OO. di san Donà di Piave e Portogruaro”*, come non vi sia alcuna antinomia in concreto tra la l. n. 49 del 2023 e la disciplina del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 che prevede all'art. 95 (così come oggi all'art. 108, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023) tre diversi criteri di aggiudicazione: 1) affidamento *“sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”*; 2) affidamento sulla base *“dell'elemento prezzo”*; 3) affidamento sulla base *“del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita”*. Secondo il T.a.r. l'interpretazione letterale e teleologica della legge n. 49 del 2023 deporrebbe in maniera inequivoca per la sua applicabilità alla materia dei contratti pubblici, come confermato dal fatto che l'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023 oggi prevede che le p.a., salvo che in ipotesi eccezionali di prestazioni rese gratuitamente, devono garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale.

Il T.a.r. ha ritenuto che sia comunque applicabile, anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 49 del 2023, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo, in quanto il compenso del professionista sarebbe soltanto una delle componenti del *“prezzo”* determinato dall'amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle *“spese ed oneri accessori”*. Pertanto, secondo il T.a.r., l'amministrazione è chiamata a quantificare tali voci in applicazione del d.m. 17 giugno 2016 per individuare l'importo complessivo da porre a base di gara; al tempo stesso, la voce *“compenso”*, individuata con tale modalità come una delle voci che costituiscono il prezzo, è da qualificare anche come compenso equo ai sensi della l. n. 49 del 2023, che sotto tale aspetto stabilisce che è equo il compenso dell'ingegnere o architetto determinato con l'applicazione dei decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

In ordine alla problematica dell'equo compenso di cui alla legge n. 49 del 2023, occorre peraltro ricordare la pronuncia della Corte di giustizia UE, sez. II, 25 gennaio 2024, C-438/2022 (relativa al Consiglio forense), che ha escluso limiti alla libertà di fissazione dei compensi se non si tratti di tariffe non discriminatorie, necessarie e proporzionate. In particolare la Corte si è pronunciata nei seguenti termini in ordine alla problematica del contrasto della determinazione di importi tariffari minimi con l'art. 101 del TFUE:

“L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, è contrario a detto articolo 101, paragrafo 1, esso è tenuto a rifiutare di

applicare tale normativa nazionale nei confronti della parte condannata a pagare le spese corrispondenti agli onorari d'avvocato, anche qualora tale parte non abbia sottoscritto alcun contratto di servizi d'avvocato e di onorari d'avvocato.

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che una normativa nazionale che, da un lato, non consente all'avvocato e al suo cliente di pattuire un compenso inferiore all'importo minimo fissato da un regolamento adottato da un'organizzazione professionale di avvocati, come il Visshia advokatski savet (Consiglio superiore dell'ordine forense), e, dall'altro, non autorizza il giudice a disporre la rifusione degli onorari per un importo inferiore a tale minimo, dev'essere considerata una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi di tale disposizione. In presenza di una simile restrizione, non possono essere invocati, al fine di sottrarre il comportamento in questione al divieto degli accordi e delle pratiche restrittivi della concorrenza, enunciato all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, gli obiettivi legittimi asseritamente perseguiti da detta normativa nazionale.

L'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, viola il divieto enunciato all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, esso è tenuto a rifiutare l'applicazione di tale normativa nazionale, anche quando gli importi minimi previsti da tale regolamento riflettono i prezzi reali del mercato dei servizi d'avvocato”.

11. Il responsabile unico del progetto.

L'art. 15 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede la nomina da parte della stazione appaltante del responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice, scelto tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni.

La giurisprudenza così si è espressa sulla figura del RUP, quale normata dal d.lgs. n. 36 del 2023:

a) nel nuovo codice dei contratti risulta confermato che in caso di appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa “l'esercizio di poteri valutativi” spetta alla commissione di gara e non al RUP, alla stregua di quanto previsto nell'allegato I.2 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Attività del RUP), il cui art. 7 prevede che il RUP disponga le esclusioni dalle gare (lett. d) , ma stabilisce allo stesso tempo che il RUP, in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possa svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice (lettera e).

Il potere del RUP di dare impulso e formulare chiarimenti alla commissione di

gara, in caso di dubbi, se nel vecchio codice dei contratti era espressamente contemplato all'art. 33 (laddove erano previsti "controlli" della stazione appaltante tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva), nel nuovo codice si evince – almeno per implicito – sia dall'art. 17, quinto comma, che dall'art. 18, secondo comma, per cui sia prima che dopo l'aggiudicazione, nella more della stipula del contratto, il RUP, in ipotesi di dubbio, può chiedere chiarimenti alla commissione giudicatrice.

Anche ai sensi della disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici il RUP:

- i)* può esercitare un controllo di regolarità della procedura; *ii)* non può giammai sostituire le proprie valutazioni rispetto a quelle della commissione di gara; *iii)* se del caso può soltanto chiedere chiarimenti e approfondimenti alla stessa commissione; *iv)* è fatto salvo il potere di intervento sostitutivo del RUP soltanto allorché la commissione abbia espresso una valutazione manifestamente illogica o palesemente erronea (Cons. Stato, sez. V, n. 4435 del 2024 che, confermando T.a.r. per il Lazio, Latina, sezione I, n. 742 del 2023, ha considerato illegittima l'esclusione disposta dal RUP nei confronti della ricorrente di *prime cure*, fondata sul rilievo che la commissione di gara aveva commesso errori in sede di valutazione della sua offerta tecnica; la sentenza è stata resa in relazione a fattispecie regolata *ratione temporis* dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con richiamo alla novellata disciplina in via interpretativa, nonché a Cons. Stato, sez. V, n. 2512 del 2023 e a Cons. Stato, sez. V n. 10629 del 2023 che aveva avallato l'operato del RUP in un caso in cui: *v)* il RUP aveva pacificamente previamente interessato la commissione per una possibile rivalutazione (dunque legittimo anzi doveroso esercizio potere di impulso); *vi)* emergevano elementi di chiaro contrasto con il bando nella parte in cui prevedeva il divieto di proporre modifiche progettuali che comportassero nuove autorizzazioni);

b) l'art. 104, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023 affida al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento. Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione "sul campo" di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il "risultato" della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione (T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 782 del 2023);

c) in ordine alle procedure di affidamento in materia di contratti pubblici, con riferimento al ruolo e funzioni del RUP negli appalti, ai sensi dell'art. 31, settimo, ottavo ed undicesimo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 è consentito alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura di gara o di parte di essa. Ciò ha trovato altresì conferma nell'art. 15, sesto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, dove si stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo, posto a base di gara, per l'affidamento diretto

da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo. Pertanto, la nomina di una unità posta a supporto tecnico del RUP, al fine di coadiuvarlo nell'esame pertinente alla congruità delle offerte dei concorrenti, risulta del tutto legittima (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 343 del 2024).

11.1. Proposta di aggiudicazione ed aggiudicazione efficace.

L'art. 17, quinto comma, d.lgs. n. 36 del 2023 precisa che l'organo preposto alla valutazione delle offerte (nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara o nel caso del criterio del maggior ribasso, il RUP) predisporre la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. Il secondo periodo, laddove prevede che l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace, si riferisce al RUP con poteri a valenza esterna.

La novità rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 concerne la sequenza procedimentale afferente l'affidamento dell'appalto, essendo scomparso dall'ordito normativo il doppio passaggio dell'aggiudicazione non efficace e la successiva (*post* verifica positiva sul possesso dei requisiti) dell'aggiudicazione efficace (T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 782 del 2023).

12. Il termine per la stipula del contratto.

L'art. 18 del d.lgs. n. 36 del 2023 rubricato "*Il contratto e la sua stipulazione*", prevede al secondo comma che, divenuta efficace l'aggiudicazione, il contratto è stipulato entro i successivi sessanta giorni, anche in presenza di contenzioso, con le sole eccezioni, ivi previste, ovvero: "*a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2*" (proposizione di ricorso con istanza cautelare); "*b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire*"; "*c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto*".

La giurisprudenza pertanto ha fatto riferimento a tale disposto normativo in via interpretativa anche relativamente a fattispecie disciplinate *ratione temporis* dal d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, il termine di sessanta giorni per la stipulazione del contratto di appalto o di concessione, sebbene non abbia natura perentoria, deve essere letto alla luce della normativa nella materia dei contratti pubblici che converge univocamente nel senso di ritenere la conclusione del contratto un adempimento da definirsi nel tempo più rapido possibile: l'art. 32, ottavo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, configura chiaramente il predetto termine

come derogabile solo in via di eccezione, con conseguenziale obbligo di motivazione, imposto in capo alla stazione appaltante, sul preminente interesse pubblico che giustifica la dilazione, quale deroga alla spedita conclusione del contratto in potenziale contrasto con l'interesse prevalente alla esecuzione puntuale dei connessi adempimenti contrattuali, in una dinamica improntata sempre più a criteri di massima accelerazione.

Ancor più chiaramente l'art. 18 del nuovo codice dei contratti, prevede, al comma secondo, lettera c), che può derogarsi alla regola generale per cui la stipula del contratto ha luogo entro i sessanta giorni successivi all'efficacia dell'aggiudicazione nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto.

Consentire termini indeterminati e liberi per la piena esecuzione della fornitura, pur dopo esperita la gara, significherebbe negare contraddittoriamente quel bisogno di acquisto di beni, servizi, lavori che ha mosso l'amministrazione a procedere (secondo un dovere funzionale, peraltro, di razionale programmazione degli acquisti) e che ha giustificato l'indizione della procedura selettiva. Il che cozzerebbe frontalmente con il principio di buona amministrazione e con i principi di economicità, efficacia, tempestività ripetutamente richiamati nel codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. III, n. 6074 del 2023 che ha riformato T.a.r. per la Basilicata, sez. I, n. 133 del 2023, ritenendo in relazione al ricorso proposto dalla seconda graduata in una procedura di gara, che la verifica dei requisiti di esecuzione indicati nell'offerta dell'aggiudicatario non potesse, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di *prime cure*, essere postergata al momento della stipula effettiva del contratto, intervenuta a distanza di circa due anni dalla conclusione della procedura, con previo affidamento del servizio in via d'urgenza; secondo il Consiglio di Stato, argomentando nel senso ritenuto dal T.a.r. *“si vanifica indirettamente, ex post, la par condicio dei partecipanti alla procedura selettiva, poiché si consente alla stazione appaltante, ritardando oltremodo la verifica e affidando nelle more in via d'urgenza l'esecuzione anticipata dal contratto, di favorire l'aggiudicatario consentendogli tutto il tempo desiderato per apprestare quei mezzi di esecuzione e di adempimento del contratto che, sì, non dovevano essere posseduti già al momento della partecipazione alla gara e avrebbero potuto essere acquisiti successivamente, ma che certamente non possono essere apprestati in un tempo successivo indeterminato, sine die”*; sul rapporto tra termine per la stipula del contratto e principio della fiducia e del risultato cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7571 del 2024, *sub* § 3.2. lett. b).

13. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti.

L'art. 19 del d.lgs. n. 36 del 2023 apre la parte II del libro I del codice, interamente dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, quale strumento essenziale (e trasversale all'intero impianto del codice) per contribuire al rilancio del Paese. Detta finalità è esplicitata nel primo comma, che afferma che *“le*

stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti?. La realizzazione di tale obiettivo deve avvenire, come chiarisce ancora lo stesso primo comma, in modo da garantire l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e nel rispetto di alcuni principi, con espresso rinvio al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale). Tra questi rinvii sono, esplicitamente richiamati, i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica.

Peraltro l'utilizzo di piattaforme telematiche per la presentazione delle offerte pone la problematica relativa al vaglio della legittimità delle esclusioni disposte per non corretto o tardivo caricamento dell'offerta a sistema, nella ricerca del delicato equilibrio fra autoresponsabilità del concorrente e non imputabilità allo stesso dei malfunzionamenti e/o rallentamenti del sistema.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza:

a) non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per siffatta operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un rallentamento del sistema, a lui non imputabile. Non può imputarsi all'operatore economico di avere iniziato il caricamento lo stesso giorno di scadenza per la presentazione delle offerte, a sole due ore dall'orario finale, in assenza della previsione di un termine iniziale nel bando di gara e in quanto la scelta del momento in cui sono iniziati gli adempimenti è da ritenersi del tutto congrua rispetto ai tempi ordinariamente preventivabili come necessari per caricare la documentazione sulla piattaforma e per confermarla (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 800 del 2024, che ha annullato il provvedimento di esclusione a carico del ricorrente dalla procedura di gara fondato sul rilievo dell'erroneo caricamento a sistema dell'offerta);

b) alla luce del disposto dell'art. 25, secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, l'operatore economico che si avvale dei mezzi di comunicazione elettronica messi a disposizione dalla stazione appaltante e che non riesce a tramettere la propria offerta entro il termine prestabilito a causa di un malfunzionamento informatico imputabile alla stazione appaltante, ha diritto ad essere rimesso in termini per la presentazione dell'offerta. Le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico, con conseguente attribuzione alla stazione appaltante del rischio della "causa ignota" del malfunzionamento informatico. Per contro alcuna rimessione in termini può essere riconosciuta in caso di comprovata negligenza del singolo operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità. In sintesi il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta, già previsto dall'articolo 79, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016 ed ora dall'art. 25, secondo comma, terzo periodo, del d.lgs. n. 36 del 2023 opera nella misura in cui ricorra almeno una delle due seguenti situazioni: a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante; b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del

sistema oppure per negligenza dell'operatore economico). Viceversa, il ridetto meccanismo di sospensione e proroga non può operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale - benché reso edotto *ex ante* (grazie a regole chiare e precise contenute nella *lex specialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo, non si è invece attivato per tempo (T.a.r. per la Sicilia, sez. II, n. 2038 del 2024 che ha annullato l'esclusione disposta a carico di un operatore che aveva proceduto a caricare in tempo utile l'offerta, non acquisita dal sistema per mancata allegazione della procura, considerata come eventuale dalla *lex specialis* di gara, mentre nel sistema informatico detto documento era considerato come obbligatorio, anche in ragione della circostanza che l'*help desk* aveva cessato di funzionare in data antecedente all'orario di scadenza per la trasmissione dell'offerta);

c) quanto al rapporto tra principio del risultato e utilizzo di piattaforme telematiche cfr. § 2.2.7.

13.1. Il sistema dinamico di acquisizione.

L'art. 32 del d.lgs. n. 36 del 2023 disciplina i sistemi dinamici di acquisizione, ovvero, ai sensi del primo comma, i procedimenti interamente elettronici che possono essere previsti per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfino le esigenze delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Il procedimento è aperto per tutto il periodo di efficacia a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Può essere diviso in categorie definite di prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche dell'appalto da eseguire. Tali caratteristiche possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti.

La giurisprudenza sinora intervenuta ha elaborato i seguenti principi:

a) il sistema dinamico di acquisizione, oggi regolato dall'art. 32 del d.lgs. n. 36 del 2023, costituisce uno strumento di acquisizione strutturato in due fasi strettamente collegate tra di loro. In primo luogo vi è il bando istitutivo dello SDAPA, che in virtù della sua natura di atto indittivo di un sistema dinamico messo a disposizione dalla centrale nazionale di committenza in favore della generalità delle p.a., non può per sua natura contenere l'indicazione esatta delle quantità di beni acquistabili da ciascuna p.a., posto che lo specifico fabbisogno di ogni categoria merceologica inserita nel bando non è conosciuto, né conoscibile. In questa prima fase, in cui sostanzialmente viene istituito lo SDAPA da utilizzare per i futuri affidamenti, la giurisprudenza ha precisato che all'interno del bando la stazione appaltante deve individuare la "natura" delle prestazioni da rendere, ma non è tenuta a definire nel dettaglio tutti gli aspetti qualitativi e quantitativi ..." in quanto il sistema ha una intrinseca flessibilità ed elasticità, nel senso che è "dinamico" non soltanto in ragione della possibilità di ingressi successivi degli operatori, ma anche perché, nel

periodo di durata, le stazioni appaltanti devono avere la possibilità di adeguare, entro i limiti prefissati (sulla base dei quali è avvenuta l'ammissione degli operatori economici per le diverse classi di valore), prestazioni e criteri alle proprie esigenze, che possono cambiare nel corso del tempo. A questo punto, una volta istituito lo SDAPA, gli operatori economici possono inviare le domande di partecipazione, unitamente alle informazioni richieste nel bando, e verranno ammessi laddove soddisfino i criteri di selezione, secondo quanto disposto dall'art. 32, secondo, terzo, quarto e settimo comma del d.lgs. n. 36 del 2023. La prima fase, cd. di istituzione, è dunque limitata ad una ammissione in vista di futuri affidamenti, nel senso che gli operatori sono presenti sulla piattaforma, ove possono più agevolmente individuare i bandi inviati dalle singole amministrazioni e decidere se presentare o meno domanda di partecipazione. La seconda fase, cd. di gestione, si apre quando una singola amministrazione decide di lanciare, tramite la piattaforma, un appalto specifico e dunque di fare ricorso al sistema dinamico quale procedura per l'aggiudicazione: in tal caso, la norma prevede, all'ottavo comma, che le stazioni appaltanti invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizioni (T.a.r. per la Campania, sez. III, n. 4445 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 357 del 2018 che ha ritenuto illegittima l'esclusione di un operatore economico da una gara di appalto di servizi - nella specie vigilanza armata - indetta nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione attivo presso Consip, *ex art.* 32, sesto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, essendosi il medesimo, seppure non ancora accreditato presso il sistema dinamico di acquisizione al momento della pubblicazione del bando e dell'invio delle lettere di invito, accreditato al medesimo sistema prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta; cfr. § 8.2. lett. c) per detta fattispecie alla luce dei principi generali del codice);

b) l'assenza, nel sistema dinamico di acquisizione, della funzionalità che consente di rendere disponibili i documenti previsti dal primo e secondo comma dell'articolo 36 del d.lgs. n. 36 del 2023, non può esimere l'amministrazione dal dovere di trasparenza, potendo essa comunque inviare la detta documentazione al domicilio digitale degli operatori economici, senza necessità di una apposita istanza in tal senso (T.a.r. Toscana, sez. IV, n. 1035 del 2024 che ha accolto un ricorso *ex art.* 116 c.p.a. della seconda graduata con riferimento all'offerta tecnica della prima graduata, ostesa in forma oscurata; cfr. § 14.2. quanto agli aspetti procedurali della disciplina dell'accesso).

14. Accesso agli atti di gara.

Gli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 disciplinano l'accesso agli atti della procedura di gara.

In particolare l'art. 35 del nuovo codice, rubricato, al pari del previgente art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, "*Accesso agli atti e riservatezza*", introduce nella disciplina

sull'accesso agli atti di gara, due principali novità: la prima attiene alla modalità di esercizio dell'accesso agli atti che, in sintonia con il processo di digitalizzazione dell'intero settore dei contratti pubblici, pone l'obiettivo dell'esclusiva digitalizzazione; la seconda riguarda l'espressa applicazione dell'accesso civico generalizzato, di cui all'art. 5, secondo comma, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, al settore dei contratti pubblica. Ai commi secondo, terzo, quarto e quinto, sono individuate le categorie di atti che possono essere oggetto di accesso, le ipotesi di differimento e di esclusione ed infine i tempi dell'accesso agli atti delle procedure di gara.

L'art. 36, rubricato “*Norme procedurali e processuali in materia di accesso*”, disciplina l'accesso agli atti sotto il profilo procedimentale e processuale. Le due novità di rilievo introdotte rispetto alla disciplina previgente sono quella - di natura procedimentale - che consiste nella “messa a disposizione” di taluni atti da parte della stazione appaltante tramite piattaforma digitale e quella - di natura processuale - relativa all'introduzione di un termine accelerato per l'impugnazione delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante con riferimento alle richieste, formulate dai concorrenti, di oscuramento di parti delle offerte presentate.

14.1. Accesso agli atti e riservatezza.

La giurisprudenza così si è espressa in ordine alla nuova disciplina di accesso agli atti con riferimento al rapporto tra accesso agli atti e riservatezza:

a) l'art. 35, primo comma del nuovo codice, in applicazione del noto arresto di cui alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen. n. 10 del 2020, ha definitivamente affermato la possibilità di conoscere, da parte del “*quisque de populo*”, gli atti della procedura di gara, compresi gli atti della fase esecutiva, nei limiti della tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti, prevedendo anche in materia di appalti, l'accesso civico generalizzato, viepiù valorizzando il valore della trasparenza in tema di appalti pubblici. Peraltro permane anche nel nuovo codice la necessità del contemperamento tra gli interessi della parte che abbia opposto il segreto tecnico e commerciale e della parte istante, che presenti istanza di accesso ai fini della tutela in giudizio dei propri interessi, come desumibile dal combinato disposto del quarto comma lett. a) e del quinto comma del medesimo art. 35, al fine di evitare un uso emulativo del diritto di accesso (Cons. Stato, sez. V, ord. n. 1914 del 2024, resa in relazione a fattispecie regolata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con richiami alla disciplina recata dal d.lgs. n. 36 del 2023);

b) rientra nell'accesso difensivo l'istanza relativa agli atti in materia di contratti pubblici, ex art. 53, sesto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 (oggi art. 35, quinto comma del d.lgs. n. 36 del 2023), costituente declinazione dell'art. 24, settimo comma, della l. n. 241 del 1990, strumentale alla difesa in giudizio. Una volta accertati i presupposti dell'accesso, stante la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all'amministrazione e al giudice non è

demandata alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso (Cons. Stato, sez. V, n. 887 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2021, resa in relazione a fattispecie regolata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con cenni alla disciplina recata dal d.lgs. n. 36 del 2023, che ha ritenuto come non ricorresse il nesso di strumentalità rispetto alla necessità di difesa in giudizio, in riferimento all'istanza di accesso presentata dall'aggiudicataria che si era vista risolvere il contratto d'appalto stipulato, volta all'acquisizione di vari documenti inerenti alla fase esecutiva dell'affidamento, a seguito del subentro di altro contraente, in tesi necessaria alla difesa nella corrispondente controversia di merito, volta ad accertare l'illegittimità di tale risoluzione e le responsabilità dell'amministrazione);

c) l'art. 35 del vigente codice dei contratti pubblici – che ricalca l'art. 53 del previgente codice – esclude dapprima dall'accesso (al quarto comma, lettera "a") le informazioni delle offerte che, secondo una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali, pur specificando però (al quinto comma) che l'accesso al concorrente è consentito se indispensabile alla difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara. La dichiarazione di oscuramento avanzata dall'offerente, ove genericamente motivata, non può ritenersi ostativa all'esibizione dell'offerta in chiaro; in ogni caso le esigenze difensive dell'istante devono intendersi prevalenti (T.a.r. per la Lombardia, sez. II., ord. n. 2584 del 2024; in senso analogo T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 1035 del 2024).

14.2. Profili procedurali.

Una recente pronuncia del T.a.r. per la Toscana ha chiarito i profili procedurali della normativa in materia di accesso agli atti di gara nei seguenti termini:

- a) in base all'assetto voluto dal codice dei contratti vigente, dovrebbe escludersi la necessità di una richiesta di accesso agli atti della procedura di gara, essendo automaticamente riconosciuto, ai sensi dell'art. 36, a chi partecipa alla gara e non ne è "definitivamente" escluso, di accedere in via diretta, non solo a "documenti" (offerta dell'aggiudicatario, verbali di gara e atti), ma anche "ai dati e alle informazioni" inseriti nella piattaforma, ex art. 25, e ciò a partire dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione;
- b) agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal secondo comma dell'articolo 36, un diritto di accesso ancor più "ampio" perché ad essi sono resi "reciprocamente

disponibili”, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli “atti” di cui al primo comma, ma anche le offerte dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, la prima essendo conoscibile da tutti);

c) all’art. 36, al terzo comma (da leggersi unitamente al terzo comma dell’art. 90), si prevede che nella comunicazione dell’aggiudicazione di cui all’art. 90, la stazione appaltante o l’ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di “parti” delle offerte, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali;

d) una volta intervenute l’aggiudicazione e, ai sensi dell’art. 90, la comunicazione digitale della stessa:

- tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, “*direttamente, mediante piattaforma*”, a tutto ciò (offerta dell’aggiudicatario, verbali, atti, dati e informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria) che ha rappresentato un passaggio della procedura, a fondamento e presupposto dell’aggiudicazione;

- i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere “*direttamente mediante piattaforma*” anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli “*oscuramenti*”, da parte della p.a.;

- l’eventuale oscuramento deve essere conseguenza di una specifica richiesta dell’operatore offerente, corredata da una dichiarazione “*motivata e comprovata*” in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali; in secondo luogo, sia che tale richiesta sia stata accolta, sia che sia stata respinta, la stazione appaltante nella comunicazione dell’aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 1035 del 2024, cfr. § 14.1. *sub* lett. c).

14.3. Profili processuali.

La giurisprudenza così si è espressa sul ricorso per l’accesso agli atti, in sede di prima applicazione del nuovo codice:

a) il ricorso contro le decisioni sull’accesso riferite al disposto parziale oscuramento dell’offerta, alla luce della dichiarazione dell’operatore economico, deve essere notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell’aggiudicazione: trattasi di un nuovo rito speciale, in materia di accesso per i contratti pubblici, contemplato nell’art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 e caratterizzato dall’estrema celerità rispetto al modello processuale di cui all’art. 116 del c.p.a.. La regola della sospensione feriale si applica anche ai riti amministrativi speciali, fra i

quali quello sull'accesso; del resto, l'art. 54 c.p.a. è assolutamente chiaro nel prevedere sia la sospensione dei termini processuali dal 1° agosto al 31 agosto di ogni anno, sia la mancata applicazione della sospensione al solo procedimento cautelare. (T.a.r. per la Lombardia, sez. II, n. 2584 del 2024, che ha pertanto ritenuto tempestivo il ricorso);

b) è irricevibile, in quanto manifestamente tardiva, l'istanza di accesso agli atti endoprocessuale, ai sensi del secondo comma dell'art. 116, c.p.a., con la quale è stata impugnata la "decisione" della stazione appaltante di parziale oscuramento degli atti di gara, ove la medesima istanza ostensiva sia stata presentata oltre il termine di dieci giorni, previsto dall'art. 36, quarto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, dalla comunicazione di oscuramento (T.a.r. per la Liguria, sez. I, ord. n. 544 del 2024 che ha osservato, preliminarmente, come la norma transitoria di cui all'art. 225, secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 afferma che l'art. 53 del precedente codice (d.lgs. n. 50 del 2016) "*continua ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative ... c) all'accesso alla documentazione di gara ...*" sicché era pacifico che tale norma non fosse invocabile alla fattispecie al suo esame in cui l'accesso era stato richiesto con istanza della ricorrente presentata il 24 maggio 2024 e, per di più, in dichiarata applicazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023);

c) laddove la stazione appaltante, contravvenendo all'espressa previsione di cui all'art. 36 del codice dei contratti pubblici, non abbia reso disponibile, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata per lo svolgimento della gara, ai primi cinque classificati, unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi del successivo art. 90, le offerte e la documentazione presentate dagli altri quattro concorrenti, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, nei termini di cui all'art. 116 c.p.a., non essendo applicabili le previsioni del rito *super speciale* di cui all'art. 36, quarto e settimo comma del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile alla sola contestazione delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 2520 del 2024).

14.4. Accesso agli atti e termine per impugnare.

La giurisprudenza si è di recente espressa in ordine al rapporto tra istanza di accesso agli atti e termine per impugnare gli esiti della procedura di gara.

In particolare il Consiglio di Stato ha evidenziato che, in ipotesi di mancata messa a disposizione dei documenti da parte della stazione appaltante unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, e di conseguente necessità di presentazione di un'istanza di accesso, il termine per impugnare decorre dall'esitazione dell'istanza di accesso; in senso diverso si è pronunciata una parte della giurisprudenza di primo grado, secondo quanto di seguito precisato:

- a) a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 120 c.p.a., come

sostituito ad opera dell'art. 209, primo comma, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023, e dell'art. 90 del d.lgs. n. 36 del 2023, il *dies a quo* del termine decadenziale stabilito per l'impugnazione degli atti di gara coincide con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono. Pertanto, laddove la stazione appaltante non metta a disposizione la documentazione di gara unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione e la parte presenti istanza di accesso, si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti (Cons. Stato, sez. V, n. 8352 del 2024 che correggendo la motivazione della sentenza del T.a.r. per la Basilicata, sez. I, n. 217 del 2024, ha considerato inammissibile per difetto di interesse a ricorrere, anziché irricevibile, il ricorso di primo grado; il Consiglio di Stato ha ritenuto che la novellata normativa, che persegue l'obiettivo di evitare i c.d. ricorsi "al buio", si pone in linea con l'orientamento espresso dal giudice eurounitario secondo cui la direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 *quater*, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici, recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di trenta giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata);

- b) il ricorso sarebbe stato tempestivo anche applicando l'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, n. 2882 del 2024; n. 1263 del 2024; n. 2796 del 2023; sez. III, n. 1792 del 2023; Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020) formatosi nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, avendo la stazione appaltante evaso l'istanza di accesso oltre il termine di quindici giorni, con la conseguente decorrenza del termine di trenta giorni dall'esitazione dell'istanza di accesso;
- c) in senso analogo con riferimento alla novella normativa, Cons. Stato, sez. V, n. 8257 del 2024, di conferma di T.a.r. Lazio, sez. II *ter*, n. 4477 del 2024 secondo cui alla luce del combinato disposto dell'art. 209, primo comma, lett. a), punto 2, secondo periodo, e dell'articolo 36, primo e terzo comma, del nuovo codice, il termine di trenta giorni per proporre ricorso decorre, in ogni caso, dal momento in cui i documenti di gara vengono messi a disposizione degli operatori, in assenza della comunicazione di avvenuta aggiudicazione, *ex art.* 90 d.lgs. n. 36 del 2023, ritenendo che il

ricorso, cui l'istanza di accesso era correlato, era tempestivo, avendo riguardo alla messa a disposizione dei documenti ed ha accolto il ricorso *ex art. 116*, secondo comma c.p.a., alla luce dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016;

- d) il nuovo accesso agli atti di cui agli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 non contempla più il meccanismo di dilazione del termine per impugnare per cui il ricorso, anche a fronte dell'istanza di accesso, deve essere notificato entro trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. In tema di accesso agli atti, il nuovo codice ha introdotto una disposizione inedita, l'art. 35, che al primo comma prevede che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*. Di conseguenza non è applicabile il principio di cui all'art. 76, secondo comma del (previgente) d.lgs. n. 50 del 2016 (*“su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta”*), disposizione abrogata dal nuovo codice dei contratti pubblici: il che rende, parimenti, inapplicabile il peculiare termine di proroga del termine impugnatorio elaborato dalla giurisprudenza, trattandosi di appalto soggetto, in base alla *lex specialis* di gara, alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 (T.a.r. per il Lazio, sez. IV, n. 13225 del 2024 che ha considerato pertanto irricevibile il ricorso computando il termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'aggiudicazione e non dalla data di esitazione dell'istanza di accesso).

15. La progettazione.

L'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023 è posto in apertura alla parte IV, dedicata alla progettazione e nello specifico disciplina i livelli di progettazione in un'ottica di semplificazione, con la previsione di due livelli di progettazione per i lavori (rispetto ai tre livelli del codice previgente), costituiti dal progetto di fattibilità tecnico-economica e dal progetto esecutivo (primo comma), con rinvio all'allegato I.7 per aspetti di carattere prettamente tecnico ed operativo (secondo e terzo comma) e la previsione di un unico livello di progettazione per servizi e forniture (dodicesimo comma).

15.1. Il principio di continuità della progettazione.

Il Consiglio di Stato, avuto riguardo alla novellata disciplina ha affermato che il nuovo codice degli appalti valorizza il principio di continuità della progettazione,

ponendolo a fondamento della previsione contenuta nell'ottavo comma dell'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023 che prevede – stante l'avvenuta eliminazione del livello della progettazione definitiva – che alla redazione del progetto esecutivo provvede, di regola, lo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica, per evidenti ragioni connesse alle garanzie di coerenza e speditezza. L'affidamento disgiunto non è precluso, imponendosi, però, l'esplicitazione delle ragioni per le quali si rende necessario, nonché l'accettazione da parte del nuovo progettista, senza riserve, dell'attività progettuale svolta in precedenza (Cons. Stato, sez. V, n. 3007 del 2024, che, in riferimento ad una gara disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ha richiamato il principio di continuità della progettazione, valorizzato nel nuovo codice, ritenendo che non fosse ravvisabile l'incompatibilità di cui all'art. 24, settimo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 a partecipare alla gara per la progettazione definitiva ed esecutiva in capo al soggetto che aveva redatto il progetto di fattibilità tecnica ed economica).

15.2. L'appalto integrato.

L'art. 44 del codice disciplina l'istituto dell'appalto integrato, la cui operatività era stata esclusa, salvo casi particolari, dal precedente codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016. Peraltro con il decreto legge 18 aprile 2029, n. 32, successivamente modificato e integrato, per il periodo transitorio fino al 30 giugno 2023, si era sospeso il divieto di appalto integrato, originariamente previsto dall'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il nuovo codice, in perfetta continuità con detta disciplina, riconosce pertanto la possibilità di ricorrere all'appalto integrato, salvo che per l'ipotesi del tutto residuale di appalti di lavori aventi ad oggetto opere di manutenzione ordinaria.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato pertanto, seppure nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ha avuto modo di affermare che nel nuovo codice, approvato con d.lgs. n. 36 del 2023, il divieto di appalto integrato può dirsi superato nella ricorrenza dei presupposti indicati nell'art. 44, adottato in attuazione di quanto indicato nella legge delega, con cui si è affidato al legislatore delegato il compito di individuare le “*ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta*”, ex art.1, secondo comma, lett. ee) della l. n. 78 del 2022 (Cons. Stato, sez. V, n. 3007 del 2024, cfr. *sub* § 15.1.).

15.3. Gli incentivi alle funzioni tecniche.

L'art. 45 del nuovo codice, rubricato “*Incentivi alle funzioni tecniche*” riprende, con alcune novità, la disciplina che nel d.lgs. n. 50 del 2016 era contenuta nell'art.

113. Gli incentivi alle funzioni tecniche rappresentano il principale strumento a disposizione delle stazioni appaltanti per promuovere la crescita di professionalità interne all'Amministrazione che svolgano le funzioni tecniche legate agli appalti, evitando che per l'affidamento di tali funzioni le stazioni appaltanti debbano rivolgersi a professionisti esterni e farsi carico dei maggiori costi che da ciò deriverebbero.

L'ambito di operatività dell'istituto, comportando oneri a carico della finanza pubblica, è stato in particolare oggetto di attenzione da parte delle delibere della Corte dei conti che hanno avuto modo di affermare che:

a) non vi sono, in linea generale, elementi ostativi a considerare che il meccanismo d'incentivazione delle funzioni tecniche, svolte dai dipendenti della centrale di committenza delegata, possa trovare applicazione anche quando il ricorso a quest'ultima provenga da una stazione appaltante non qualificata, avente natura privatistica, sempre nel rigoroso rispetto delle condizioni e nei limiti fissati dallo stesso art. 45 del codice. Tale soluzione è coerente con la *ratio* dell'istituto degli incentivi per funzioni tecniche, come esplicitata nella relazione al codice. L'attenzione del legislatore è rivolta alla valorizzazione, anche economica, delle delicate funzioni tecniche associate alle procedure di *procurement* della p.a., se svolte all'interno della stazione appaltante o, in caso di delega da parte di quest'ultima, se svolte all'interno della centrale di committenza, in contrapposizione all'opzione del relativo affidamento all'esterno; ciò indipendentemente dalla veste giuridica formale del soggetto delegante. Peraltro l'operatività del meccanismo di cui all'art. 45, ottavo comma, del codice richiede un attento scrutinio, rimesso al comune, sulla riconducibilità del soggetto privato nell'alveo della nozione "stazione appaltante", ancorché non qualificata, e dunque di "soggetto" validamente tenuto all'applicazione delle regole di evidenza pubblica, statuite nel codice. Parimenti, dovrà essere conseguentemente vagliata la sussistenza dei presupposti che legittimano, in ossequio alle previsioni del codice, il ricorso, da parte di tali soggetti, alla centrale di committenza. Infatti le norme in materia d'incentivi alle funzioni tecniche, essendo disposizioni onerose, devono trovare applicazione esclusivamente entro i confini legislativamente delineati dalla norma, non essendo l'art. 45, ottavo comma, del codice, suscettibile di estensione analogica, in omaggio al principio di legalità ex art. 23 Cost. e non potendosi la sua attuazione tradurre in un'ingiustificata attribuzione patrimoniale. Anche nell'ipotesi di committenza delegata, trova applicazione il principio di tassatività delle funzioni che possono beneficiare dell'incentivo, al pari di quanto previsto per le procedure d'acquisto direttamente gestite dalla stazione appaltante con proprio personale interno. Milita in tale direzione sia il richiamo diretto, nel comma ottavo dell'art. 45, alle risorse finanziarie e all'incentivo di cui al secondo comma e, conseguentemente, alla sua limitazione alle attività elencate nell'allegato I.10, sia la circostanza che le forme d'incentivazione per funzioni tecniche costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto possono essere riconosciuti solo per le attività

espressamente e tassativamente previste dalla legge. (Corte dei conti, Toscana, sez. contr., del. n. 207 del 2024);

b) la disciplina contenuta nell'art. 45 del d.lgs. n. 36 del 2023 si applica soltanto alle procedure di aggiudicazione indette (attraverso la pubblicazione del bando/avviso) in data successiva al 30 giugno 2023 e per attività incentivate svolte successivamente a tale data, altrimenti trovando applicazione la disciplina contenuta nell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016, anche con riferimento alla tipologia di attività incentivabili e con riguardo al limite del 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo quale misura degli incentivi da corrispondere al singolo dipendente (Corte dei conti, Campania, sez. contr., n. 123 del 2024);

c) il partenariato pubblico privato, definito secondo i criteri previsti dal primo comma dell'art. 174 del d.lgs. n. 36 del 2023 e realizzato tra un ente concedente, come definito dal secondo comma, coi requisiti previsti dal quinto comma dello stesso art. 174, è un'operazione economica ove può essere prevista l'applicazione degli incentivi per le funzioni tecniche, sempre che le attività svolte siano quelle previste dall'allegato I.10 del d.lgs. n. 36 del 2023 e gli incentivi siano a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, come prescritto dal primo comma dell'art. 45 (Corte dei conti, Toscana, sez. contr., n. 3 del 2024);

d) la *ratio* sottostante alla misura degli incentivi tecnici è da individuarsi nella specifica finalità di valorizzazione delle professionalità interne all'amministrazione, incaricate di svolgere prestazioni altamente qualificate che, ove fossero affidate invece a soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze a valere sul bilancio dell'ente pubblico. Tale finalità è stata confermata dall'evoluzione normativa dell'istituto, che ha spostato l'ambito applicativo dell'incentivo dalla progettazione alla programmazione e realizzazione degli investimenti, ed ha integrato l'obiettivo premiale nel percorso di razionalizzazione della spesa, da realizzare innanzitutto evitando l'aggravio di oneri dovuto al mancato rispetto di tempi e costi secondo quanto programmato e/o all'esecuzione non conforme agli standard qualitativi concordati. L'art. 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (T.u.s.p.) al primo comma, stabilisce che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quelli prescritti da norme di legge e che l'affidamento stesso avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. La giurisprudenza ha precisato che la società *in house* costituisce una *longa manus* dell'Amministrazione, non sussistendo un vero e proprio rapporto di alterità tra la stessa e l'amministrazione pubblica. Da ciò deriva l'applicabilità alle stesse società *in house* della disciplina in tema di funzioni tecniche

prevista dall'art. 45 del nuovo codice dei contratti pubblici; in altri termini, la disciplina in materia di funzioni tecniche è applicabile alle società *in house* in quanto esse stesse sono considerate p.a. Non può ritenersi, alla stregua della normativa di matrice europea, che i contratti realizzati dalle società *in house* sfuggano integralmente al complesso della disciplina del nuovo codice dei contratti, non essendo a ciò ostativa la previsione dell'art. 13, secondo comma, d.lgs. n. 36 del 2023. Risponde a criterio di ragionevolezza che gli incentivi tecnici possano essere attribuiti anche a personale delle società *in house*. In questo senso deve essere inteso il secondo comma dello stesso art. 45, laddove specifica che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti: disposizione che deve essere letta alla luce di detta interpretazione estensiva (Corte dei conti, Sardegna, sez. contr., n. 72 del 2024; cfr. quanto alle società *in house* § 6.1.).

15.4. L'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura.

La problematica degli incentivi alle funzioni tecniche afferisce allo svolgimento delle attività di progettazione da parte dei dipendenti della p.a.; peraltro, nell'ipotesi in cui non sussistano all'interno della p.a. professionalità adeguate per lo svolgimento di dette attività, occorre esternalizzare all'esterno lo svolgimento delle stesse.

L'art. 66 del d.lgs. n. 36 del 2023 reca pertanto l'elencazione degli operatori economici ammessi alle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, intendendosi, con questa formula, l'insieme di servizi tecnici che concorrono, per l'appunto, al delicato momento di progettazione dell'opera pubblica.

Ciò posto si segnala una recente pronuncia del T.a.r. per la Sicilia, Catania relativamente ai requisiti che debbono essere posseduti dai soggetti che intendano essere affidatari delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

Dal combinato disposto dell'art 66, comma primo, lett. e) e dall'art. 37 dell'allegato II.12, parte V, del d.lgs. n. 36 del 2023 si evince che i requisiti che devono essere posseduti dai soggetti che intendano essere affidatari di appalti pubblici di servizi di ingegneria o architettura sono i seguenti: i) l'oggetto sociale deve ricomprendere le prestazioni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; ii) deve essere predisposto e regolarmente aggiornato un organigramma nel quale devono essere indicate le *“persone direttamente impiegate nello svolgimento di funzioni professionali e tecniche, nonché di controllo della qualità con l'indicazione delle specifiche competenze e responsabilità”*; iii) all'interno della compagine aziendale deve essere presente almeno un direttore tecnico (consultato dall'organo di amministrazione per la definizione degli indirizzi strategici e per la partecipazione a gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, con funzioni di collaborazione e controllo delle prestazioni svolte dai tecnici incaricati delle progettazioni), il quale, a sua volta, deve essere in

possesso di determinati requisiti, tra cui la laurea in ingegneria o architettura, l'abilitazione all'esercizio della professione da almeno dieci anni, nonché l'iscrizione, al momento dell'assunzione dell'incarico, al relativo albo professionale e l'essere in regola con gli obblighi contributivi, assicurativi e di aggiornamento professionale previsti dalle norme legislative vigenti; iv) il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento deve essere delegato al direttore tecnico o ad altro ingegnere o architetto dipendente dagli stessi soggetti e avente i medesimi requisiti.

Una delle novità contenute nell'allegato II.12, rispetto al d.m. 2 dicembre 2016, n. 263, è rappresentata dalla previsione per cui i soggetti che vogliono partecipare alle procedure di affidamento pubblico devono ricomprendere nell'oggetto sociale le prestazioni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; tale novella ha il precipuo scopo di restringere il novero dei soggetti che possano essere affidatari di appalti pubblici di servizi di ingegneria e architettura e trova una giustificazione nella delicatezza dei servizi in questione e nell'elevata professionalità richiesta per garantire la qualità dei servizi. Il legislatore nazionale, da un lato ha recepito l'orientamento comunitario sul tema, sancendo la possibilità di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica per quanto riguarda i servizi di ingegneria e architettura anche a soggetti che non rivestono le forme indicate dalla legge (l'elenco ha ora natura esemplificativa e non più tassativa), ma, dall'altro lato, ha ristretto il novero dei soggetti che possono partecipare alle suddette procedure ad evidenza pubblica, stabilendo che tali soggetti debbano ricomprendere nell'oggetto sociale le prestazioni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Il ricomprendere nell'oggetto sociale le prestazioni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria non può avvenire in maniera implicita o ambigua, dovendo, invece, emergere in maniera espressa che i soggetti di cui all'art. 66, primo comma, lett. e), possono offrire sul mercato servizi di ingegneria e architettura e ciò anche allo scopo di permettere un primo controllo da parte della stazione appaltante circa la serietà e affidabilità del soggetto che partecipa alla procedura ad evidenza pubblica. L'interpretazione letterale e più restrittiva dell'art. 37, primo comma, dell'allegato II.12, parte V, del codice degli appalti trova la sua giustificazione nel fatto che il ricomprendere nell'oggetto sociale la possibilità di offrire sul mercato servizi di ingegneria e architettura non deve essere considerato un mero adempimento formale, ma, al contrario, in ragione della delicatezza dei servizi in questione e dell'elevata professionalità richiesta per garantirne la qualità, è un primo requisito necessario per garantire la serietà e l'affidabilità dell'operatore economico che intenda partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica relativa ad un servizio di ingegneria o architettura (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. IV, n. 2336 del 2024, che ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto da parte del comune di Enna ad una Università di studi privata, dei servizi di progettazione di un parco urbano, in mancanza di espressa indicazione nell'oggetto dello statuto dell'Università dell'offerta dei servizi di ingegneria e architettura, nonché per la mancanza di prova

in ordine alla sussistenza di un organigramma conforme a legge e di un direttore tecnico. La sentenza ha ricordato che nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, in un primo momento i soggetti che potevano partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura erano solo quelli indicati nell'elenco - ritenuto tassativo - di cui all'art. 46, il quale non comprendeva, tra gli altri, neanche gli enti senza scopo di lucro; conferma di tale esclusione si trae dal citato d.m. 2 dicembre 2016, n. 263 che, nell'indicare i requisiti che dovevano possedere i soggetti che volevano partecipare alle gare attinenti ai servizi di ingegneria e architettura, prendeva in considerazione solamente i soggetti indicati nell'art. 46, omettendo invece di indicare soggetti diversi. Successivamente, invece, a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE operato con l'ordinanza del T.a.r. per il Lazio, sez. I, n. 2644 del 2019 e della sentenza della Corte di giustizia UE, 11 giugno 2020 (C-219/19) che ha stabilito che *“l'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi”*, si era originato un opposto orientamento giurisprudenziale ai sensi del quale anche gli enti senza scopo di lucro possono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica di servizi di ingegneria e architettura, purché essi siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto d'appalto).

16. Il costo della manodopera.

La disciplina del costo della manodopera nel nuovo codice dei contratti pubblici si ricava, oltre che dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 (sul principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, cfr. § 9), dall'art. 41, tredicesimo (relativo alla determinazione del costo del lavoro sulla base delle tabelle ministeriali) e quattordicesimo comma, secondo il quale *“Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”* ed infine dall'art. 108, nono comma, secondo il quale *“Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale”*.

16.1. Rapporto fra la disciplina del nuovo codice e la disciplina del codice previgente.

La giurisprudenza così si è espressa sul rapporto tra la disciplina in tema di

costi della manodopera recata dal d.lgs. n. 50 del 2016 e quella recata dal d.lgs. n. 36 del 2023:

a) il d.lgs. n. 36 del 2023 segue la via tracciata dal d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo ai partecipanti alla gara di indicare, in via separata, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e i costi per gli oneri di sicurezza, e sanzionando con l'esclusione la violazione di detto obbligo (artt. 41, tredicesimo comma, e 108, nono comma, del d.lgs. n. 36 del 2023). Dalla lettura combinata delle disposizioni citate, emerge, infatti, la volontà di responsabilizzare gli operatori economici, allo scopo di assicurare che questi ultimi, prima di formulare il proprio "ribasso complessivo", svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi. L'art. 108, nono comma, innovando rispetto al codice previgente, sanziona espressamente l'omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con l'esclusione dalla gara, come riconosciuto nella relazione al nuovo codice. Da ciò si desume la piena continuità del codice del 2023 rispetto a quello del 2016 nella tutela degli interessi dei lavoratori, che nel nuovo codice assume una valenza rafforzata come desumibile dall'art. 11, terzo comma, che agli operatori economici che applicano un contratto collettivo diverso rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, richiede dichiarazioni di garanzia di equivalenza delle tutele offerte ai propri dipendenti rispetto a quelli indicati, non applicati. Avuto riguardo alla costanza del legislatore nella tutela degli interessi dei lavoratori e nella previsione degli istituti che proteggono tali beni giuridici – tra i quali vi è l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza – va pertanto affermata l'immodificabilità di tali costi in sede di giustificazioni, in quanto elementi costitutivi e quindi immodificabili dell'offerta economica (T.a.r. per il Veneto, sez. I, n. 230 del 2024; cfr. quanto all'interazione di tale immodificabilità con i principi dell'accesso al mercato, della fiducia e del risultato § 4.3.);

b) l'art. 97, sesto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 non prevede affatto un divieto indiscriminato di ribasso sul costo della manodopera indicato dalla stazione appaltante, limitandosi a prevedere il divieto di giustificazione rispetto a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e con obbligo della stazione appaltante di sottoporre a verifica di congruità l'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe peraltro i seguenti effetti:

- i) la standardizzazione dei costi verso l'alto
- ii) la sostanziale imposizione del c.c.n.l. individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto;
- iii) la sostanziale inutilità dell'art. 97, sesto comma, e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili;

iv) l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti, tenuto conto che ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento al costo della manodopera indicato, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento al "costo reale" (o costo ore lavorate effettive), comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio.

In tal senso conduce anche il dettato dell'art. 23, sedicesimo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui solo i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso.

Ai fini di una corretta interpretazione della *lex specialis* di gara può richiamarsi in via interpretativa l'art. 41, quattordicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 che, significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016. Persino nel nuovo codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma, lett. t) della l. n. 78 del 2022, ha previsto "*in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*", è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega, con l'art. 41 Cost.. Peraltro interpretando in senso diverso la *lex specialis* di gara si arriverebbe a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce "spese generali (Cons. Stato, sez. V, n. 5665 del 2023);

c) in forza del combinato disposto degli artt. 108, nono comma, e 110, quinto comma, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, decimo comma, e 97, quinto comma, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi. Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo) è sempre obbligatorio, anche nei casi di gara al massimo ribasso. Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost. Pertanto la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. Si tratta di una autonoma *condicio causam dans* del provvedimento di aggiudicazione, come indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione. Inoltre, al fine di consentire alla stazione appaltante tale doverosa attività di controllo, occorre distinguere i "costi indiretti della commessa", ovvero sia i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o adibito a servizi esterni, dai "costi diretti della commessa", comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa.

L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 6128 del 2023 che ha pertanto annullato su ricorso della seconda graduata l'aggiudicazione per non avere la stazione appaltante provveduto a verificare la congruità dei costi della manodopera, sebbene la stessa s'imponesse in ragione sia della lacunosa formulazione dell'offerta dell'aggiudicataria, avendo quest'ultima genericamente quantificato il costo del lavoro per il biennio di durata del contratto, sia in ragione delle caratteristiche del servizio "ad alta intensità di manodopera").

16.2. L'omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza.

La giurisprudenza, in piena continuità con la giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 e in piena adesione alla disciplina *expressis verbis* recata dal d.lgs. n. 36 del 2023, così si è pronunciata sull'omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza:

a) in materia di gare di appalto e di contratti della p.a., deve ritenersi che, a seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, il concorrente deve, in ogni caso, indicare, in sede di offerta, i costi della manodopera delle prestazioni contrattuali, anche se oggetto di subappalto a terzi. Pertanto deve ritenersi legittima l'esclusione di un operatore economico che ha omesso di indicare i costi della manodopera delle prestazioni contrattuali subappaltate a terzi, a nulla rilevando né che il modulo di offerta non preveda uno specifico spazio per indicare il costo della manodopera relativo alle prestazioni oggetto di subaffidamento, né che l'operatore economico interessato sia un mero intermediario commerciale, che subappalta la fase di trasporto dei rifiuti nel caso in cui:

- i) il disciplinare di gara risulti chiaro nel richiedere l'indicazione "complessiva" dei costi della manodopera e, nella specie, in particolare, dei costi del personale addetto al trasporto dei rifiuti;
 - ii) la stazione appaltante abbia chiarito che il concorrente ha la possibilità di aggiungere nel modulo dell'offerta tale ulteriore importo, senza particolari difficoltà;
 - iii) i costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate a imprese terze riguardino l'intero servizio di trasporto dei rifiuti, ossia i costi del personale stabilmente preposto all'esecuzione di una delle prestazioni oggetto dell'appalto (T.a.r. per il Veneto, sez. I, n. 1559 del 2024);
- b) è legittima l'esclusione di un operatore economico da una gara di appalto di

servizi (nella specie, si trattava del servizio di ristorazione scolastica), e, in particolare, da una procedura aperta, in modalità telematica, con inversione procedimentale, motivato con riferimento alla omessa indicazione separata dei costi aziendali di sicurezza, nel caso in cui deve escludersi la sussistenza delle condizioni di “materiale impossibilità” di separata evidenziazione dei costi in questione, che consentono di sanare la carenza dell’offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della p.a. appaltante. La nozione di materiale impossibilità di separata indicazione, nella offerta, dei costi inerenti alla sicurezza interna, deve essere interpretata in senso restrittivo e rigoroso, ritenendo che tale materiale impossibilità non sussista tutte le volte in cui sia possibile modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell’offerta fissati nei moduli unilateralmente predisposti dall’amministrazione; d’altro canto, la “materiale impossibilità” dovrebbe essere intesa in senso oggettivo, come impossibilità per tutti gli operatori economici che partecipano alla gara (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 703 del 2024, che ha precisato che nel caso di specie, se pure se il *form online* dell’offerta economica complessiva non contenesse uno spazio appositamente dedicato all’indicazione dei costi aziendali della sicurezza, ciò non implicava che la modulistica predisposta dalla stazione appaltante non consentisse di adempiere in altro modo all’obbligo, previsto per legge, di dichiarare i costi aziendali per la sicurezza, e ciò sul rilievo che tale dichiarazione ben poteva essere inserita nell’ambito della scheda dettaglio economico scaricabile dalla piattaforma);

c) cfr. T.a.r. per il Veneto, sez. I, n. 230 del 2024, *sub* § 16.1. lett. a).

16.3. Il ribasso sui costi della manodopera.

Sulla questione si segnalano i seguenti orientamenti:

a) l’art. 41, comma 14, del codice dei contratti pubblici non ha determinato la totale equiparazione tra i «costi della manodopera» e gli «oneri di sicurezza da interferenze» (c.d. oneri fissi): difatti, solo questi ultimi sono (come già lo erano, per giurisprudenza pacifica, sotto la vigenza del precedente codice) integralmente predeterminati dall’amministrazione aggiudicatrice in maniera fissa ed immodificabile. Il costo del lavoro, invece, essendo contrattato in un mercato solo parzialmente regolamentato, non può essere calcolato in maniera certa sulla base di parametri algebrici inequivocabili: d’altronde, quella formulata nel bando dalla stazione appaltante è una stima che sconta inevitabili margini di opinabilità e, conseguentemente, non può essere considerata cogente per l’operatore economico (T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. I, n. 15720 del 2024);

b) laddove il ribasso offerto dall’operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d’asta, l’offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare ai sensi dell’art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36 del 2023 “che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”; di contro, il ribasso proposto dall’operatore economico unitamente all’indicazione dei costi della manodopera “a

rialzo” non costituisce, di per sé, come nel caso di indicazione “*a ribasso*”, un indice di anomalia dell’offerta, poiché è necessario che la proposta in aumento di tale componente di costo si caratterizzi per la sua effettiva e concreta capacità di incidere sulla renumeratività dell’offerta, andando ad abbattere l’utile ritraibile dall’importo offerto: ciò in quanto per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all’entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, suscita il sospetto della scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l’inidoneità ad assicurare all’operatore economico un adeguato profitto (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 2642 del 2024, con richiamo, quanto al primo principio, a T.a.r. per la Basilicata, sez. I, n. 273 del 2024 e, quanto al secondo principio, a T.a.r. per la Toscana, sez. V, n. 703 del 2024);

c) sulla base del combinato disposto degli artt. 41, comma 14, 108, comma 9, e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che, per l’operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera, la conseguenza non è l’esclusione dalla gara, ma l’assoggettamento della sua offerta alla verifica dell’anomalia: in quella sede l’operatore economico avrà l’onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, oltre il rispetto dei minimi salariali (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 120 del 2024 che ha ritenuto che tale interpretazione del dettato normativo consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell’art. 1, primo comma, della legge delega (l. n. 78 del 2022) – con la libertà di iniziativa economica e d’impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell’operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l’importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara. Solo seguendo tale impostazione si spiega anche l’obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, nono comma del d.lgs. n. 36 del 2023) previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, primo comma, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici, in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell’anomalia”);

d) l’art. 41, comma 14, del nuovo codice dei contratti pubblici se da un lato afferma che i “*costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall’importo assoggettato al ribasso*”, dall’altro consente comunque all’operatore economico “*di dimostrare che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*”. Pertanto, la non “ribassabilità” dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d’asta (T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 3787 del 2023);

e) cfr. per un raffronto tra la disciplina recata dal d.lgs. n. 50 del 2016 e quella recata dal d.lgs. n. 36 del 2023 e nel senso della possibilità del ribasso sul costo della

manodopera anche nel nuovo codice, Cons. Stato, sez. V, n. 5665 del 2023 sub § 16.1. lett. b).

16.4. *Lex specialis* di gara e tabelle ministeriali.

Secondo una recente pronuncia del T.a.r. per la Toscana è illegittima la determinazione della base d'asta di un appalto che non tenga conto del costo del lavoro indicato nelle tabelle ministeriali e dei minimi inderogabili. Infatti, l'articolo 41 d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che la base d'asta debba essere elaborata in base al costo determinato nelle tabelle ministeriali e che i costi della manodopera e della sicurezza siano scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Il legislatore inoltre impone l'indicazione separata in offerta del costo del personale, al fine di tutelare il diritto dei lavoratori ad una giusta retribuzione ed evitare dunque che il confronto concorrenziale possa produrre effetti negativo su tale diritto. L'art. 110, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, sempre a tutela del diritto dei lavoratori ad una retribuzione dignitosa, prevede che non siano ammesse giustificazioni “*in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*”. È chiaro pertanto che anche la stazione appaltante, nello stabilire la base d'asta, debba tenere conto del costo indicato nelle tabelle ministeriali e dei minimi inderogabili (T.a.r. per la Toscana, sez. I, n. 389 del 2024, che ha annullato la *lex specialis* di gara che si discostava in maniera rilevante dal costo della manodopera indicato nelle tabelle ministeriali).

17. Gli appalti sotto-soglia.

L'art. 48 del d.lgs. n. 36 del 2023, posto in apertura alla parte I, relativa agli appalti sotto-soglia del libro II (“dell'appalto”), ripropone la distinzione operata dal legislatore eurounitario tra contratti sopra-soglia e contratti sotto-soglia, dettando la “*disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*” in attuazione della lett. e) del secondo comma dell'art. 1 della l. n. 78 del 2022.

La norma in particolare rinvia ai principi di cui al libro I, parti I e II (primo comma), e prevede che per gli appalti con interesse transfrontaliero certo si applichi comunque la normativa ordinaria (secondo comma), prevedendo infine che ai contratti sotto-soglia, ove non derogata dalla disciplina specifica per essi prevista, si applichino le disposizioni del codice.

17.1 Appalti sotto-soglia e principio di accesso al mercato. Il principio di equivalenza.

Secondo la giurisprudenza intervenuta in sede di prima applicazione del codice:

a) è illegittimo il provvedimento con il quale un'azienda sanitaria ha escluso un operatore economico da una gara di appalto, *ex art. 50, comma 1, lett. b)*, del d.lgs. n. 36 del 2023 e s.m.i., per la fornitura del principio attivo di un farmaco (enoxaparina sodica biosimilare dosaggi vari), motivato con riferimento al fatto che il farmaco offerto non è riconducibile ai farmaci biosimilari richiesti dalla *lex specialis*, nel caso in cui il medicinale offerto dal concorrente escluso contenga comunque il farmaco richiesto dalla stazione appaltante; in tal caso: *i)* l'esclusione deve ritenersi in contrasto con il principio d'equivalenza, il quale, come corollario dei principi di libera circolazione delle merci, di tutela della concorrenza e di proporzionalità, opera anche in relazione agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria; *ii)* essendo la fornitura di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea sono applicabili, ai sensi dell'art. 48, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, i principi di concorrenza, di accesso al mercato, di imparzialità e non discriminazione di cui ai precedenti artt. 1 e 3; *iii)* l'esclusione a priori del farmaco di riferimento *originator*, a favore dei soli farmaci biosimilari, comporta la violazione dei suddetti principi (T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. I, n. 700 del 2024);

b) il principio di equivalenza, quale canone immanente nelle procedure di gara o comunque di evidenza pubblica, opera anche nelle forme negoziate o similari della c.d. piccola evidenza, specie allorché l'amministrazione intenda affidare la fornitura di materiale di consumo; pertanto la richiesta di materiale originale deve intendersi anche inclusiva del materiale assimilabile all'originale (T.a.r. per la Puglia, sez. III, n. 1032 del 2024, riferita al provvedimento di esclusione dal procedimento di gara negoziato, mediante invito alla presentazione di preventivi, tramite piattaforma elettronica per l'affidamento diretto della fornitura del "tubo giornaliero XD8151", materiale di consumo dedicato, da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800, in dotazione alla Tac).

17.2. Il principio di rotazione.

Il principio di rotazione è consacrato dall'art. 49 del codice quale principio guida degli affidamenti sotto-soglia; pertanto in applicazione di tale principio "*è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*" (secondo comma). Detto principio non si applica peraltro in riferimento alle procedure previste dall'art. 50, primo comma, lett. c), d) ed e) (relativi alle procedure negoziate senza bando), quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata (quinto comma), come pure è prevista la possibilità di deroga per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro (sesto comma). È inoltre previsto che in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il

contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto (quarto comma).

La giurisprudenza così si è espressa sul principio di rotazione, anche in relazione a fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con raffronti alla disciplina recata dal nuovo codice:

a) il principio di rotazione costituisce un riferimento normativo “inviolabile” del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto-soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, così da evitare il consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

La tesi elaborata dalla giurisprudenza circa il carattere relativo e non assoluto del principio in esame, secondo cui la rotazione deve essere intesa “non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione” del nuovo affidamento, ma solo nel senso “di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza” va riferita all’ipotesi di affidamento di appalti sotto-soglia con “procedura aperta”, avuto riguardo anche a quanto previsto dalle Linee guida Anac n. 4. Tale soluzione deve intendersi recepita dall’art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023, come ricordato nella relazione allo schema definitivo del nuovo codice dei contratti pubblici, per cui non si applica quando l’indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata. Per contro nelle ipotesi in cui la stazione appaltante proceda discrezionalmente nell’individuare gli operatori economici ai quali rivolgere l’invito a presentare le proprie offerte, il principio di rotazione opera quale limite “inviolabile” a tutela della concorrenza, al fine di garantire un’effettiva concorrenzialità degli operatori del settore, evitando il consolidarsi di posizioni di vantaggio in capo a singoli operatori che abbiano beneficiato dell’affidamento nelle precedenti gestioni (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. II, n. 2476 del 2024; cfr. sub lett. b);

b) alla stregua di quanto previsto nelle linee guida Anac n. 4, paragrafo 3.6, l’applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata con affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento. Devono al riguardo trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza secondo i quali: *i*) l’identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento tra le imprese deve fondarsi su una serie di indici che, per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione, devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all’amministrazione valutare in concreto; *ii*) non è necessario che sia effettuata una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull’esito della gara; *iii*) ai fini dell’esclusione è, quindi, sufficiente che si raggiunga un grado di verosimiglianza

della sussistenza di un unico centro decisionale, secondo un criterio probabilistico che poggia sugli elementi del collegamento di carattere societario, commerciale o comunque relazionale; *iv*) esclusa la sussistenza di situazione di controllo sostanziale, ai sensi dell'art. 2359 c.c., la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte, va condotta sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. II, n. 2476 del 2024, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione disposto a carico di una società collegata con l'operatore uscente, recependo il parere precontenzioso dell'Anac che aveva evidenziato: *i*) a ridosso della trasmissione della lettera di invito era stata costituita *ad hoc* una nuova società (ricorrente e aggiudicataria), amministrata dal socio del contraente uscente, nonché fratello dell'amministratore di quest'ultimo; *ii*) tale società, essendo di nuova costituzione, aveva stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente; *iii*) l'operatore che si era aggiudicato l'appalto, quindi, non soltanto risultava legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, ma era anche detentore di quota di capitale sociale nell'impresa precedente aggiudicataria; *iv*) la pluralità di tali indizi induceva a ritenere che vi fosse stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione);

c) il principio di rotazione non si applica qualora il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non disponga alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (T.a.r. per la Calabria, n. 848 del 2024);

d) in materia di appalti il principio di rotazione non opera, e dunque non vi è violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023, nel momento in cui un operatore, anche se precedente affidatario del servizio, chieda di essere invitato a partecipare costituendo un raggruppamento con un altro soggetto, in quanto in tal modo un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza (Cons. Stato, sez. IV, n. 7778 del 2024, che ha annullato, anche sotto questo profilo l'esclusione disposta a carico dell'operatore uscente, che aveva richiesto di partecipare alla gara ponte riunito in R.t.i. con altra impresa);

e) in sede di applicazione del principio di rotazione, l'invito rivolto al gestore uscente non può essere giustificato esclusivamente sulla base di un giudizio positivo alla luce del grado di soddisfazione maturato nello svolgimento del precedente rapporto contrattuale, sia perché il testo dell'art. 36, secondo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, non contempla tale limite applicativo (mentre un riferimento alla «accurata esecuzione del precedente contratto», quale elemento che giustifica l'affidamento al precedente gestore, è attualmente contenuto nell'art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023), sia perché il criterio di rotazione prescinde, in linea di principio, dal merito professionale del precedente gestore e non è diretto a garantire che alla procedura

partecipino i migliori offerenti, ma che i migliori non diventino anche i monopolisti di fatto di quel segmento di mercato (mentre può essere sufficiente a giustificare il mancato invito del precedente affidatario un eventuale giudizio negativo, anche se il numero di operatori reperibili sul mercato sia inferiore a quello di legge, Cons. Stato, sez. V, n. 5741 del 2024);

f) in materia di appalti pubblici, l'art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023 - il quale pone il divieto di affidamento della successiva commessa rientrate nella medesima categoria di opere, senza alcun riferimento alle classifiche e ai sottostanti importi - costituisce regola operante sia in caso di identità, sia in caso di analogia della commessa precedente, con la sola esclusione di lavori oggettivamente diversi, ovvero caratterizzati da una sostanziale alterità qualitativa, in piena continuità con quanto già indicato al paragrafo 3.6 delle Linee Guida Anac, n. 4, come costantemente interpretato dalla giurisprudenza (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 1099 del 2024 che ha pertanto ritenuto legittima l'esclusione dell'operatore uscente, sulla base del rilievo che lo stesso era stato in precedenza affidatario per due volte consecutive della commessa "rientrante nella medesima categoria di opere");

g) ai fini del principio di rotazione i "due consecutivi affidamenti" fanno riferimento a quello da aggiudicare e a quello immediatamente precedente con la conseguenza che l'art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023 vieta il secondo consecutivo affidamento e non già il terzo affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti in passato, ove quello presente non sia a sua volta consecutivo a questi, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici, tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida Anac n. 4, che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale" (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 1099 del 2024, *sub* lett. f)).

17.3. Le modalità di affidamento dei contratti sotto-soglia.

L'art. 50 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede le modalità di affidamento per gli appalti sotto-soglia.

Relativamente agli appalti di lavori è previsto:

- per importi inferiori a 150.000,00 euro, affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse, idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (lett. a);

- per importi pari o superiori a 150.000,00 euro e inferiori a 1 milione di euro, l'esperimento di una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (lett. c);

- per importi pari o superiori a 1 milione di euro e inferiori alla soglia di

rilevanza europea, l'esperimento di una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla parte IV del libro II (lett. d).

Relativamente agli appalti di servizi e forniture (ivi inclusi i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione):

- per importi inferiori a 140.000,00 euro, affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (lett. b);

- per importi pari o superiori a 140.000,00 euro e inferiori alla soglia europea, l'esperimento di procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (lett. e).

La giurisprudenza di primo grado, avuto riguardo alla nuova disciplina codicistica, ha osservato che l'art. 50 del nuovo codice appalti ha reso ordinaria la regolamentazione delle procedure di affidamento dei contratti cc.dd. sotto soglia stabilita dalla l. n. 120 del 2020 solo in via provvisoria e, soltanto in relazione alla procedura prevista dalla lett. d), fa espressamente salva la facoltà di optare per le procedure di scelta del contraente di cui alla successiva parte IV del codice, compresa quella aperta (T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. VII, n. 7037 del 2023 che, in relazione a fattispecie disciplinata dalla l. n. 120 del 2020, ha ritenuto non accoglibile la tesi della ricorrente secondo cui la nuova normativa - che, in sostanza, per i contratti sotto-soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall'opzione per la procedura aperta per contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14 - consentirebbe, in chiave interpretativa, di ravvisare già nella normativa emergenziale *ex* l. n. 120 del 2020, in via generale, il divieto di optare per la procedura aperta, sulla base del rilievo che una tale rilevante deroga a principi generali, quali la non discriminazione e la libera concorrenza (più adeguatamente tutelati a mezzo di procedure aperte), avrebbe richiesto una inequivoca previsione che nella normativa emergenziale, invece, difettava).

17.3.1. L'affidamento diretto.

Secondo la giurisprudenza, pronunciatasi in sede di prima applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici:

- a) la decisione dell'amministrazione di interpellare cinque operatori non è dimostrativa della volontà di indire una procedura negoziata: l'art. 50, primo comma, lett. b), del d.lgs. n. 36 del 2023 consente l'affidamento diretto dei servizi e forniture, di importo inferiore a 140.000 euro, "anche

senza” consultazione di più operatori economici e l’art. 3, allegato I.1 del codice dei contratti, prevede espressamente la facoltà per la stazione appaltante di interpellare più operatori;

b) la mera proceduralizzazione dell’affidamento diretto, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida Anac n. 4 per tutti gli affidamenti diretti), non trasforma l’affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall’amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze;

c) nelle procedure di affidamento diretto, il d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che la scelta dell’operatore “anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici” è “operata discrezionalmente dalla stazione appaltante” (art. 3, allegato I.1), fermo restando l’obbligo di motivarne le ragioni (art. 17, secondo comma). Essa sfugge, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti;

d) la chiara indicazione della norma applicata, l’importo del servizio oggetto di affidamento, inferiore alla soglia dei 140.000 euro, la previsione di un mero confronto tra preventivi e l’assenza di una commissione giudicatrice nominata per la valutazione delle offerte, per cui l’individuazione del preventivo ritenuto più conveniente per l’amministrazione è effettuata direttamente dal RUP, senza le formalità della seduta pubblica e senza l’elaborazione di una graduatoria finale tra le diverse proposte, palesano la volontà dell’amministrazione di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 1778 del 2024 con richiamo a Cons. Stato, sez. IV, n. 3287 del 2021; in termini T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 2968 del 2023; cfr. peraltro la giurisprudenza che ritiene applicabile anche a tali procedure il principio di equivalenza *sub* § 17.1.).

17.4. L’esclusione delle offerte anomale.

L’art. 54 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall’articolo 110, prevedono negli atti di gara l’esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, con

esclusione degli affidamenti di cui all'articolo 50, primo comma, lettere a) e b), riferite all'affidamento diretto. È peraltro prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (primo comma).

Il secondo comma prevede che con riferimento alle ipotesi di esclusione automatica le stazioni appaltanti negli atti di gara indichino il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero che lo selezionino in sede di valutazione delle offerte, tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.

La giurisprudenza così si è espressa in relazione all'applicazione della presente normativa:

a) la *lex specialis* di gara deve prevedere, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 36 del 2023, espressamente l'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia, in deroga all'art. 110. Pertanto è illegittima l'esclusione automatica di un'offerta anomala disposta nei confronti di un operatore, se gli atti di gara non prevedono esplicitamente questo meccanismo, dovendo in tal caso la stazione appaltante effettuare il giudizio di verifica della congruità dell'offerta. Il giudizio di non congruità, conducente all'esclusione di un'offerta dubitata di anomalia, deve essere assistito da un percorso istruttorio particolarmente dettagliato, risultando necessaria una motivazione più approfondita e articolata solo laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione. Qualora, invece, il giudizio risulti di segno positivo, dichiarando la congruità e bontà dell'offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l'assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell'amministrazione (ovvero della commissione appositamente nominata) essere operata anche per *relationem* alle giustificazioni prodotte (T.a.r. per la Campania, sez. IV, n. 3001 del 2024);

b) l'art. 54 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha previsto per gli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria un'espressa deroga al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, disciplinato dal successivo art. 110, purché: l'appalto abbia a oggetto lavori e servizi, l'aggiudicazione avvenga con il criterio del prezzo più basso, il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, l'importo della commessa sia inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e non vi sia un interesse transfrontaliero certo. In caso di sussistenza di tutti i requisiti *de quibus* la stazione appaltante è tenuta a inserire nella *lex specialis* di gara l'espressa previsione che, qualora le offerte siano pari o superiori a cinque, si procederà all'esclusione automatica delle proposte anomale e, qualora non opti per il sorteggio, il metodo prescelto per il calcolo della soglia di anomalia, che dovrà essere individuato tra i tre previsti dall'allegato II.2. del codice (T.a.r. per il Piemonte, sez. I, n. 514 del 2024);

c) l'automatismo espulsivo di cui all'art. 54, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, valido per i contratti sotto-soglia non si applica nei casi in cui vi siano procedure caratterizzate dalla presenza di un interesse transfrontaliero certo, con

conseguente applicazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, che attribuisce poteri valutativi alla stazione appaltante per la verifica della congruità dell'offerta, in modo da garantire il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato (T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. II, n. 165 del 2024, che ha ritenuto illegittima l'esclusione automatica ritenendo che venisse in rilievo una procedura con un interesse transfrontaliero certo, avuto riguardo per un verso all'importo della commessa, di poco inferiore alla soglia europea, per altro verso avendo riguardo alla circostanza che il luogo di esecuzione dei lavori non era così distante da paralizzare *ab origine* l'interesse economico degli operatori stranieri, in applicazione della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia che ha ritenuto che debba aversi riguardo alla consistenza dell'appalto, all'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, alle caratteristiche tecniche dell'appalto, alla presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri; cfr. in tal senso le sentenze del 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277 punti 20 e 21; 11 dicembre 2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18 dicembre 2014, C-470/13, EU:C:2014:269, punto 32; 16 aprile 2015, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 16);

d) cfr. T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 478 del 2024, *sub* § 3.2. lett. e) in riferimento alla verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta negli appalti sotto-soglia in correlazione con il principio del risultato e della fiducia.

17.4.1. Il calcolo della soglia di anomalia delle offerte nel metodo A dell'allegato II.2 del d.lgs. 36 del 2023.

In relazione all'interpretazione del metodo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte, secondo il metodo A punto 2 dell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36 del 2023, si sono poste, in sede di prima applicazione, problematiche di tipo interpretativo che peraltro sono state risolte in modo univoco dalla giurisprudenza.

Si è pertanto affermato che:

- a) nell'ambito di una procedura negoziata senza bando, per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, secondo il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, nella quale per il calcolo della soglia di anomalia la commissione di gara ha individuato, tramite sorteggio, uno dei metodi tra quelli previsti nel metodo A dell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36 del 2023, in conformità a quanto previsto nella *lex specialis* deve ritenersi che, in applicazione corretta del suddetto metodo A, l'offerta che presenti un ribasso percentuale "pari" alla soglia di anomalia, debba essere automaticamente esclusa, insieme alle offerte di ribassi superiori, come già previsto dalla disciplina previgente sul taglio delle ali (cfr., Cons. Stato, Ad. plen., n. 5 del 2017), in riferimento all'analogo metodo di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 – ora metodo A dell'allegato II.2 – per la determinazione della soglia, dovendosi risolvere il dubbio ingenerato dalla non chiara formulazione del metodo A, come disciplinato dal suddetto

allegato II.2 (in cui da un lato, stabilisce che “*la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata*” e dall’altro, conclude disponendo che “*Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi*”), avendo riguardo a quanto esplicitato nella relazione al codice, prezioso ausilio utile a ricercare l’interpretazione autentica delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici che possono risultare di non immediata comprensione applicativa – e che costituisce “materiale della legge” (*Gesetzmaterial*) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l’uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”. In detta relazione è precisato che il metodo A del calcolo della soglia di anomalia e la conseguente disciplina concernente l’esclusione delle offerte c.d. anomale si collocano in linea di continuità con quanto già previsto dal precedente art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016;

- b) dalla lettura della suddetta relazione di accompagnamento, si desume che il metodo A replica esattamente quello introdotto all’art. 97, commi due e due *bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell’art. 1, ventesimo comma, del d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019. La scelta di mantenere la possibilità di ricorrere a questo metodo è duplice. In primo luogo, esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell’immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C. (...)” - cfr. pag. 83 della relazione – (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 3010 del 2024; in senso analogo Cons. Stato, sez. VII, n. 5780 del 2024 secondo cui, a confortare l’assunto che si tratti di una svista - quella del punto 3 del metodo A, dell’allegato II.2, di prevedere l’esclusione automatica solo degli sconti superiori alla soglia di anomalia - depone soprattutto la considerazione logica che la soglia di anomalia determinata in base a tale metodo, calcolata appunto attraverso l’operazione matematica dell’accantonamento del 10%, arrotondato all’unità superiore, delle offerte rispettivamente di maggior ribasso e di minor ribasso, comporta che lo sconto pari a tale soglia sia, appunto, esso stesso anomalo e passibile di immediata esclusione; T.a.r. per il Piemonte, sez. I, n. 514 del 2024; T.a.r. per la Toscana, sez. I, n. 628 del 2024; T.a.r. per la Puglia, sez. I, n. 731 del 2024).

18. La suddivisione in lotti.

L’art. 58 del codice disciplina la suddivisione in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture, nelle gare di appalto, volta a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese (primo comma), prevedendo l’adeguatezza del

valore di ciascun lotto rispetto alla possibilità di partecipazione delle suddette imprese e la possibilità di deroga a tale principio, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese (secondo comma).

È poi previsto il divieto di artificioso accorpamento dei lotti (terzo comma).

Il quarto comma disciplina la possibilità per la stazione appaltante di prevedere il vincolo di aggiudicazione, o anche di partecipazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., con la precisazione peraltro che *“il bando o l'avviso di indizione della gara contengono l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedono il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite”*.

L'ultimo comma prevede la possibilità per le stazioni appaltanti, previa indicazione nella *lex specialis* di gara, di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, *“indicando le modalità mediante le quali effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti”*.

La giurisprudenza, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ha utilizzato l'indicato disposto normativo in chiave interpretativa.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, il principio della suddivisione in lotti, può essere derogato, attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed è espressione di scelta discrezionale, il cui concreto esercizio deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Il semplice fatto che vi sia stata una suddivisione in lotti non esclude affatto che possano essere sindacate, sotto il profilo della legittimità e del rispetto sostanziale della *ratio* della disposizione, anche le modalità con le quali la suddivisione è avvenuta. Ciò risulta confermato dalla disposizione contenuta nell'art. 58, terzo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 (non applicabile *ratione temporis* alla presente vicenda, ma certamente utilizzabile quale criterio ermeneutico della finalità della retrostante previsione eurounitaria), laddove impone alle stazioni appaltanti di esplicitare in ogni caso *“i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti”*, avuto riguardo ai parametri evincibili dai principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese (Cons. Stato, sez. III, n. 9205 del 2023, con richiamo alla consolidata giurisprudenza in materia).

18.1. Effetti del giudicato di annullamento del bando relativamente a taluni lotti sugli altri lotti.

Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato:

- a) in presenza di una procedura di gara suddivisa in più lotti, l'annullamento giurisdizionale del bando di gara, ancorché pronunciato in relazione ad un solo dei lotti, produce sempre effetti in relazione a tutti i lotti in cui è suddivisa la procedura, non dovendosi condurre una valutazione caso per caso della natura unitaria o non della procedura di gara, in quanto, da un lato, il bando ha natura di atto amministrativo generale e il suo annullamento produce effetti *erga omnes*; dall'altro, la suddivisione in lotti non esclude la natura unitaria della gara, avendo tale suddivisione solo una funzione proconcorrenziale, estranea (quando non in conflitto) con l'interesse al risultato che l'amministrazione si propone di soddisfare attraverso il contratto, la cui causa negoziale si coglie solo avendo riguardo all'intera operazione amministrativa e contrattuale; ciò determina il verificarsi di una ipotesi di "invalidità caducante", dal momento che, una volta venuto meno il bando nella sua interezza quale atto amministrativo generale, ciò non può non comportare l'automatica caducazione anche degli atti consequenziali ancorché non impugnati, come sono quelli delle procedure relative agli altri lotti (Cons. Stato, sez. III, n. 8171 del 2024 di conferma, in parte con diversa motivazione, di T.a.r. per il Veneto, sez. III, n. 419 del 2024, che aveva ritenuto che l'annullamento del bando unitamente agli atti e ai provvedimenti di uno o più specifici lotti per contrasto con il diritto comunitario, dovuto agli effetti di una sentenza passata in giudicato, determinasse l'annullamento automatico di tutti gli altri lotti quando, tenute in giusta considerazione le caratteristiche della gara, così come regolate dal predetto bando, si potesse ritenere che il procedimento ad evidenza pubblica, pur articolato in più lotti, fosse riconducibile a un unico appalto e che nell'ipotesi di specie si fosse in presenza di un appalto sostanzialmente unitario. Il Consiglio di Stato, pur non condividendo tale impostazione, ha ritenuto che due argomenti fossero dirimenti nel senso di escludere una visione atomistica e parcellizzata dell'unica legge di gara: la circostanza che la suddivisione in lotti non aveva seguito un criterio - funzionale, o prestazionale - diverso da quello meramente quantitativo [di suddivisione su base territoriale e geografica] e la particolare violazione accertata con riguardo ai lotti in relazione ai quali si era formato il giudicato di annullamento, che non aveva riguardato profili dotati di reali attributi di autonomia in relazione a ciascun lotto - contrasto della *lex specialis* di gara con la disciplina dei CAM -. Il Consiglio di Stato ha al riguardo precisato che l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 - rispetto alla quale si pone in linea di sostanziale continuità il successivo art. 58 del d.lgs. n. 36 del 2023: si veda sul punto la relazione al codice, piuttosto esplicita in tal senso - chiarisce che rispetto all'interesse al risultato che l'amministrazione si propone di soddisfare attraverso il

contratto, la suddivisione in lotti ha una funzione meramente pro-concorrenziale: non soltanto estranea all'interesse predetto, ma anzi con esso potenzialmente confliggente. Il valore o interesse antagonista, rispetto al *favor* per le piccole e medie imprese che induce alla suddivisione, è dato sia dalle esigenze connesse alla funzionalità organizzativa - e, in genere, alla funzionalità della prestazione contrattuale rispetto all'interesse pubblico ad essa sotteso - sia dalla convenienza economica per la stazione appaltante, normalmente favorita dalla soluzione "aggregante". In questo senso il "considerando" 2 della direttiva 2014/24/UE pone fra gli obiettivi della disciplina europea dell'appalto pubblico un "uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici" e l'accrescimento dell'"efficienza della spesa pubblica". Ha al riguardo ritenuto che la scelta di suddividere in lotti, funzionale a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alle gare, non è - rispetto all'interesse portato dall'amministrazione nella vicenda negoziale - "naturale", ma al contrario artificiale, e può cozzare con l'interesse pubblico al raggiungimento del risultato avuto di mira dalla stazione appaltante. La causa negoziale nella quale si sostanzia l'interesse dell'amministrazione all'approvvigionamento si coglie dunque solo avendo riguardo all'intera operazione amministrativa e contrattuale).

18.2. Il vincolo di partecipazione e di aggiudicazione.

Secondo la giurisprudenza pronunciata sui vincoli *de quibus*, ai sensi della novellata disciplina, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, è emersa, sul piano positivo, la scelta del legislatore secondo cui, ai sensi dell'art. 58, quarto comma del d.lgs. n. 36 del 2023:

- a) la limitazione del "*numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente*" è rimessa, quale mera facoltà, alla stazione appaltante, la quale, tuttavia, ove intenda esercitarla, è tenuta a dare conto, nel corpo degli atti indittivi, della "*ragione specifica*" della scelta operata (in una con l'indicazione del criterio, non discriminatorio, di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente, utilmente collocato per un numero eccedente il limite fissato);
- b) la giustificazione deve trovare ancoraggio nelle concrete "*caratteristiche della gara*", ovvero nella prospettiva del perseguimento della "*efficienza della prestazione*;
- c) solo con ulteriore opzione, la stazione appaltante può decidere di estendere il limite quantitativo "*a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c.*" (dovendosi, per tal via, acquisire il silenzio, sul punto, degli atti di indizione quale espressivo di una volontà negativa); *iv*) per giunta, la ridetta estensione (nel senso di un vincolo soggettivamente aggravato) deve trarre (più specifica) giustificazione in "*ragioni inerenti al [...]*

mercato”; v) in prospettiva gradualistica, ed in (aggiuntiva) considerazione dell’*“elevato numero atteso dei concorrenti”* il vincolo di aggiudicazione (con marcata inversione rispetto alla soluzione desumibile dal codice previgente) può essere integrato dal vincolo di partecipazione, con preventiva fissazione del numero massimo di lotti per i quali, prima ancora che concorrere alla aggiudicazione, sia possibile formulare l’offerta (Cons. Stato, sez V, n. 8127 del 2023, che pur avendo ritenuto come la novellata disciplina non fosse applicabile, neanche in via interpretativa, alla fattispecie al suo esame, disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto innovativa, ha ritenuto che la stazione appaltante aveva espressamente escluso, anche con i chiarimenti resi, l’operatività del vincolo di aggiudicazione aggravato, ovvero riferito anche ai soggetti versanti in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell’articolo 2359 c.c., ritenendo che in ogni caso la decisione in ordine alla previsione di detto vincolo sia rimessa alla stazione appaltante).

18.2.1. Estensione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione oltre l’offerente.

La giurisprudenza ha affrontato la problematica dell’estensione del vincolo di partecipazione o di aggiudicazione oltre l’offerente nei seguenti termini:

a) il divieto di “partecipazione” alle gare di cui all’art. 95, primo comma, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023 si riferisce agli operatori economici riconducibili ad un unico centro decisionale in quanto partecipanti alla medesima “gara”, ma non anche a quelli che partecipano a gare diverse, quali quelle funzionali all’assegnazione di lotti diversi, in quanto strumentale alla tutela dei principi generali in tema di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione e, quindi, fiducia nei reciproci rapporti con la p.a. (T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 565 del 2024 - con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 1251 del 2024 e a Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 4399 del 2024 - che ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ricorrente che aveva presentato domanda per un solo lotto relativamente ad una procedura aperta, bandita, *ex art. 71 del d.lgs. n. 36 del 2023*, dal Comune di Reggio Calabria per l’affidamento, in modalità multilotto funzionale, della gestione dei servizi di asilo nido, evidenziando che la procedura ad evidenza pubblica in esame, poiché tendente all’aggiudicazione di tre distinti lotti “funzionali”, non costituisce un’unica procedura bensì tante gare distinte ed autonome per quanti erano i lotti da assegnare, in assenza, come nella specie, di previsioni *ex ante* contemplanti meccanismi di interferenza nell’aggiudicazione degli stessi, tra cui il cd. scorrimento delle varie graduatorie, ritenendo pertanto che non avesse rilievo l’asserita riconducibilità delle offerte presentate per gli altri lotti “*ad unico centro decisionale, con conseguente alterazione dei principi di concorrenza della gara, con il rischio, di fatto ed in concreto, di un indebito accaparramento dei lotti da parte di un medesimo operatore “dominante” ed a scapito degli altri partecipanti*”. Il T.a.r. ha al riguardo precisato che, pur avendone la facoltà, a mente dell’art. 58, quarto comma del d.lgs. n. 36 del 2023, l’amministrazione, in sede di redazione del disciplinare, non aveva *ex*

ante previsto alcun divieto di “partecipazione” alle gare per l’assegnazione dei singoli lotti legato alla riconducibilità degli operatori economici al medesimo centro decisionale, essendosi piuttosto limitata a vietare che siffatti operatori si facciano concorrenza nell’ambito della medesima gara, siccome funzionale all’affidamento del “singolo lotto”; cfr. in tal senso anche Cons. Stato, sez V, n. 8127 del 2023, *sub* § 18.2.);

b) sono deferite all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni di diritto:

i) se il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione previsti nella legge di gara si espandono oltre l’operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso;

ii) nel caso di risposta positiva al suddetto quesito, quale sia il parametro di riferimento di detta espansione soggettiva, quali indici debbano essere considerati al fine di valutarne l’integrazione e quale criterio debba essere utilizzato per individuare le offerte da escludere in quanto in soprannumero (Cons. Stato, sez. V, ord. n. 7112 del 2024).

Con tale ordinanza, resa in riferimento a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo alla disciplina recata dal d.lgs. n. 36 del 2023 e alla relazione al nuovo codice, il Consiglio di Stato ha deferito alla Plenaria il contrasto circa l’espansione o meno del vincolo di partecipazione e del vincolo di aggiudicazione di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, previsti nella legge di gara, oltre l’operatore economico offerente, nel caso in cui esso sia formulato facendo riferimento al “concorrente” o all’“offerente”, in assenza di una specifica indicazione in tal senso nella *lex* di gara. L’ordinanza, dopo avere dato atto degli orientamenti contrapposti, ha enucleato i principi di riferimento con l’indicazione anche di un’ipotetica soluzione, rimessa alla decisione della Plenaria. In particolare ha ricordato che un primo orientamento ha ritenuto insito nell’apposizione del vincolo (di partecipazione o di aggiudicazione), pur in mancanza di una espressa indicazione sul punto della legge di gara, l’espansione dello stesso oltre il singolo offerente, dando rilevanza a tal fine a una più vasta realtà imprenditoriale (Cons. Stato, sez. III, n. 2149 e 2052 del 2024; sez. III n. 9003 del 2022 e sez. V n. 6481 del 2021) mentre altro orientamento, ritenuto preferibile, si è espresso in senso opposto (Cons. Stato, sez. V, nn. 62, 61, 59, 50, 48, 47, 45 del 2024; nn. 8730, 8729 e 8726, 4725 del 2022 e n. 2350 del 2021, nonché sez. III, n. 77 del 2023 e n. 56257 del 2022).

Ha ricordato altro recente orientamento giurisprudenziale, secondo il quale a certe condizioni (unicità del centro decisionale), quando più società concorrono ad una gara contraddistinta da più lotti con l’intento di eludere, mediante la presentazione di più offerte “a scacchiera”, l’eventuale limite imposto dalla stazione appaltante al numero di lotti suscettibili di aggiudicazione ad un unico operatore ai sensi dell’art. 51, terzo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, “*l’esclusione dalla procedura delle predette società rinviene il suo fondamento non nella violazione della disposizione pro-concorrenziale da ultimo citata, ma nell’art. 80, quinto comma, lett. c-bis) d.lgs. n. 50 del 2016, costituente una*

clausola generale di tipo espulsivo idonea a ricomprendere tanto condotte atipiche, ossia non riconducibili nell'ambito di applicazione delle altre cause di esclusione previste dalla medesima disposizione nel suo complesso considerata, quanto condotte tipiche di per sé non giustificanti l'estromissione dalla procedura selettiva, come nel caso in esame" (Cons. Stato, sez. VII, 582 e 579 del 2023).

Ha inoltre precisato che l'art. 58 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che la stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, *"anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile"* e che *"al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare"*: così individuando in modo certo il parametro dell'estensione e gli stessi indici sintomatici, che la stazione può decidere di prevedere "anche" nei confronti di più concorrenti che ne integrino i presupposti.

19. Gli operatori economici.

L'art. 65 del codice ammette alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1, ovvero *"qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica; nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi"*.

Nel secondo comma, a titolo esemplificativo, fornisce un'elencazione degli operatori economici.

La giurisprudenza così si è espressa sulla nozione di operatore economico anche alla luce della novella normativa:

a) l'art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'elencare gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di gara, riprende le previsioni di cui all'art. 19 della direttiva 2014/24/UE, di cui all'art. 37 della direttiva 2014/25/UE e di cui all'art. 26 della direttiva 2014/23/UE. La disposizione *de qua* è stata sostanzialmente riprodotta all'art. 65 del d.lgs. n. 36 del 2023, con la sola differenza che rispetto alla previgente disposizione è stata aggiunta un'apposita lettera c) per la figura dei consorzi tra imprese artigiane, prima ricompresi nella lettera b) disciplinante i consorzi di cooperative. Tale diversa collocazione nel nuovo codice è utile sul piano esegetico, essendo espressiva dell'esigenza, avvertita dal legislatore, di non accomunare più sotto un'unica lettera fenomeni consortili sostanzialmente diversi fra di loro, essendo i consorzi di cooperative caratterizzati da una disciplina peculiare che li connota come soggetti giuridici autonomi ed unico centro di imputazione di interessi, rispetto ai quali le consorziate si pongono come mera *interna corporis* (Cons.

Stato, sez. VII, n. 3332 del 2024, che ha ritenuto, in riforma della sentenza del T.a.r. per il Piemonte, sez. I, n. 899 del 2023, che il requisito maturato di capacità tecnica e professionale in capo alla consorziata di società cooperative non poteva essere prestato al r.t.i. cui successivamente aveva aderito, posto che era imputabile non alla consorziata ma al consorzio, considerato come soggetto autonomo);

b) con riferimento alla legittimazione di un operatore economico a partecipare ad una gara pubblica, la circostanza che una società consortile resti temporaneamente con un solo socio (persona fisica) non è idonea a determinare lo scioglimento della società e la conseguente esclusione dalla procedura selettiva.

In primo luogo il d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, non prevede nessuna causa di esclusione in tale ipotesi e secondariamente la nozione di operatore economico di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016 va interpretata alla luce del principio di neutralità delle forme, interpretazione compatibile con l'ampia definizione di operatore economico delineata dalla direttiva 2014/24 UE, nonché con l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia. Coerentemente, l'articolo 3, primo comma, lett. p), del d.lgs. n. 50 del 2016, definisce l'operatore economico come *“persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*. Nello stesso senso si pone l'art. 65 del d.lgs. n. 36 del 2023 che, al primo comma, rinvia alla lettera l), dell'allegato I.1. Viene così definito operatore economico *“qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica”*. (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 1307 del 2024, che ha respinto il gravame avverso il provvedimento di aggiudicazione di un appalto di lavori di riqualificazione e rigenerazione urbana, fondato sul rilievo che l'aggiudicataria aveva partecipato alla gara come imprenditore individuale, pur essendo una società consortile a responsabilità limitata);

c) la previsione di cui all'art. 65, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, come si legge nella relazione al nuovo codice dei contratti, contiene un richiamo alla definizione di operatore economico contenuta nell'art. 1, lett. l), dell'allegato I.1, dove viene sancito il principio di neutralità delle forme giuridiche. Il successivo art. 66, in relazione ai servizi tecnici, si riferisce alle società di ingegneria ed agli altri soggetti abilitati a offrire servizi di ingegneria e di architettura.

La previsione di cui all'art. 36 dell'allegato II.12 (*“ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di cui all'articolo 66 del codice, i soggetti di cui al comma 1, lettera c) del predetto articolo”*), vale a dire, dunque, le società di ingegneria, *“sono tenuti a disporre di almeno un direttore tecnico con funzioni di collaborazione alla definizione degli indirizzi strategici del soggetto cui fa capo, di collaborazione e controllo delle prestazioni svolte dai tecnici incaricati delle progettazioni”*, non può, certo,

esorbitare dal proprio ambito di applicazione soggettiva. (T.a.r. per il Lazio, sez. IV, n. 13225 del 2024, che ha pertanto dichiarato *in parte qua* inammissibile il ricorso proposto dal terzo graduato avverso l'aggiudicazione di una gara per il servizio, comprensivo dei servizi tecnici, di mappatura di *habitat* marini di acque profonde, ritenendo che sia il primo che il secondo graduato fossero abilitati a partecipare alla gara).

19.1. I consorzi non necessari.

L'art. 67 del codice detta una apposita disciplina in tema di requisiti di capacità tecnica e finanziaria per differenti realtà consortili. Considera, in particolare, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, i consorzi tra imprese artigiane, i consorzi stabili e consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza:

a) il nuovo codice dei contratti pubblici ha ammesso, in maniera generica e senza limitazioni, il “cumulo alla rinfusa” all'art. 67, secondo comma, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, per cui nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, n. 8592 del 2023, riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, cui è stata pertanto applicata la norma di interpretazione autentica dell'art. 225, tredicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023; in senso analogo T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 5001 del 2023, secondo cui il nuovo codice dei contratti pubblici ammette il cumulo alla rinfusa all'art. 67, il cui quarto comma riproduce il contenuto dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, autenticamente interpretato dall'art. 225, comma 13 del d.lgs. n. 36 del 2023 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, a dimostrazione della *voluntas legis* di consentire ai consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate);

b) come evincibile in via interpretativa dall'art 65 del d.lgs. n. 36 del 2023 che riproduce l'art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016, aggiungendo un'apposita lettera c) per la figura dei consorzi tra imprese artigiane, prima ricompresi nella lettera b)

disciplinante i consorzi di cooperative, i consorzi di cooperative di produzione e lavoro sono soggetti giuridici autonomi e differenti dai consorzi stabili.

Il consorzio stabile è infatti un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto con le imprese associate, al quale il legislatore ha riconosciuto la facoltà di giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle sue consorziate secondo il criterio del cumulo alla rinfusa; inoltre, il medesimo rappresenta il soggetto responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate, le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione, ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel caso del consorzio di cooperative di produzione e di lavoro, invece, il concetto di soggetto giuridico autonomo assume tutt'altra connotazione giuridica, essendo il rapporto organico che lega le cooperative consorziate tale per cui l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione. Parimenti i requisiti di capacità tecnica e professionale maturati dalle consorziate, da considerarsi *interna corporis*, sono imputabili unicamente al consorzio (Cons. Stato, sez. VII, n. 3332 del 2024, cfr. sub § 19, riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con riferimenti in via interpretativa al d.lgs. n. 36 del 2023).

19.1.1. La norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 225, comma 13.

Essendo insorte problematiche interpretative in ordine all'applicabilità del cumulo alla rinfusa ai consorzi stabili a seguito della novella normativa operata dal d.l. n. 32 del 2019, convertito in l. n. 55 del 2019, sull'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, il legislatore, onde chiarire la portata di detto istituto, è intervenuto con la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023 a mente del quale *“L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”*.

La giurisprudenza pertanto così si è espressa sull'applicabilità del cumulo alla rinfusa alle fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016 a seguito dell'intervento della norma di interpretazione autentica:

a) il problema interpretativo dell'ambito del cumulo alla rinfusa è stato risolto dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 225, tredicesimo comma, del

d.lgs. n. 36 del 2023. Può dunque ritenersi che, anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, il cumulo alla rinfusa operi in modo generalizzato, e cioè per tutti i requisiti idoneativi, con riguardo ai consorzi stabili. D'altronde, l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione si giustifica proprio in ragione della comune struttura di impresa che caratterizza il consorzio stabile (Cons. Stato, sez. V, n. 1106 del 2023 che ha ritenuto che in materia di gare di appalto di lavori e di partecipazione ad esse di consorzi stabili, la nota questione del c.d. "cumulo" e, segnatamente, se il c.d. "cumulo alla rinfusa", all'interno del consorzi stabili, operi limitatamente alla messa in comune di risorse umane e materiali, e non anche con riguardo ai requisiti di qualificazione – che, in ogni caso, debbono essere specificamente posseduti dalle consorziate che vengano indicate quali esecutrici dell'appalto cui di volta in volta si prende parte – è stata risolta nel senso di ammettere comunque siffatto meccanismo anche in simili ipotesi; in termini anche Cons. Stato, sez. III, n. 8767 del 2023 che ha precisato che il suddetto art. 225, tredicesimo comma, secondo periodo, è norma d'interpretazione autentica, provvista *ex se* di valore retroattivo, né soggetta al regime di cui al secondo comma dell'art. 229 di efficacia differita, riferibile alle altre disposizioni del codice; Cons. Stato, sez. V, n. 8592 del 2023, *sub* § 19.1. lett. a);

b) in materia di gare di appalto di lavori e di partecipazione ad esse di consorzi stabili, deve ritenersi applicabile l'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023, norma di interpretazione autentica (in quanto tale in vigore dall'1 aprile 2023, data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, e sottratta al regime di efficacia differita che riguarda altre disposizioni), che disciplina, in via transitoria, l'istituto del "cumulo alla rinfusa" negli appalti di lavori con riferimento ai consorzi, i quali per la partecipazione alle procedure di gara possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate, rilevando che se il consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva, in ragione dell'interpretazione offerta dalla suddetta disposizione, l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori (Cons. Stato, sez. V, n. 2118 del 2024; in termini sez. V, n. 71 del 2024; sez. III, n. 8767 del 2023; sez. V, n. 6533 del 2023);

c) per i consorzi stabili è ammesso il cumulo alla rinfusa di tutti i requisiti in forza di quanto previsto dall'art. 47, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, come da ultimo interpretato dall'art. 225, tredicesimo comma, del nuovo codice. Dunque, non è necessario che la consorziata esecutrice sia in possesso autonomamente dei requisiti di capacità tecnica/economica richiesti dalla stazione appaltante. È pertanto illegittimo il provvedimento con il quale la p.a. appaltante, in una gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione, ha respinto il soccorso istruttorio esperito nei confronti di un consorzio stabile, che sia motivato con riferimento al fatto che il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto

dal bando non è posseduto né dal consorzio né dalle consorziate indicate quali esecutrici; in forza di quanto previsto dall'art. 225 del d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che non sia necessario che la consorziata esecutrice sia in possesso, in via autonoma, dei requisiti di capacità tecnica/economica richiesti dalla stazione appaltante (T.a.r. per la Lombardia, sez. I, n. 1729 del 2024).

19.1.2. La cooptazione con riferimento ai consorzi stabili.

L'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che *“se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati”*.

L'art. 30, quarto comma, dell'allegato II.12 al medesimo decreto prevede che *“se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno a essa affidati”*.

Ciò posto, secondo una recente pronuncia del T.a.r. per la Campania, Salerno, l'istituto della cooptazione è applicabile non solo ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei di imprese, ma anche ai consorzi stabili.

Il T.a.r. ha al riguardo ritenuto che:

a) è illegittima l'esclusione di un operatore economico e, in particolare, di un consorzio stabile, da una gara di appalto di lavori, che sia motivata con riferimento al fatto che il concorrente interessato abbia cooptato, ai sensi dell'art. 68, dodicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, altra impresa, qualificata per l'esecuzione del 20 per cento della prestazione – avendo la stazione appaltante ritenuto che il ricorso alla cooptazione è consentito solo ai consorzi ordinari ed ai raggruppamenti temporanei di imprese – ed al fatto che la cooptata, cui è stata affidata l'esecuzione di lavori di importo inferiore non abbia in ogni caso reso la dichiarazione circa il possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, primo comma, dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36 del 2023;

b) una interpretazione delle disposizioni di cui ai menzionati art. 68 e 30, guidata dalla *ratio* dell'istituto della cooptazione e del necessario bilanciamento tra il principio del risultato e dell'accesso al mercato, consente di evidenziare che non vi sono ragioni per limitare il ricorso alla cooptazione unicamente ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei di imprese e che sussistono invece più solidi motivi per

ammettere il ricorso alla cooptazione anche da parte dei consorzi stabili e da parte di ogni concorrente, quale che sia la forma di partecipazione prescelta;

c) l'istituto della cooptazione consente al concorrente, in via eccezionale e derogatoria, di indicare come esecutrice dei lavori, nel limite del 20 per cento dell'importo complessivo dell'affidamento, un'impresa priva dei requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis*, ma in possesso di una qualificazione corrispondente, se non alla categoria, all'importo dei lavori ad essa riservati; l'impresa cooptata non è quindi tenuta a dimostrare il possesso degli specifici requisiti di qualificazione richiesti dal bando o dalla lettera di invito (che devono essere invece posseduti dall'impresa o dalle imprese concorrenti), purché qualificata in altra o altre categorie per un ammontare complessivo almeno pari alla propria quota di lavori (T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I, n. 1267 del 2024).

19.2. I raggruppamenti temporanei di imprese.

L'art. 68 del nuovo codice dei contratti pubblici disciplina i raggruppamenti temporanei di imprese in parte in continuità con il precedente d.lgs. n. 50 del 2016, ma recependo il *dictum* della Corte di giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20, che avevano reso inattuali le previsioni dell'art. 48, commi 1, 2, 6 e 7 *bis* del d.lgs. n. 50 del 2016. La novellata disciplina recepisce anche gli orientamenti elaborati nel corso del tempo dalla giurisprudenza amministrativa.

19.2.1. Le modalità esecutive dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei relativi partecipanti.

Avuto riguardo alla disciplina dell'art. 68 del d.lgs. n. 36 del 2023, anche in un'ottica interpretativa, la giurisprudenza così si è espressa:

a) in materia di gare pubbliche e di contratti della p.a. la possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti, con particolare riferimento alle prestazioni "principali" ed a quelle "secondarie", è demandata alle sole stazioni appaltanti, laddove gli Stati membri possono intervenire, in alcuni casi, sui soli requisiti di qualificazione. Quanto precede trova oggi conferma nell'art. 68 del d.lgs. n. 36 del 2023, dove non è più presente la distinzione tra a.t.i. verticale ed orizzontale, come evidenziato nella relazione illustrativa al suddetto decreto, laddove precisa che "*all'art. 68, in ragione della sentenza della Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento, lo può fare in certi casi l'Amministrazione*", per cui si è configurato il raggruppamento temporaneo senza ricorrere agli istituti del raggruppamento

orizzontale e del raggruppamento verticale, consentendo la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e con la previsione della responsabilità solidale dei partecipanti (Cons. Stato, sez. IV, n. 7194 del 2024, relativa ad una gara indetta dal Comune per l'affidamento del servizio integrato di raccolta, spazzamento e smaltimento rifiuti solidi urbani, in cui si è fatto riferimento alla normativa del d.lgs. n. 36 del 2023 in chiave interpretativa, in quanto maggiormente conforme alla direttiva 2014/24/UE, in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016; nello specifico il Consiglio di Stato, ritenendo che dalla complessiva lettura della *lex specialis* di gara si evincesse l'articolazione delle modalità esecutive secondo un raggruppamento di tipo verticale, ha riformato la sentenza del T.a.r. per la Campania, sez. VI, n. 2122 del 2024, che aveva annullato una prescrizione della *lex specialis* di gara, secondo cui ciascun partecipante doveva possedere il requisito di idoneità dell'iscrizione all'ANGA in relazione al (solo) servizio da eseguirsi, purché il requisito fosse posseduto dal raggruppamento nel suo complesso, sul rilievo che si versasse su servizio unico - nel quale non risultavano scorporabili prestazione principale e secondaria - per cui la partecipazione non poteva che essere riservata a raggruppamenti di tipo orizzontale, nei quali ogni concorrente fosse in possesso dell'iscrizione all'ANGA per tutte le attività oggetto dell'appalto);

b) dopo la sentenza della plenaria n. 27 del 2014 non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture non vige più *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza nei r.t.i., essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara; pertanto, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti. Ciò, dal momento che l'art. 48, quinto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 (oggi si veda l'art. 68, nono comma, del d.lgs. n. 36 del 2023), sancendo la responsabilità solidale di tutti i componenti del r.t.i. per l'adempimento dell'intera prestazione contrattuale, esclude qualsivoglia rischio di "elusione del principio di affidabilità degli operatori economici", rimettendo all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante l'eventuale prescrizione del possesso di una quota minima di requisito in capo alle singole imprese del r.t.i., ad ulteriore garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, n. 5351 del 2024);

c) in relazione agli appalti di lavori, il combinato disposto degli artt. 68, comma 2, e 100, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 definisce il criterio direttivo di ordine partecipativo secondo cui la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. può avvenire solo a condizione del possesso, da parte sua, di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione dei lavori per essa prevista. Tale criterio viene ribadito anche negli art. 2, comma 2, e 30, comma 2, dell'allegato II.12 al codice, a seguito dei quali sono delineabili i seguenti

ulteriori criteri:

c1) quello della piena libertà, in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento, di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il limite rappresentato tuttavia dai requisiti di qualificazione posseduti dal singolo associato;

c2) quello della possibilità di una successiva modifica delle quote di esecuzione in seno al raggruppamento, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante, “che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.

Questi principi trovano una corrispondenza nel quadro normativo di cui al precedente d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto l'articolo 30 dell'Allegato II.12 al nuovo codice ripropone, *in parte qua*, quanto già previsto dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 e l'articolo 68, commi 1 e 2, del codice riproduce il contenuto del precedente articolo 48, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (T.a.r. per il Molise, sez. I, n. 144 del 2024, che ha ritenuto che, stante la continuità della prescrizione del necessario possesso, da parte dell'impresa raggruppata, dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla propria quota di esecuzione dei lavori, potessero trovare conseguente applicazione le coordinate ermeneutiche tracciate da Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2019, pronunciatasi per l'appunto sulla prescrizione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2020 - il cui contenuto è stato riprodotto nell'art. 30 dell'allegato II.12 al codice - che ha confermato l'orientamento giurisprudenziale per cui la mancanza del requisito di qualificazione, in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata, in sede di presentazione dell'offerta, la singola impresa associata, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, e questo anche ove, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione integrale dei lavori. Ciò in quanto i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione, e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro – c.d. quota di esecuzione - che gli sarà poi eventualmente aggiudicata; cfr il § 24.6., lett. b) in relazione alla non esperibilità del soccorso istruttorio relativamente alla presente fattispecie).

19.2.2. Modifica del raggruppamento atta ad evitare l'esclusione.

La disciplina delle cause di esclusione che riguarda i raggruppamenti di imprese è contenuta nell'art. 97 del codice.

Le previsioni ivi contenute, come precisato nella relazione al codice, per un verso “corrispondono” per altro verso “superano” quanto previsto al diciassettesimo e diciottesimo comma dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulla previgente disciplina.

Pertanto in detto articolo è contenuta la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell’evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l’adozione di misure espulsive.

Pertanto, nel rispetto della lett. s) della legge-delega, si è ritenuto di attuare l’art. 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 24/2014, considerando l’interpretazione resa da Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 che ha ritenuto che detto articolo “*osta a una normativa nazionale in forza della quale l’amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un’impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all’esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto*”, applicando detta disciplina anche ai raggruppamenti temporanei di imprese.

La facoltà di sostituire o estromettere l’operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza, per le quali l’offerente abbia comprovato l’impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell’offerta, nel contemperamento con il principio della *par condicio*.

Pertanto, come noto, la modifica per riduzione dell’operatore economico, era già stata ammessa in forza delle pronunce della plenaria n. 2 del 2022 e nn. 9 e 5 del 2021.

Nel rispetto della *par condicio*, in relazione ad entrambe le fattispecie, si è peraltro ritenuto che la modificazione della compagine dell’operatore economico debba avvenire “*fatta salva l’immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata*”, tenendo conto di quanto affermato dalla Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20.

Con il terzo comma si è precisato che la disciplina sulla modifica per sostituzione o riduzione si applica anche ai consorzi ordinari, ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili, limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza amministrativa intervenuta in sede di prima applicazione della novellata normativa:

a) qualora, prima della presentazione dell’offerta, si verifichi una causa escludente in capo ad una delle sue componenti, in cui la causa escludente si verifichi “prima della presentazione dell’offerta”, e risulti quindi integrata la fattispecie di cui alla lett. a) del primo comma dell’art. 97 del d.lgs. n. 36 del 2023, il raggruppamento temporaneo di imprese è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, in sede di presentazione dell’offerta, la causa escludente e il soggetto che ne è interessato e a comprovare l’estromissione o la sostituzione con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l’immodificabilità sostanziale dell’offerta presentata o l’impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell’offerta. L’art. 97

del d. lgs. n. 36 del 2023 (così come il *self cleaning* di cui all'art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023) istituisce una modalità di superamento della regola generale, dettata dall'art. 96 primo comma del d.lgs. n. 36 del 2023, ed è volto all'attuazione dell'art. 63 par. 1, secondo comma, della direttiva n. 2014/24/UE, in base al quale l'Amministrazione:

- *“impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”*;

- *“può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”*.

Deve presumersi che il raggruppamento conosca la situazione dei propri componenti e presenti una domanda di partecipazione che tenga conto della situazione di ciascuno. Pertanto, la mera dichiarazione della mandataria di non essere a conoscenza della carenza di un requisito di partecipazione in capo ad una mandante e di averne appreso l'esistenza soltanto in sede di verifica dei requisiti, non è di per sé sola sufficiente per supportare la declaratoria di illegittimità della decisione di ritirare l'aggiudicazione disposta a favore del raggruppamento medesimo (Cons. Stato, sez. V, n. 6944 del 2024, di conferma del T.a.r. per il Lazio, Latina, sez. I, n. 175 del 2024; nell'ipotesi di specie era stata disposta l'esclusione perché si era accertato che uno dei componenti del raggruppamento era interessato prima della presentazione dell'offerta dalla causa escludente automatica per violazione fiscale grave definitivamente accertata di cui all'art. 94, sesto comma del d.lgs. n. 36 del 2023 e all'Allegato II.10 dello stesso decreto; in senso conforme quanto al primo principio, T.a.r. per il Lazio, sez. V, n. 12296 del 2024);

b) l'art. 97 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha confermato gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di “estromissione”, ammette la modifica del raggruppamento cosiddetto “per riduzione”. Al tempo stesso, l'art. 97 del vigente codice amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di “sostituzione”, ammette la modifica del raggruppamento anche in via “aggiuntiva”. Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione. (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 5211 del 2024 che ha precisato come la sostituzione intervenga nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l'operatore economico può pertanto provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta. Il T.a.r. ha al riguardo evidenziato che l'espressione utilizzata dall'art. 97 del d.lgs. n. 36 del 2023 è identica a quella che si rinviene, con riguardo all'avvalimento, nell'art. 104, laddove si parla di “sostituzione”, ossia il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente);

c) ai sensi dell'art. 97, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, il r.t.i. che versi in una situazione di sopravvenuta carenza di requisiti di ordine speciale ha l'onere di darne una tempestiva comunicazione al RUP, e proporre altrettanto tempestivamente le idonee misure di cui al secondo comma dell'art. 97 del medesimo codice, pena l'esclusione dalla gara. L'omessa tempestività del raggruppamento nel comunicare alla stazione appaltante la propria carenza dei requisiti di qualificazione di ordine speciale, da esso esternata - benché non discendente da sopravvenienze - soltanto alle soglie dell'aggiudicazione, preclude al r.t.i. la possibilità di invocare a proprio vantaggio le previsioni dell'art. 97 del codice (T.a.r. per il Molise, sez. I, n. 144 del 2024 che ha pertanto respinto il ricorso del r.t.i. escluso, cfr. § 19.2.1.);

d) in materia di appalti, è legittima l'esclusione di un raggruppamento che non sia legata al venir meno del requisito di qualificazione, bensì semplicemente alle modalità di compilazione dei documenti di partecipazione alla gara che il concorrente dovrebbe curare con l'impiego della diligenza e della professionalità proprie dell'operatore economico professionale, non potendo trovare applicazione le disposizioni di cui gli artt. 97 e 68, comma 17, del d.lgs. n. 36 del 2023. In una siffatta evenienza, la modifica *ex post* del raggruppamento e delle relative quote di esecuzione non può reputarsi una misura sufficiente e tempestiva, perché a tal fine il raggruppamento deve dimostrare l'impossibilità di adottarla precedentemente (T.a.r. per la Puglia, sez. III, n. 1492 del 2023 riferita a fattispecie in cui la mandante aveva dichiarato nel modello DGUE di voler ricorrere all'avvalimento, senza però indicare il soggetto ausiliario e senza allegare il contratto di avvalimento e le dichiarazioni del soggetto ausiliario; la stazione appaltante, attivando il soccorso istruttorio, chiedeva alla società la documentazione riguardante l'avvalimento, "purché la stessa risultasse sottoscritta con firma digitale dai legali rappresentanti sia dell'impresa concorrente che dell'impresa ausiliaria, in data (certa) antecedente il termine di presentazione delle offerte"; allo spirare del termine assegnato il seggio di gara verificava la risposta della concorrente che non comprendeva alcun documento relativo all'avvalimento, ma la sola comunicazione relativa al recesso dalla mandante).

20. Procedure di scelta del contraente e requisiti di ammissibilità delle offerte.

L'art. 70 del codice individua le procedure di aggiudicazione, equiparando le varie procedure di scelta del contraente, così valorizzando le esigenze di flessibilità nell'aggiudicazione, prevedendo al primo comma quelle caratterizzate da un sistema di pubblicità, ovvero la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione, che presuppongono un avviso di indizione di gara reso conoscibile agli operatori economici. È poi prevista, al secondo comma, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara che, per il suo carattere eccezionale, ha natura derogatoria rispetto al principio di pubblicità.

Il quarto comma prevede poi, con riferimento a tutte le procedure di scelta, che sono inammissibili le offerte:

- a) non conformi ai documenti di gara;
- b) ricevute oltre i termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;
- c) in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione;
- d) considerate anormalmente basse;
- e) presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria;
- f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

In relazione alla disciplina recata da tale comma si è pronunciato recentemente il T.a.r. per la Toscana, in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo in via interpretativa al nuovo codice.

Il T.a.r. ha precisato che non può sanzionarsi con l'esclusione dalla gara il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta. Le irregolarità delle offerte risultano disciplinate all'art. 59, terzo comma, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 e si sostanziano nel mancato rispetto dei documenti di gara (omologa disposizione è rinvenibile all'art. 70, quarto comma, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023). Tale disposizione deve essere interpretata nel senso che non ogni omissione o non conformità di domanda e offerta alla *lex specialis* possono condurre ad ipotesi di irregolarità insanabile foriera di esclusione, ma solo quelle che generano la mancanza di elementi essenziali dell'offerta (sul piano amministrativo, tecnico ed economico) oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante (T.a.r. per la Toscana, sez. II, n. 493 del 2024, che ha rigettato il ricorso proposto dal secondo graduato avverso il provvedimento di aggiudicazione; il T.a.r. ha richiamato a sostegno delle indicate conclusioni la giurisprudenza in materia, ex *multis* Con. Stato, sez. V, n. 680 del 2020, n. 13 del 2019; n. 4395 del 2018).

20.1. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, costituente, come innanzi precisato, un'eccezione nel sistema di affidamento dei contratti pubblici, è disciplinata dall'art. 76 del d.lgs. n. 36 del 2023, inserito successivamente agli articoli regolanti le procedure di gara pubbliche, come evidenziato nella relazione al codice, espressiva della *voluntas legis*, proprio al fine di segnalare la eccezionalità della procedura in precedenza prevista dall'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016; ciò, tenuto conto pure di quanto previsto nella direttiva n. 2014/24/UE, in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è regolata nell'ultimo articolo dedicato alle "procedure".

Al primo comma, al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo della procedura *de qua*, in considerazione del suo carattere eccezionale, è stato valorizzato l'obbligo di motivazione che, seppure non previsto nel testo

dell'art. 32 direttiva n. 2014/24/UE, è espressamente richiamato nel considerando n. 50 e nell'art. 84 della medesima direttiva.

Ciò peraltro in linea con l'orientamento pacifico della giurisprudenza eurounitaria (*ex multis* la sentenza della Corte di giustizia UE, 8 aprile 2008, causa C-337/05), secondo cui l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato. In tale prospettiva la norma precisa la portata dell'onere motivazionale, che deve riguardare il caso concreto, ossia la specifica situazione di fatto, le caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e le relative dinamiche, nel rispetto di principi del risultato, della fiducia nella correttezza e legittimità dell'azione amministrativa ed infine del principio dell'accesso al mercato nel cui ambito rientrano i "tradizionali" principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

Ai commi dal secondo al sesto è regolato e circoscritto l'ambito di applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, mentre alla gara informale, prevista dal settimo comma, sono state apportate, rispetto alla disciplina previgente, alcune modifiche funzionali a garantire le esigenze di flessibilità e speditezza sottese all'istituto *de quo*.

In particolare, in linea con quanto previsto dal previgente art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, la procedura negoziata senza bando può essere utilizzata per gli appalti di lavori, servizi e forniture in situazioni in cui non viene a realizzarsi una reale situazione di concorrenza, in quanto non è stata presentata alcuna domanda di partecipazione o alcuna offerta di partecipazione appropriata in esito alle procedure ordinarie (aperta o ristretta), ovvero quando vi sia un solo operatore che può eseguire le forniture o i servizi o ancora quando la concorrenza è assente per motivi tecnici. Inoltre, tale procedura può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria in casi di estrema urgenza, derivante da eventi imprevedibili per l'amministrazione. Infine, si può ricorrere a tale procedura per alcune specifiche tipologie di forniture, per i lavori e i servizi analoghi a quelli già affidati.

Ciò posto, in relazione alla novellata disciplina sono intervenute alcune pronunce che si sono così espresse:

a) tra i presupposti giustificativi per il ricorso alla procedura negoziata senza previo bando di gara ricorre quello dell'impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte e ristrette, per causa non imputabile alla stazione appaltante. È pertanto legittimo l'affidamento di un servizio mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, nelle more dell'indizione di una nuova gara, allorché tutti i partecipanti alla precedente procedura di gara si siano rilevati inidonei, in ragione di pregressi illeciti professionali, non essendo tale circostanza imputabile alla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, n. 6969 del 2024, di conferma di T.a.r. per il Lazio, sez. II *ter*, n. 3093 del 2024 riferita ad una procedura ponte indetta per la manutenzione dei servizi AMA);

b) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, con specifico onere a carico dell'amministrazione di dimostrarne l'effettiva esistenza. Qualora oggetto dell'appalto siano forniture e servizi asseritamente caratterizzati da "infungibilità" o "esclusività", la scelta di ricorrere a detta modalità di affidamento richiede una motivazione particolarmente rigorosa e circostanziata nell'individuazione e nella dimostrazione dei propri presupposti giustificativi, potendo a tal fine la stazione appaltante avvalersi anche di consultazioni preliminari di mercato, al pari di quanto espressamente previsto dall'art. 77 del d.lgs. n. 36 del 2023. Il presupposto imprescindibile della legittimità delle richiamate restrizioni concorrenziali, laddove giustificate in ragione della "infungibilità" dei beni o dei servizi, che deve essere oggetto di adeguata e specifica istruttoria e motivazione, può invero essere dimostrato in base alle informazioni acquisite con le consultazioni preliminari di mercato (T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 3956 del 2024 che ha respinto il ricorso proposto da un operatore economico avverso l'affidamento alla controinteressata, avvenuto tramite la suddetta procedura in ragione della peculiare tipologia dei beni oggetto della fornitura richiesta che, in quanto destinati al funzionamento di apparecchiature già in possesso della stazione appaltante, presentavano dei requisiti tecnici minimi obbligatori identificativi delle caratteristiche immodificabili ed indefettibili della fornitura, tali da non poter essere oggetto di una verifica di equivalenza. Da ciò, secondo il T.a.r., il carattere infungibile della prestazione, atteso che il principio di equivalenza, con la conseguente apertura alla piena concorrenzialità del mercato, non può essere invocato sino al punto di ammettere offerte che, sul piano oggettivo e funzionale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie previste dalle regole medesime);

c) così come nella legislazione previgente (art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006), la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, *ex* art. 76 del d.lgs. n. 36 del 2023, si caratterizza per l'eccezionalità dei presupposti che ne determinano la scelta da parte dell'Amministrazione, presupposti che sono individuati dal legislatore in maniera tassativa e che devono ricorrere indefettibilmente, proprio in ragione della evidente contrazione dei principi di concorrenza e trasparenza ed in quanto essi rappresentano un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta. È legittima, ai sensi dell'art. 76, secondo comma, lett. c) del d.lgs. n. 36 del 2023, l'indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, qualora l'Amministrazione abbia adeguatamente motivato in ordine alla ricorrenza dei relativi presupposti relativamente ad un affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati e l'affidamento sia stato disposto per soli sei mesi, nelle more della definizione del contenzioso afferente

l'espletata procedura ad evidenza pubblica. Ricorre infatti il presupposto della non imputabilità alla stazione appaltante dell'estrema urgenza, atta a giustificare la procedura negoziata senza bando, in presenza di molteplici contenziosi giudiziari relativi alla procedura ad evidenza pubblica previamente espletata (T.a.r. per la Campania, sez. III, n. 2833 del 2024; in senso analogo, in ordine ai presupposti giustificativi del ricorso alla procedura *de qua*, allorquando non possano essere rispettati i termini per le procedure aperte o ristrette, T.a.r. per il Lazio, sez. II *ter*, n. 3093 del 2024);

d) in tema di appalto di opere pubbliche e servizi, nelle more della conclusione di una procedura ad evidenza pubblica, risultano legittime sia la proroga tecnica, in presenza di eccezionali ragioni oggettive estranee all'amministrazione, tali da generare l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio sino al reperimento di un nuovo contraente, sia la procedura c.d. "ponte", senza previa pubblicazione del bando di gara, esperita in via d'urgenza dalla stazione appaltante, in ragione della necessità di rinvenire il materiale oggetto di affidamento per un fabbisogno strettamente necessario, al fine di garantire la continuità della fornitura, ricorrendo i presupposti indicati dall'art. 76 del d.lgs. n. 36 del 2023. La procedura negoziata senza previa pubblicazione, alla luce di tale disposto normativo, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, a condizione che le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura non siano imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici. Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il necessario rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 2200 del 2024; nella fattispecie il T.a.r. ha ritenuto legittima l'indizione di una procedura negoziata senza bando di gara, in considerazione del rilievo che le procedure regionali di accreditamento dei soggetti erogatori del servizio di cure domiciliari erano ancora in corso di svolgimento e, dall'altro, che il contratto con la ricorrente era prossimo alla scadenza senza che fosse prevista la proroga contrattuale; da ciò la necessità, onde garantire la regolare prosecuzione del servizio nel rispetto del quadro normativo di riferimento, di procedere alla scelta di un nuovo operatore economico, attivando una procedura, per l'affidamento delle forniture in questione, di carattere transitorio, con durata limitata al solo periodo necessario al completamento della procedura di accreditamento delle cure domiciliari).

21. I chiarimenti della stazione appaltante ed il relativo termine.

È noto come secondo la granitica giurisprudenza amministrativa i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso della procedura di gara sono ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara. Gli stessi possono, infatti, costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*: ciò è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'amministrazione ed il tenore letterale delle clausole chiarite, in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, n. 4758 del 2020 e giurisprudenza ivi riportata; cfr. quanto al nuovo codice § 5.2. sull'autovincolo della *lex specialis* di gara).

Il d.lgs. n. 36 del 2023 si occupa dei chiarimenti relativamente alle tempistiche della procedura di gara, all'art. 88, comma 3, e all'art. 92, comma 2, lett. a).

Segnatamente il primo articolo, riferito alla disponibilità telematica degli atti di gara, prescrive che “*Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto*”, mentre l'art. 92, secondo comma lett. a), prevede la proroga dei termini per la presentazione delle offerte in ipotesi di impossibilità di rispettare detto termine (“*i termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: a) se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte, o, in caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 71, comma 3, e 72, comma 6, meno di quattro giorni prima*”).

Ciò posto, secondo una recente pronuncia del Consiglio di Stato, il termine per rendere i chiarimenti, indicato nel d.lgs. n. 36 del 2023, deve intendersi perentorio, per cui la *lex specialis* di gara, non sufficientemente chiara, deve ritenersi illegittima, dovendosi intendere i chiarimenti tardivamente intervenuti *tamquam non esset*.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che sia illegittima la *lex specialis* di gara, riferita al servizio comunale di sosta a pagamento, qualora dalla stessa non risulti chiaro se il cd. *software* gestionale sia di piena ed esclusiva competenza dell'affidatario, come invece reso palese con il chiarimento pervenuto solo oltre il termine di cui all'art. 88, comma 3, e 92, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023, da ritenersi perentorio, essendo *ex se* le disposizioni della legge di gara, in assenza del tardivo chiarimento, inidonee a consentire la formulazione di offerte pienamente consapevoli da parte dei

concorrenti; da ciò pertanto la natura immediatamente lesiva (con conseguente immediata impugnabilità) delle suddette disposizioni, pacificamente rientrando in tale categoria alla luce della giurisprudenza dell'Adunanza plenaria, anche le previsioni tali da rendere la partecipazione incongruamente difficoltosa, ovvero i bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, n. 6188 del 2024 con richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2018).

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

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

Detta scelta, come chiarito nella relazione, è stata dettata dall'esigenza di semplificazione e chiarificazione, in quanto, come riscontrato nella prassi giurisprudenziale, la disciplina del previgente art. 80 era quella sulla quale si era maggiormente concentrato il contenzioso in materia di appalti.

Nel nuovo codice pertanto la disciplina è dettata dagli articoli da 94 a 98.

In particolare

- l'art. 94 individua le cause di esclusione "*automatica*", mutuando un aggettivo contenuto in numerose decisioni della Corte di giustizia e della giurisprudenza nazionale;

- l'art. 95 individua le cause di esclusione "*non automatica*", tra le quali rientra il c.d. "*illecito professionale*", che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del capo II, in attuazione della espressa prescrizione di cui all'art. 1 della lett. n) della legge delega;

- l'art. 96 detta la disciplina procedimentale comune agli "eventi" che conducono all'esclusione dell'operatore economico; in esso sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre all'esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. "*self-cleaning*" (la cui applicazione, in conformità alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione previgente, come puntualizzato nella relazione);

- l'art. 97 contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese, in considerazione delle incertezze emerse in sede giurisprudenziale, per cui si è ivi dettata la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento (cfr. quanto alla prima applicazione giurisprudenziale di detta disciplina § 19.2.2.).

- l'art. 98 disciplina separatamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle linee guida Anac n. 6, approvate dal consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, aggiornate al decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

22.1. Le cause di esclusione automatica. Le gravi violazioni fiscali definitivamente accertate.

Come innanzi precisato le cause di esclusione automatica sono previste dall'art. 94 del codice.

Fra queste rientra la previsione di cui al sesto comma, riferito alle violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, con rinvio alle violazioni indicate nell'allegato II.10 che riproduce integralmente il recente d.m. 22 settembre 2022, emanato in attuazione dell'art. 80, quarto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 10, primo comma, lettera c), n. 2, della legge 23 dicembre 2021, n. 238 ("legge europea 2019-2020"). Peraltro, come precisato in tale comma, non opera l'esclusione quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Detto comma si pone in continuità con il quarto comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, sebbene lo stesso prevedesse sia una causa obbligatoria di esclusione, che una "facoltativa", aventi la medesima "causale" (omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali), laddove le stesse sono ora disciplinate da distinti articoli, ovvero le violazioni gravi definitivamente accertate nell'art. 94, e quelle non definitivamente accertate nell'art. 95.

Ciò posto va ricordato che, con una recente ordinanza, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte costituzionale una questione involgente l'art. 80, quarto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma avente riflessi sull'analoga disciplina dell'art. 94, sesto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 nei seguenti termini.

L'intervento correttivo che si profila necessario, per ricondurre l'automatismo legale ad effetto escludente, di cui all'art. 80, comma 4, primo e secondo periodo, nei binari dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, consiste nell'inserzione di una chiara previsione di principio che ancori la determinazione della soglia escludente al valore dell'appalto, sulla falsariga del congegno divisato dal settimo periodo e inverato, infine, dal d.m. 28 settembre 2022. Sarebbe bastevole ad elidere i rilevanti profili di contrasto un intervento additivo di principio del giudice delle leggi, secondo cui costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2 *bis*, del d.P.R., n. 602 del 1973 e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto (Cons. Stato, sez. III, ord. n. 7518 del 2024 che, pur concernendo l'art. 80, comma quarto, d.lgs. n. 50 del 2016, ha riflessi anche sull'analoga fattispecie escludente di cui all'art. 94, comma 6, del d.lgs. n. 36 del 2023;

ciò in quanto, come precisato dal giudice *a quo*, l'ordito normativo recato dal menzionato art. 80, si è attestato sulla distinzione di cui all'art. 57, par. 2 direttiva 2014/24/UE, fra le due fattispecie, disciplinando rispettivamente nel primo e nel quinto periodo le fattispecie di esclusione obbligatoria e facoltativa per irregolarità fiscale e *la summa divisio* tra le due fattispecie è stata sostanzialmente perpetuata anche nella nuova compilazione codicistica, recata dal d.lgs. n. 36 del 2023, che introduce due articoli distinti per le cause di esclusione automatica e non automatica. Sicché, l'art. 94, comma 6, riproduce la disposizione previgente in punto di esclusione obbligatoria, mentre l'art. 95, comma 2, riformula la fattispecie di esclusione non automatica: entrambe le disposizioni rinviano all'allegato II.10 per la nozione di grave violazione definitivamente e non definitivamente accertata. Tuttavia solo per la fattispecie non automatica si è precisato che la gravità vada in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il remittente ha evidenziato anche le ragioni della diversità di disciplina, precisando che il legislatore nazionale non aveva immediatamente recepito l'impianto dicotomico della direttiva, limitandosi a perpetuare la fattispecie di esclusione obbligatoria per le sole violazioni definitivamente accertate, fintantoché questo recepimento parziale non era stato oggetto dell'attenzione della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 promossa con lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019; la Commissione aveva, infatti, ritenuto che *“l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 non è conforme alle disposizioni della direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”*. Sicché, il governo italiano aveva emendato tale profilo di censura con due interventi correttivi: dapprima, l'art. 8, quinto comma lett. b), del d.l. n. 76 del 2020 aveva coniato *ex novo* la fattispecie di esclusione non automatica per gravi violazioni non definitivamente accertate, mantenendo l'uniformità della nozione di gravità mercé la *relatio* all'art. 48 *bis* d.P.R. n. 602 del 1973 e poi, con l'intervento della legge europea 2019-2020 (legge 23 dicembre 2021, n. 238) il legislatore nazionale aveva ritenuto di differenziare il congegno determinativo della soglia di gravità per le due fattispecie, introducendo, per quelle non definitivamente accertate, il rimando alla fonte regolamentare vincolata dalla parametrizzazione al valore dell'appalto e dalla soglia non inferiore a 35 mila euro che aveva poi trovato inveramento con l'emanazione del d.m. 22 settembre 2022).

22.2. Le cause di esclusione non automatica. Le gravi violazioni fiscali non definitivamente accertate.

Le cause di esclusione non automatica - espressione che ha sostituito quella del d.lgs. n. 50 del 2016, riferita alle cause di esclusione di carattere facoltativo - sono

normate dall'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, con esclusione di quella riferita agli illeciti professionali, disciplinata in un autonomo articolo, ovvero nell'art. 98, in attuazione di quanto previsto all'art. 1, primo comma, lett. n) della l. n. 78 del 2022.

Fra le ipotesi di esclusione di carattere non automatico figura, al secondo comma, quella relativa alle gravi violazioni, non definitivamente accertate, riferite all'omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali, che il quarto comma del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplinava unitamente alla causa "obbligatoria" di esclusione avente la medesima causale, riferita alle violazioni definitivamente accertate, come innanzi precisato (cfr. § 22.1.)

Relativamente a tale fattispecie la giurisprudenza di primo grado ha ritenuto che:

a) è illegittima l'esclusione, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, per la ritenuta sussistenza di gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, laddove in pendenza del ricorso dinnanzi alla giustizia tributaria, l'operatore economico abbia versato un terzo di quanto dovuto, in base all'avviso accertamento oggetto di impugnativa, in applicazione del chiaro disposto normativo di cui all'art. 15 d.P.R. 602 del 1973. Il pagamento di un terzo dell'imponibile, in forza di tale disposto, rende l'ammontare residuo, accertato dall'amministrazione e *sub iudice*, non esigibile in concreto, *de facto et de iure*, dall'amministrazione finanziaria e, pertanto, non dovuto all'attualità; con la conseguenza che non può una tale ipotesi logicamente e giuridicamente rientrare nell'ambito delle "violazioni" (seppure non definitivamente accertate) delle obbligazioni tributarie e connotarsi con la qualificazione della "gravità", al punto tale da poter determinare un giudizio motivato di esclusione dal procedimento di evidenza pubblica. Sebbene il d.lgs. n. 36 del 2023 non faccia espresso richiamo alla disciplina dell'art. 15 d.P.R. n. 602 del 1973, detta disciplina va ritenuta presupposta dalle norme di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 e, comunque, deve darsi alle predette disposizioni una interpretazione sistematica e coerente con i principi generali del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato, della buona fede. L'operare congiunto di consimili principi impone di approfondire la verifica dei *requisiti generali* di partecipazione all'appalto – che sono previsti essenzialmente per assicurare la partecipazione prima e, soprattutto, l'affidamento poi, del contratto di appalto soltanto in favore di operatori economici solidi e affidabili (e, nella specie, in regola nei rapporti obbligatori fiscali e previdenziali) – in modo sostanzialistico e non più in modo formalistico; ciò che importa è verificare la sostanziale posizione di affidabilità e di capacità dell'operatore economico a soddisfare i requisiti generali di partecipazione (T.a.r. per la Puglia, n. 975 del 2024, che ha precisato come l'art. 4, primo comma, dell'allegato II.10 al d.lgs. n. 36 del 2023 dispone che le violazioni gravi e non definitivamente accertate si considerano tali (e pertanto sono apprezzabili dalla stazione appaltante, ai fini dell'eventuale e motivata esclusione) "quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati" e che detta

prescrizione vada letta unitamente a quanto disposto dall'art. 95, secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023. Nel corso del giudizio l'ordinanza cautelare, che aveva respinto l'istanza di sospensiva, era stata oggetto di riforma da parte di Cons. Stato, sez. V, ord. n. 3020 del 2024 che statuiva, ai fini del riesame della questione controversa a cura della stessa p.a., che la stessa dovesse valutare l'incidenza della previsione dell'art. 15 del d.P.R. n. 602 del 1973 (concernente la riscossione del tributo nella fase amministrativa), in pendenza di ricorso tributario, anche nella prospettiva della comparazione con l'ipotesi, espressamente contemplata, della rateazione del debito);

b) è legittima l'esclusione di un operatore economico da un appalto di lavori, secondo il criterio del prezzo più basso, che sia motivata con riferimento alla accertata sussistenza, in capo al concorrente, di gravi violazioni degli obblighi di pagamento delle imposte tasse, per abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. n. 212 del 2000 e s.m.i., ai sensi dell'allegato II. 10, del d.lgs. n. 36 del 2023, qualora i debiti fiscali ammontino a circa il 65% del valore dell'appalto e siano superiori anche alla soglia minima di 35.000,00 euro e l'operatore economico non abbia formalmente chiesto di essere ammesso al pagamento rateale e sia rimasto concretamente inadempiente (T.a.r. per le Marche, sez. I, n. 542 del 2024, riferita all'esclusione per violazioni tributarie non definitivamente accertate, che ha precisato che le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici relative alle cause di esclusione non automatica devono, pur sempre, essere lette ed interpretate tenendo conto di tutte le esigenze che vengono in rilievo nelle controversie relative agli appalti pubblici. Infatti l'indiscriminata ammissione di concorrenti a carico dei quali esistono situazioni debitorie particolarmente gravi nei confronti dell'erario rischia di produrre fenomeni di *dumping* ai danni delle imprese che invece osservano le scadenze previste dalla legge per il pagamento di tasse, imposte e contributi di varia natura. Ugualmente rilevante è l'esigenza della stazione appaltante di contrattare con operatori economici solidi finanziariamente).

22.2.1 L'illecito professionale.

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

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

Come chiarito nella relazione al codice, non è stata replicata la previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f) *bis* dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, avuto

riguardo al suo carattere residuale, quale affermato dalla plenaria n. 16 del 2020 e dai rilievi critici mossi dall'Anac.

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

Relativamente alle fattispecie di esclusione per illecito professionale, la giurisprudenza così si è espressa, in sede di prima applicazione del codice, ovvero con richiamo alla novellata disciplina in via interpretativa:

a) a fronte del chiaro dettato normativo recato dall'art. 96, comma 10, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale la causa di esclusione di cui all'art. 95, primo comma lett. e), rileva per tre anni decorrenti "*dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi*", è precluso alla stazione appaltante, nell'ambito di un provvedimento di esclusione motivato con riferimento a pregresse risoluzioni contrattuali, estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del *favor participationis* (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 2189 del 2024, che ha ritenuto illegittima l'esclusione di un operatore economico, motivata con riferimento a tre risoluzioni contrattuali, di cui due intervenute in data antecedente il triennio e senza tenere in considerazione le misure di *self-cleaning* adottate dall'impresa, addirittura ammissibili in fase di gara, secondo la più recente giurisprudenza, con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 724 del 2024);

b) in base al nuovo codice degli appalti pubblici può ritenersi che l'adozione del decreto che dispone il giudizio per le fattispecie di reato di cui all'art. 94, primo comma, lett. b), integri una causa di esclusione non automatica. Pertanto l'esclusione, in presenza di cause "non automatiche" *ex art. 95*, nei confronti di un operatore che abbia puntualmente indicato le vicende ostative e le misure di *self-cleaning*, *ex art. 96*, deve essere preceduta da motivata valutazione. In particolare l'amministrazione è tenuta a vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso; inoltre deve valutare le predette misure di *self-cleaning* con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e alla loro sufficienza a ristabilire la fiducia (T.a.r. per la Campania, sez. V, n. 1733 del 2024 che ha accolto il ricorso proposto dal concorrente escluso sulla base del rilievo che ricorresse un'ipotesi di esclusione non automatica, in assenza di condanne definitive e che il provvedimento di esclusione fosse privo della necessaria motivazione);

c) in assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il *dies a quo* del termine triennale capace di elidere la rilevanza dei fatti determinanti l'impossibilità di contrattare con la p.a., deve aversi riguardo alla data

dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto e non, dunque, alla mera commissione del fatto in sé. In linea con tale esegesi, il nuovo codice dei contratti pubblici ha dato rilievo al "fatto processuale" quale adeguato mezzo di prova dell'illecito professionale (*cf.* art. 98, comma 6, lett. g) e h), in relazione al terzo comma e all'art. 95, comma 1, lettera e) (Cons. Stato, sez. IV, n. 2931 del 2024, relativa a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, con richiamo ai precedenti della sezione, n. 8611 del 2022 e n. 8563 del 2020 e al par. 39 della decisione della Corte giustizia UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, C- 124/17; il Consiglio di Stato ha respinto l'appello presentato dall'operatore escluso, sulla base del rilievo che il triennio non poteva intendersi decorso, avuto riguardo alla data con cui i reati contestati al legale rappresentante erano stati accertati e qualificati);

d) in relazione ad una gara bandita nel vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 è illegittima l'esclusione di un operatore economico, relativa ad asseriti gravi illeciti professionali, espressamente motivata con il richiamo all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo la stazione appaltante tenuta ad applicare le nuove disposizioni in materia di esclusione di cui agli artt. 94 e ss. del d.lgs. n. 36 del 2023 che non possono ritenersi meramente sovrapposte a quelle della precedente codificazione (T.a.r. per la Sicilia, sez. II, n. 205 del 2024 che ha accolto il ricorso proposto dall'operatore escluso in quanto la gara era stata bandita nell'agosto del 2023).

22.3. Il *self-cleaning*.

L'art. 96 del codice, come innanzi precisato, contiene la disciplina procedimentale comune agli "eventi" che conducono alla esclusione dell'operatore economico, disciplinando in particolare, ai commi dal secondo al sesto, il *self cleaning*, applicabile sia alle ipotesi di esclusione automatica previste dall'art. 94, ad eccezione del sesto comma (riferito alla gravi violazione tributarie definitivamente accertate) che alle ipotesi di esclusione non automatica di cui all'art. 95, ad eccezione del secondo comma (riferibile alle gravi violazioni tributarie non definitivamente accertate).

La disciplina del *self cleaning* è prevista in un'ottica allargata per cui il *self cleaning* può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta, in difformità dalla previsione delle linee guida Anac n. 6, capo 6.2., applicate nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016.

È stato al riguardo previsto l'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (con riferimento a queste ultime salvo che ciò sia impossibile, ad esempio perché l'operatore ha avuto notizia della causa di esclusione stessa in epoca assai prossima alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta).

È stata inoltre inserita una disposizione volta ad evitare che la conclusione della procedura possa essere ritardata a cagione dell'adozione delle misure da parte

dell'operatore economico (“*in nessun caso l’aggiudicazione può subire dilazioni a cagione dell’adozione delle misure*”).

Il sesto comma garantisce il contraddittorio, prescrivendo l’obbligo incombente in capo alla stazione appaltante di comunicare se le misure proposte siano state ritenute insufficienti od intempestive.

Ciò posto una recente sentenza del T.a.r. per la Lombardia, riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 36 del 2023 e con richiamo alla giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha sottolineato la doverosità da parte della stazione appaltante della valutazione di idoneità delle misure di *self cleaning* predisposte dall’operatore economico.

Il T.a.r. ha pertanto ritenuto che la mancata valutazione delle misure di *self cleaning* adottate dall’impresa - ammissibili in fase di gara anche secondo la recente giurisprudenza - rappresenta una ragione di illegittimità del provvedimento di esclusione (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, n. 2189 del 2024; la sentenza, nel richiamare, quanto al *self cleaning* in corso di gara, Cons. Stato, sez. III, n. 724 del 2024 e quanto alla doverosità della valutazione del *self cleaning*, Cons. Stato, sez. III, n. 4111 del 2024; sez. V, n. 3858 del 2024; n. 7949 e n. 5897 del 2023, ha osservato che la Corte di giustizia, sulla base del tenore letterale dell’art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24 e del considerando 102, ha sottolineato come non si stabilisca “*in che modo o in quale fase della procedura d’appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso*”, cfr. Corte di giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20 e giurisprudenza ivi richiamata; cfr. quanto alla medesima fattispecie, con riferimento all’illegittimità dell’esclusione per decorso del triennio rilevante § 22.2.1. lett. a).

23. I requisiti di ordine speciale.

L’art. 100 del codice disciplina i requisiti di partecipazione di ordine speciale, in maniera in parte innovativa rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016, avuto riguardo, come rimarcato nella relazione, agli spazi lasciati liberi dalla direttiva.

Al primo comma è mantenuta la distinzione tra requisiti di idoneità professionale, requisiti di capacità economico – finanziaria e requisiti di capacità tecniche professionali, precisandosi al secondo comma, che i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante devono essere proporzionati e attinenti all’oggetto dell’appalto.

Al terzo comma è previsto *expressis verbis*, quale requisito di idoneità tecnica, l’iscrizione nel registro della camera di commercio, precisandosi che il requisito è posseduto anche in caso di iscrizione per attività non coincidente con l’oggetto dell’appalto, purché “pertinente”. All’operatore economico di altro Stato membro, non residente in Italia, è consentito di autodichiarare sotto la propria responsabilità di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali previsti nell’allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato è abrogato a decorrere dalla

data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento, emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con d.p.c.m., su proposta del Ministro per gli affari europei che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Nell'ambito dei lavori, si prevede che a rilasciare l'attestazione di qualificazione siano nuovi organismi di diritto privato, autorizzati dall' Anac, che andranno a sostituire le società organismo di attestazione (SOA).

Il terzo periodo del quarto comma prevede che il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse, è disciplinato dall'articolo II.12 e riproduce sostanzialmente le disposizioni di cui agli articoli da 60 a 91 del d.P.R. n. 207 del 2010, riallineate e rese coerenti con le nuove disposizioni del codice. Di tale allegato è poi prevista, entro tre mesi dall'entrata in vigore del nuovo codice, l'abrogazione e la sostituzione con un corrispondente regolamento, emanato ai sensi dell'art. 17, primo comma, della l. n. 400 del 1988, su proposta del ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Anac.

L'emanando regolamento disciplinerà sia la procedura per ottenere l'attestazione di qualificazione e il suo rinnovo, sia la procedura di conseguimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di qualificazione degli operatori economici: esso riguarderà anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture (decimo comma).

Il dodicesimo comma prevede poi che, salvo quanto previsto dall'art. 102 (impegni dell'operatore economico) o da leggi speciali, le stazioni appaltanti possono richiedere esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti.

Ciò posto secondo la giurisprudenza:

a) il principio di tassatività delle cause di esclusione deve intendersi riferito ai soli requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36 del 2023; infatti detto principio non ha impedito al legislatore di prevedere, nell'ultimo comma dell'art. 10, la facoltà della stazione appaltante di “*introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto*”. Il codice stabilisce dunque altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95, come ad esempio i requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100, richiamati *per relationem* anche nel comma primo (Cons. Stato, sez. V, n. 7113 del 2024, che in riforma della sentenza di primo grado, ha ritenuto che il divieto previsto nella *lex specialis* di gara di inserimento nella busta amministrativa di dati afferenti l'offerta economica non contrastasse con il principio di tassatività delle clausole di esclusione; cfr. al riguardo § 8.1. lett. b); cfr., quanto all'attinenza e proporzionalità dei requisiti di ordine speciale, in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, Cons. Stato, sez. V, n. 2902 del 2024 secondo cui l'interpretazione degli atti di gara deve essere necessariamente conforme, oltre che ai fondamentali principi di massima partecipazione alle gare pubbliche e di tassatività delle cause di esclusione, ai principi, sanciti dall'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, di proporzionalità e adeguatezza dei

requisiti di capacità tecnico-professionale, che devono essere coerenti e corrispondenti con la specifica attività che il concorrente si è impegnato a svolgere. La certificazione di qualità prescritta va, dunque, riferita alle attività svolte dal singolo concorrente o dal raggruppamento, in relazione alla sua tipologia e natura: sicché risponde a criteri di ragionevolezza e proporzionalità che l'operatore economico sia tenuto a comprovare il requisito di qualità unicamente per la corrispondente attività che si è impegnato a svolgere in sede di gara);

b) la facoltà di prevedere specifici requisiti di capacità professionale, riconosciuta dall'art. 10, comma terzo, del nuovo codice dei contratti pubblici, al pari di quanto statuito dal previgente art. 83, secondo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 è attuazione del principio affermato dalla Corte di giustizia UE (17 settembre 2002, in causa C-513/99) e trasfuso della direttiva 2014/24/UE secondo cui: *“le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”* (art. 58, paragrafo 4). *A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi di quelli sanciti a livello normativo, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito e, dunque, rispetti i limiti della congruità e della proporzionalità* (Cons. Stato, sez. IV, n. 1048 del 2024);

c) ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 – ora art. 100 del d.lgs. n. 36 del 2023 – l'iscrizione nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali è un requisito di idoneità professionale, distinto dal requisito di capacità tecnico-professionale (Cons. Stato, sez. IV, n. 10974 del 2023);

d) cfr. sul rapporto tra principio di tassatività delle clausole di esclusione e requisiti di ordine speciale § 8.1.

23.1. Il subappalto qualificatorio per le opere scorporabili a qualificazione obbligatoria.

La relazione al codice ha precisato che l'art. 119 del d.lgs. n. 36 del 2023 non si occupa del subappalto qualificatorio per le opere scorporabili a qualificazione obbligatoria - la cui ammissibilità si desume dalla perdurante vigenza dell'art. 12, quattordicesimo comma, del decreto legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - trattandosi di istituto eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto, riconducibile alla qualificazione degli operatori economici di cui all'art. 100 del codice.

La giurisprudenza ha al riguardo affermato:

a) in base alla nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici, introdotta dal d.lgs. n. 36 del 2023 (art. 100, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 con rinvio all'art. 30 dell'Allegato II.12) e nell'attuale vigenza dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate,

devono considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto, come desumibile dalla relazione al nuovo codice dei contratti (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 5211 del 2024 che ha precisato che tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2, secondo comma, del citato allegato II.12, laddove prescrive che *“La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione*”; in senso analogo T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 782 del 2023);

b) il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, richiamato all'art. 100, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 ed affidato per la sua intera disciplina all'allegato II.12, non ricomprende lo speciale istituto di cui all'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, posto che il nuovo codice va a sostituire il d.lgs. n. 50 del 2016 che tuttavia non ricomprendeva la speciale disciplina di cui al d.l. n. 47 del 2014. Stante la perdurante vigenza di tale disciplina extracodicistica, risulta ammissibile il subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - desumibile dell'art. 12, quattordicesimo comma, del d.l. n. 47 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 80 del 2014 – attinente alla qualificazione degli operatori economici, di cui all'art. 100 del codice (T.r.g.a. - Bolzano, n. 62 del 2024).

24. Il soccorso istruttorio.

L'art. 101 del codice disciplina il soccorso istruttorio, riprendendo la disciplina del codice previgente con alcune novità, nell'ottica della semplificazione ed al fine di chiarire quei profili che, in base alla casistica giurisprudenziale, avevano dato luogo a difficoltà applicative.

L'istituto si inquadra in un'ottica antiformalistica, nel rispetto del principio della *par condicio*, ma in aderenza al principio del risultato e della fiducia, che postula una collaborazione fra amministrazione e stazione appaltante, come ben evidenziato nella relazione al codice, al fine di evitare che il rigoroso formalismo possa pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara.

Nel primo comma si riconosce l'obbligo della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità, eliminando la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, ma con la specificazione che il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta.

È altresì specificato che la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale

in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. Unico limite al soccorso è l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta.

Nel secondo comma si specifica che in caso di mancato adempimento alle richieste della stazione appaltante, l'operatore è escluso dalla procedura di gara.

Nel terzo comma, in aderenza ai principi elaborati dalla giurisprudenza eurounitaria e già recepiti nella giurisprudenza amministrativa sul soccorso procedimentale, si prevede che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che i chiarimenti non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica.

Il quarto comma codifica una norma del tutto innovativa, prevedendo la possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta, prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La richiesta di rettifica deve essere avanzata anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta a condizione che sia garantito l'anonimato e che l'offerta non venga modificata in senso sostanziale.

24.1. Le declinazioni del soccorso istruttorio.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, elaborata in relazione a fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al nuovo codice in via interpretativa, alla luce della disciplina recata dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 è possibile distinguere tra:

a) soccorso integrativo (primo comma, lettera a) dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, non difforme dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) soccorso sanante (primo comma lettera b), non difforme dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso istruttorio in senso stretto (terzo comma) che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta

economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso correttivo (quarto comma) che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

La norma del nuovo codice si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte): i) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; ii) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; iii) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

Tale disposto normativo può essere utilizzato in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50 del 2016 (Cons. Stato, sez. III, n. 8047 del 2024; sez. V, n. 6961 e n. 4984 del 2024, che richiamano quanto elaborato da Cons. Stato, sez. V, n. 7870 del 2023).

24.2. Il soccorso istruttorio c.d. sanante.

Avuto riguardo alla precedente classificazione secondo la giurisprudenza:

a) si deve ritenere sanabile attraverso il soccorso istruttorio la documentazione, eventualmente incompleta o omessa, a comprova dei requisiti di partecipazione posseduti dall'operatore economico, a condizione che si tratti di circostanze effettivamente preesistenti rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte e che dunque l'irregolarità non evidenzi alcuna carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa era finalizzata. Tale interpretazione è in armonia con la prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, assecondando una direttiva esegetica tendenzialmente non restrittiva e tenendo conto del programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso istruttorio. Deve confermarsi, anche alla stregua del nuovo codice, la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente

sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 117 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, sez. V, n. 7870 del 2023, che ha ritenuto che nell'ipotesi al suo esame fosse perfettamente esperibile il soccorso istruttorio in quanto il DGUE della cooperativa controinteressata non era affetto, come sostenuto dalla ricorrente, da radicali ed insanabili omissioni, ma conteneva invece tutte le dovute dichiarazioni del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, residuando alcune parziali omissioni dichiarative o alcune incongruenze, in parte giustificate dalla scarsa chiarezza del disciplinare, ma comunque pacificamente sanabili; conformi Cons. Stato, sez. V, n. 6786 e n. 290 del 2023; T.a.r. per il Lazio, sez. V, n. 920 del 2023);

b) si possono emendare mediante soccorso istruttorio le carenze o le irregolarità che attengano alla allegazione dei requisiti di ordine generale, mentre non sono soccorribili quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale, in quanto atte a strutturare il contenuto dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara (Cons. Stato, sez. V, n. 7870 del 2023).

24.3. L'inammissibilità del soccorso istruttorio sull'offerta. Il soccorso procedimentale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa:

a) il soccorso istruttorio è ammissibile non per integrare, ma per precisare il contenuto dell'offerta, con un supporto di tipo formale e non sostanziale, che aiuti ad acquisire chiarimenti da parte del concorrente che non assumono carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità. L'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, infatti, per vocazione generale (art. 6, l. n. 241 del 1990) a un fondamentale principio antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati (Cons. Stato, sez. III, n. 8047 del 2024 resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al nuovo codice in via interpretativa, che ha ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio *sub specie* di soccorso procedimentale, vertendosi in tema di semplici chiarimenti sull'offerta; Cons. Stato, sez. V, n. 6961 del 2024, che ha escluso, sulla base dei medesimi principi e in relazione a fattispecie del pari disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al nuovo codice, l'ammissibilità del soccorso istruttorio, anche *sub specie* di soccorso processuale, in riferimento ad un requisito premiale dell'offerta tecnica, riferito al possesso di una certificazione di qualità);

b) in materia di appalti pubblici, i principi generali della immodificabilità e della non ambiguità dell'offerta vanno coniugati con il principio di autoresponsabilità. Eventuali errori commessi dai concorrenti nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione devono essere dagli stessi

sopportati, essendo tenuti ad un onere di diligenza e professionalità superiore alla media durante tutte le fasi della procedura di gara (Cons. Stato, sez. V, n. 7798 del 2024);

c) con il c.d. soccorso procedimentale è, in linea generale, ammessa la rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo dell'offerta tecnica o economica, a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta. Il soccorso procedimentale consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta. Simili chiarimenti o puntualizzazioni di elementi dell'offerta non possono tradursi in una operazione di integrazione o modificazione postuma dell'offerta. Nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio (Cons. Stato, sez. V, n. 4984 del 2024, resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al nuovo codice, che ha ritenuto esperibile il soccorso istruttorio in ipotesi di mera irregolarità della polizza fideiussoria in cui era stato indicato come beneficiario la stazione unica appaltante anziché l'ente appaltante, posto che l'irregolarità era comunque riscontrabile dalla polizza);

d) nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta. Tale principio è stato del resto recepito nel nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 101, terzo comma (Cons. Stato, sez. V, n. 9541 del 2023 che ha accolto l'appello per non avere la stazione appaltante esperito il soccorso procedimentale, nonostante venisse in rilievo un errore materiale contenuto nell'offerta, facilmente rilevabile *icti oculi*);

e) dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 – per come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa e poi confermato in un'ottica teleologica anche dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 – si desume che nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti. Può affermarsi che l'istituto del soccorso procedimentale (o soccorso istruttorio in senso stretto) – inteso come potere di richiedere all'offerente alcuni chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato al fine di superare eventuali ambiguità (fermo restando il divieto di acquisire dichiarazioni modificative o rettificative dell'offerta) –

è un elemento che permea sino alle sue fondamenta l'ordinamento delle gare pubbliche (T.a.r. per il Lazio, sez. II, n. 18735 del 2023 che ha accolto il ricorso sulla base del rilievo che la stazione appaltante fosse onerata dall'esperire il soccorso procedimentale);

f) cfr. quanto al rapporto tra soccorso procedimentale e principio del risultato T.r.g.a. - Bolzano, n. 316 del 2023 *sub* § 2.2.4.

24.4. Il soccorso istruttorio alla luce dei principi generali.

La giurisprudenza ha analizzato l'istituto del soccorso istruttorio e la sua esperibilità nei casi sottoposti al suo esame alla luce dei principi generali recati dal codice.

Si è in particolare affermato:

a) l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce a una logica antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati, facendosi carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione ad una gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in un inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. Trattasi infatti di un istituto che è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici. Il suo perimetro è stato inoltre ampliato dal d.lgs. n. 36 del 2023, attuando una logica semplificatoria che, scevra da un eccessivo formalismo, mira al pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, n. 2096 del 2024, riferita a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al nuovo codice, che ha ritenuto che l'irregolarità della sottoscrizione del contratto di avvalimento fosse sanabile con il soccorso istruttorio);

b) nelle gare pubbliche l'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 va interpretato in relazione alla stessa *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio, la cui esperibilità è soggetta a precisi limiti, costituiti dai principi della leale collaborazione, della parità di trattamento e della trasparenza. L'attivazione del soccorso istruttorio non può pertanto in nessun caso pregiudicare detti principi, individuati dalla giurisprudenza quali valori contrapposti alla più ampia esplicazione della facoltà ausiliaria attribuita alla stazione appaltante e al principio del *favor participationis*. A ben vedere, proprio il principio di leale collaborazione tra amministrazione e operatore economico implica l'imposizione del dovere di una "minima diligenza" del partecipante nella predisposizione della domanda (T.r.g.a. - Bolzano, n. 118 del 2024 ha respinto il ricorso proposto dall'operatore escluso che non aveva versato la cauzione provvisoria, ritenendo non fosse esperibile il soccorso istruttorio);

c) nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti. Pertanto, a seguito all'accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale, per come dichiarato dal concorrente nell'offerta, non è esigibile l'esperimento del soccorso istruttorio, come disciplinato dal nuovo art. 101, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, atteso che non è consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità (Cons. Stato, sez. V, n. 1372 del 2024 con richiamo a Cons. Stato, sez. V, n. 1540 del 2021);

d) quanto al rapporto tra soccorso istruttorio e principio di tassatività delle clausole di esclusione in relazione al pagamento del contributo Anac (T.a.r. per il Lazio, sez. III *quater*, n. 3340 del 2024, sub § 8.1. lett. f);

e) per quanto possa ampliarsi la portata applicativa del potere generale di soccorso istruttorio, al fine di perseguire l'interesse pubblico della selezione del miglior progetto da ammettere al finanziamento, occorre pur sempre individuare dei limiti al suo esercizio, i quali sono segnati dai principi generali di autoresponsabilità e di *par condicio competitorum* (T.a.r. per la Lombardia, sez. II, n. 1795 del 2023 che ha respinto il ricorso proposto da un operatore la cui domanda per la selezione di proposte progettuali per la realizzazione di impianti di produzione di idrogeno rinnovabile in aree industriali dismesse, da finanziare nell'ambito del PNRR, non era stata giudicata ammissibile per incompletezza rispetto ai requisiti prescritti dal bando pur dopo l'esperimento del soccorso istruttorio);

f) cfr. quanto al rapporto tra soccorso procedimentale e principio del risultato T.r.g.a.- Bolzano n. 316 del 2023, sub § 2.2.4.

24.5 Il soccorso istruttorio sulla polizza fideiussoria.

La giurisprudenza ha affrontato la problematica relativa all'esperibilità del soccorso istruttorio sulla polizza fideiussoria, anche in relazione a fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016, con richiamo interpretativo al nuovo codice, distinguendo in particolare tra la mancata presentazione della polizza fideiussoria, per la quale si richiede che la cauzione sia stata comunque già costituita al momento della presentazione dell'offerta, e l'irregolarità della polizza fideiussoria prodotta, nei seguenti termini:

a) come evincibile anche dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 l'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della *par condicio* tra tutti i concorrenti, che si realizzerebbe nel caso in cui venisse ad uno di essi

consentita la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva a tale momento. Il soccorso istruttorio è peraltro ammissibile quando si tratti di correggere, emendando un mero errore materiale – *ictu oculi* riscontrabile dall’esatta indicazione dell’ente appaltante nell’oggetto della garanzia – la polizza fideiussoria già prodotta nel termine per la presentazione delle offerte, recante quale beneficiario la stazione unica appaltante anziché l’ente appaltante (Cons. Stato, sez. V, n. 4984 del 2024, relativa a fattispecie regolata dal d.lgs. n. 50 del 2016, ma con richiamo al d.lgs. n. 36 del 2023);

b) in tema di gare pubbliche, ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria può essere oggetto di soccorso istruttorio a condizione che la cauzione sia già stata costituita alla data di presentazione dell’offerta. Ai fini della regolarizzazione della cauzione provvisoria, è necessario che la stessa sia costituita in epoca antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Laddove venga definitivamente accertato, all’esito del soccorso istruttorio, che il rapporto di garanzia si è validamente costituito tra il garante e il garantito, la condizione per la partecipazione alla procedura può dirsi soddisfatta, specie allorché non venga messa in discussione l’effettiva esistenza della garanzia in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (T.r.g.a.- Bolzano, n. 118 del 2024; cfr. quanto alla prova dell’antecedenza della prestazione della cauzione, Cons. Stato, sez. IV, n. 1046 del 2024, secondo cui la prova della data certa di formazione del documento contenente la garanzia provvisoria, anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta, può essere data mediante l’apposizione della marcatura temporale, che rende la data e l’ora di formazione del documento informatico opponibili ai terzi. A tal fine, non possono essere ritenute idonee né la sola firma digitale, né le procedure interne della società assicurativa che ha emesso la polizza);

c) l’invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria deve essere tenuta distinta della mancanza assoluta della stessa. Quest’ultima ipotesi è senza dubbio più grave e, solo rispetto ad essa, il documento di cui è chiesta l’integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione. Conferma tale impostazione ermeneutica, l’art. 101, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023 che, nel delineare il soccorso istruttorio integrativo-completivo, prevede solo per la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ma non per l’inesattezza della stessa, la possibilità di integrazione mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. Anche dal nuovo codice dei contratti pubblici si desume dunque che la cauzione provvisoria di importo inesatto può essere regolarizzata attraverso il potere di soccorso istruttorio, anche oltre il termine previsto per la presentazione delle offerte (T.a.r. per la Campania, sez. I, n. 1429 del 2024, che in relazione al caso di specie, in cui la garanzia provvisoria era stata presentata, ma era di importo inesatto, ha ritenuto che operasse il soccorso istruttorio sanante, ora previsto dalla lettera b)

dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, che non richiede la necessità che la regolarizzazione avvenga entro il termine fissato per la presentazione delle offerte, in relazione a fattispecie regolata *ratione temporis* dal d.lgs. 50 del 2016);

d) l'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 consente il ricorso al soccorso istruttorio anche per sanare la mancata produzione della garanzia provvisoria, con la conseguenza che la regolarizzazione di una garanzia prodotta ma non leggibile rientra nel perimetro della predetta norma (T.a.r. per la Calabria, sez. II, n. 190 del 2024, relativa a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 36 del 2023, in cui entro il termine di presentazione delle offerte risultava prodotta una valida polizza, tale essendo secondo il T.a.r. quella risultata sottoscritta dal garante, per cui legittimamente il seggio di gara aveva disposto mediante soccorso istruttorio la produzione di una copia leggibile della polizza. Il T.a.r. ha al riguardo osservato che la fideiussione produce l'effetto di obbligare il garante nei confronti del soggetto a cui favore è prestata la garanzia anche a prescindere dalla sottoscrizione del debitore garantito posto che, come previsto dall'art. 1936, secondo comma, c.c., il debitore potrebbe persino non avere conoscenza della fideiussione, che risulterebbe comunque efficace, rilevando che nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 era stato precisato che la fideiussione imposta agli operatori economici in sede di gara rappresenta una obbligazione di garanzia di fonte legale che *«sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'art. 1333 cod. civ.»* [Cons. Stato, Ad. plen., n. 7 del 2022] attesa la sostanziale identità di dettato e di *ratio* fra l'art. 106 del d.lgs. n. 36 del 2023 e l'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, oggetto del riferito arresto).

24.6. Soccorso istruttorio e requisiti di partecipazione con riferimento alle offerte presentata dai R.t.i.

La giurisprudenza che ha affrontato la problematica in questione si è così pronunciata:

a) la disciplina di cui all'art. 101 del nuovo codice dei contratti pubblici è, in punto di esclusione dalla gara, pienamente sovrapponibile a quella dell'abrogato art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui l'applicazione delle regole contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, avuto riguardo al disposto dell'art. 225, ottavo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 per gli appalti finanziati con fondi PNRR, piuttosto che quelle contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023, ritenute applicabili dal primo giudice, non incide sulla soluzione della vicenda controversa. Secondo la costante giurisprudenza:

a)1 il termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ha natura perentoria, allo scopo di assicurare un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda;

a2) la disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 contempla la sanzione espulsiva “*quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale*”;

a3) appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che l'eventuale possesso sostanziale dei requisiti, così come l'antiorità rispetto al termine dei relativi documenti dimostrativi, possano valere a impedire l'esclusione del concorrente inadempiente;

a4) nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell'attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimità del provvedimento espulsivo (Cons. Stato, sez. V, n. 7496 del 2024 che ha evidenziato come fosse corretta la sentenza di primo grado - che pure aveva applicato le norme del d.lgs. n. 36 del 2023, anziché quelle del d.lgs. n. 50 del 2016 - che aveva accolto il ricorso del secondo graduato con riferimento ad una gara per un appalto integrato finanziato con i fondi del PNRR, in quanto, a seguito dell'esperienza del soccorso istruttorio, era emerso che il progettista esterno incaricato dal R.t.i. aggiudicatario non aveva il requisito tecnico-organizzativo ed economico-finanziario e come non sia ammissibile la sostituzione del progettista esterno qualora la stessa comporti la modifica sostanziale dell'offerta);

b) una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara da parte di un r.t.i., tra requisito e quota dei lavori da eseguire da parte di una delle componenti il raggruppamento si risolve non in una imprecisione formale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici, non suscettibile di sanatoria con il soccorso istruttorio di cui all'art. 101, primo comma lett. b), del codice, dovendosi applicare i principi elaborati dalla giurisprudenza nel vigore dell'art. 83, nono comma, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui il soccorso istruttorio, con riguardo ai requisiti di partecipazione dell'offerta è ammissibile nella sola misura in cui gli stessi, ove costituenti elementi essenziali della domanda, non risultino carenti *ab origine* (T.a.r. per il Molise, sez. I, n. 144 del 2024 con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 4103 del 2020 che richiama, a sua volta, le precedenti sentenze sez. III, n. 2493 del 2019 e sez. V, n. 2351 del 2019).

25. L'avvalimento.

La disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'art. 104 del codice, che affronta la tematica avendo riguardo al contratto di avvalimento come tipo contrattuale, come precisato nella relazione, piuttosto che al mero prestito di requisiti.

È pertanto previsto al primo comma che con il contratto di avvalimento il concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto.

È specificata la necessità della forma scritta e la determinazione dell'oggetto e il carattere normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse

dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

Nel terzo comma sono stabiliti i casi in cui l'ausiliaria, essendo in possesso di requisiti non trasferibili, dovrà svolgere in proprio la prestazione.

Nel quarto comma sono indicati i documenti che il concorrente che fa ricorso all'avvalimento è tenuto a trasmettere alla stazione appaltante e la dichiarazione cui è tenuta l'ausiliaria, specificandosi, al quinto comma, la facoltà di sostituzione dell'ausiliaria in casi di sua dichiarazione mendace; e, al sesto comma, che la valutazione sull'assenza di cause di esclusione va compiuta anche in relazione all'ausiliaria, mantenendo ferma la possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Il settimo comma fa riferimento alla responsabilità in solido fra il concorrente e l'ausiliaria, nonché all'applicabilità anche all'ausiliaria della normativa antimafia.

Nell'undicesimo comma è previsto, in via innovativa, che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore. Tale disposizione innovativa trova applicazione anche al caso delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali.

Nel dodicesimo comma si precisa che nell'ipotesi in cui il concorrente abbia fatto riferimento all'avvalimento premiale, ovvero al fine di migliorare l'offerta, l'impresa ausiliaria non può partecipare alla procedura di gara.

Ciò posto la giurisprudenza ha precisato che:

a) a differenza dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 il quale è stato interpretato nel senso che è consentito il solo avvalimento premiale che intervenga sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione sia nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata ed è, invece, escluso quello espressamente finalizzato a una migliore valutazione dell'offerta delle concorrente, l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede espressamente la possibilità di ricorrere all'avvalimento semplicemente per migliorare l'offerta di una partecipante. Non è possibile la sua applicazione retroattiva, non essendo specificato che si tratti di norma di interpretazione autentica ed essendo stata peraltro la disciplina dell'avvalimento completamente novellata dal nuovo codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. V, n. 4732 del 2024; in senso analogo, quanto al primo principio, Cons. Stato, sez. V, n. 281 del 2024);

b) l'avvalimento c.d. "operativo" consiste nella concreta messa a disposizione a favore del concorrente, da parte dell'ausiliaria, dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l'esecuzione dell'appalto. Queste, a pena di nullità, vanno puntualmente individuate nel contratto, che tuttavia non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale, purché, in applicazione dei canoni civilistici di interpretazione

complessiva e secondo buona fede del contratto, consenta quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione. La messa a disposizione delle risorse dev'essere effettiva e sostanziale, nel senso di permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, come indicate nel contratto di avvalimento (T.a.r. per la Toscana, sez. I, n. 448 del 2024, che ha ritenuto come nel vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 possano applicarsi i principi giurisprudenziali elaborati in tema di avvalimento operativo relativamente al codice previgente; in senso analogo T.a.r. per la Calabria, sez. II, n. 190 del 2024, secondo cui non può rilevare l'intervenuta alienazione di alcuni degli specifici beni indicati nell'elenco, fermo solo restando l'onere di sostituire i beni ceduti o comunque usciti dalla disponibilità con altrettanti dotati di analoghe caratteristiche);

c) il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, ma deve consentire, quantomeno, l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti. Sussiste l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. Ciò in quanto l'avvalimento serve ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. II, n. 1432 del 2024);

d) ai sensi dell'art. 104, quarto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile anche agli appalti di servizi e pure all'avvalimento premiale, l'ausiliaria deve disporre dei requisiti previsti dall'art. 100 del d.lgs. n. 36 del 2023, tra i quali vi è l'idoneità professionale, in assenza della quale l'affidamento non può ritenersi legittimo (T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I, n. 315 del 2024, che ha ritenuto che nell'ipotesi al suo esame l'ausiliaria non fosse in possesso del requisito di idoneità, svolgendo un'attività per nulla pertinente con quella oggetto di gara);

e) posto che l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, a differenza dalla precedente

disciplina, non prevede più che la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilita a pena di nullità del contratto di avvalimento, è illegittima l'esclusione per genericità del contratto medesimo della ditta che abbia prodotto in sede di gara l'attestazione SOA, poiché in tal caso oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto, vale a dire l'azienda intesa come complesso produttivo, unitariamente considerato e già "testato" ai fini del conseguimento della SOA (T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 782 del 2023).

26. La verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'art. 110 del codice contiene la normativa in tema di offerte anormalmente basse negli appalti sopra-soglia, introducendo una consistente modifica rispetto alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, come esplicitato nella relazione al codice, al fine di semplificare la relativa disciplina, responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione, tenere in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete.

In tale ottica al primo comma si prevede che le stazioni appaltanti valutano, sulla base di un giudizio tecnico, la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della migliore offerta che, in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa. Si specifica, poi, che la stazione appaltante sia tenuta, nel bando o nell'avviso con cui si indice una gara, a indicare, compatibilmente con le disposizioni del codice, gli elementi specifici in base ai quali svolgere il giudizio sulla base del quale sottoporre a valutazione di anomalia una data offerta.

Pertanto, il legislatore non ha predeterminato una soglia di valutazione *ex ante* di anomalia, ma ha rimesso la relativa indicazione alle stazioni appaltanti, le quali nella loro discrezionalità potranno pertanto utilizzare i criteri e i parametri previsti all'allegato II.12 *bis*, quelli previsti dal previgente codice, ovvero ancora i diversi e nuovi criteri o parametri individuati dalle stesse stazioni appaltanti.

Al secondo comma si prevede che, qualora una determinata offerta appaia anormalmente bassa, è necessario in ogni caso sviluppare un contraddittorio procedimentale, richiedendo per iscritto al concorrente la presentazione di spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, entro un termine non superiore a quindici giorni. Fermo il rispetto del termine massimo previsto dalla legge, il termine deve comunque essere congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste e delle altre esigenze che potranno venire in rilievo nel caso specifico.

Al terzo comma si specificano gli elementi su cui possono vertere le spiegazioni fornite dal concorrente, mentre al comma quarto si precisa che non sono invece ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, nonché in relazione agli oneri di

sicurezza di cui alla normativa vigente.

Al quinto comma si prevede che la stazione appaltante debba escludere, all'esito della fase di valutazione, l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al terzo comma, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, ovvero in tema di subappalto ai sensi dell'art. 119; sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'art. 108, nono comma, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati in apposite tabelle.

Al sesto comma, in conformità con l'art. 69, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e a quanto previsto con il decreto legislativo n. 50 del 2016, si prevede che la stazione appaltante, qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa, in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea.

La giurisprudenza amministrativa, intervenuta in sede di prima applicazione di tale disposto normativo, si è così espressa:

a) in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta la sequenza procedimentale prevista dall'art. 110, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che il contraddittorio sia articolato in una sola richiesta istruttoria, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per l'inoltro delle giustificazioni. Il termine acceleratorio, "non superiore" a quindici giorni, evidenzia la necessità del superamento della prima parvenza di anomalia nel minor tempo possibile purché congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste e delle altre esigenze che potranno venire in rilievo nel caso specifico" ma "fermo il rispetto del termine massimo previsto dalla legge". Ne consegue la legittimità dell'esclusione disposta per mancato riscontro alla richiesta di giustificiche nel termine assegnato, qualora lo stesso sia congruo e di poco inferiore al termine massimo quindici giorni.

L'impostazione accelerata della sequenza procedimentale prevista dall'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023 in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta si iscrive in un contesto di rispetto del principio del risultato, in base al quale le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo e risulta coerente con il principio di autoresponsabilità che informa le procedure di evidenza pubblica, nelle quali la partecipazione è condizionata a un'istanza del soggetto

interessato, portatore di un interesse pretensivo che è affidato alla cura del medesimo, compulsato a evidenziare le proprie aspirazioni nel modo migliore e aderente alla legge di gara dalle stesse regole della competizione (che fra più aspiranti allo stesso bene della vita premiano il più performante).

La stazione appaltante nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia può chiedere, ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, non solo *“le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti”* ma anche ulteriori spiegazioni riguardanti *“l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione”* *“le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori”* e *“l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente”*. Anche in base alla verifica di tali aspetti, infatti, può essere verificato se l'offerta presentata è sostenibile, superando il dubbio derivante dal fatto che il rilevante ribasso o comunque l'offerta economica particolarmente vantaggiosa, possa derivare da un prodotto, un servizio o un'opera priva delle caratteristiche richieste dalla legge di gara. E ciò anche rispetto a una gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (senza valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica): in tali procedure, infatti, la corrispondenza tra le forniture proposte dall'aggiudicataria e quelle richieste dal progetto predisposto rileva solo in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, nell'ambito della quale la stazione appaltante deve verificare la congruità del prezzo offerto in relazione all'oggetto del contratto descritto dal capitolato speciale (Cons. Stato, sez, V, n. 7114 del 2024 che ha ritenuta legittima l'esclusione dell'appellante disposta dalla stazione appaltante in quanto la documentazione giustificativa fornita dall'impresa risultava carente nei requisiti essenziali ad escludere, nella sua complessità, l'anomalia dell'offerta);

- b) in relazione alla disciplina in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta prescritta dall'art. 110 d.lgs. n. 36 del 2023 si possono predicare gli stessi esiti raggiunti dalla giurisprudenza sulla portata del previgente art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, stante la sostanziale coincidenza delle previsioni in materia di procedura di verifica di anomalia. La nuova disposizione (come quella previgente) non articola il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia secondo rigide, predeterminate e vincolanti scansioni procedurali, limitandosi a prevedere un'unica richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, così delineando un procedimento monofasico e non più trifasico (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio). La stazione appaltante non è pertanto tenuta, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione da una sorta di preavviso, al fine di dare all'impresa la possibilità di replicare. Il contraddittorio procedimentale, infatti, ha funzione meramente istruttoria - serve alla stazione appaltante ad acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta sui quale nutre dei dubbi - non a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni (T.a.r. per il Lazio, sez. V-ter, n. 8580 del 2024 che ha respinto il ricorso presentato dall'operatore

- escluso, la cui offerta era stata considerata anomala);
- c) il subprocedimento di verifica dell'anomalia, dal punto di vista della strutturazione del potere, non si discosta dall'archetipo della funzione tecnico-discrezionale, nel senso che ben può essere articolato in tre fasi logicamente sequenziali. Innanzitutto, vi è una fase, tipicamente istruttoria, costituita dall'acquisizione da parte della stazione appaltante di elementi documentali e fattuali, necessari per comprendere come l'offerta dell'operatore economico sia stata costruita; tale fase implica un dialogo endoprocedimentale tra stazione appaltante ed impresa e si articola, nella maggior misura, nell'acquisizione di elementi economici, contabili ed aziendali idonei a dare conto delle ragioni costitutive della proposta formulata in termini di sostenibilità economica, avuto riguardo ai costi da sostenere, in ispecie quelli per la manodopera, ed alla specificità dell'oggetto di affidamento. La fase successiva è quella valutativa e rientra nella sfera di autonomia della stazione appaltante, che deve apprezzare se gli elementi acquisiti sono idonei e sufficienti ed in caso negativo, retrocedere riaprendo il dialogo con l'operatore economico. Infine, vi è il giudizio che chiude il subprocedimento di anomalia, in cui la stazione appaltante decide se l'offerta dell'operatore economico soggetta a verifica sia o meno congrua (T.a.r. per la Campania, sez. II, n. 3633 del 2024, che ha accolto il ricorso riferito al giudizio di anomalia dell'offerta sulla base del rilievo che il procedimento di verifica di anomalia aveva risentito di una carenza di istruttoria nell'acquisizione d'ufficio di elementi utili a conoscere l'attuale entità di alcuni costi di esercizio, che avrebbe reso necessaria un'adeguata ulteriore interlocuzione con l'operatore economico).

26.1. Il principio di invarianza della soglia di anomalia.

Connesso al tema della verifica dell'anomalia delle offerte si rileva il principio di invarianza delle medie e della soglia di anomalia, codificato dall'art. 108, dodicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 che, in sostanziale continuità con la regola vigente, prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

In sede di prima applicazione di tale norma la giurisprudenza amministrativa si è così espressa:

- a) il principio di irrilevanza delle sopravvenienze nel calcolo della soglia di anomalia, consacrato nell'art. dell'art. 108, dodicesimo comma del d.lgs. n. 36 del 2023, è funzionale ad evitare: *i*) la promozione di controversie meramente

speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima, traendone vantaggio; *ii*) nelle ipotesi di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, che la stazione appaltante debba operare una regressione della procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, n. 2642 del 2024);

b) il principio di invarianza, previsto dall'art. 108, comma 12, del codice dei contratti pubblici, non opera quando la censura non è finalizzata ad un ricalcolo della soglia dell'anomalia per effetto dell'esclusione di uno degli offerenti e quindi della modifica della platea dei concorrenti, ma è volta a contestare lo stesso operato della stazione appaltante nella determinazione della soglia di anomalia (Cons. Stato, sez. V, n. 5319 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, sez. III, n. 6821 del 2021);

c) il c.d. principio di invarianza, che impedisce dopo l'aggiudicazione della procedura di gara di ricalcolare la soglia di anomalia in caso di esclusione di una o più offerte, a seguito di autotutela o all'esito di un ricorso giurisdizionale, non opera per le iniziative giurisdizionali dirette a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata, qualora la questione relativa alla loro ammissione sia già sorta al momento dell'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, n. 5319 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, sez. V, n. 9381 del 2022);

d) è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023, limitatamente all'inciso "*successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale*", in relazione agli artt. 97, 3 e 41 Cost. (T.a.r. per la Campania, sez. I, ord. n. 3280 del 2024; con l'ordinanza in esame, il T.a.r. ha dubitato della costituzionalità della norma *de qua*, nella parte in cui, anche nel caso di inversione procedimentale, fissa nell'aggiudicazione il momento di cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia, giacché, in tal caso, si prospetta il rischio che, in sede di soccorso istruttorio, gli operatori in gara possano "pilotare" l'esito della gara).

27. La scelta di non aggiudicare la gara.

L'art. 108, comma 10, prevede in continuità con la previsione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 che le stazioni appaltanti possono comunque decidere, prevedendo espressamente tale facoltà nel bando di gara o nella lettera di invito, di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, nel rispetto dei termini per la conclusione del procedimento e, comunque, non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte, previsione quest'ultima innovativa

rispetto all'omologo disposto del codice previgente ed in linea con il principio del risultato.

In relazione a tale disposto, una recente ordinanza cautelare, dando continuità all'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel vigore del codice previgente, ha elaborato i seguenti argomenti.

La facoltà di non aggiudicare la gara, (ora) assentita dall'art. 108, decimo comma, d.lgs. n. 36 del 2023, rientra nei poteri ampiamente discrezionali della stazione appaltante e risponde ad un'immanente valutazione dell'interesse pubblico, che trova fondamento nel principio generale di buon andamento, che impegna le p.a. all'adozione di atti quanto più possibile coerenti e proporzionali alle esigenze effettive di provvista per i loro compiti. Dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate (o dell'unica offerta presentata) che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara, non sono ritenute dall'organo decidente idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara. È dunque, come tale, frutto di un apprezzamento meritoriale, sindacabile in sede giurisdizionale solo per manifesta illogicità e/o irragionevolezza ovvero per travisamento fattuale (T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, sez. I, ord. n. 70 del 2024, che in sede cautelare ha ritenuto l'insussistenza del *fumus boni iuris* con riguardo alla scelta del Comune di Udine di non aggiudicazione del servizio di gestione del caffè "Contarena" avuto riguardo alla ravvisata (ed esplicitata) necessità di "mantenere l'immagine del locale ad un livello adeguato in relazione al pregio del locale" e di "garantire uno standard di qualità del servizio adeguato all'importanza e alla tradizione del locale", alla cui luce andava necessariamente apprezzata la proposta tecnico-organizzativa dell'interessata. L'ordinanza ha al riguardo richiamato numerosi precedenti resi in relazione a fattispecie disciplinate dai codici previgenti fra cui Cons. Stato, sez. V, n. 6725 del 2018; n. 3553 del 2017; n. 3721 del 2015; sez. III, n. 5282 del 2012; sez. IV, n. 2848 del 2012; sez. IV, n. 1766 del 2012; sez. V n. 1986 del 2009; sez. IV, n. 2838 del 2007).

28. Il subappalto.

L'art. 119 del d.lgs. n. 36 del 2023 disciplina il subappalto, ricalcando, con diversi correttivi, il testo dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 49 del d.l. n. 77 del 2021, conv. dalla l. n. 108 del 2021, e dall'art. 10 della l. n. 231 del 2021, in particolare quanto alla soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ed al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta. In particolare, secondo quanto precisato nella relazione al codice, sono state mantenute, coordinandole anche con quanto previsto dall'art. 11 in tema di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore e la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla

normativa vigente.

La principale novità attiene al c.d. subappalto a cascata al fine di adeguarsi ai rilievi da ultimo formulati dalla Corte di giustizia e dalla Commissione UE nell'ambito della procedura di infrazione a carico dell'Italia, n. 2018/2273, avendo la Commissione rilevato, al riguardo, che dalle disposizioni ivi richiamate delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE: *“nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori. Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che, come spiegato nella sezione 1.3.A della presente lettera, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non recano disposizioni che consentano di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Orbene, l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto [...] Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50 del 2016 viola sia le disposizioni delle direttive menzionate nella sezione 1.3.A della presente lettera, sia le seguenti disposizioni: l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/24/UE; l'articolo 36, paragrafo 1, e l'articolo 88, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/25/UE; l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 42, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2014/23/UE”*.

Il subappalto di subappalto (cd. a cascata) è quindi disciplinato dal diciassettesimo comma, secondo cui *“le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229”*.

La norma *de qua*, come precisato nella relazione al codice, non si occupa del subappalto necessario in quanto istituto estraneo al subappalto in senso proprio, concernendo i requisiti di qualificazione di cui all'art. 100 (cfr. al riguardo § 23 e § 23.1.)

La giurisprudenza amministrativa così si è espressa sulla norma *de qua*.

La specifica e motivata limitazione contenuta nella *lex specialis* di ricorso al subappalto non deve ritenersi in contrasto con il diritto eurounitario. La sentenza della Corte di giustizia UE 27 novembre 2019, in causa C-402/18, ha stabilito che la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una

normativa nazionale che limita al trenta per cento la quota parte dell'appello che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi; in particolare, la pronuncia in questione ha stigmatizzato il fatto che la normativa nazionale oggetto del procedimento principale imponga in modo generale e astratto che l'offerente realizzi una parte rilevante delle prestazioni autonomamente, anche se tale limite nel ricorso al subappalto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto, rilevando che *«l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano potrebbe essere raggiunto da misure meno restrittive»*, implicanti specifiche valutazioni; pertanto al punto *sub* 47, ha evidenziato come non coerente con il diritto europeo una normativa nazionale *“che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi”*, sicchè tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, della natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”.

Deve ritenersi consentita una limitazione specifica del ricorso al subappalto, assistito da adeguata motivazione e, in tale contesto, può ritenersi che il contrasto della criminalità organizzata costituisca l'unico obiettivo che legittimamente consente, all'esito di una valutazione specifica, la limitazione del subappalto; deponendo in senso contrario sia l'art. 105, secondo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo novellato nel 2021), che l'art. 119, secondo comma, del nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 36 del 2023). In entrambi i casi sono previste come possibili limiti al subappalto *“le specifiche caratteristiche del subappalto”*, come quelle concernenti le opere impiantistiche. Peraltro è lo stesso art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE che consente all'amministrazione aggiudicatrice di esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.” (Cons. Stato, sez. V, n. 4161 del 2024, di conferma di T.a.r. Friuli Venezia Giulia, n. 187 del 2023 secondo cui la giurisprudenza eurounitaria ha inteso preservare, anche in materia di subappalto, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo loro di valutare, con la necessaria elasticità, le caratteristiche della situazione concreta. Considerata la *ratio* della pronuncia, non è possibile ricavarne un divieto assoluto all'apposizione di limiti quantitativi al subappalto, che porterebbe ugualmente a vincolare – pur se in senso opposto rispetto al censurato art. 105, secondo comma del d.lgs. n. 50 del 2016 – l'azione degli enti aggiudicatori. Anche il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), pur non prevedendo limiti generali al subappalto, lascia le stazioni appaltanti libere di disciplinarne il ricorso in senso restrittivo, attraverso l'indicazione nei documenti di gara delle prestazioni *“da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto”*).

29. Il parere precontenzioso Anac.

Il parere precontenzioso Anac è disciplinato in senso innovativo dall'art. 220 del d.lgs. n. 36 del 2023 rispetto al previgente art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Come precisato nella relazione al codice, si è infatti inteso rafforzare l'istituto in attuazione del criterio direttivo contenuto nell'art. 1, secondo comma, lett. ll), l. n. 78 del 2022, che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere all'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

In particolare nel primo comma, relativo al parere rilasciato su richiesta della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una delle altre parti, è stato eliminato l'inciso che rendeva il parere vincolante per le parti che avessero preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. È consentito all'operatore economico (non anche alla stazione appaltante o ente concedente) che abbia richiesto il parere e vi abbia aderito di impugnarlo *“esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”*, dunque unicamente per profili sostanziali e non anche per vizi formali o procedurali nell'emissione del parere stesso.

Altra importante novità è quella concernente la previsione dell'obbligo per la stazione appaltante o l'ente concedente, che non intendano conformarsi al parere, di comunicare, entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Anac, che può proporre ricorso contro tale determinazione negativa, avente pertanto la veste di provvedimento.

Il secondo comma è riferito al potere dell'Anac di impugnare i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il terzo comma è relativo al parere adottato dall'Anac, che riscontri che la stazione appaltante ha adottato un provvedimento affetto da gravi violazioni del codice. Al riguardo è previsto, in via innovativa, che l'Autorità, con proprio regolamento, debba indicare il termine massimo per l'adozione del parere. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'Anac, comunque non superiore a trenta giorni dalla trasmissione (termine dimezzato rispetto a quello previsto dall'art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016), l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni.

Inoltre l'Anac, ai sensi del quarto comma, con il proprio regolamento può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri previsti dai commi precedenti.

La giurisprudenza in sede di prima applicazione così si è espressa.

Dall'art. 220, primo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui l'Amministrazione che non intenda conformarsi al parere precontenzioso comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Anac, si evince che detto parere ha carattere non vincolante per la stazione appaltante e non riveste effetti immediatamente lesivi della situazione giuridica soggettiva del concorrente, determinandosi la lesione per effetto dell'eventuale successivo provvedimento della stazione appaltante che si conformi al

parere. Pertanto, venendo in considerazione un atto inidoneo a spiegare una efficacia immediatamente lesiva, la relativa impugnazione deve essere proposta avanti al T.a.r. competente a conoscere della impugnazione degli atti consequenziali/applicativi. È da considerarsi inammissibile per difetto di interesse il ricorso proposto avverso tale parere e la relativa nota di comunicazione, insorgendo la lesione dall'atto con cui la stazione appaltante si uniforma al parere (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. II, n. 2476 del 2024, con richiamo alla giurisprudenza formatasi sul codice previgente: Cons. Stato, sez. V, n. 1621 del 2022; sez. VI, n. 1622 del 2019).

30. Appalti PNRR e codice: la normativa applicabile.

In sede di prima applicazione si è posta la problematica della disciplina applicabile agli appalti PNRR avuto riguardo alla normativa transitoria di cui all'art. 225, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023 che rinvia alle disposizioni di cui al d.l. n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108 del 2021, al d.l. n. 13 del 2023, nonché alle specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018.

In particolare la questione interpretativa controversa ha riguardato il rinvio al d.l. n. 77 del 2021, laddove lo stesso rimanda alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, essendosi dibattuto se si trattasse di un rinvio fisso, ovvero mobile (questione sulla quale è di recente intervenuto il Consiglio di Stato, secondo quanto di seguito precisato).

La giurisprudenza (in modo non omogeneo) così si è espressa sul disposto *de quo*:

a) l'art. 225, comma 8, ha previsto, anche dopo il 1° luglio 2023, l'applicazione del d.l. n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108 del 2021, del d.l. n. 13 del 2023, nonché delle specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018. A dette procedure non si applica l'art. 225, comma 6, che precisa che *“Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”*. Deve infatti ritenersi la perdurante vigenza delle disposizioni speciali in materia di appalti PNRR che contengono rinvii fissi a precise disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, non potendo detto rinvio intendersi come rinvio dinamico; ciò in quanto le disposizioni del d.l. n. 77 del 2021 (atto rinviante) non fanno pressoché mai riferimento alla fonte in sé, bensì a specifiche disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui deve applicarsi il principio

elaborato dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale, in presenza di un rinvio ricettizio, il contenuto della disposizione richiamata diviene “*parte del contenuto della norma richiamante*” e le “*vicende della norma richiamata*” restano “*prive di effetto ai fini della esistenza ed efficacia della norma richiamante*”. Pertanto l’interpretazione fornita dalla Circolare del MIT del 12 luglio 2023 è corretta, laddove afferma la specialità, assicurata per mezzo dell’art. 225, ottavo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, delle disposizioni di cui al d.l. n. 77 del 2021, inclusi i rinvii operati al d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, sez. V, n. 7496 del 2024);

b) alle procedure di affidamento dei contratti finanziati con risorse previste dal PNRR e dal PNC, bandite a partire dall’1° luglio 2023, deve applicarsi il d.lgs. n. 36 del 2023, per quanto non derogato o comunque non diversamente disciplinato dal d.l. n. 77 del 2021 e delle altre fonti speciali espressamente richiamate dall’art. 225, comma 8, del predetto d.lgs. n. 36 del 2023, il quale si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. del d.l. n. 77 del 2021) ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50 del 2016 in esso sporadicamente richiamati. In sostanza, si deve escludere l’applicabilità del previgente codice degli appalti, in forza di generici riferimenti al “vecchio” d.lgs. n. 50 del 2016 contenuti nella normativa speciale dettata per gli appalti finanziati con risorse PNRR. Infatti dalla lettura combinata dell’art. 225, comma 8, e del successivo art. 226, commi 1 e 5, del medesimo codice, si deduce sia l’abrogazione, a far data dall’1° luglio 2023, del d.lgs. n. 50 del 2016, sia la soluzione ermeneutica per cui i richiami a tale ultimo decreto contenuti in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti debbano intendersi dinamicamente riferite alle corrispondenti disposizioni del nuovo codice o, in mancanza, ai principi desumibili dallo stesso (T.a.r. per la Toscana, sez. II, n. 493 del 2024; T.a.r. per il Lazio, sez. II *bis*, n. 134 del 2024; T.a.r. per l’Umbria, sez. I, n. 758 del 2023);

c) in caso di appalto finanziato con risorse previste dal PNRR non è immediatamente applicabile l’art. 17 del d.lgs. n. 36 del 2023, che prevede la verifica preventiva dei requisiti, avuto riguardo alla disciplina recata dall’art. 225, ottavo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, laddove rinvia alle specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l’energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018.

Tra le norme semplificatorie che continuano ad applicarsi ai soli appalti PNRR nel periodo indicato rientra l’art. 8, del d.l. n. 76 del 2020, il cui vigore fino al 31 dicembre 2023 è stabilito dall’art. 224, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, che ha soppresso l’inciso contenuto nel primo comma del medesimo art. 8 “*e fino alla data del 30 giugno 2023*”, garantendone l’ultrattività oltre la data predetta data. Pertanto in relazione agli appalti PNRR si deroga all’obbligo di verifica dei requisiti dell’operatore economico prima della formalizzazione dell’aggiudicazione, di cui all’art. 17, quinto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, essendo possibile procedere

all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e, dunque, provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase (T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 782 del 2023).

Conclusioni.

Avuto riguardo al breve lasso di tempo trascorso dall'entrata in vigore del nuovo codice non si può parlare di una giurisprudenza consolidata relativamente alle disposizioni di carattere innovativo in esso contenute.

Peraltro possono di seguito riportarsi quei principi che, in quanto fondati su chiare previsioni codicistiche, ovvero su una pluralità di pronunce, ovvero ancora su norme che riproducono analoghe norme del codice previgente, possono considerarsi indiscussi:

Sul piano sostanziale:

a) il principio del risultato può concorrere, vincolando la procedura al suo buon esito, ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale, facendo transitare nell'area della legittimità giustiziabile opzioni che si pensava attenessero al merito insindacabile;

b) il principio del risultato, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, è stato reso esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici, ma costituisce un principio già immanente nel sistema, suscettibile di trovare piena applicazione anche con riguardo alle procedure di gara anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023;

c) il principio del risultato è collocato all'inizio della disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto. Il principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività, nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo;

d) la nozione di risultato anche alla luce del significato ad esso attribuito dal d.lgs. n. 36 del 2023 non riguarda soltanto la rapidità e la economicità, ma anche la qualità della prestazione; con la conseguenza che la migliore offerta è quella che

presenta le migliori condizioni economiche, ma solo a parità di requisiti qualitativi. Il richiamo alla nozione di risultato integra i parametri di legittimità dell'azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) oltre che di astratta conformità al paradigma normativo;

e) i principi del raggiungimento dello scopo, di fiducia e di accesso al mercato devono ritenersi rivolti non solo nei confronti dell'amministrazione, ma anche degli operatori economici privati, i quali devono collaborare per il buon esito dell'affidamento. Tali principi indubbiamente portano a circoscrivere le ipotesi di esclusione dalla procedura, ma non consentono di superare il divieto di modificazione del contenuto dell'offerta, di cui il costo della manodopera costituisce parte integrante;

f) quando l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: *i)* è impedita la successiva disapplicazione; *ii)* la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni. Il rispetto dell'autovincolo è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo;

g) l'obbligo di agire secondo buona fede, previsto in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo e ora declinato anche nella contrattualistica pubblica, configura un rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione, che comporta – oltre a dei precisi doveri per l'amministrazione – anche una più marcata responsabilizzazione dei primi in seno al procedimento, il che si traduce nella individuazione della soglia di sforzo esigibile dall'operatore economico per comprendere l'interesse cui la commessa è preordinata;

h) contrasta con i principi di buona fede e legittimo affidamento riposto dai concorrenti sulla *lex specialis* di gara, di cui all'art. 5, primo e secondo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, l'operato dalla stazione appaltante che abbia disposto l'aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, qualora in sede di chiarimenti forniti agli operatori economici concorrenti, abbia sostituito la prescrizione della legge di gara relativa al possesso di una certificazione con diversa certificazione, apportando una sostanziale e surrettizia modifica dei requisiti di partecipazione, in fase di formulazione dei chiarimenti, dalla cui applicazione è derivato il provvedimento di ammissione alla procedura comparativa del concorrente, poi risultato aggiudicatario;

i) il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento comporta che nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche

le norme generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può fare nascere una responsabilità da comportamento scorretto, incidente sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze derivanti dall'altrui scorrettezza. La responsabilità precontrattuale richiede non solo la buona fede soggettiva del privato, ma anche gli ulteriori seguenti presupposti: *i)* che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà; *ii)* che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; *iii)* che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (e cioè le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia il nesso eziologico tra il danno e il comportamento scorretto che si imputa all'amministrazione;

j) l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che quest'ultimo riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta, richiesti per la partecipazione alla gara. Ciò trova conferma anche nel dettato dell'art. 10, terzo comma del d.lgs. n. 36 del 2023. Pertanto, le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, con conseguente onere dell'operatore di impugnativa immediata della medesima *lex specialis*;

k) non sono nulli per contrasto con il principio di tassatività della clausola di esclusione di cui all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, i disposti della *lex specialis* di gara che prevedano il divieto di inserimento nella busta amministrativa e/o nella busta dell'offerta tecnica di elementi afferenti all'offerta economica a pena di esclusione, in quanto il citato disposto non può essere interpretato nel senso che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del medesimo d.lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica, per mancanza dei requisiti generali. Osta ad una tale interpretazione lo stesso codice, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100), che sono richiamati *per relationem* nel primo comma;

l) ai sensi della disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici il RUP: *i)* può esercitare un controllo di regolarità della procedura; *ii)* non può giammai sostituire le proprie valutazioni rispetto a quelle della commissione di gara; *iii)* se del caso può soltanto chiedere chiarimenti e approfondimenti alla stessa commissione; *iv)* è fatto salvo il potere di intervento sostitutivo del RUP soltanto allorché la commissione

abbia espresso una valutazione manifestamente illogica o palesemente erronea;

m) Una volta intervenute l'aggiudicazione e, ai sensi dell'art. 90, la comunicazione digitale della stessa: *i)* tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, “*direttamente, mediante piattaforma*”, a tutto ciò (offerta dell'aggiudicatario, verbali, atti, dati e informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria) che ha rappresentato un passaggio della procedura, a fondamento e presupposto dell'aggiudicazione; *ii)* i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere “*direttamente mediante piattaforma*” anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli “*oscuramenti*”, da parte della p.a.; *iii)* l'eventuale oscuramento deve essere conseguenza di una specifica richiesta dell'operatore offerente, corredata da una dichiarazione “*motivata e comprovata*” in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali; in secondo luogo, sia che tale richiesta sia stata accolta, sia che sia stata respinta, la stazione appaltante nella comunicazione dell'aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa. (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, n. 1035 del 2024, cfr. § 14.1. *sub* lett. c);

n) Il d.lgs. n. 36 del 2023 segue la via tracciata dal d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo ai partecipanti alla gara di indicare, in via separata, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e i costi per gli oneri di sicurezza, e sanzionando con l'esclusione la violazione di detto obbligo. Avuto riguardo alla costanza del legislatore nella tutela degli interessi dei lavoratori e nella previsione degli istituti che proteggono tali beni giuridici – tra i quali vi è l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza – va pertanto affermata l'immodificabilità di tali costi in sede di giustificazioni, in quanto elementi costitutivi e quindi immodificabili dell'offerta economica;

o) Nel nuovo codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma, lett. t) della l. 78 del 2022, ha previsto “*in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre incorporati dagli importi assoggettati a ribasso*”, è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega, con l'art. 41 Cost;

p) Laddove il ribasso offerto dall'operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d'asta, l'offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare ai sensi dell'art. 41, quattordicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 “*che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*”; di contro, il ribasso proposto dall'operatore economico unitamente all'indicazione dei costi della manodopera “*a rialzo*” non costituisce, di per sé, come nel caso di indicazione “*a ribasso*”, un indice di anomalia dell'offerta, poiché è necessario che la proposta in aumento di tale componente di costo si caratterizzi per la sua effettiva e concreta capacità di incidere sulla remuneratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile

ritraibile dall'importo offerto: ciò in quanto per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, suscita il sospetto della scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l'inidoneità ad assicurare all'operatore economico un adeguato profitto:

q) Il principio di rotazione non si applica quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata; tale previsione si giustifica in quanto in detta ipotesi non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato;

r) In relazione alle procedura sotto-soglia la chiara indicazione della norma applicata, l'importo del servizio oggetto di affidamento, inferiore alla soglia dei 140.000 euro, la previsione di un mero confronto tra preventivi e l'assenza di una commissione giudicatrice nominata per la valutazione delle offerte, per cui l'individuazione del preventivo ritenuto più conveniente per l'amministrazione è effettuata direttamente dal RUP, senza le formalità della seduta pubblica e senza l'elaborazione di una graduatoria finale tra le diverse proposte, palesano la volontà dell'amministrazione di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo;

s) qualora ai fini del calcolo della soglia di anomalia negli appalti sotto-soglia debba applicarsi il metodo A dell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36 del 2023 deve ritenersi che, in applicazione corretta del suddetto metodo A, l'offerta che presenti un ribasso percentuale "pari" alla soglia di anomalia, debba essere automaticamente esclusa, insieme alle offerte di ribassi superiori, come già previsto dalla disciplina previgente sul taglio delle ali, in riferimento all'analogo metodo di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 per la determinazione della soglia, dovendosi risolvere il dubbio ingenerato dalla non chiara formulazione del metodo A, come disciplinato dal suddetto allegato II.2, alla luce di quanto esplicitato nella relazione al codice;

t) in materia di gare di appalto di lavori e di partecipazione ad esse di consorzi stabili, deve ritenersi applicabile l'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023, norma di interpretazione autentica (in quanto tale in vigore dal primo aprile 2023, data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, e sottratta al regime di efficacia differita che riguarda altre disposizioni), che disciplina, in via transitoria, l'istituto del "cumulo alla rinfusa" negli appalti di lavori con riferimento ai consorzi, i quali per la partecipazione alle procedure di gara possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate, rilevando che se il consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva, in ragione

dell'interpretazione offerta dalla suddetta disposizione, l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori;

u) qualora, prima della presentazione dell'offerta, si verifichi una causa escludente in capo ad una delle sue componenti, in cui la causa escludente si verifichi “*prima della presentazione dell'offerta*”, e risulti quindi integrata la fattispecie di cui alla lett. a) del primo comma dell'art. 97 del d.lgs. n. 36 del 2023, il raggruppamento temporaneo di imprese è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, in sede di presentazione dell'offerta, la causa escludente e il soggetto che ne è interessato e a comprovare l'estromissione o la sostituzione con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata o l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta. L'art. 97 del d.lgs. n. 36 del 2023 (così come il *self cleaning* di cui all'art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023) istituisce una modalità di superamento della regola generale, dettata dall'art. 96, primo comma del d.lgs. n. 36 del 2023, ed è volto all'attuazione dell'art. 63, par. 1, secondo comma della direttiva n. 2014/24/UE;

v) tra i presupposti giustificativi per il ricorso alla procedura negoziata senza previo bando di gara ricorre quello dell'impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte e ristrette per causa non imputabile alla stazione appaltante. È pertanto legittimo l'affidamento di un servizio mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, nelle more dell'indizione di una nuova gara, allorché tutti i partecipanti alla precedente procedura di gara si siano rilevati inidonei, in ragione di pregressi illeciti professionali, non essendo tale circostanza imputabile alla stazione appaltante;

w) alla luce della disciplina recata dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 è possibile distinguere tra: *i*) soccorso integrativo che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); *ii*) soccorso sanante che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); *iii*) soccorso istruttorio in senso stretto, che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di

apportarvi qualunque modifica; *iv*) soccorso correttivo, che, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall’iniziativa e dall’impulso della stazione appaltante o dell’ente concedente, abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell’anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

La norma del nuovo codice inoltre si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte): la mancata presentazione della garanzia provvisoria; l’omessa allegazione del contratto di avvalimento; la carenza dell’impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

Tale disposto normativo può essere utilizzato in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell’art. 83, nono comma, del d.lgs. 50 del 2016;

x) Nell’ambito del settore dell’evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti. Pertanto a seguito all’accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale, per come dichiarato dal concorrente nell’offerta, non è esigibile l’esperienza del soccorso istruttorio per come disciplinato dal nuovo art. 101, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, atteso che non è consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità;

y) come evincibile anche dall’art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, l’operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della *par condicio* tra tutti i concorrenti, che si realizzerebbe nel caso in cui venisse ad uno di essi consentita la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva a tale momento. Il soccorso istruttorio è peraltro ammissibile quando si tratti di correggere, emendando un mero errore materiale – *ictu oculi* riscontrabile – la polizza fideiussoria già prodotta nel termine per la presentazione delle offerte;

z) a differenza dell’art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale è stato interpretato nel senso che era consentito il solo l’avvalimento premiale che interveniva sia nell’integrazione di un requisito di partecipazione, sia nel riconoscimento di punteggio nell’ambito della valutazione dell’offerta tecnica

formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata ed era, invece escluso quello espressamente finalizzato a una migliore valutazione dell'offerta delle concorrente, l'art. 104 prevede espressamente la possibilità di ricorrere all'avvalimento semplicemente per migliorare l'offerta di una partecipante. Non è possibile la sua applicazione retroattiva, non venendo in rilievo una norma di interpretazione autentica ed essendo la normativa recata dal d.lgs. n. 35 del 2023 del tutto innovativa;

z *bis*) l'impostazione accelerata della sequenza procedimentale prevista dall'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023 in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta si iscrive in un contesto di rispetto del principio del risultato, in base al quale le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo e risulta coerente con il principio di autoresponsabilità, che informa le procedure di evidenza pubblica, nelle quali la partecipazione è condizionata a un'istanza del soggetto interessato, portatore di un interesse pretensivo che è affidato alla cura del medesimo, compulsato a evidenziare le proprie aspirazioni nel modo migliore e aderente alla legge di gara dalle stesse regole della competizione (che fra più aspiranti allo stesso bene della vita premiano il più performante);

Sul piano processuale:

aa) la responsabilità precontrattuale è in funzione del comportamento scorretto e non già dell'illegittimità provvedimento e pertanto prescinde dall'esigenza stessa di impugnare il provvedimento (nel caso di specie, di revoca dell'aggiudicazione); è pertanto ammissibile il ricorso per il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale anche allorquando non sia stato impugnato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione;

bb) rientra nell'accesso difensivo l'istanza relativa agli atti in materia di contratti pubblici, ex art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (oggi art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023), costituente declinazione dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, strumentale alla difesa in giudizio. Una volta accertati i presupposti dell'accesso difensivo, all'amministrazione e al giudice non è demandata alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso;

cc) il ricorso contro le decisioni sull'accesso riferite al disposto parziale oscuramento dell'offerta, alla luce della dichiarazione dell'operatore economico, deve essere notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione: trattasi di un nuovo rito speciale, in materia di accesso per i contratti pubblici, contemplato nell'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 e caratterizzato dall'estrema celerità rispetto al modello processuale di cui all'art. 116 del c.p.a. La

regola della sospensione feriale si applica anche ai riti amministrativi speciali, fra i quali quello sull'accesso; del resto, l'art. 54 c.p.a. è assolutamente chiaro nel prevedere sia la sospensione dei termini processuali dal 1° agosto al 31 agosto di ogni anno, sia la mancata applicazione della sospensione al solo procedimento cautelare;

dd) laddove la stazione appaltante, contravvenendo all'espressa previsione di cui all'art. 36 del codice dei contratti pubblici, non abbia reso disponibile, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata per lo svolgimento della gara, ai primi cinque classificati, unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi del successivo art. 90, le offerte e la documentazione presentate dagli altri quattro concorrenti, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, nei termini di cui all'art. 116 c.p.a., non essendo applicabili le previsioni del rito *super speciale* di cui all'art. 36, commi 4 e 7, d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile alla sola contestazione delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte;

ee) a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 120 c.p.a., come sostituito ad opera dell'art. 209, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023, e dell'art. 90 d.lgs. n. 36 del 2023 – normativa volta ad evitare ricorsi al buio e del tutto coerente con l'indirizzo espresso dal giudice eurounitario - il *dies a quo* del termine decadenziale stabilito per l'impugnazione degli atti di gara coincide con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono. Pertanto, laddove la stazione appaltante non metta a disposizione la documentazione di gara unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione e la parte presenti istanza di accesso, si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti.