

Rivista mensile - Anno XV, Numero 1

marzo  
**2025**

# MEDIA APPALTI

---

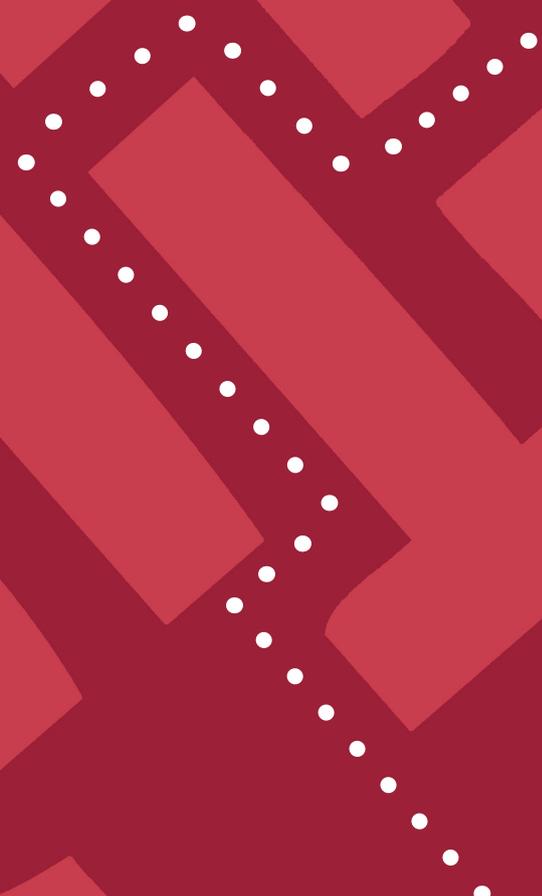
**Le "turbative di gara"  
nel codice penale**

---

**La revisione prezzi nel  
codice appalti alla luce  
del Correttivo**

---

**Art. 200 - Contratti di  
rendimento energetico o  
di prestazione energetica**



**"Guida  
pratica  
in materia di  
appalti pubblici"**

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

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

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

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

**Medi**  
**Graphic**



SGQ UNI EN ISO 9001:2015  
Certificato n° 2634



# **approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa**



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

**marzo  
2025**

# Ricordi

Lo abbiamo tutti un album dei ricordi, gelosamente custodito in un cassetto. Di tanto in tanto lo tiriamo fuori per ripercorrere quel tempo che ci ha lasciato la piacevole sensazione di un bel momento sul quale vale la pena soffermarsi. Quelle foto, a volte un po' sgualcite, sono la testimonianza di giorni particolari. "Ci sono giorni in cui si vive un po' di più e altri ancora che non ricorderemo mai", cantava il compianto Paolo Benvegnù. Giorni speciali, in tempi e luoghi speciali di cui ci piace raccontare ai nostri figli, ai nostri nipoti.

Il raccontare e il mostrare le foto è un gesto assimilabile al prendere per mano qualcuno e fargli varcare la soglia di posti che altrimenti resterebbero invisibili. Solitari. Condannati all'ingiallimento degli anni. Alla noncuranza delle dimenticanze. Della stessa natura è il lavoro che da mezzo secolo svolge il FAI (Fondo per l'Ambiente Italiano) impegnato nella tutela del patrimonio storico, artistico e paesaggistico italiano. Un lavoro dedito al tramandare le bellezze del nostro paese, al preservarle dall'abbandono e l'inevitabile degrado.

Il FAI opera a favore dei siti che mostrano debolezza, quelli di cui le pubbliche amministrazioni non riescono a prendersi cura. Quei luoghi che rischiano un decadimento irreversibile, fortemente radicati in un territorio, spesso lontani dai soliti itinerari turistici. Si tratta di un lavoro che non si pone in concorrenza con quello dello Stato e del Ministero dei Beni Culturali, ma che vi si affianca e lo integra.

Come si fa notare sul portale del Ministero la fruizione dei beni culturali e paesaggistici in Italia corre a velocità differenti: grandi attrattori internazionali assorbono quasi tutto il flusso dei visitatori mentre beni di altrettanto valore sono del tutto ignorati. Riuscire ad ampliare l'offerta significa dare un'opportunità alle realtà che dimorano all'ombra dei grandi monumenti. Ma ci sarebbero vantaggi anche per questi ultimi che, staccando qualche biglietto di ingresso in meno, trarrebbero giovamento in termini di manutenzione vedendosi mitigare gli effetti "erosivi" generati dalla loro frequentazione intensiva.

È l'obiettivo dichiarato del Ministero dei Beni Culturali: la valorizzazione del grande patrimonio di storia, arte, cultura e tradizioni presenti nei piccoli centri italiani e nelle zone rurali. Una visione che si muove in armonia con il FAI. L'Italia è il Paese con il patrimonio artistico, culturale e paesaggistico più ampio e più vario di qualsiasi altro posto.

Detiene il numero più elevato di siti inclusi nei patrimoni dell'umanità dell'UNESCO. Un tesoro nascosto di cui, spesso, hanno coscienza solo le comunità locali, a volte custodito solo nella memoria della popolazione più anziana che racconta di antiche chiese rupestri in fondo a stradine di campagne tra il fitto verdeggiare degli alberi che conservano raffinati affreschi e pregiati manufatti.

Per favorire l'emersione e ancor prima la conservazione di questi tesori nascosti, con il PNRR sono stati stanziati fondi per 1020 milioni di euro. Sono destinati alla rigenerazione culturale, sociale ed economica di borghi a rischio di abbandono o abbandonati e dei piccoli comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti.

L'operazione che prende vita dall'Investimento 2.1 della Missione 1, Componente 3 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Italia si concretizza nel "Piano Nazionale Borghi" e interessa l'intero territorio nazionale con la perentoria data di scadenza del 2026. La centralità che in Italia assume il tema della valorizzazione dei beni della cultura è evidenziato dalla sintesi esposta dall'Associazione Civita (organizzazione alla quale è demandato il compito di monitorare le attività finanziate a favore della rigenerazione dei borghi) che il 04 marzo scorso, in occasione dell'evento "Recovery Plan UE nella Cultura", ha mostrato come il trend italiano sia notevolmente migliore di altri paesi europei del calibro di Francia, Spagna e Portogallo.

Arte e cultura risiedono da sempre in un posto di privilegio nel cuore degli italiani. Siamo abituati a convivere da sempre. Le vediamo, le respiriamo ovunque. Questa esperienza immersiva nella cultura, che viviamo sin da piccoli, diventa nutrimento personale e collettivo, propedeutico alla formazione di una coscienza comune del

bello, di una morale dell'estetica che ci rende particolarmente sensibili e attenti al patrimonio che la storia ci ha consegnato e che funziona da propulsore a favore di un'attività nel settore artistico/culturale sempre vivace e feconda.

Ne troviamo conferma nelle presenze sempre più massicce di giovani nelle accademie e nei conservatori. Quasi 90mila nell'anno accademico 2022-2023.

Questa dovizia di opere artistiche e architettoniche che caratterizza il territorio italiano, frutto del lavoro di donne e uomini dalle straordinarie capacità espressive ha necessità di mani altrettanto straordinarie perché tali opere possano essere conservate e tramandate. Sono circa 80mila gli addetti nel settore del restauro attivi in Italia. Gli stessi che oggi sono a lavoro per finalizzare le opere finanziate con il PNRR. Un lavoro importante e fondamentale al pari di quello degli artisti e degli architetti delle cui opere si stanno prendendo cura. Anche la città eterna resterà tale fino a quando ci saranno laboriose mani mortali che la preserveranno dagli effetti del tempo.

Il 22 e il 23 marzo prossimi la 33esima edizione delle Giornate Fai di Primavera saranno occasione per poter visitare 750 luoghi "normalmente inaccessibili o poco conosciuti e valorizzati" come si legge nella comunicazione dello stesso FAI.

Un lavoro al quale deve andare il plauso di tutta la comunità con l'auspicio che l'eccezionalità dell'apertura di questi spazi possa un giorno assumere i connotati dell'ordinarietà. Servono progetti, fondi economici e buone imprese alle quali affidare in appalto la rigenerazione dei nostri "Luoghi del Cuore" (nome di un'altra iniziativa targata FAI). Per ora ci sono i 1020 milioni del PNRR. Che non se ne perda nemmeno un centesimo. Che non finisca nell'oblio nessuno dei nostri ricordi.

## sommario

### Editoriale

Ricordi

4

### In evidenza

La disciplina dell'equo compenso nel Nuovo Codice dei contratti pubblici. Le modifiche apportate dal Decreto Correttivi

7

### Sotto la lente

La revisione prezzi nel codice appalti alla luce del Correttivo

16

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Aldo Areddu**  
Avvocato penalista, esperto in materia di appalti pubblici

**Beatrice Corradi**  
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

**Alessandra Cresta**  
Funzionario Amministrativo

**Giuseppe Laurieri**  
Avvocato - Dottorando di ricerca Università Tor Vergata

**Nuria Federica Nicolò**  
Funzionario presso l'ufficio unico della SUA tra la Provincia di Monza e della Brianza e la Città Metropolitana di Milano.

**Fortunato Picerno**  
Esperto in contrattualistica pubblica. Dottore di ricerca di diritto amministrativo. Docente in materia di legislazione delle opere pubbliche

**Domenico Vitale**  
Specializzato nella trattazione del diritto urbanistico e dei contratti pubblici

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Responsabile Ufficio Grafico**  
Leonardo Todisco

**Editore:**  
Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
Tel. 0883.527171  
Fax 0883.570189  
www.mediagraphic.it  
info@mediagraphic.it

### Il Punto

Le "turbative di gara" nel codice penale

26

La qualificazione obbligatoria negli appalti di lavori alla luce del d.lgs. n. 209/2024

34

Le penali: presupposti, finalità e regolamentazione negli appalti pubblici

41

Art. 200 - Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica

46

Disciplina applicabile per affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive ai sensi della Legge n.166/2024: Codice contratti o Codice Navigazione? il cd. "rende noto" è ancora possibile?

53

### Pareri & Sentenze

59

### A Domanda Rispondiamo

67

### In pillole

71

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# La disciplina dell'equo compenso nel Nuovo Codice dei contratti pubblici. Le modifiche apportate dal Decreto Correttivi

di Giuseppe Laurieri

IN  
EVIDENZA

## Premessa

La disciplina inerente ai meccanismi di determinazione dell'equo compenso è contenuta all'interno della Legge 21 aprile 2023, n. 49, in vigore dal 20 maggio 2023, recante "*Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*" (di seguito "**Legge 49/2023**"). L'approvazione del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.*" (di seguito il "**Codice**" o il "**Codice dei contratti pubblici**"), adottato in attuazione della Legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "*Delega al*

*Governo in materia di contratti pubblici*" (di seguito la "**Legge Delega**"), ha decisamente inciso sulla materia dell'"equo compenso" con riferimento ai contratti pubblici.

Le numerose pronunce giurisprudenziali avute nell'ultimo periodo sul tema ed i recentissimi interventi normativi a riguardo, tra cui l'approvazione lo scorso 31 dicembre 2024, del Decreto Legislativo n. 209 del 31 dicembre 2024 recante "*Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36*" (di seguito "**Decreto Correttivi**"), inducono (*rectius* impongono) di procedere ad un'analisi complessiva della disciplina sulla determinazione dell'equo compenso nei contratti pubblici.

**1. La disciplina dell'equo compenso contenuta nella Legge 49/2023 e nel Codice dei contratti pubblici a confronto. Cenni.**

Espressamente la Legge 49/2023 definisce equo compenso *"la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale"* <sup>1</sup>.

La legge individua, tramite specifici rinvii a norme di settore <sup>2</sup>, delle regole vincolanti per la determinazione del compenso spettante ai professionisti.

Tali regole sono applicabili, ai sensi dell'art. 2 della Legge 49/2023, (i) ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile regolati da convenzioni concernenti lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali prestate in favore di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate, delle loro mandatarie e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro; (ii) a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo, purché vincolante per il professionista e, infine, (iii) alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società pubbliche.

Ai sensi dell'art. 3 della Legge 49/2023 le clausole contrastanti con il dettato di legge sono nulle. Nel dettaglio, sono nulle le clausole che prevedono:

- un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali;
- il divieto per il professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese; al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;
- la facoltà per il cliente di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;
- la facoltà per il cliente di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito;
- l'anticipazione delle spese a carico del professionista.

Il Codice, invece, nell'ambito della contrattualistica pubblica, prevede il divieto della gratuità delle prestazioni d'opera intellettuali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione.

Inoltre, l'art. 8 stabilisce espressamente che, salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione è tenuta a garantire, comunque, l'applicazione del principio dell'equo



1. La definizione di equo compenso recepisce quanto precedentemente sancito all'interno dell'art. 19-quaterdecies, D.L. 26 ottobre 2017, n. 148.

2. Per gli avvocati, il compenso deve essere conforme alle disposizioni di cui al Decreto del Ministero della Giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247; per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, il compenso deve essere conforme ai parametri di cui ai 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; per le attività economiche, anche organizzate, volte alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, il compenso deve essere parametrato in base ad apposito Decreto del Ministero delle imprese e del made in Italy. Rispetto alle professioni forensi, si evidenzia, sul tema, già esiste una disposizione che garantisce l'equo compenso. Si tratta dell'art. 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dall'art. 19-quaterdecies d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, che così dispone: "3. La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

compenso. La norma in questione dà attuazione al criterio direttivo previsto all'art. 1, comma 2, lettera l) della Legge Delega preordinato all'inserimento del "*divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione*".

Il divieto, come spiega la relazione illustrativa al Codice, è stato inteso in senso letterale e, quindi, riferito solo alle "*prestazioni d'opera intellettuale*" di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c.<sup>3</sup>

Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con le pubbliche amministrazioni che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali<sup>4</sup>. Una generalizzata esclusione del contratto gratuito, specie se economicamente interessato, sarebbe, del resto, "*di dubbia compatibilità costituzionale e di dichiarata incompatibilità con il diritto dell'Unione*"<sup>5</sup>.

L'articolo 41, comma 15 del Codice, poi, fissa le modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'Allegato I.13. L'articolo 108, comma 2 del Codice, individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità/prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo.

Il menzionato Allegato disciplina le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei

servizi di ingegneria e architettura, determinati, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016.

Tali corrispettivi, sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara e vengono commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici.

## **2. Il rapporto tra la Legge 49/2023 e il Codice: come muoversi?**

Ci si è a lungo chiesti se la disciplina sull'equo compenso debba o meno essere applicata anche nell'ambito della contrattualistica pubblica ed in particolare relativamente agli affidamenti pubblici aventi ad oggetto i servizi di ingegneria e architettura.

Da una parte, la Legge 49/2023 attribuisce un carattere inderogabile agli importi calcolati ai sensi del D.M. 17 giugno 2016, richiamato dall'Allegato I.13 dell'attuale Codice dei contratti pubblici, con la logica conseguenza che non sarebbero ammesse riduzioni dell'importo a base di gara né ribassi in sede di gara

3. Relazione Illustrativa al Codice, p. 22.

4. Per un commento si vedano F. Cortese, Art. 8, in R. Villata - M. Ramajoli (a cura di), Commentario al Codice dei contratti pubblici. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Pisa, 2024, 40 ss.; F. Tigano, Art. 8, in A. Botto - S. Castrovinci Zenna (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, 2024, 81 ss.; D. Dimatteo - M. Protto, Art. 8, in F. Caringella (diretto da), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, 2023, 47 ss.; B. Giliberti, Art. 8, in L.R. Perfetti (a cura di), Codice dei contratti pubblici commentato, Milano, 2023, 67 ss.

5. Ibidem. Sul punto si veda anche sentenza Corte di Giustizia UE 10 settembre 2020, n. 367, che ha affermato che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei, anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario.

inferiori al minimo tariffario. Dall'altra parte, però, il Codice dei contratti pubblici richiama i suddetti parametri ai fini della determinazione dell'importo a base di gara che, di regola, come è noto, è soggetto a ribasso (!)<sup>6</sup>. La Legge 49/2023, sebbene successiva al Codice, non ha quindi derogato esplicitamente allo stesso, ai sensi del relativo art. 227 del Codice<sup>7</sup>, pertanto la stessa dovrebbe ritenersi applicabile anche ai contratti pubblici.

Una tale incertezza, evidentemente, impatta quotidianamente sull'operare delle stazioni appaltanti, chiamate ad un compito ben oltre che delicato, prendendo decisioni e ad applicando delle disposizioni che, tuttavia, non appaiono né chiare né coordinate tra loro.

A tale proposito, l'ANAC, in un suo recente parere, evidenziando la forte incertezza del quadro normativo vigente, ha sottolineato come la stazione appaltante possa legittimamente esercitare la sua discrezionalità in coerenza con i principi che regolano l'evidenza pubblica, positivizzati negli artt. 1, 2 e 3 del Codice. L'assenza di chiare indicazioni normative, secondo l'Autorità, e di orientamenti giurisprudenziali consolidati circa i rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla Legge 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura *"impedisce che possa operare il*

*meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, possa essere disposta l'esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale"*<sup>8</sup>.

Come suggerito in dottrina, se l'intenzione del legislatore era quella di *"chiudere il cerchio di una quaestio davvero vexata"*, la formulazione dell'art. 8, comma 2, non sembra aver sortito l'effetto sperato, come dimostra il vivace dibattito che si è sviluppato sul tema, dal momento che la possibilità di deroga alla disposizione in esame in un numero indefinito di casi eccezionali, ha ingenerato diversi dubbi sulla portata del principio dell'equo compenso nell'ambito dei contratti pubblici, anche rispetto alla sanzione di nullità comminata per i compensi inferiori agli importi stabiliti dai parametri professionali<sup>9</sup>.

C'è, tuttavia, chi ha ritenuto che alcun problema dovrebbe porsi in termini di coordinamento tra le succitate disposizioni dal momento che la legge 'posteriore' è, agli effetti dell'art. 15 delle preleggi, alla luce del comma 2 dell'art. 229, quella del Codice, pertanto tutta la normativa del nuovo Codice deve ritenersi vigente, anche nella parte del compenso per servizi tecnici, e deve considerarsi abrogata la normativa, pur entrata in vigore e penetrata (provvisoriamente) nel mondo del 'pubblico', della l. 49/2023<sup>10</sup>.

6. Sul punto si veda "Equo compenso e appalti pubblici: le regole per le gare di progettazione", in *Biblus*, 7 novembre 2024.

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

8. Da ultimo Parere funzione consultiva, n. 40 del 30 luglio 2024, ANAC; cfr. Delibera ANAC del 28 febbraio 2024, n. 101.

9. Così M. Galletto e C. Pagliaroli, Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 1 novembre 2024, p. 795. Secondo le autrici, poi, "anche il rinvio effettuato dalla Relazione illustrativa all'art. 2229 c.c. ha destato qualche perplessità, perché, nel richiamare un incarico "personale", rischia di prestarsi a interpretazioni eccessivamente restrittive che ne limiterebbero la portata alle sole prestazioni di natura intellettuale rese in favore della P.A. dal singolo professionista, privo di un'articolata organizzazione di mezzi e risorse, in spregio al principio di non discriminazione tra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta, codificato nell'art. 66, comma 1, del Codice dei contratti pubblici".

10. F. Botteon, Legge 49/23 sull'equo compenso vs. codice dei contratti: l'impatto (effettivo) della sentenza CGUE 25 gennaio 2024 n. 438/22 (nonché dello schema di disciplinare tipo sui servizi tecnici messo in consultazione dall'ANAC il 24.1.2024), in *LexItalia.it*, 12 febbraio 2024; Id., L'equo compenso nei servizi tecnici affidati dalla pubblica amministrazione e l'individuazione del diritto vigente: entrata in vigore o efficacia del codice?, in *LexItalia.it*, 20 ottobre 2023.

In giurisprudenza, per un primo orientamento<sup>11</sup> dovrebbe operare la eterointegrazione delle disposizioni di gara, con l'attuale normativa introdotta con il Codice. In particolare, è stata affermata *"l'applicabilità delle previsioni della L. n. 49 del 2023 anche alla disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 50 del 2016; [d'altronde] diversamente opinando, l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale qualora il legislatore avesse inteso escludere i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione che, nel mercato del lavoro attuale, rappresentano una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per la prestazione di tale tipologia"*<sup>12</sup>.

Tale considerazione, evidentemente, avrebbe dovuto ritenersi applicabile anche al Codice: *"mediante l'interpretazione coordinata delle norme in materia di equo compenso e del codice dei contratti pubblici (nel caso in esame, del D.Lgs. n. 50 del 2016, ma il ragionamento è analogo anche con riguardo al D.Lgs. n. 36 del 2023) si può affermare che il compenso del professionista sia 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"*<sup>13</sup>.

Il T.A.R. Lazio, sede di Roma, integrando tale tesi, ha ritenuto che la legge n. 49/2023, *"oltre a perseguire obiettivi di protezione del professionista, mediante l'imposizione di un'adeguata remunerazione per le prestazioni da questi rese, contribuisce, tra l'altro, analogamente al richiamato giudizio*

*di anomalia dell'offerta, a evitare che il libero confronto competitivo comprometta gli standard professionali e la qualità dei servizi da rendere a favore della pubblica amministrazione".* Inoltre, *"imporre il rispetto della norma sull'equo compenso soltanto per le prestazioni rese dal professionista che operi (e partecipi a una procedura a evidenza pubblica) uti singuli avrebbe l'effetto di concretizzare una inammissibile disparità di trattamento tra quest'ultimo e i professionisti che, viceversa, operino (e concorrano) nell'ambito di società, associazioni o imprese, i quali ultimi potrebbero in ipotesi trarre vantaggio dalla mancata applicazione della normativa in materia di equo compenso e quindi praticare ribassi sui compensi (con la presentazione di offerte verosimilmente più "appetibili")."*<sup>14</sup>

Pertanto, la natura "inderogabile" dell'equità del compenso, stabilito attraverso i parametri normativi richiamati, e la natura imperativa delle disposizioni previste dalla legge n. 49/2023 comporterebbero sempre secondo questo primo orientamento, l'eterointegrazione delle clausole di gara che, eventualmente, dovessero permettere la riduzione della componente "compenso". Questo aspetto, infatti, sarebbe sottratto alla libera discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Un secondo orientamento<sup>15</sup> avalla la diversa tesi della non applicabilità alle procedure ad evidenza pubblica delle norme sull'equo compenso.

In base a questa opzione interpretativa, nel dettaglio, *"il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale*

11. Si veda A Castelli, L'equo compenso nell'ambito dei contratti pubblici, 4 novembre 2024.

12. T.A.R. Veneto, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 632.

13. Ibidem.

14. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V ter, 30 aprile 2024, n. 8580. Per un commento alla sentenza si veda Giustamm, 2024, 6, con commento di M. Marchitelli, La legge sull'equo compenso si applica agli appalti pubblici e in Giustizia Insieme, 3 luglio 2024, con nota di G. La Rosa, Nelle gare pubbliche per servizi di ingegneria e architettura il compenso deve sempre essere equo (nota a T.A.R. Veneto, sez. III, 03 aprile 2024, n. 632 e T.A.R. Lazio Roma, sez. V ter, 30 aprile 2024, n. 8580).

15. Tra cui T.A.R. Campania Sez. Salerno del 16 luglio 2024 n. 1494; T.A.R. Calabria Sez. Reggio Calabria del 25 luglio 2024 n. 483, per la cui analisi si veda M. Galletto e C. Pagliaroli, op. cit..

*di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a immutabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uso codificato, quale, appunto, quello dell'anomalia dell'offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione" <sup>16</sup>.*

Insomma, il Codice non risulterebbe derogato dalla Legge 49/2023, dal momento che lo stesso Codice dei contratti pubblici "già perseguirebbe la finalità sottesa alla legge n. 49/2023, pur dovendo naturalmente orientarsi nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati, oltre che con modalità adeguate al meccanismo della gara pubblica" <sup>17</sup>.

### **3. La recente giurisprudenza sul tema, nel solco dei due orientamenti.**

Molto recentemente è intervenuta una sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, cercando di fare luce sull'incertezza e sul contrasto interpretativo insorto nella materia, proprio nelle procedure di affidamento dei servizi ed ingegneria <sup>18</sup>.

La pronuncia trae origine dall'impugnazione del provvedimento con cui è stato disposto l'affidamento del servizio di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza e contabilità in relazione ai lavori di infrastrutture per una zona residenziale, nell'ambito di una

procedura negoziata senza bando ex art. 50, comma 1, lett. c) del Codice indetta dal Comune di Malles Venosta.

La società ricorrente, classificandosi terza in graduatoria, proponeva ricorso chiedendo l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare, e la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* nonchè la condanna dell'ente comunale al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, lamentando, tra le altre cose, la violazione della Legge 49/2023 nella misura in cui la stazione appaltante procedente non avrebbe escluso dalla procedura di gara le offerte della prima e della seconda classificata, che indicavano un ribasso anche della componente "compenso" del corrispettivo per le prestazioni d'opera intellettuale.

Richiamando alcune sentenze precedenti sul tema dell'equo compenso <sup>19</sup>, la parte ricorrente, asseriva che il compenso determinato dalla Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 non era ribassabile dagli operatori economici partecipanti alla gara.

Il Collegio, avallando il primo dei due orientamenti sopra illustrati - e dunque consolidandone la portata ermeneutica - ha ravvisato, che la disciplina sull'equo compenso (i) è compatibile con le disposizioni del vigente codice dei contratti pubblici, (ii) consente il ribasso solo delle ulteriori componenti di costo dell'offerta, ossia le spese e gli oneri accessori, (iii) non ha interferenze negative sul principio della tutela della concorrenza tramite evidenza pubblica e sulle norme eurounitarie, (iv) integra la disciplina di gara, che non ha previsto espressamente l'applicazione della legge sull'equo "compenso".

16. T.A.R. Campania Sez. Salerno del 16 luglio 2024 n. 1494.

17. T.A.R. Calabria Sez. Reggio Calabria del 25 luglio 2024 n. 483.

18. Sentenza T.R.G.A. Bolzano, 9 ottobre 2024, n. 230.

19. Ed in particolare le argomentazioni spese nelle sentenze del TAR Veneto Sez. III del 3 aprile 2024, n. 632 e del T.A.R. Lazio, Sez. V-ter 30 aprile 2024, n. 8580, che per prime hanno affrontato il tema del rapporto tra la l. 49/2023 sull'equo compenso e la disciplina degli appalti esprimendosi, a favore dell'applicabilità della legge sull'equo compenso alle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura

Ancora, sempre recentemente, il T.A.R. Lazio<sup>20</sup> ha individuato nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta la sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso operato sulla componente del compenso e, allo stesso tempo, sulle soglie minime stabilite dalle tabelle ministeriali, dal momento che *"un ribasso eccessivo, tale da erodere in maniera significativa la componente del 'compenso professionale', ove non giustificato da adeguate e convincenti motivazioni di fatto (...), potrebbe certamente essere valutato dalla stazione appaltante come indicativo di una scarsa serietà dell'offerta, con ogni conseguente determinazione"*.

Posti questi principi, il Collegio, nell'ambito del contenzioso incorso, rileva che l'offerta della ricorrente appariva in linea con quanto richiesto dalla normativa attuale che permette di ribassare le sole "spese e oneri accessori" ma non il "compenso". Non si ravvisa, quindi, alcun vincolo normativo che può impedire al concorrente di effettuare un ribasso del 100% sulle voci cui la stessa stazione appaltante permetteva il ribasso.

Da ultimo, si rimanda anche ad un'interessante pronuncia del T.A.R. Trento<sup>21</sup> che ha sottolineato l'impellente esigenza di un pronto intervento correttivo ad opera del Legislatore che mettesse fine ai continui dibattiti circa l'applicabilità della normativa sull'equo compenso ai contratti pubblici.

La pronuncia a cui ci si riferisce si inserisce nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Predazzo per l'affidamento del servizio di *"Progettazione di fattibilità tecnico economica, esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione"* relativamente ai *"Lavori di ristrutturazione urbanistica della Piazza SS Filippo e Giacomo a Predazzo"*.

Per quanto di interesse ai fini della presente analisi, la succitata procedura prevedeva un importo non soggetto a ribasso pari a euro 304.710,78 ed un importo soggetto a ribasso pari a euro 74.425,68.

Il Disciplinare, inoltre, specificava che l'importo posto a base d'asta, complessivamente pari ad euro 454.963,72 (euro 304.710,78+ euro 74.425,68+ euro 75.827,29), era calcolato in base alle tariffe professionali di cui al D.M. 17 giugno 2016.

Si classificava primo in graduatoria l'operatore che presentava un'offerta al ribasso pari al 100% della componente "spese ed oneri accessori", senza che la stazione appaltante avesse proceduto ad una verifica circa l'anomalia dell'offerta presentata.

Uno dei concorrenti non aggiudicatario della procedura di gara chiedeva alla stazione appaltante di procedere all'esclusione dell'operatore collocatosi primo in graduatoria per avere, questo, presentato un ribasso integrale sulle spese.

Tale ribasso, sarebbe di per sé illegittimo, in quanto operante anche sui compensi determinati ai sensi del DM 17 giugno 2016, i quali sarebbero, sempre a detta dell'operatore concorrente non aggiudicatario, inderogabili e non ribassabili, in virtù delle disposizioni in tema di equo compenso di cui all'art. 41, comma 15 e all'Allegato I.13 del Codice, nonché della Legge n. 49/2023.

La stazione appaltante, tuttavia, alla luce delle osservazioni e dei chiarimenti presentati, confermava l'aggiudicazione.

La questione arrivava, per queste ragioni al T.A.R. Trento, al quale, quindi veniva richiesto di esprimersi in merito alla possibilità di procedere o meno ad un ribasso dei compensi determinati ai sensi del DM 17 giugno 2016.

20. Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, 14 novembre 2024, n. 20274.

21. T.A.R. Trento, 17 dicembre 2024, n. 194.

Il Collegio trentino ha escluso tale possibilità, ritenendo che l'attuale Codice, all'art. 8, comma 2 e 41, comma 15, depongono ora "inequivocamente" per l'applicazione dell'equo compenso previsto per le prestazioni intellettuali anche nell'ambito delle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione.

Un ribasso di tale natura è stato ritenuto idoneo ad integrare gli estremi di un'offerta anomala in quanto tale azzeramento incide inevitabilmente sull'intangibilità dell'equo compenso, che, di fatto, sarebbe frustrato dalla riduzione integrale per spese ed oneri accessori. A nulla sono valse le giustificazioni dell'aggiudicataria: l'arricchimento curriculare non giustifica la vulnerabilità dell'equo compenso.

#### **4. Le recenti modifiche introdotte dal Decreto Correttivi**

Alla luce delle impellenti esigenze di intervento sulla disciplina dell'equo compenso nella materia della contrattualistica pubblica, il Legislatore ha approvato del Decreto Correttivi che, come si vedrà, ha tra le tematiche principali di interesse proprio quella oggetto di analisi.

Come si legge nella Relazione Illustrativa al Decreto Correttivi, l'intenzione del Legislatore è stata quella di recepire le affermazioni giurisprudenziali<sup>22</sup> e le prassi operative formatisi a seguito dell'entrata in vigore del Codice, ma allo stesso tempo perfezionarne l'impianto normativo, senza volerne stravolgere lo spirito e l'impostazione, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza<sup>23</sup>.

L'art. 1 del Decreto Correttivi apporta alcune variazioni alla formulazione dell'art. 8 inserendo,

al secondo periodo, del comma secondo, le seguenti parole: *"secondo le modalità previste dall'articolo 41, commi 15-bis, 15-ter e 15-quater"*.

L'attuale formulazione dell'art. 8, comma 2, risulta, quindi, la seguente: *"Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso secondo le modalità previste dall'articolo 41, commi 15-bis, 15-ter e 15-quater"*.

Lo scopo della previsione è proprio quello di colmare le lacune che la previgente formulazione del predetto art. 8 aveva. La previsione, infatti, disponeva genericamente la garanzia di applicazione del principio dell'equo compenso per le opere, senza specificarne le concrete modalità con le quali il principio si sarebbe andato ad applicare nella pratica. Il chiarimento, quindi, sembra essere utile e congeniale.

Le disposizioni a cui rinvia il secondo comma dell'art. 8 costituiscono il fulcro e l'essenza della riforma. I commi 15 bis, ter e quater dell'art. 41 sono stati introdotti dall'art. 14 del Decreto Correttivi recante, appunto, *"Modifiche all'articolo 41 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"*.

In verità, l'art. 14 del Decreto Correttivi apporta diverse e variegate modifiche all'art. 41 del Codice, alcune di carattere meramente formale (come la sostituzione del termine "costo" con il termine "costo medio"), altre di carattere sostanziale ed attinenti tanto alla disciplina della progettazione, quanto alla disciplina dell'equo compenso.



22. Per una sintesi degli interventi giurisprudenziali avuti a cavallo dell'approvazione del Decreto Correttivi si veda M. Natoli, "La giurisprudenza sull'equo compenso" prima e dopo l'approvazione dello schema di decreto legislativo recante «disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36», 28 novembre 2024, in ItalAppalti.it; Equo compenso e appalti pubblici: le regole per le gare di progettazione in BibLus, 10 gennaio 2025.

23. Relazione Illustrativa al Decreto Correttivi, p. 1 e 2.

Il comma 15 *bis* rimanda, anzitutto, all'allegato I.13, anch'esso di nuova formulazione e risistemazione, per le modalità di determinazione dei corrispettivi utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara per i contratti aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'importo, precisa la norma, è da ritenersi comprensivo dei compensi, nonché delle spese e degli oneri accessori, fissi e variabili.

Le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei predetti contratti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel rispetto dei seguenti criteri:

- a) per gli affidamenti di valore superiore ad € 140.000, per il 65 per cento dell'importo da porre a base di gara, è fisso e non ribassabile, mentre il restante 35 per cento può essere assoggettato a ribasso in sede di presentazione delle offerte;
- b) per gli affidamenti di valore inferiore ad € 140.000, così come previsto dal comma 15 *quater* dell'art. 41 del Codice, il ribasso può essere formulato nella misura massima del 20 per cento dell'importo stimato dell'affidamento.

Con riferimento alla percentuale del 35 per cento, come detto, ribassabile, la norma rimette alla stazione appaltante la determinazione del punteggio relativo all'offerta economica secondo i metodi di calcolo di cui all'articolo 2-*bis* dell'allegato I.13 e l'individuazione di un tetto massimo per il punteggio economico, entro il limite del 30 per cento.

Il comma 15 *ter* lascia ferme le disposizioni in materia di esclusione delle offerte anomale, mentre il successivo comma 15 *quater*, con riferimento ai contratti dei servizi di ingegneria e di architettura affidati ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lettera b), precisa che i corrispettivi determinati secondo le modalità dell'allegato I.13 possono essere ridotti in percentuale, comunque, non superiore al 20 per cento.

Dunque, il Decreto correttivi sembrerebbe aver definitivamente (e finalmente) posto fine alle discussioni sul tema. In generale, per gli affidamenti con valore sopra i 140.000 euro solo il 35 per cento dell'importo posto a base di gara è ribassabile.

Con riferimento, poi, nello specifico, ai contratti di servizi e architettura e per gli affidamenti sotto i 140.000 euro diventa ribassabile, sebbene nel limite del 20 per cento.

Venendo quindi all'allegato I.13, la modifica introdotta dal Decreto Correttivi comporta l'introduzione, in particolare all'art. 2, comma 5, della disposizione per cui, una volta determinato l'importo da porre a base di gara, relativamente agli appalti per cui è obbligatoria l'adozione dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, dovrà applicarsi un incremento percentuale pari al 10 per cento sul complessivo di calcolo degli onorari e prima dell'applicazione della percentuale relativa alle spese e oneri accessori.

Tali spese a loro volta sono calcolate anche sull'incremento percentuale relativo all'adozione dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale<sup>24</sup>.

24. Per un commento alla modifica normativa si veda G. Oretto Progettazione: compenso e calcolo punteggi offerta economica In LavoriPubblici.it, 10 gennaio 2025.

# La revisione prezzi nel codice appalti alla luce del Correttivo

di Nuria Federica Nicolò

SOTTO  
LA  
LENTE

## 1. L'equilibrio negoziale nei contratti pubblici

L'introduzione esplicita del principio di mantenimento dell'equilibrio contrattuale nell'ambito delle commesse pubbliche, sancita dall'art. 9 del d.lgs. 36/2023, rappresenta un'importante evoluzione normativa, volta a superare le ambiguità che fino ad ora avevano caratterizzato la disciplina dei rapporti tra amministrazioni pubbliche e operatori economici.

Difatti, sebbene tale principio possa ritenersi già implicitamente presente nell'ordinamento quale garanzia della parità negoziale, nella contrattualistica pubblica esso ha spesso subito un'attenuazione, traducendosi in un assetto contrattuale sbilanciato a sfavore della parte privata e ciò in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico, con la conseguenza di rendere il riequilibrio contrattuale un obiettivo secondario rispetto alla tutela delle esigenze della pubblica amministrazione.

I contratti c.d. commutativi, come il contratto di appalto, sono retti dal principio di corrispettività fra prestazione e controprestazione (c.d. equilibrio sinallagmatico).

Tale equilibrio deve accompagnare il rapporto contrattuale per tutta la durata distinguendosi tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale.

Nel primo caso, la carenza può comportare la nullità del contratto per difetto di causa; nel secondo la parte penalizzata potrà optare per dei rimedi abdicativi (*rectius*: caducatori), che determinano la liberazione dal vincolo contrattuale, o per dei rimedi manutentivi, che consentono di distribuire il pregiudizio sopravvenuto tra le parti attraverso una modifica del contratto che ne garantisca la conservazione.

Le considerazioni di matrice civilistica sin qui svolte devono però essere necessariamente calate nel peculiare contesto della contrattualistica pubblica dove la pubblica amministrazione, pur agendo come contraente, conserva prerogative di natura pubblicistica anche nella fase esecutiva.

In tal senso si è parlato di "natura bifasica" dei contratti pubblici, distinguendo nettamente la fase pubblicistica di scelta del contraente e la fase privatistica di esecuzione del contratto, nella quale l'interesse pubblico continua a permeare anche la fase esecutiva.

Per far fronte a tale peculiarità la dottrina ha sviluppato il c.d. "paradigma della specialità", secondo cui il contratto pubblico, pur rientrando nella categoria generale del contratto d'appalto, si configura come una species distinta, caratterizzata da un regime giuridico peculiare che ne condiziona la disciplina.

Tale impostazione ha implicazioni rilevanti sulla possibilità di applicare agli appalti pubblici gli istituti di riequilibrio previsti dal codice civile, come la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) e la revisione dei prezzi (art. 1664 c.c.).

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che i contratti pubblici non sono integralmente regolati dalle norme civilistiche, bensì da una disciplina speciale che si pone in rapporto di prevalenza rispetto alla normativa generale.

Di conseguenza, il ricorso ai rimedi civilistici è ammesso solo nei limiti della compatibilità con la regolamentazione di settore, rendendo necessario individuare strumenti specifici di riequilibrio all'interno della normativa sugli appalti pubblici.

## 2. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Il principio su cui poggia l'istituto della revisione dei prezzi è quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale disciplinato dall'art. 9 del D.lgs 36/2023.

Tale principio è stato efficacemente definito come "principio di secondo livello" o "principio-regola" per differenziarlo dai "principi - valori" e cioè quelli di cui agli artt. 1, 2 e 3 del D.lgs 36/2023 (principio del risultato, il principio della fiducia e il principio dell'accesso al mercato) che presentano un carattere di generalità e astrattezza assurgendo a veri e propri criteri di interpretazione e di applicazione delle norme del Codice contribuendo a 'liberare la discrezionalità', in vista dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

In base a quanto stabilito dall'articolo 9 del D.lgs 36/2023, qualora si verificano eventi

eccezionali e imprevedibili, non riconducibili alla normale alea contrattuale, alle fluttuazioni economiche ordinarie o al rischio di mercato, e tali da incidere significativamente sull'equilibrio iniziale del contratto, la parte che subisce un pregiudizio, senza aver volontariamente assunto tale rischio, può richiedere la rinegoziazione delle condizioni contrattuali nel rispetto dei principi di buona fede.

Gli oneri derivanti da tale rinegoziazione sono coperti attraverso le risorse disponibili nel quadro economico dell'intervento, comprese le somme accantonate per imprevisti e riserve, e, se necessario, mediante l'utilizzo delle economie generate dal ribasso d'asta.

“ **Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, previsto dall'art. 9 del d.lgs. 36/2023, trova attuazione negli artt. 60 e 120, che regolano la revisione dei prezzi e la modifica dei contratti in caso di eventi che incidano significativamente sull'equilibrio economico originario.** ”

L'adeguamento delle condizioni contrattuali deve garantire il ripristino dell'equilibrio economico originario, così come determinato dal bando di gara e dall'atto di aggiudicazione, senza modificarne la struttura economica di fondo.

Se il verificarsi di tali eventi eccezionali comporta, anche solo temporaneamente, la parziale impossibilità di eseguire la prestazione contrattuale o la rende inutilizzabile per una delle parti, quest'ultima ha diritto a una riduzione proporzionata del corrispettivo, in conformità all'art. 1464 del Codice Civile.

Pertanto, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti promuovono l'inserimento di clausole di rinegoziazione nei contratti, rendendole note nei documenti di gara, soprattutto nei casi in cui

il contratto risulti, in ragione della sua durata, del contesto economico di riferimento o di altri fattori, esposto a rischi significativi che possono generare delle sopravvenienze.

Il comma 5, di chiusura della disposizione, dispone l'attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale rimandando altresì all'applicazione degli artt. 60 e 120 (concernenti, rispettivamente, la revisione prezzi e la modifica dei contratti in corso di esecuzione).

### 3. La revisione prezzi: nozione ed evoluzione

Il concetto di "revisione dei prezzi", introdotto nell'ambito dei contratti pubblici, riveste una connotazione di notevole rilevanza giuridica e normativa, che merita un'accurata disamina. È imprescindibile, infatti, fare chiarezza sulla differenza semantica tra "revisione" e "rinegoziazione", la quale rivela fondamenti e implicazioni distinti.

Il termine "revisione", dal latino *revisio* (derivante da *revidere*, ovvero "vedere di nuovo"), in ambito giuridico designa l'attività di riesame e, se del caso, di adattamento di un contratto o di un accordo alle mutate condizioni economiche o fattuali, senza alterare in modo sostanziale gli elementi essenziali dell'atto.

A differenza della rinegoziazione, la revisione non comporta un radicale mutamento delle condizioni contrattuali, ma si configura come un atto di modifica parziale, teso al ristabilimento dell'equilibrio originario tra le parti.

Nella disciplina dei contratti pubblici, la revisione dei prezzi si colloca all'interno di un contesto giuridico caratterizzato dalla "specialità" dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, che rende inapplicabili i principi del codice civile (artt. 1467 ss., 1664, 1677, ecc.) e impone l'adozione di regole *ad hoc* che restringano la discrezionalità dell'amministrazione, vincolandola a presupposti sostanziali e procedurali ben definiti, a tutela dell'economicità dell'azione amministrativa e del controllo della spesa pubblica.

L'istituto della revisione dei prezzi – tipica "clausola esorbitante" rispetto al comune diritto contrattuale dei privati – ha attraversato negli ultimi decenni una fase di "crisi" ed è stato sottoposto a forti critiche per la sua incidenza negativa sull'andamento dei costi gestionali delle amministrazioni, fino al punto da essere notevolmente ridimensionato nel suo ambito applicativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13.07.2023 n. 6847)

Inizialmente, la Legge n. 724/1994, con riferimento agli appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa, aveva previsto una revisione periodica dei prezzi basata su un'istruttoria condotta dalla stazione appaltante, con il ricorso ai dati di mercato rilevati dall'Istat. Questo meccanismo è stato successivamente confermato dal d.lgs. n. 163/2006, che prevedeva l'obbligo di inserire nei contratti a esecuzione periodica una clausola revisionale.

“ **La revisione dei prezzi, pur essendo un intervento limitato a ristabilire l'equilibrio contrattuale, si distingue dalla rinegoziazione per la sua natura non sostanziale. Tuttavia, la normativa "emergenziale" ha reso necessario l'uso di meccanismi di revisione più ampi, alimentando confusione tra i due istituti.** ”

Tuttavia, il d.lgs. 50/2016 ha introdotto una disciplina più restrittiva, prevedendo che la revisione dei prezzi fosse facoltativa, legata a requisiti specifici e subordinata a una rigorosa verifica dell'effettiva necessità di tale intervento (con ruolo affidato al RUP).

Dunque, nonostante il trend restrittivo, l'esigenza di prevedere strumenti di revisione dei prezzi ha trovato una nuova legittimazione in occasione di eventi eccezionali e imprevedibili, come la pandemia da Covid-19 e le turbolenze dei mercati internazionali,

causate da conflitti bellici come quello in Ucraina. In tali casi, il Legislatore ha disposto, attraverso norme speciali (D.L. n. 77/2021 c.d. "decreto semplificazioni bis" convertito con mod. in L. n. 108/2021; D.L. n. 50/2022 c.d. "decreto Aiuti" convertito con modificazioni dalla L. n. 91/2022) la possibilità di derogare alle disposizioni generali del Codice degli appalti, per consentire il ripristino dell'equilibrio contrattuale attraverso la revisione dei prezzi, in risposta a circostanze straordinarie che abbiano compromesso l'equilibrio finanziario iniziale del contratto.

In conclusione, a seguito della riforma del 2016, la giurisprudenza ha tentato di delineare con maggiore precisione la distinzione tra l'istituto della revisione dei prezzi e quello della rinegoziazione. Tuttavia, la complessità delle situazioni concrete e la necessità di intervenire in circostanze straordinarie, come gli aumenti imprevisti derivanti da fattori esterni, hanno determinato una sovrapposizione concettuale tra i due istituti.

#### 4. La revisione prezzi ex art. 60 D.lgs 36/2023

L'intervento normativo culminato nell'approvazione del nuovo Codice del 2023 ha opportunamente arginato il fenomeno precedentemente esposto, introducendo un riassetto significativo della disciplina della revisione prezzi.

In questa nuova configurazione codicistica, l'istituto revisionale si distingue nettamente dalle altre forme di modifica contrattuale, tant'è che, mentre queste ultime trovano collocazione all'art. 120 del d.lgs. 36/2023, la revisione prezzi assume una propria autonomia normativa nell'art. 60.

Il nuovo quadro regolatorio non si limita a ripristinare il passato, ma segna una svolta innovativa, infatti, il legislatore, ha reintrodotto l'obbligo di inserire nei documenti di gara clausole di revisione prezzi, definendo *ex lege* i presupposti e i parametri vincolanti per l'attuazione dell'istituto.

Con riferimento ai presupposti, il Legislatore ha sancito che la revisione debba attivarsi al verificarsi di "particolari condizioni di natura oggettiva", purché resti inalterata la "natura generale del contratto". Si rileva che, a differenza della rinegoziazione, la revisione prezzi non postula la presenza di elementi di imprevedibilità o eccezionalità degli eventi sperequativi. Ciò che legittima il ricorso all'istituto, dunque, non è la natura della causa destabilizzante, bensì l'entità dell'effetto prodotto.

Il Legislatore ha inoltre esplicitato la soglia di rilevanza dell'effetto sperequativo, disponendo che l'adeguamento dei prezzi si attivi a fronte di una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, superiore al 5% dell'importo complessivo, con un adeguamento nella misura dell'80% della variazione stessa.

**Il nuovo impianto normativo qualifica la revisione prezzi come un vero e proprio diritto potestativo, il cui esercizio non è soggetto a valutazioni discrezionali e non postula la presenza di elementi di imprevedibilità o eccezionalità degli eventi sperequativi.**

L'elemento maggiormente distintivo della riforma del 2023 rispetto alle precedenti esperienze normative risiede nel forte automatismo introdotto nella revisione prezzi. Già dalla legge delega emergeva la volontà di configurare l'istituto come un meccanismo di indicizzazione automatica, senza margini di discrezionalità da parte della P.A.

La proposta di correttivo all'art. 3 dell'allegato II.2-bis rafforza ulteriormente tale prospettiva, imponendo alle Stazioni Appaltanti il dovere di monitorare gli indici di riferimento e attivare automaticamente la revisione, senza necessità di istanza di parte, ogniqualvolta la variazione superi la soglia del 5%.

Questo impianto normativo qualifica la revisione prezzi come un vero e proprio diritto potestativo, il cui esercizio non è soggetto a valutazioni discrezionali.

Le implicazioni di tale assetto normativo sono profonde:

1. il diritto alla revisione prezzi assume la natura di un diritto soggettivo pieno, con una pretesa immediata all'aggiornamento del corrispettivo;
2. l'obbligo di inserire le clausole revisionali nei contratti può tradursi nella necessità di specificare unicamente aspetti operativi, quali la frequenza del monitoraggio degli indici;
3. l'abolizione di ogni discrezionalità amministrativa impone una revisione del riparto di giurisdizione: non essendovi più margini di potere autoritativo in capo alla P.A., le controversie sulla revisione prezzi dovrebbero rientrare nella giurisdizione del Giudice Ordinario.

### 5. Le modifiche previste dal D.lgs 209/2024 (c.d. Correttivo)

Il correttivo ha introdotto rilevanti modifiche all'art. 60, ridefinendo in modo significativo la disciplina della revisione dei prezzi negli appalti pubblici.

Le clausole di revisione prezzi trovano applicazione esclusivamente in relazione alle prestazioni o lavorazioni "oggetto del contratto" (comma 1).

Tali clausole si attivano al verificarsi di condizioni "oggettive" e in maniera automatica da parte della Stazione Appaltante, non necessitando di alcuna istanza di parte ma, anzi, come si è detto supra, con dovere di monitoraggio da parte della Stazione Appaltante circa la variazione degli indici. (cfr. Art. 3 dell'allegato II.2 bis).

La vera novità è che sia l'*an debeatur* che il *quantum* si differenziano a seconda che si tratti di lavori, servizi o forniture.

Relativamente all'*an* tali condizioni oggettive devono determinare: a) una variazione del

costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 3% dell'importo complessivo; b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo.

Per quanto concerne il *quantum debeatur* esso è commisurato al 90% o all'80% a seconda che si tratti di lavori oppure servizi o forniture.

Da precisare che, rispetto all'assetto normativo precedente, è stato chiarito che la variazione opera nella misura del 90% o dell'80% del valore eccedente la variazione del 3 o del 5 per cento, perché nella versione precedente del codice non era chiaro

Ai fini della determinazione delle variazioni di costo e di prezzo, sono stati modificati i commi 3 e 4 dell'art. 60 e anche qui distinguendo tra contratti di lavori oppure servizi o forniture.

Per quanto concerne i primi, dovrà essere emanato un provvedimento ministeriale, da adottare sentito l'ISTAT, al fine di individuare i singoli indici di costo delle lavorazioni, sulla base delle tipologie omogenee individuate nella tabella A del nuovo allegato II.2-bis.

Per quanto concerne, invece, i contratti di servizi e forniture gli indici di cui all'art. 60, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023 (prezzi al consumo, prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi, e retribuzioni contrattuali orarie) possono essere applicati anche in forma disaggregata per adattarsi a servizi o forniture che rientrano in più categorie CPV.

Inoltre, il comma 4-ter chiarisce che: (i) è possibile utilizzare indici settoriali più specifici al posto di quelli generali quando risultino maggiormente rappresentativi della realtà economica di riferimento; (ii) non è obbligatorio inserire clausole di revisione prezzi nei documenti di gara per contratti già soggetti a una propria indicizzazione settoriale.

Il comma 2-bis prevede una sorta di "clausola facoltativa" oltre a quanto previsto dal comma 1.

In tali casi, infatti, le parti contrattuali possono

convenzionalmente individuare un indice inflattivo e inserirlo nel contratto.

Un'altra importante novità riguarda l'applicazione di tale norma ai contratti di subappalto. Difatti, la disposizione in esame si collega al nuovo comma 2-bis dell'art. 119, introdotto dall'art. 41, comma 1, lett. b), del Correttivo, che impone l'obbligo di inserire clausole di revisione prezzi nei contratti di subappalto e nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante.

Queste clausole devono riguardare le prestazioni o lavorazioni subappaltate e devono essere coerenti con quanto previsto dagli artt. 8 e 14 dell'Allegato II.2-bis, attivandosi al verificarsi delle condizioni oggettive di cui all'art. 60, comma 2.

**Il Correttivo ridefinisce la revisione prezzi negli appalti pubblici, distinguendo tra lavori, servizi e forniture, con nuove soglie, compensazioni e indici. Previsto l'obbligo di clausole revisionale nei subappalti.**

Le parti hanno il compito di definire il contenuto di tali clausole, tenendo conto dei meccanismi di revisione e dei limiti di spesa previsti dall'art. 60, delle specifiche prestazioni oggetto del subappalto e delle modalità di determinazione degli indici sintetici disciplinate dall'Allegato II.2-bis (art. 8, comma 1).

Infine, spetta all'appaltatore garantire la corretta applicazione di questi obblighi, in conformità con l'art. 119, comma 2-bis, del d.lgs. n. 36/2023.

Un altro aspetto da considerare è che, per quanto concerne gli appalti, l'inserimento della clausola di revisione prezzi è obbligatoria (art. 60 D.lgs 36/2023); diversamente, per quanto attiene le concessioni, la clausola in questione è meramente facoltativa (Art. 189 comma 1

D.lgs 36 2023) e ciò si spiega in ragione del fatto che tale rischio può essere trasferito interamente al concessionario.

Inoltre, sul punto, il Correttivo ha introdotto una disciplina transitoria all'art. 16 dell'Allegato II.2-bis per garantire l'automatica applicazione delle clausole revisionali.

Le nuove disposizioni si applicano solo alle procedure di affidamento avviate dopo la pubblicazione del provvedimento attuativo (art. 16, comma 1, lett. a).

Per le procedure già avviate, restano in vigore le norme previgenti fino al 1° luglio 2023 (art. 16, comma 2), con gli indici di costo ISTAT utilizzabili, a regime, esclusivamente a fini statistici (art. 16, comma 3).

#### **6. L'Allegato II. 2-bis: modalità applicative delle clausole di revisione dei prezzi**

Un'ulteriore innovazione è rappresentata dall'introduzione del nuovo Allegato II.2-bis.

Una vera e propria guida per la corretta individuazione degli indici da prendere in considerazione e, anche in questo caso, la disciplina è stata differenziata a seconda che si tratti di contratti di lavori o di servizi e forniture.

Per i contratti di lavori, sono state definite 20 Tipologie Omogenee di Lavorazioni (TOL), con la ripartizione del peso relativo di sei specifici elementi di costo: costo del lavoro, materiali, macchine e attrezzature, energia, trasporto e rifiuti.

Successivamente, per ciascun elemento di costo, sono stati individuati i relativi componenti elementari, pervenendo alla definizione di un indice sintetico unico di riferimento.

Come si è anticipato, gli indici sintetici di costo e di costruzione per i contratti di lavori saranno individuati con provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito l'ISTAT, sulla base delle tipologie omogenee di lavorazioni di cui alla Tabella A dell'Allegato II.2-bis.

**“ L’Allegato II.2-bis rappresenta una vera e propria guida per la corretta individuazione degli indici da prendere in considerazione e, anche in questo caso, la disciplina è stata differenziata a seconda che si tratti di contratti di lavori o di servizi e forniture. ”**

Per quanto concerne i contratti di servizi e forniture, sono stati individuati circa 500 CPV (Common Procurement Vocabulary) già esistenti, organizzati in tre livelli di sottocategorie, ciascuno dei quali è stato associato a uno o più indici ISTAT di cui al comma 3, lett. b), dell’art. 60, tra cui gli indici dei prezzi al consumo, i prezzi alla produzione dell’industria e dei servizi e gli indici disaggregati delle retribuzioni orarie contrattuali.

In dettaglio, i 20 nuovi indici sviluppati per i contratti di lavori forniranno un quadro analitico più dettagliato rispetto ai tre precedenti indici (fabbricato residenziale, capannone industriale, tratto stradale con galleria), che verranno mantenuti esclusivamente per finalità statistiche.

L’elenco delle 20 Tipologie Omogenee di Lavorazioni è riportato in una tabella allegata all’Allegato II.2-bis.

Infine, gli indici di prezzo relativi ai contratti di servizi e forniture sono pubblicati, unitamente alla metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell’ISTAT, in conformità alle normative europee e nazionali sulla comunicazione e diffusione dell’informazione statistica ufficiale.

Ai fini della variazione dei costi e dei prezzi, gli indici sintetici possono essere disaggregati, in quanto la ratio della disciplina è quella di consentire l’applicazione di diversi indici ISTAT ai servizi o forniture rientranti in più CPV, garantendo un aggiornamento dei prezzi coerente con le effettive dinamiche di mercato.

## 7. Considerazioni conclusive

La revisione dei prezzi negli appalti pubblici, ridefinita dal d.lgs. 36/2023 e dal correttivo d.lgs. 209/2024, segna un passaggio fondamentale verso un sistema più strutturato e trasparente. Il superamento del modello discrezionale, sostituito da un meccanismo automatico e oggettivo, garantisce maggiore certezza giuridica.

L’introduzione di clausole revisionali obbligatorie e l’applicazione di soglie predefinite consentono di preservare l’equilibrio contrattuale, tutelando sia gli operatori economici sia l’interesse pubblico.

Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, sancito dall’art. 9 del Codice, si afferma come un elemento essenziale della contrattualistica pubblica, rafforzando la stabilità delle prestazioni economiche nel tempo.

Inoltre, la differenziazione degli indici ISTAT e la previsione di parametri settoriali contribuiscono a una maggiore aderenza alla realtà economica e a una distribuzione più equa degli oneri finanziari.

In definitiva, l’attuale configurazione della revisione prezzi rappresenta una tappa evolutiva decisiva nella gestione degli appalti pubblici.

L’equilibrio tra la tutela degli operatori economici e la sostenibilità della spesa pubblica viene garantito attraverso strumenti chiari, prevedibili e improntati a efficienza, trasparenza e certezza del diritto.

**“ L’equilibrio tra la tutela degli operatori economici e la sostenibilità della spesa pubblica viene garantito attraverso strumenti chiari, prevedibili e improntati a efficienza, trasparenza e certezza del diritto. ”**

# Calendario formativo completo dei prossimi mesi

PROGRAMMAZIONE IN FASE DI DEFINIZIONE - VISITA [MEDIACONSULT.IT](http://mediaconsult.it) PER IL CALENDARIO AGGIORNATO

I nostri corsi sono in fase di accreditamento ai fini della formazione valida per ottenere e mantenere i requisiti richiesti per le stazioni appaltanti qualificate. In base alle tue esigenze, scegli tra:

\* **Formazione base**

\*\* **Formazione specialistica**

Clicca sui [link](#) per leggere il programma completo, e contattaci per maggiori informazioni.

## Percorsi Base / Avanzati

### >>> PERCORSI AVANZATI

**Il codice dei contratti e il decreto correttivo.**

**Indicazioni applicative \*\***

**XVIII Edizione**

*Docenti: Cacciari, Faviere, Fidanza, Monassi, Porzio, Riso, Toschei*

[WEBINAR](#) - 15 incontri (60 ore) dal 24 Marzo  
(termine percorso: 8 Luglio)

**Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia e per la redazione degli atti amministrativi più rilevanti alla luce del Correttivo \***

*Docenti: Cacciari, Faviere, Fidanza*

[WEBINAR](#) - 5 incontri (20 ore) - dal 14 Aprile

### >>> PERCORSI BASE

**Percorso per la formazione base dei RUP \***

*Docenti: Morolla, Rizzi*

[WEBINAR](#) - 5 incontri (20 ore) dal 28 Aprile

**ABC degli appalti pubblici.**

**Come cambiano le gare con il decreto correttivo**

*Docente: Morolla*

[WEBINAR](#) - 3 incontri: 28 Aprile, 5 e 12 Maggio

## Decreto Correttivo

**Il decreto correttivo al codice dei contratti pubblici.  
Cosa cambia.**

[WEBINAR](#) - *Docenti: Faviere, Toschei*  
2 incontri - 11 e 20 Marzo

[PESCARA](#) - *Docente: Fidanza*  
18 Marzo

[NAPOLI](#) - *Docenti: Lilli, Maceroni*  
2 Aprile

## RUP: Funzioni e Responsabilità

**Il RUP e i responsabili di fase: ruoli, attività, responsabilità**

*Docente: Faviere*

[WEBINAR](#), 7 Aprile

**Gli incentivi per le funzioni tecniche**

*Docenti: Puliatti, Rappa, Vella*

[WEBINAR](#), 7 e 8 Maggio

**Il RUP e la gestione delle procedure di gara: istruzioni per l'uso \***

*Docenti: Cacciari, Faviere, Fidanza, Toschei*

[ROMA](#) - 3 incontri, 27 Maggio, 3 e 24 Giugno

**PROGRAMMAZIONE 2025 IN FASE DI DEFINIZIONE**

Visita [mediaconsult.it](http://mediaconsult.it) per il calendario aggiornato.



## Adempimenti e MePA

### >>> ADEMPIMENTI

#### Gli adempimenti obbligatori pre e post gara

Docente: Rizzi

[WEBINAR](#) - II ed. - 2 incontri - 4 e 11 Aprile

[WEBINAR](#) - III ed. - 2 incontri - 23 e 26 Maggio

#### Focus sui requisiti generali dei diversi tipi di operatore economico e sui relativi procedimenti.

Docente: Faviere

[WEBINAR](#) - 22 Maggio

### >>> MEPA

#### Esercitazioni pratiche su come gestire sul MePA:

##### - le procedure negoziate e l'interoperabilità con la piattaforma ANAC e la PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 14 Marzo

##### - le gare soprasoglia sul MePA e l'interoperabilità con ANAC e PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 11 Aprile

### >>> SINTEL

#### Esercitazione pratica sull'utilizzo delle funzioni di interoperabilità della piattaforma SINTEL

Docente: Della Marta

[WEBINAR](#) - 19 Marzo

## Settori Speciali

#### La disciplina sui settori speciali alla luce del Decreto Correttivo

Docente: Galli

[WEBINAR](#), 2 incontri - 7 e 14 Maggio

## Fase di Esecuzione

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

*Corso Base valido per l'accreditamento per la fase esecutiva ( Livello L3 - SF3 )*

Docente: Ponti

[WEBINAR](#), 7 Aprile

#### La fase esecutiva negli appalti di lavori, forniture e servizi: soggetti, adempimenti, documentazione

*Corso Base valido per l'accreditamento per la fase esecutiva ( Livello L2 - SF2 e L1 - SF1 )*

Docente: Ponti

[WEBINAR](#), 3 incontri: 11 e 15 Aprile, 5 Maggio

#### Laboratorio: L'esecuzione negli appalti di servizi e forniture

Docente: Faviere

[WEBINAR](#), II ed. 2 Luglio

#### Laboratorio: L'accordo bonario e la gestione delle riserve

[WEBINAR](#), I ed. 28 Marzo - *Docente: Fasano*

[WEBINAR](#), II ed. 27 Giugno - *Docente: Toschei*

#### Laboratorio: La fase esecutiva e la gestione delle modifiche contrattuali

Docente: Toschei

[WEBINAR](#), 20 Giugno

## Procedure di gara, Concessioni e PPP

#### Il Partenariato Pubblico Privato e le Concessioni

Docente: Risso

[WEBINAR](#), I ed. - 11 Aprile

[WEBINAR](#), II ed. - 8 Luglio

#### Focus sui sottosoglia: affidamenti diretti e procedure negoziate alla luce del Correttivo

Docente: Miniero

[WEBINAR](#), 2 incontri - 5 e 22 Maggio

## Redazione Atti di Gara

**Laboratorio: Una guida operativa alla redazione dei provvedimenti amministrativi**

*Docente: Cacciari*

[WEBINAR](#) - 31 Marzo

**Dalla decisione a contrarre all'impegno di spesa, dopo i recenti chiarimenti della Corte dei Conti**

*Docente: Usai*

[WEBINAR](#) - 10 Aprile

**La gara d'appalto tra procedura e redazione atti alla luce del Correttivo**

*Docente: Cacciari*

[WEBINAR](#) - 2 incontri - 12 e 15 Maggio

**Laboratorio: La redazione della documentazione tecnica nella GOEV di servizi e forniture.**

*Docente: Faviere*

[WEBINAR](#) - 6 Giugno

**Laboratorio: la redazione degli accordi quadro**

*Docente: Faviere*

[WEBINAR](#) - 13 Giugno - II edizione

## Contabilità ReGiS

**La rendicontazione REGIS**

*Docente: Giofrè*

[WEBINAR](#), 2 incontri - 14 e 16 Aprile

**Gli agenti contabili, il conto giudiziale e la corte dei conti**

*Docente: Vella*

[WEBINAR](#), 20 Giugno

## Project Management e BIM

>>> PROJECT MANAGEMENT

**Corso base + avanzato di Project Management \*\***

*Docenti: Legisa, Tramontana*

[WEBINAR](#) - 15 incontri (64 ore) - dal 29 Aprile

**Corso base di Project Management (ISIPM-Base®), con focus sull'analisi comportamentale \***

*Docenti: Legisa, Tramontana*

[WEBINAR](#) - 7 incontri (30 ore) - dal 29 Aprile

**Corso avanzato di Project Management (ISIPM-Avanzato®) \***

*Docente: Tramontana*

[WEBINAR](#), 8 incontri (34 ore) - dal 26 Maggio

>>> BIM

**Percorso per la gestione del BIM nella PA: Organizzazione, best practices e casi pratici.**

*Docenti: Accettulli, Barutta, Lento, Mottola, Paiella, Spiccia, Versolato*

**- Formazione Specialistica \*\***

[WEBINAR](#) - 16 incontri (64 ore) - dal 14 Marzo

**- Formazione Base \***

[WEBINAR](#) - 5 incontri (20 ore) - dal 14 Marzo

**- Formazione Avanzata \***

[WEBINAR](#) - 11 incontri (44 ore) - dal 8 Aprile

**Piattaforma ACDat per il BIM: obbligo e opportunità per le Pubbliche Amministrazioni**

*Docenti: Accettulli, Lento, Mottola, Piatti*

[WEBINAR GRATUITO](#) - 20 Marzo

## Soft skills e Analisi comportamentale

**La leadership personale e le dinamiche comportamentali applicate in contesti lavorativi**

*Docente: Legisa*

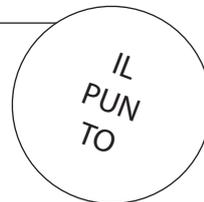
[WEBINAR](#)

**Formazione Base** - 4 incontri - dal 16 Aprile

**Formazione Avanzata** - 4 incontri - dal 28 Maggio

# Le “turbative di gara” nel codice penale

di Aldo Areddu



## **Premessa. Le nozioni (evolute) di “gara” e “pubblica amministrazione”**

Sono tre le fattispecie di reato previste dal codice penale - nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, costituenti il titolo II del libro secondo - dedicate alla fase di selezione del contraente di un affidamento pubblico: Turbata libertà degli incanti, Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ed Astensione dagli incanti (rispettivamente, disciplinati dagli articoli 353, 353 *bis* e 354, all’interno del capo II dell’anzidetto titolo II, relativo più in particolare ai delitti dei privati contro la p.a.).

Ad esse seguono quelle, relative alla successiva fase di esecuzione del contratto pubblico, di Inadempimento di contratti di pubbliche forniture e di Frode nelle pubbliche forniture, di cui, rispettivamente, agli artt. 355 e 356.

Va premesso che le ipotesi originarie, ed in particolare la prima e la terza (in quanto quella prevista dall’art. 353 *bis* c.p. è stata introdotta

per la prima volta dalla l. 13 agosto 2010, n. 136, art. 10) non hanno subito nel corso degli anni - ad eccezione di talune modificazioni apportate al solo trattamento sanzionatorio - alterazioni nella struttura dell’illecito. Permangono quindi gli stessi termini utilizzati dal legislatore del 1930 che, specie dopo la normazione comunitaria prima ed euro unitaria poi (e le conseguenti ricadute sulla disciplina nazionale), appaiono a dir poco desueti.

Si pensi al riferimento ai “pubblici incanti” ed alle “licitazioni private” (quest’ultime financo “per conto di privati”), senza contare il richiamo operato alle procedure da svolgersi per conto di “pubbliche amministrazioni”; locuzione quest’ultima che oggi finirebbe per circoscrivere la punizione penale delle sole condotte poste in essere dai rappresentanti delle figure soggettive strettamente ricadenti nella nozione, per l’appunto di pubbliche amministrazioni, di cui all’art. 1, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (recante Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

Tuttavia, la giurisprudenza, specie della Corte suprema di cassazione, ha costantemente operato una interpretazione tendenzialmente evolutiva delle norme penali in commento che, senza ovviamente rinnegare i principi, anche costituzionali (art. 25 cost.; art. 1 c.p.), di legalità e di tassatività della fattispecie incriminatrice, ha permesso di conformare la condotta punibile al progressivamente mutato scenario normativo e fattuale, nella salvezza comunque della configurazione sostanziale di questi illeciti.

Con particolare riferimento al lemma "gara" (vero nucleo centrale del profilo oggettivo dei reati in commento), i giudici di legittimità (tra le varie, Cass. pen., sez. VI, sent. n. 15758/24) - secondo un approccio "sostanzialista" che valorizza i caratteri essenziali della procedura adottata, a prescindere dunque dal *nomen iuris* adottato - ritengono integrato l'elemento obiettivo del reato di cd. turbativa d'asta (e dunque inevitabilmente delle ulteriori due fattispecie, sebbene entrambe non richiamino espressamente il termine) ogni qual volta si attui una procedura selettiva, anche minima, che comunque presupponga una valutazione comparativa tra offerenti operata mediante criteri predeterminati, indipendentemente dalla denominazione assunta e da formalità specifiche.

Dunque, il raggio di azione finisce per ricomprendere anche tutte quelle procedure informali/esplorative, nelle quali comunque sussista un auto-vincolo da parte della stazione appaltante ad un - pur minimo - raffronto tra offerte, secondo parametri prefissati.

Questa ricostruzione - rileva la Corte suprema - non costituisce violazione del divieto di cd. analogia *in malam partem* ma interpretazione estensiva con finalità adeguatrice al tempo, dunque consentita.

Pertanto, le fattispecie non operano nei casi di indagine di mercato, procedura negoziata senza gara ed affidamento diretto, tutte ipotesi in cui la stazione appaltante od il concedente non svolgono una comparazione tra più aspiranti regolata da parametri, seppur

minimali, prestabiliti: in tali casi, difatti, non sussistono quei doveri (parità trattamento; non fornire informazioni destinate ad avvantaggiare qualcuno a danno di altro/i) propri di una «gara» (anche se non rituale) e dunque non si concreta quell'esigenza di protezione insita nelle norme del codice penale.

Parimenti evolutiva è, poi, l'interpretazione dell'anzidetta locuzione di "pubbliche amministrazioni", nel senso di ricomprendervi - secondo la nozione "sostanziale" di matrice sovranazionale ed ormai consolidatasi anche nel nostro sistema normativo - ogni ente che, a prescindere dalla formale veste giuridica rivestita (pubblica o privata che sia), risulti istituzionalmente preposto alla tutela ed alla cura di un pubblico interesse.

**“ La cd. turbativa d'asta può concretarsi in ogni procedura selettiva che presupponga una valutazione comparativa tra offerenti con criteri predeterminati, a prescindere dalla denominazione; sono dunque esclusi in quelle (indagine di mercato, negoziata senza gara, affidamento diretto) che non presentino un seppure minimo raffronto tra candidature secondo parametri prefissati. ”**

Sarebbe pertanto irragionevole ipotizzare un differente regime tra affidamenti indetti da pubbliche amministrazioni in senso stretto rispetto a soggetti *tout court* privati ma nondimeno tenuti allo statuto della contrattualistica pubblica (l'ampio spettro costituito, tra gli altri, da organismi di diritto pubblico, società miste, privati realizzatori di lavori a scomparti degli oneri di urbanizzazione, etc.), fondandolo sulla bipartizione operata dall'art. 353 c.p. tra licitazione privata "per conto di pubbliche amministrazioni" (ipotesi base) e licitazione privata svolta "per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale" (l'ipotesi

prevista dal secondo capoverso, con pene più miti perché ridotte alla metà).

Ogni tipo di affidamento, qualunque sia la stazione appaltante, è destinato a ricadere dunque nella prima delle due, ossia quella generale, laddove la seconda fattispecie anzidetta resta confinata a quella - ben circoscritta - ipotesi cui, secondo i lavori preparatori al codice, era originariamente dedicata la norma, ossia la vendita dei beni per il pagamento dei debiti ereditari di cui all'art. 719, capoverso del codice civile (fattispecie che ovviamente esula dal nostro recinto di valutazione).

### 1. La condotta punibile

Tratto comune agli artt. 353 e 353 *bis* c.p. è costituito dall'elemento oggettivo delle due fattispecie.

La condotta punibile in entrambe consiste anzitutto in "violenza o minaccia", ossia, rispettivamente: qualunque esercizio fisico o morale in grado di coartare l'altrui volontà; la prospettazione di un male ingiusto e notevole quale sanzione per un comportamento che non intenda conformarsi al dettato del minacciante.

In entrambi in casi, essa è mirata a condizionare la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, costretto così a tenere il comportamento "gradito" al soggetto agente.

Ad esse si aggiungono le ulteriori condotte - per così dire - manipolative ed avvolgenti la psiche umana, di seguito illustrate.

In particolare, i "doni" sono costituiti da qualunque offerta di utilità apprezzabile, anche priva di specifico valore patrimoniale.

Le "promesse" si identificano in qualunque futuro vantaggio, purché - stavolta sì - avente consistenza economica.

Integrano "collusioni" quelle intese clandestine, sia tra i partecipanti tra loro sia tra partecipante o partecipanti, da un lato, e soggetti preposti alla procedura selettiva, dall'altro, finalizzate a minare l'ordinario e regolare svolgimento dell'iter che conduce all'aggiudicazione.

Infine, il codice utilizza una formula di chiusura ("altri mezzi fraudolenti"), tesa a far ricomprendere nel novero ogni tipologia di artificio, raggirio, menzogna, etc. o comunque condotta di natura fraudolenta non espressamente ricompresa nelle singole tipologie su richiamate.

Più delimitata è invece la condotta punibile prevista dall'art. 354 c.p. (astensione dagli incanti), che persegue penalmente chi si astiene dalla procedura per conseguenza di denaro od altra utilità (intesa come qualsiasi vantaggio recato al patrimonio o alla personalità) dati o semplicemente promessi, a sé stessi o ad altri.

La norma - peraltro di scarsissima applicazione giurisprudenziale (i precedenti specifici in sede di legittimità sono davvero esigui) - sanziona l'astensione in sé e per sé considerata, ovvero, come autorevole letteratura (F. Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, vol. II, Torino, 1991, 397) rimarca, il mancato compimento di tutti od alcuni degli atti richiesti perché l'offerta possa essere presa in considerazione.

Laddove, invece, la condotta si esprimesse in una più ampia e concertata azione/omissione di turbata libertà della gara, l'autore risponderebbe di concorso in tale ultimo e più grave reato (art. 353 c.p.) per aver, in tal modo, preso parte all'accordo illecito finalizzato ad impedire od alterare la gara ovvero ad allontanare o far desistere gli offerenti (Cass. pen., sez. VI, sent. n. 18125/19).

## 2. Effetti sulla partecipazione alle procedure selettive

### 2.1 Esclusione automatica

Tutti i reati in esame rientrano nel novero dei reati per i quali una condanna definitiva (o un decreto penale di condanna irrevocabile) costituisce causa di esclusione automatica dalle procedure di affidamento (art. 94, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/23 e ss.mm.ii.).

L'effetto espulsivo opera anche per le corrispondenti fattispecie tentate.

Peraltro, l'art. 353 c.p. (unico dei tre delitti) ha come possibile conseguenza la pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione prevista dall'art. 32 *quater* c.p. ove si accerti – in conformità a tale ultima previsione - che il delitto sia stato commesso a danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale, o comunque in relazione ad essa. L'art. 94, co.1, lett. h) del codice dei contratti pubblici include poi, tra le cause di esclusione automatica proprio i delitti da cui derivi tale specifica comminatoria.

Rileva, infine, l'ulteriore previsione del d.lgs. n. 36/23 cit. (art. 94, co. 2), secondo la quale è causa di esclusione automatica dalla procedura la ricorrenza di un "tentativo di infiltrazione mafiosa" ai sensi dell'art. 84, co. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011, cd. codice antimafia.

Difatti, tale ultima previsione fa rientrare (alla lett. a) i due reati di turbativa (e non anche quello di astensione di cui all'art. 354 c.p.) tra quelli che costituiscono – ove ricorrano una sentenza di condanna, anche non definitiva, ovvero un provvedimento che disponga una misura cautelare o il giudizio - elementi da cui poter desumere l'anzidetto tentativo di infiltrazione.

## 2.2 Esclusione non automatica

La contestata commissione degli illeciti in commento (ed *a fortiori* l'accertata commissione degli stessi con sentenza di condanna definitiva) costituisce, poi, una delle molteplici cause di esclusione non automatica dalla procedura di gara: difatti, la sola formulazione dell'imputazione, o anche la sola applicazione di una misura cautelare costituiscono - ai sensi dell'art. 98, co. 3, lett. g) del codice - elementi al cui verificarsi è possibile desumere l'illecito professionale rilevante ai fini dell'esclusione.

Come noto, per essere tale ed assurgere così allo sbocco espulsivo, l'errore professionale deve essere - oltre che idoneo ad incidere sull'affidabilità ed integrità dell'operatore economico - (i) grave, ed (ii) attestato dagli adeguati mezzi di prova di cui al co. 6 dell'art. 98 del codice.

Con riferimento alla prescritta valutazione di gravità, vengono in rilievo i tre profili enunciati dal co. 4 dello stesso art. 98, ossia: il bene giuridico, la entità della lesione inferta dalla condotta, ed infine il tempo trascorso dalla violazione (anche in relazione alle modifiche eventualmente intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa).

Laddove quest'ultimo profilo non sembra qui richiedere un particolare approfondimento, sui primi due occorre seppur brevemente soffermarsi per la non univoca valenza significativa dei due parametri.

Con riferimento al primo (bene giuridico), difatti, considerando che ad ogni reato corrisponde sempre e per definizione un determinato bene giuridico, inteso come interesse tutelato dalla norma penale e leso con la violazione della medesima, difficilmente il richiamo alla tutela della libertà e della libera concorrenza nell'espletamento degli incanti (per l'appunto, il bene leso dai delitti di cui agli artt. 353-354 del codice) potrebbe guidare, in modo concreto ed operativo, la stazione appaltante nella conduzione della prescritta valutazione.

Peraltro, va considerato che sovente la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto al delitto di cd. turbativa d'asta natura plurioffensiva, individuando così il bene giuridico leso non solo nella corretta conduzione delle procedure di selezione e dunque di tutela dei principi di trasparenza e concorrenzialità ma anche nella tutela dell'interesse del privato partecipante risultato escluso o comunque sfavorito: Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2007, n. 20631, secondo cui "il delitto di turbata libertà degli incanti (...) ha natura plurioffensiva, in quanto oggetto della tutela penale non è solo la libertà di partecipare alle gare nei pubblici incanti, ma anche la libertà di chi vi partecipa di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza ed il gioco della maggiorazione delle offerte" (tuttavia, di contro, Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2017, n. 28266: "nel delitto di turbata libertà degli incanti unico soggetto passivo titolare dell'interesse protetto è la P.A., atteso che il bene giuridico tutelato va individuato nel solo interesse di quest'ultima

al regolare svolgimento delle procedure di gara secondo regole concorrenziali”).

Da ciò consegue che potrà costituire utile argomento di valutazione la circostanza concreta, ove emergente dagli atti a disposizione della stazione appaltante, della eventuale partecipazione alla data procedura, in cui si è consumata o tentata la condotta illecita, di uno o più altro/i concorrente/i.

Se, in altre parole, l’interessato è stato accusato di aver condizionato l’iter selettivo caratterizzato, per l’appunto, dalla presenza di altri aspiranti l’affidamento, va da sé che la di lui condotta avrà determinato una doppia lesione: dell’interesse all’ordinaria e lineare conduzione della gara, nonché di quello di ogni altro partecipante munito di condizioni e requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari idonei a far conseguire astrattamente l’aggiudicazione.

Diversamente, in presenza di un affidamento diretto *tout court*, l’interesse degli altri potenziali affidatari sarebbe non esistente, o comunque affievolito, per il semplice fatto che la stazione appaltante aveva comunque prescelto esattamente quel determinato operatore economico cui affidare il contratto.

Venendo al secondo degli elementi – l’entità della lesione inferta - su cui poter/dover fondare la valutazione di illecito professionale grave, preme evidenziare la non ineccepibile formulazione adoperata, sia perché fa riferimento ad un dato oggettivo (l’entità) di difficile quantificazione sia perché richiama la “lesione” (termine utilizzato nel codice penale per identificare una delle tipiche aggressioni all’incolumità psico-fisica della persona). Sarebbe stato preferibile un richiamo, più propriamente, al danno o al pericolo, elementi che contribuiscono, ai sensi dell’art. 133, n. 2 del c.p., a fondare la valutazione di gravità del reato.

Da essa consegue necessariamente un non agevole accertamento del grave illecito professionale, nel quale potrà avere rilievo, significativo ma non decisivo, l’eventuale

costituzione di parte civile da parte del danneggiato da reato nel processo a carico del presunto responsabile dei reati in commento, ed in particolare la tipologia e l’eventuale quantificazione del danno, materiale o morale, vantato, con tale costituzione, all’interno del processo penale. Si potrà/dovrà, cioè, aver riguardo al nocumento che eventuale o eventuali danneggiato/i (la stazione appaltante stessa, altro o altri partecipanti alla selezione) avranno fondatamente richiesto ed eventualmente ottenuto con la sentenza di condanna.

“ **Nella valutazione di gravità dell’errore professionale determinato da fattispecie anche solo contestate (quindi non di esclusione automatica) ha un peso incisivo l’eventuale costituzione di parte civile nel processo nonché l’entità/tipologia dei danni vantati** ”

Restano, infine, da menzionare i mezzi di prova adeguati necessari alla valutazione di gravità.

L’art. 98, co. 6, lett. g) del codice li identifica negli atti di cui all’art 407-bis, co. 1, c.p.p. (ossia quelli con cui il pubblico ministero, nel rito ordinario ovvero in quelli speciali, esercita l’azione penale), nel decreto che dispone il giudizio ai sensi dell’art. 429 c.p.p., negli eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, nella sentenza di condanna non definitiva, nel decreto penale di condanna non irrevocabile, e nella sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (cd. patteggiamento).

Da tale ampio corredo di atti/provvedimenti, ed in particolare dal riferimento ai “soli” provvedimenti cautelari (a prescindere dagli altri), emerge che la contestazione dell’illecito che costituisce causa di esclusione non automatica possa scattare anche indipendentemente dall’avvio della pretesa punitiva da parte del

pubblico ministero e dunque anche nella fase delle indagini preliminari, luogo statisticamente "elettivo" per il sorgere di misure cautelari di natura personale o reale.

Non da ultimo - per completezza ed uscendo dal recinto di rilievo penalistico - va ricordato che anche comportamenti non tali da assurgere al disvalore tipico delle fattispecie incriminatrici qui in esame ma in ogni caso sintomatici dell'intenzione di falsare il regolare andamento di una procedura selettiva possono egualmente integrare l'illecito professionale: si fa riferimento, in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 98, co. 3, lett. b) del codice, ossia il caso dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

### **3. La causa di non punibilità prevista dall'art. 323 *ter* c.p.**

Proseguendo nella disamina dei tratti identificativi comuni/analoghi, dispone l'art. 323 *ter* c.p. - tra le altre fattispecie ivi previste - per tutte le tre ipotesi qui in disamina che non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti, per l'appunto, dagli artt. 353, 353 *bis* e 354 c.p. se, se prima di avere notizia dello svolgimento di indagini a proprio carico e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e individuare gli altri responsabili. La disposizione è stata inserita nel codice penale dall'art. 1, co. 1, lett. r) della l. 9 gennaio 2019, n. 3 ed è stata successivamente modificata dall'art. 1, co. 1, lett. d) della l. 9 agosto 2024, n. 114.

La non punibilità del denunciante - art. 323 *ter*, co. 2 - è peraltro condizionata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione

di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro l'anzidetto termine (prima della notizia di indagini a carico e comunque nel quadrimestre dalla commissione dell'illecito).

La causa di non punibilità non trova peraltro applicazione se: (i) la denuncia volontaria è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato e (ii) in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146 (regolatrice di simili operazioni).

### **4. La differenza sostanziale tra le ipotesi degli artt. 353-353 *bis* c.p.**

Esaurita l'illustrazione dei principali elementi comuni, non mancano tuttavia significative difformità tra i due reati di turbata libertà (incanti e procedimento), che disvelano la ragione stessa dell'introduzione (come anzidetto, nel 2010) del secondo delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente: quella di presidiare le fasi propedeutiche e preparatorie alla «gara», perseguendo azioni od omissioni idonee a ledere la trasparenza e lineare regolarità della stessa, o comunque comprimere i diritti degli altri offerenti.

Si è inteso in tal modo colmare un sostanziale vuoto normativo, cui aveva di fatto contribuito la stessa Corte di cassazione, nel ritenere in passato esclusa l'applicazione dell'art. 353 c.p. a tutte le condotte anteriori all'espletamento della procedura selettiva, salvo ritenerle punite al più nella forma del reato tentato (ossia come iniziative preparatorie e strumentali, idonee ed univocamente dirette alla commissione del reato, peraltro non consumatosi).

Difatti, laddove il delitto di turbata libertà degli incanti esige, per la sua integrazione, il verificarsi anche di uno solo degli eventi di (i) turbamento della gara (ossia, qualsiasi alterazione nel funzionamento, anche senza pervenire ad una modificazione dei relativi risultati: Cass. pen., sez. IV, sent. n. 28970/13), (ii) impedimento di essa (vale a dire la stasi, anche solo temporanea, dell'iter procedimentale

che conduce alla selezione dell'affidatario), o (iii) allontanamento degli offerenti (consistente nel rendere non praticabile la partecipazione degli offerenti), l'evento del delitto ex art. 353 bis c.p. è, invece, costituito dal turbamento del "procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o altro atto equipollente".

Due i tratti salienti della fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p., che emergono (anche) dal raffronto con la precedente.

In primo luogo, non necessariamente la condotta posta in essere (in qualsiasi momento dell'iter procedurale, anche nelle fasi iniziali e preparatorie di programmazione o di progettazione) può condurre all'avvio della gara o comunque all'affidamento: difatti – vale ribadirlo – qui l'esigenza è quella di colpire il turbamento in sé, isolatamente considerato, di uno qualsiasi dei segmenti del percorso complessivo che conduce, oppure non conduce, all'attivazione della procedura selettiva.

**“ La turbata libertà del procedimento di gara (art. 353 bis c.p.) può integrarsi anche in documenti “equipollenti” al bando, come la determina a contrarre, il capitolato speciale o lo schema di contratto. ”**

Al riguardo, la Corte suprema (sez. VI, sent. 28 marzo 2018, n. 30730), ha chiarito che non vi è un rapporto «cronologico» tra le due ipotesi di reato, con l'ipotetico spartiacque temporale costituito dal bando o dall'invito ad offrire: non si può, in altri termini, sostenere che mentre l'art. 353 c.p. punisca tutto ciò che avviene successivamente all'avvio della procedura, l'art. 353 bis c.p. colpisca le azioni/omissioni della fase precedente.

Ciò - secondo i giudici di legittimità - per almeno tre motivi: (i) anche prima del 2010 venivano punite le condotte preparatorie poi seguite dalla gara; (ii) la presenza nell'art.

353 bis di una "clausola di salvezza" iniziale (costituita dalla proposizione "salvo che il fatto costituisca più grave reato") e (iii) la stessa collocazione della nuova norma, all'interno del codice penale, dopo l'art. 353 c.p. e non prima.

La conseguenza finale è, in definitiva, che:

- le condotte che - seppur precedenti alla pubblicazione del bando - vizio il bando sono ancora punibili, eventualmente come tentativo, come cd. turbativa d'asta (art. 353 c.p.);
- saranno punite ex art. 353 bis c.p. (turbata libertà del procedimento) le condotte non seguite dalla gara o che non abbiano influenzato il bando e/o l'invito a formulare offerta.

In secondo luogo, l'azione od omissione deve annidarsi nei contenuti del bando "o altro atto equipollente".

Con tale locuzione il legislatore pare alludere non solo all'avviso di gara, all'invito ad offrire o al disciplinare esplicativo del bando ma anche a tutti quei documenti che comunque concorrono a regolare la procedura, e sui quali potenzialmente può allocarsi il *vulnus* alla regolare conduzione della stessa: es. la determina a contrarre, oppure lo schema di contratto od il capitolato speciale di appalto, che quali componenti il progetto esecutivo posto a base di gara, potrebbero eventualmente stabilire previsioni destinate a condizionare la procedura, ad es. distogliendo un concorrente dalla partecipazione perché non in possesso dello specifico requisito richiesto, o "spaventato" da una clausola particolarmente iniqua in tema di penali da ritardo, varianti, risoluzione etc.

Infine, le due fattispecie differiscono sotto il profilo dell'elemento soggettivo del reato (costituito in ogni caso dal dolo, non essendo previste corrispondenti fattispecie colpose): mentre nel reato ex art. 353 c.p. il dolo è generico, consistente nella determinazione cosciente e volontaria di porre in essere quelle condotte, intimidatorie e/o fraudolente, surricordate, ed attraverso le stesse, cagionare uno dei risultati di impedimento, turbamento od

allontanamento; in quello di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.), invece, occorre provare che si è agito od omesso di agire "al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione" (dunque, si tratta di dolo specifico).

#### **5. Il trattamento sanzionatorio. L'incapacità di contrattare con la p.a. (rinvio).**

Se lieve è il trattamento sanzionatorio dell'astensione dagli incanti (art. 354) – reclusione sino a sei mesi o multa fino a 516 euro, pene tra le più miti nell'ambito delle figure delittuose della legislazione penale, generale e speciale – ben altra consistenza assumono le conseguenze dell'accertamento di uno dei reati di turbativa: ad opera dell'"allineamento" determinato dalla stessa legge introduttiva dell'art. 353 *bis* c.p., entrambi prevedono, in caso di violazione, la reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa da 103 a 1.032 euro.

Per la sola cd. turbativa d'asta (art. 353 c.p.), il fatto che ad essere colpevole sia proprio la persona preposta alla procedura di gara, determina un inasprimento sia del minimo edittale (che passa ad un anno) sia della sanzione pecuniaria, in quanto la multa sarà (con un significativo aumento nel minimo, quintuplicato) da 516 a 2065 euro.

Per il reato di cui all'art. 353 *bis* c.p., invece, opererà al più, sulla pena base, l'aumento di essa determinato dalla circostanza aggravante comune ex art. 61, n. 9 c.p. (abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti la pubblica funzione o il pubblico servizio).

Le ridette sanzioni, esclusa l'applicabilità del fermo di indiziati di delitto (ossia la misura pre cautelare fondata sul pericolo di fuga), consentono l'arresto facoltativo in flagranza (tranne, per l'art. 353 c.p., l'ipotesi sopra ricordata – "licitazione privata per conto di privati" - del secondo capoverso) e misure cautelari personali, pure custodiali (con la stessa eccezione anzidetta, perché in tal caso

potrà al più scattare il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali).

Infine, va ricordato – come già in precedenza rilevato, sotto il profilo dell'esclusione automatica da una procedura selettiva - che solo per l'art. 353 c.p. è prevista la pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32 *quater* c.p.)

# La qualificazione obbligatoria negli appalti di lavori alla luce del d.lgs. n. 209/2024

di Fortunato Picerno

IL  
PUN  
TO

## **Inquadramento: Abrogazione dell'articolo 12 del D.L. 47/2014 (Conv. L. 80/2014)**

L'articolo 71 del Correttivo, Decreto Legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, ha introdotto il comma 3-bis nell'articolo 226 del d.lgs. n. 36/2023, il quale ha abrogato espressamente l'articolo 12 del Decreto-legge 47/2014, convertito con la Legge 80/2014.

L'abrogazione ha suscitato un ampio dibattito, soprattutto in riferimento alla giurisprudenza consolidata, tra cui quella del TAR Bolzano<sup>1</sup>, che sembrava aver sancito la permanenza del regime di distinzione tra SOA a qualificazione obbligatoria e SOA non a qualificazione obbligatoria, derivante dall'articolo 12 stesso.

L'intervento legislativo, tuttavia, nell'alimentare il dibattito ha provocato anche una certa confusione in merito all'incertezza sulla natura delle SOA stesse: sono tutte a qualificazione obbligatoria, o la qualificazione obbligatoria è stata abolita? Proveremo a rispondere a tale interrogativo, esaminando brevemente l'evoluzione storica della normativa.

## **1. Evoluzione storica della disciplina della c.d. qualificazione obbligatoria**

La disciplina afferente le SOA a qualificazione obbligatoria è stata introdotta con il Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) 207/2010, in particolare all'articolo 109. Il comma 1 dell'articolo 109 stabiliva che l'affidatario, se qualificato per la categoria prevalente di lavori, potesse eseguire direttamente tutte le lavorazioni, anche se non possedeva le qualificazioni per le opere scorporabili, o potesse subappaltare le lavorazioni solo a imprese qualificate. Il comma 2, tuttavia, prevedeva delle eccezioni, stabilendo che alcune lavorazioni, identificate nel bando o nell'avviso di gara, di valore superiore ai limiti previsti dall'articolo 108, comma 3, dovessero essere subappaltate obbligatoriamente a imprese qualificate. Tali lavorazioni rientravano nelle categorie di opere generali (OG) e specialistiche (OS) indicate nell'Allegato A del D.P.R. 207/2010, come "a qualificazione obbligatoria". Questa norma stabiliva che per alcune categorie specifiche di opere fosse necessario che l'impresa fosse qualificata non solo per la categoria prevalente, ma anche per le categorie secondarie, stabilendo



1. TAR Bolzano 6 marzo 2024, n. 64. Tra l'altro anche la stessa relazione al Codice sembrava suggerire la "perdurante vigenza" (pag. 170) del citato articolo 12. Cfr. anche: <https://www.supportoappalti.com/2024/03/08/per-il-tar-bolzano-permane-la-distinzione-tra-soa-a-qualificazione-obbligatoria-e-non/>

il meccanismo del "subappalto obbligatorio" come strumento in grado di consentire la partecipazione del concorrente, anche qualora non in possesso delle SOA richieste dalla *lex specialis* per le lavorazioni secondarie a qualificazione obbligatoria. Tuttavia, questo sistema divenne rapidamente oggetto di critiche, in quanto le eccezioni erano numerose e limitavano notevolmente la partecipazione alle gare, creando un sistema eccessivamente restrittivo per gli operatori economici.

Nel 2013, un parere del Consiglio di Stato<sup>2</sup>

(parere n. 3014/2013) evidenziava come molte delle categorie di opere a qualificazione obbligatoria non fossero caratterizzate da un particolare grado di specializzazione, e come fosse necessaria una riformulazione delle regole per un miglior equilibrio tra le esigenze di qualificazione specialistica e la possibilità di eseguire lavori complementari con la qualificazione prevalente.

A seguito di questo parere, il Decreto-legge 47/2014, convertito con la Legge 80/2014, ha introdotto l'articolo 12<sup>3</sup>, che ha modificato

2. Consiglio di Stato – Adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013, parere n. 3014/2013, nel quale si evidenziava tra l'altro come molte delle SOA individuate 'a qualificazione obbligatoria' risultassero <<prive di connotati di particolare "specialismo">> tali da giustificare un regime così stringente di partecipazione: <<(..) il sistema normativo risultante dagli articoli del regolamento 109, comma 2, (alla luce di quanto previsto dal citato allegato A) e, in particolare, dalla Tabella sintetica delle categorie) e 107, comma 2, non aveva adeguatamente considerato "che la qualificazione per una categoria OG (opere generali) comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale"... e che "l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una più attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato temperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari. Le norme impugnate non realizzano un adeguato punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze ma si limitano, in maniera, come si è detto, contraddittoria e illogica, a imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, così sacrificando illegittimamente gli interessi delle imprese generali.">>.

3. L'articolo 12 disponeva: <<1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto (in realtà è l'allegato A al d.P.R. n. 207 del 2010 – n.d.r.) con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30. 2. In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni: a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni; b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento. 3. I commi 1 e 3 dell'articolo 109 del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 sono abrogati.>>.

la disciplina delle SOA a qualificazione obbligatoria, riducendo il numero delle categorie soggette a tale obbligo, in conformità con il parere del Consiglio di Stato. Con il Decreto Legislativo 50/2016, il sistema previgente è stato richiamato, stabilendo l'ultrattività delle disposizioni dell'articolo 12 del D.L. 47/2014.

**2. Le SOA a qualificazione obbligatoria con l'entrata in vigore del nuovo Codice (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36)**

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, introdotto dal Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ha riordinato la materia, ma non ha fatto riferimento all'articolo 12 del D.L. 47/2014, né lo ha abrogato esplicitamente. Ciò ha creato incertezze interpretative.

Inizialmente, alcuni orientamenti giurisprudenziali, come il TAR Calabria<sup>4</sup>, con sentenza n. 782 del 26.10.2023, e il TAR Piemonte<sup>5</sup>, con sentenza n. 23/2024, avevano adottato la tesi per cui tutte le SOA sarebbero da considerarsi a qualificazione obbligatoria, nonostante l'abrogazione dell'articolo 12.

Tuttavia, queste posizioni sono state fortemente criticate, in quanto non avrebbero tenuto conto

della necessità di una distinzione chiara tra le SOA a qualificazione obbligatoria e quelle non obbligatorie, come previsto dall'articolo 12.

Contrariamente, il TAR Bolzano<sup>6</sup>, con la sentenza n. 64/2024, ha sostenuto la tesi secondo cui, stante la vigenza dell'articolo 12, solo alcune categorie di SOA continuano a essere soggette a qualificazione obbligatoria. La pronuncia è stata coerente con la tesi secondo cui l'articolo 12 è ancora applicabile e la distinzione tra SOA a qualificazione obbligatoria e non resta valida.

Del resto, anche secondo l'impostazione argomentativa di un diverso giudice, quale il Tar Toscana, si ritiene non fondata la tesi per cui, con il nuovo codice, tutte le SOA dovessero ritenersi a qualificazione obbligatoria, stante la perdurante vigenza dell'art. 12<sup>7</sup>.

Con l'abrogazione definitiva dell'articolo 12, avvenuta con il c.d. decreto correttivo del 31 dicembre 2024, il quadro si è ulteriormente complicato.

Non è chiaro se l'abrogazione dell'articolo 12 comporti la vigenza di un sistema in cui tutte le SOA siano ora a qualificazione obbligatoria, o se, al contrario, non esistano più categorie a qualificazione obbligatoria di legge.



4. TAR Calabria (Sez. Reggio Calabria), Sentenza n. 782 del 26.10.2023

5. TAR Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2024, n. 23

6. TAR Bolzano, Sentenza n. 64 del 6 marzo 2024

7. T.A.R. Toscana, I, 15 ottobre 2024, n. 1177: secondo cui: *"Per altro verso, il nuovo codice dei contratti pubblici non ha abrogato espressamente l'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014, già a suo tempo lasciato deliberatamente in vita dal d.lgs. n. 50/2016 (il cui art. 217 aveva abrogato i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dello stesso art. 12: cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873); né vi sono argomenti convincenti nel senso di un'abrogazione implicita, eventualità esclusa anche dalla relazione illustrativa di accompagnamento allo schema definitivo del codice, redatta dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato ed alla quale va riconosciuto il ruolo di autorevole ausilio interpretativo delle nuove disposizioni, avuto riguardo alle peculiari – e notorie – modalità che hanno condotto alla stesura del testo normativo. In particolare, la relazione (sub art. 119) fa discendere dalla perdurante vigenza dell'art. 12 co. 2 d.l. n. 47/2014 l'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, vale a dire il subappalto "necessario", istituito che trova la sua disciplina fuori dal codice dei contratti pubblici (invero, la relazione illustrativa cita il comma 14 dell'art. 12, ma che si tratti di un mero errore materiale è confermato proprio dal riferimento esplicito al subappalto delle lavorazioni a qualificazione obbligatoria, del quale si occupa il comma 2 dell'art. 12. Quest'ultimo, inoltre, è composto di soli undici commi)".*

Diverse interpretazioni sono possibili, e alcuni orientamenti, tra cui quelli iniziali, sembrano propendere per l'interpretazione che considera tutte le SOA come a qualificazione obbligatoria<sup>8</sup>.

Tuttavia, ad una diversa conclusione teorica giungono una serie di riflessioni che, invece, ritengono di dover riconoscere la persistenza di una distinzione tra SOA a qualificazione obbligatoria e non, a meno di nuove disposizioni legislative esplicite che sanciscano il contrario.

In attesa di un chiarimento normativo definitivo, non si può escludere che la riforma complessiva dei contratti pubblici possa portare a un aggiornamento delle regole relative alla qualificazione delle SOA.

### 3. Tesi sulla qualificazione obbligatoria di tutte le SOA

Come anticipato, da una parte c'è chi sostiene che la novella del 2024 debba essere interpretata nel senso di ritenere tutte le categorie SOA a qualificazione obbligatoria. La tesi in oggetto si fonda su due assunti principali:

- A. l'esistenza di un obbligo generalizzato per la partecipazione e l'esecuzione degli appalti, che richiede il possesso di tutte le SOA previste nel progetto.
- B. un'interpretazione (sistematica, integrativa e restrittiva) dell'art. 30 dell'allegato II.12, secondo cui il possesso della SOA prevalente per l'importo complessivo dei lavori permetterebbe la partecipazione alla procedura, a condizione che si ricorra al subappalto qualificante per le categorie scorporabili per le quali l'operatore non è qualificato.

Il presupposto dell'obbligo generalizzato trova fondamento nell'art. 2, comma 2, dell'Allegato II.12 al codice dei contratti, mentre altre disposizioni simili potrebbero essere l'art. 100, co. 4, terzo periodo (6) del d.lgs. n. 36/2023, e l'art. 1, comma 2 dell'Allegato II.12 (7).

Al riguardo, l'articolo 2, comma 2 dell'allegato II.12, sancisce 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 (...)"* Da questa disposizione si desume l'obbligo generalizzato di possesso di tutte le SOA coinvolte nell'appalto.

Fino al 31.12.2024, tale obbligo è stato in parte derogato dall'art. 12, che ha escluso alcune categorie dall'obbligo di qualificazione (le SOA non incluse dall'art. 12). Con l'abrogazione di tale deroga, l'obbligo generalizzato per tutte le SOA riprenderebbe vigore.

Da questo punto di vista, l'abrogazione dell'art. 12 non comporterebbe solo la rimozione della Lettera B (che vietava l'esecuzione delle SOA scorporabili senza qualificazione obbligatoria) ma anche della Lettera A, che prevedeva che l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, potesse eseguire direttamente tutte le lavorazioni dell'opera, anche senza le qualificazioni necessarie, oppure subappaltare dette lavorazioni a imprese qualificate.

Passando al secondo presupposto:

Come interpretare, invece, l'articolo 30 dell'Allegato II.12, che stabilisce che: *"Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla*

---

8. Orientamenti che troverebbero riscontro anche -e soprattutto- nella sentenza n. 64 del 6 marzo 2024, il TAR Bolzano che ha ritenuto infondata la tesi -proposta dall'Amministrazione nel Bando- per cui tutte le SOA sono a qualificazione obbligatoria sul presupposto della perdurante vigenza dell'articolo 12. Abrogato l'articolo 12 verrebbe meno il presupposto che ha portato a negare la tesi in questione.

*categoria prevalente per l'importo totale dei lavori o, in alternativa, ai requisiti relativi sia alla categoria prevalente che alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti per le categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente"?*

Questa norma sembrerebbe contrastare la tesi secondo cui tutte le SOA siano a qualificazione obbligatoria, in quanto l'art. 30 pare consentire la partecipazione di un operatore che possieda la SOA prevalente per l'intero importo dei lavori. Quindi, l'operatore in possesso della SOA prevalente sarebbe qualificato anche per le scorporabili.

Al riguardo, tuttavia, è emersa, un'interpretazione diversa dell'articolo 30. Per sostenere l'idea che tutte le SOA siano a qualificazione obbligatoria, è necessario interpretare l'articolo 30 come una deroga all'art. 2, comma 2, dell'Allegato II.12, consentendo la partecipazione di un operatore economico in possesso della SOA prevalente per l'importo totale dei lavori (come previsto dall'articolo 30) ma non permettendo l'esecuzione delle scorporabili per cui non è qualificato, visto che l'articolo 30 derogherebbe solo ai requisiti di partecipazione, non anche a quelli di esecuzione, che restano disciplinati dall'art. 2, comma 2.

In pratica, sulla base di quanto disposto dall'art. 30 si potrebbe legittimare la partecipazione alla procedura da parte di un operatore economico con la SOA prevalente per l'importo totale dei lavori, ma non l'esecuzione delle scorporabili per le quali non sia qualificato. Poiché l'articolo 30 si riferisce alla partecipazione e non all'esecuzione, la partecipazione sarebbe ammessa, ma l'esecuzione delle lavorazioni non sarebbe consentita senza il ricorso al subappalto qualificante.

Pertanto, qualora un operatore partecipasse alla procedura avendo, ai sensi dell'art. 30, la SOA prevalente, ma senza subappaltare le SOA scorporabili per cui non è qualificato, potrebbe essere ammesso astrattamente alla gara in quanto soddisfa i requisiti di partecipazione.

Tuttavia, sarebbe escluso successivamente per la mancanza del requisito di esecuzione.

Questa lettura implica una distinzione tra requisiti di partecipazione (possesso della SOA prevalente per l'importo totale dei lavori) e requisiti di esecuzione (obbligo di subappalto qualificante per le scorporabili per le quali l'operatore non è qualificato). L'articolo 30, quindi, riguarderebbe i requisiti di partecipazione, mentre l'esecuzione continuerebbe ad essere disciplinata dall'articolo 2, comma 2, dell'Allegato II.12.

Un ulteriore fondamento a favore della tesi per cui tutte le SOA sono a qualificazione obbligatoria si troverebbe nell'art. 40, comma 2, lettera f), punto 9 dell'Allegato I.7, che prevede che, in sede di verifica dei progetti, si debba controllare se il computo metrico e il contratto indichino le categorie prevalenti, le scorporabili, e quelle soggette a qualificazione obbligatoria.

L'inclusione di "categorie a qualificazione obbligatoria" suggerirebbe che alcune categorie debbano essere obbligatoriamente qualificate. Infine, l'intera interpretazione sistematica, integrativa e restrittiva dell'articolo 30 dell'Allegato II.12, di cui si è parlato, si baserebbe su una lettura che riduce l'ambito di applicazione dell'articolo stesso, limitandolo alla sola condizione di partecipazione, mentre l'obbligo di qualificazione, inclusi eventuali subappalti qualificanti, rimarrebbe disciplinato da altre disposizioni.

#### **4. Aspetti critici della tesi che sostiene l'obbligatorietà della qualificazione di tutte le SOA**

Tuttavia, la tesi appena esposta ha ricevuto diverse osservazioni sia dal punto di vista logico che storico-normativo.

Da un punto di vista logico, la critica principale riguarda l'interpretazione forzata dell'articolo 30 dell'allegato II.12. Tale disposizione stabilisce chiaramente che il possesso della SOA prevalente per l'intero importo dei lavori è sufficiente per la partecipazione, senza prevedere espressamente l'obbligo di subappalto. L'interpretazione

proposta aggiungerebbe una condizione non prevista dalla norma, affermando che "il concorrente singolo può partecipare a condizione che subappalti le scorporabili", il che risulta un'integrazione non giustificata.

Inoltre, l'istituto del subappalto qualificante, la cui base normativa risiedeva nell'art. 12, è stato abrogato, e quindi non trova più un espresso riconoscimento nella legge. Sebbene non si possa escludere la sua validità in determinati contesti, l'interpretazione proposta appare non supportata da un fondamento normativo chiaro.

Un'altra critica concerne l'articolo 1, comma 3, dell'Allegato II.12, che stabilisce che le stazioni appaltanti non possono richiedere una qualificazione con modalità o contenuti diversi da quelli stabiliti nel codice.

Questo impone un certo rigore nell'applicazione delle regole, rendendo incerta la possibilità di una lettura "creativa" delle norme.

Inoltre, la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, su cui si fonda la tesi, è opinabile. L'articolo 30 non si limita a stabilire condizioni di partecipazione, ma potrebbe riferirsi genericamente alle condizioni per la partecipazione, senza implicare una separazione netta tra partecipazione ed esecuzione.

Anche sotto il profilo storico-normativo, l'idea che tutte le SOA siano soggette a qualificazione obbligatoria è discutibile.

L'abrogazione del citato art. 12 ha eliminato la possibilità di distinguere tra categorie di lavori scorporabili obbligatoriamente qualificati e non, e la reintroduzione di tale regime in via interpretativa risulterebbe una forzatura.

Infine, l'art. 40, comma 2, lett. f), punto 9 dell'Allegato I.7, che menziona le categorie a qualificazione obbligatoria, non dimostra che tutte le SOA siano a qualificazione obbligatoria. Tale fattispecie, d'altro canto, potrebbe solo confermare che alcune categorie continuano a essere soggette a qualificazione obbligatoria, ma non fornisce un quadro esaustivo di tutte le categorie coinvolte.

La critica storica si fonda anche sul fatto che,

in maniera risalente, l'applicazione obbligatoria della qualificazione a tutte le SOA non ha mai trovato una conferma esplicita nelle disposizioni normative.

### **5. Tesi per cui può ritenersi superato il sistema c.d. a qualificazione obbligatoria**

Come sottolineato nel paragrafo precedente, la tesi secondo cui tutte le SOA sono a qualificazione obbligatoria, pur poggiando su dei riconoscimenti fondamentali, ha subito delle osservazioni critiche. La soluzione alternativa sarebbe interpretare il sistema in modo che nessuna SOA sia a qualificazione obbligatoria. Questa posizione, purtroppo, non è priva di controindicazioni, che possono essere esaminate in base a due distinzioni principali:

- A. Non esistono più SOA a qualificazione obbligatoria;
- B. Non esistono più SOA a qualificazione obbligatoria di legge, ferma restando la possibilità per la Stazione Appaltante di individuarle.

La soluzione A solleva preoccupazioni in termini di garanzia delle competenze tecniche degli operatori economici, che potrebbero non essere sufficientemente preparati per eseguire determinate lavorazioni specialistiche. Inoltre, l'articolo 40, comma 2, lettera f), punto 9 dell'Allegato I.7, che fa riferimento alle SOA a qualificazione obbligatoria, potrebbe essere interpretato come un errore materiale, ma questo non è chiaro e complicherebbe la visione del quadro normativo.

La soluzione B, che permette alle stazioni appaltanti di determinare autonomamente le SOA obbligatorie, aggiungerebbe un grado di indeterminazione che potrebbe compromettere la coerenza e la prevedibilità dell'intero sistema di qualificazione. In questo caso, infatti, si verrebbe a creare una variabilità nella scelta delle SOA da parte delle stazioni appaltanti, il che è in contrasto con la necessità di avere regole univoche e prevedibili nel sistema di qualificazione per gli appalti pubblici.

In generale, la tesi che nessuna SOA sia a qualificazione obbligatoria implica un'interpretazione dell'articolo 2, comma 2 dell'Allegato II.12 in combinato disposto con l'articolo 30 del medesimo allegato. In altre parole, l'articolo 2, comma 2, dovrebbe essere visto come una regola applicabile esclusivamente "internamente" alla singola SOA, limitandosi a definire l'incremento del quinto, piuttosto che costituire la regola generale per l'intero sistema di qualificazione. La regola generale, quindi, sarebbe definita dall'articolo 30, che indica che il possesso della SOA prevalente per l'intero importo dei lavori sarebbe sufficiente per partecipare alla gara.

## 6. Conclusioni

Dopo aver esplorato diverse possibili soluzioni interpretative per risolvere il contrasto tra l'articolo 2, comma 2 e l'articolo 30 dell'Allegato II.12, la questione rimane complessa. Entrambi gli articoli sembrano presentare soluzioni che, sebbene coerenti internamente, sono difficili da armonizzare tra loro. La lettura dell'articolo 2, comma 2, che implica la qualificazione obbligatoria di tutte le SOA per la partecipazione e l'esecuzione dei lavori, è in contrasto con l'articolo 30, che consente la partecipazione con il solo possesso della SOA prevalente.

Le diverse interpretazioni di questi due articoli possono portare a conclusioni significativamente diverse: se si considerasse l'articolo 2 come la regola generale, il sistema di qualificazione richiederebbe che tutte le SOA siano possedute; al contrario, se si considerasse l'articolo 30 come la regola generale, la partecipazione sarebbe consentita anche con il possesso esclusivo della SOA prevalente, e le scorporabili potrebbero essere subappaltate senza la necessità di possederle direttamente.

La questione cruciale è determinare quale norma debba prevalere come regola generale. Se prevalesse l'articolo 2, la qualificazione obbligatoria di tutte le SOA rimarrebbe intatta, ma con una maggiore rigidità nei requisiti di esecuzione. Se prevalesse l'articolo 30, si favorirebbe la partecipazione a più gare, ma

con la possibilità che lavori specialistici vengano eseguiti da operatori non qualificati, con potenziali rischi per la qualità dell'esecuzione.

Il punto di equilibrio, come indicato nel Parere n. 3014/2013 del Consiglio di Stato, è ancora lontano. La soluzione proposta dal legislatore sembra aver generato più confusione che chiarezza, compromettendo la coerenza del sistema di qualificazione degli appalti pubblici.

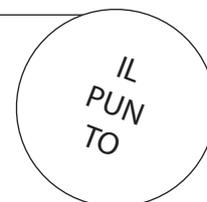
Tuttavia, in conclusione, può ritenersi che la tesi secondo cui tutte le SOA sono a qualificazione obbligatoria (se abbinata con l'ammissione del subappalto qualificante) rappresenti un sistema di qualificazione abbastanza lineare e coerente. Anche se non esistono più SOA "minori" (salvo quelle esplicitamente previste), l'impresa non qualificata per le categorie scorporabili potrebbe comunque partecipare tramite subappalto qualificante, consentendo un certo grado di flessibilità senza compromettere eccessivamente la qualità dei lavori.

D'altra parte, la tesi che nessuna SOA sia a qualificazione obbligatoria potrebbe portare a risultati problematici. Imprese senza adeguata capacità tecnica potrebbero eseguire lavorazioni specialistiche, compromettendo la qualità e la sicurezza dei lavori. Tuttavia, se questa interpretazione fosse combinata con la possibilità per la Stazione Appaltante di individuare le SOA più rilevanti per ciascun caso, si potrebbero mitigare i rischi, ma questa opzione aggiungerebbe un elemento di incertezza e discrezionalità che potrebbe risultare controproducente per il sistema nel suo complesso.

Il sistema delle SOA richiede maggiore chiarezza e stabilità, in modo da garantire un adeguato equilibrio tra la partecipazione alle gare e la competenza tecnica richiesta per l'esecuzione dei lavori. Purtroppo, il continuo intervento legislativo in questo campo ha solo alimentato l'incertezza normativa, e sarebbe auspicabile che una revisione futura possa fornire un quadro più definito.

# Le penali: presupposti, finalità e regolamentazione negli appalti pubblici

di Beatrice Corradi



## 1. Presupposti e finalità

La clausola penale, in via generale disciplinata dall'articolo 1382 del Codice civile, è la clausola con cui si conviene il pagamento di una somma di denaro/l'esecuzione di una determinata prestazione in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, producendo l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione oggetto del contratto e assolvendo a una funzione risarcitoria.

Per la giurisprudenza amministrativa la clausola penale soddisfa una funzione sanzionatoria comminando, in caso di inadempimento, una pena "privata" in funzione di coercizione all'esatto adempimento (cfr. Cons. Stato 6094/2014).

La clausola penale è diretta quindi a fissare in via preventiva e vincolante per le parti del contratto l'ammontare del risarcimento del danno e ha, oltre a quella risarcitoria, la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale.

Stante la natura affittiva e sanzionatoria della penale verso il debitore inadempiente, essa non può essere ritenuta applicabile in via analogica a fattispecie diverse da quelle espressamente contemplate; nell'ordinamento italiano, infatti, non sono ammesse ipotesi di penale svincolate

dall'inadempimento della prestazione: ogni penale deve essere collegata almeno al ritardo nell'esecuzione della prestazione.

La comminatoria di penali in sede esecutiva ha la funzione di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale, rappresentando l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali con riferimento a una proposta attendibile, a differenza invece di una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili o comunque caratterizzata dalla presenza di una riserva di verificarne a valle l'effettiva praticabilità.

“ **La clausola penale, in via generale disciplinata dall'articolo 1382 del Codice civile, è la clausola con cui si conviene il pagamento di una somma di denaro/l'esecuzione di una determinata prestazione in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, producendo l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione oggetto del contratto e assolvendo a una funzione risarcitoria.** ”

L'applicazione di penali in sede esecutiva ha la funzione "di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale assunto dall'aggiudicataria, mentre al contrario la verifica, in sede di valutazione delle offerte, della praticabilità in fase di esecuzione del contenuto dell'offerta della partecipante ha la differente funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, la migliore offerta possibile".

Inoltre, "Le penali assolvono normalmente alla funzione di sanzionare le fattispecie di inadempimento di carattere "residuale" che cioè, rispetto a quelle giustificative della risoluzione, si collocano a un livello di "gravità" inferiore" (cfr. Cons. Stato sez. n. 4225 del 26.5.2022).

Le medesime non possono quindi essere manifestamente eccessive, anche in considerazione dell'incidenza della prestazione inadempita a fronte della complessiva prestazione dedotta in contratto, al fine di evitare il rischio di uno squilibrio contrattuale. Deve pertanto, necessariamente, sussistere un nesso tra l'entità della penale, la tipologia della prestazione inadempita e la sua entità, ovviamente da rapportarsi con il complessivo importo contrattuale.

**Le penali non possono essere manifestamente eccessive, anche in considerazione dell'incidenza della prestazione inadempita a fronte della complessiva prestazione dedotta in contratto, al fine di evitare il rischio di uno squilibrio contrattuale**

Le stazioni appaltanti non hanno quindi la facoltà discrezionale di irrogare penali nel caso di inadempimento diverso dal ritardo: esse costituirebbero una clausola penale atipica in virtù dell'autonomia negoziale delle stazioni appaltante.

Per quanto riguarda la qualificazione della penale, la medesima "non è configurabile qualora sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obbligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale" (cfr. Anac N. 73, 17.1.2024).

**Le penali assolvono normalmente alla funzione di sanzionare le fattispecie di inadempimento di carattere "residuale", che cioè, rispetto a quelle giustificative della risoluzione, si collocano a un livello di "gravità" inferiore**

Con riferimento alle modalità di applicazione, la penale deve essere commisurata, secondo le disposizioni applicabili, ai giorni di ritardo e proporzionata rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni oggetto dello stesso.

Essa è calcolata al netto contrattuale da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non può comunque superare, complessivamente, il 10% dell'ammontare netto contrattuale.

Da quanto sopra delineato emerge che il connotato essenziale della clausola penale nei contratti pubblici è legata al ritardo nell'esecuzione della prestazione contrattuale, mentre la norma civilistica fa menzione, in senso più ampio, all'inadempimento o ritardo nell'adempimento.

L'adempimento diverso da quello da ritardo, l'inadempimento assoluto, può essere causa di risoluzione del rapporto e costituisce titolo per ottenere il risarcimento del danno.

**Le stazioni appaltanti non hanno la facoltà discrezionale di irrogare penali nel caso di inadempimento diverso dal ritardo, esse costituirebbero una clausola penale atipica (possibile in virtù dell'autonomia negoziale delle stazioni appaltante) che resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale**

## 2. Le disposizioni applicabili e la natura delle penali

Nell'ordinamento dei contratti pubblici, come riporta la sentenza del Consiglio di Stato 11.12.2014, n. 6094, la penale per gli appalti di servizi e forniture non ha sempre trovato una disciplina compiuta: l'art. 5 lett. m) del Dlgs. 163/2006 demandava alla disciplina regolamentare l'individuazione dell'entità delle penali e le modalità applicative.

L'art. 298 del regolamento, approvato con d.p.r. 207/2010, stabiliva, come previsto dall'art. 5, lett. m) del Dlgs. 163/2006, che *"I contratti precisano le penali da applicare nel caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in relazione alla tipologia, nonché all'entità e alla complessità della prestazione, nonché al suo livello qualitativo"*.

Le penali restavano quindi disciplinate da regolamenti e capitoli speciali in vigore per le singole amministrazioni e in via residuale dalla disciplina del codice civile per la clausola penale (art. 1382 c.c.).

L'art. 113 bis del Dlgs. 50/2006 a sua volta disponeva che *"I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto"*.

L'art. 126 del Dlgs. 36/2023 dispone che *"I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o delle prestazioni contrattuali. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale"*.

Nell'ambito dei contratti pubblici, prima l'art. 113 bis co. 4 del D.lgs. 50/2016 e poi, in maniera speculare, l'articolo 126 del D.lgs. n. 36/2023 dispongono quindi l'applicazione delle penali a carico dell'esecutore nel solo e unico caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni. Il legislatore non ha inteso estendere la disciplina delle penali anche a ipotesi non contemplate, quali l'ipotesi di inadempimento prevista nel Codice civile (cfr. Anac febbraio 2024). La stazione appaltante potrà applicare all'appaltatore nel caso di suo ritardo nell'esecuzione del contratto e/o in caso di suo tempestivo, ma non corretto, adempimento. Come giurisprudenza ha affermato *"le penali non sono significative né comparabili, sul piano della gravità, ai provvedimenti di risoluzione per inadempimento e alle gravi carenze nell'esecuzione di un contratto"*.

Le penali, come già detto, di modesto importo *"rientrano nella fisiologica esecuzione di un contratto d'appalto per cui, se non riversate in provvedimenti di risoluzione o, comunque, sanzionatori, non necessitano di ostensione in altra procedura di gara, verificandosi, altrimenti, un ampliamento oltre ogni limite di quel che la stazione appaltante deve sapere - e poi valutare - di un operatore economico per poter con questi concludere un contratto di appalto, in spregio ai principi di economicità, efficacia, tempestività dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato 29.10.2020 n. 6615)"*.

La clausola penale - in quanto prevista in funzione di coercizione all'esatto adempimento e come

tale svolgendo (secondo l'intenzione delle parti) anche una funzione sanzionatoria o di pena privata - è sempre suscettibile del sindacato del giudice sulla sproporzione in rapporto all'entità del contratto e al danno effettivamente subito e alle altre modalità applicative.

**“ Le penali di modesto importo rientrano nella fisiologica esecuzione di un contratto d'appalto per cui, se non riversate in provvedimenti di risoluzione o comunque sanzionatori, non necessitano di ostensione in altra procedura di gara ”**

### 3. Le annotazioni nel casellario informatico

In merito alle annotazioni di competenza di Anac, in relazione a fatti e condizioni che riguardano un operatore economico, la medesima ha il dovere di valutare l'inerenza della notizia rispetto alle finalità dell'iscrizione, la relativa utilità in concreto, al fine di valutare l'inaffidabilità dell'operatore economico: *“in tutti in casi in cui le annotazioni non rientrino tra quelle tipizzate dal legislatore come “atto dovuto”, le stesse devono essere adeguatamente motivate in ordine alle ragioni della ritenuta utilità”* (Tar Lazio, I, 8.03.2019, n. 3098).

Infatti è rilevato che per *“dette vicende, la cui emersione deve avvenire in forza di un processo motivazionale che, per quanto sintetico, non può ridursi a una assertiva affermazione di conferenza della notizia”* (Tar Lazio, I, 11.6.2019 n. 7595; Tar Lazio sez. I, 7.4.2021, n. 4107).

Esiste, come la giurisprudenza afferma, una clausola di iscrizione innominata che permette di annotare ogni notizia riguardante le imprese ritenuta utile ai fini della tenuta del Casellario, sebbene non rientrante tra quelle espressamente codificate (cfr. Cons. Stato, 23.5.2011, n. 3053; 14.6.2006, n. 3500).

L'applicazione della penale per ritardo nella fornitura rispetto ai tempi imposti dal contratto può essere considerata, in astratto, una notizia “utile” e, dunque, suscettibile di iscrizione nel Casellario informatico, ma è comunque onere dell'ANAC procedere a un'attenta valutazione dell'utilità in concreto dell'annotazione ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità dell'operatore che le stazioni appaltanti avrebbero potuto compiere in relazione a successive procedure di gara.

L'Autorità deve valutare, come ribadito, la fondatezza dell'informazione, e in particolare la sua gravità e significatività, nonché l'utilità ai fini di pubblicità.

**“ L'applicazione della penale per ritardo nella fornitura rispetto ai tempi imposti dal contratto può essere considerata, in astratto, una notizia “utile” e, dunque, suscettibile di iscrizione nel Casellario informatico, ma è comunque onere dell'ANAC procedere ad un'attenta valutazione ”**

L'annotazione è attività funzionale al compito assegnato all'Autorità di supportare, attraverso la facilitazione dello scambio di informazioni, le stazioni appaltanti e costituisce atto a contenuto meramente informativo che trova piena giustificazione nella funzione di acquisire e pubblicare ogni notizia ritenuta utile a fini di trasparenza e di corretta conduzione delle procedure a evidenza pubblica (TAR Lazio, Sez. I, 31.3.2020, n. 3730; 13.12.2018, n. 12155).

La rilevanza dell'inadempienza può avere incidenza rispetto all'illecito professionale compiuto dall'operatore economico, qualora il medesimo abbia dimostrato carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne abbia causato la risoluzione per inadempimento, la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale (cfr. art 98 del Dlgs. 36/2023).

**“ L’annotazione è attività funzionale al compito assegnato all’Autorità di supportare, attraverso la facilitazione dello scambio di informazioni, le stazioni appaltanti e costituisce atto a contenuto meramente informativo. Esiste, come la giurisprudenza afferma, una clausola di iscrizione innominata che permette di annotare ogni notizia riguardante le imprese ritenuta utile**

L’Autorità, prima di procedere all’iscrizione nel casellario informatico, è tenuta quindi “a valutare l’utilità della notizia alla luce delle circostanze di fatto esposte dall’operatore economico nella sua memoria, poiché effettivamente incidenti... sulla gravità dell’errore professionale commesso e, in via indiretta, sull’apprezzamento dell’affidabilità della società da parte delle stazioni appaltanti, cui è imposta la consultazione del Casellario, per ogni procedura di gara indetta successivamente all’iscrizione” (cfr Cons. Stato 21.2.2020, n. 1318).

Compete all’Autorità, prima di procedere all’annotazione, dar corso alle opportune attività istruttorie per valutare le diverse circostanze, non sovrapponendo, ad esempio, la valutazione espressa in sede di parere di precontenzioso con quella di procedere all’annotazione, tenuto conto che “lo scopo precipuo dell’annotazione sul Casellario informatico consiste nel fornire alle stazioni appaltanti notizie “utili” e “conferenti” sull’affidabilità dell’operatore economico con cui si apprestano a contrarre” (Tar Lazio n.00352/2024).

**“ L’Autorità, prima di procedere all’iscrizione nel casellario informatico, è tenuta a valutare l’utilità della notizia in tutti in casi in cui le annotazioni non rientrino tra quelle tipizzate dal legislatore come “atto dovuto” e le stesse devono essere adeguatamente motivate in ordine alle ragioni della ritenuta utilità**

# Art. 200 - Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica

di Alessandra Cresta

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Con il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, il legislatore delegato ha modificato la disciplina dei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC Energy Performance Contract), estrapolando l'art. 200 del nuovo Codice dall'art. 180, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016.

Tale fattispecie contrattuale è stata introdotta dalla direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 4 luglio 2014 n. 102, modificata dalla direttiva 2018/2002/UE recepita con il D.lgs. n.73 del 14 luglio 2020, al fine di promuovere l'efficienza energetica.

Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica è definito

dall'art. 2, comma 2, lett. n) del d.lgs. n. 102/2014 (in attuazione alla Direttiva 2012/27/UE) è un "accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una **misura di miglioramento dell'efficienza energetica**, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati **sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari**" [1. Decreto legislativo 4 luglio 2014 n. 102 "Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/08/CE e 2006/32/CE]

## 1. Oggetto del contratto

Come esplicitato nella relazione illustrativa, "oggetto del contratto è, pertanto, il conseguimento di una "misura di miglioramento dell'efficienza energetica" (c.d. performance) [2. Relazione illustrativa al Codice].

Il Vademecum redatto dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel maggio 2022 recante "PPP & Contratti di Prestazione Energetica" ha chiarito, infatti, che *"si tratta di un contratto di durata, in cui è caratterizzante l'elemento della riqualificazione energetica e la realizzazione di una prestazione di miglioramento dell'efficienza energetica che sia garantito, misurato e verificato (M&V) per l'intera durata del contratto, contraddistinto dall'onerosità e corresponsività delle prestazioni: il raggiungimento degli obiettivi di miglioramento dell'efficienza energetica concordata tra le parti, anche in termini di risparmi finanziari, nonché la remunerazione degli investimenti, dei costi operativi e del profitto dell'operatore economico in base ai miglioramenti dell'efficienza energetica e ai risparmi conseguiti, rappresentano un preciso vincolo contrattuale con conseguente obbligo di verifica e monitoraggio durante la vigenza del contratto"* [3. Vademecum redatto dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri recante "PPP & Contratti di Prestazione Energetica". Maggio 2022]

L'articolo 200 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che *"nel caso di contratti EPC, i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi. La misura del miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all'ente concedente a cura*

*dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici"*.

## 2. EPC tramite PPP - Concessione

Come specificato nella relazione illustrativa, considerata la particolarità e l'importanza dei contratti di che trattasi, tenuto conto anche del fatto che operano in un settore delicato e strategico come quello dell'energia, alla disposizione in commento è stato dedicato un articolo *ad hoc* all'interno del Libro IV disciplinante "PPP e Concessioni", Parte IV dedicata alle "Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico privato" [4. Relazione illustrativa al codice].

Ciò, a differenza della collocazione dedicata ai contratti di EPC da parte del D.L. Semplificazioni del 16 luglio 2020 n. 76 quando - nel tentativo di mettere fine all'annoso dibattito dottrinale sulla possibilità di inquadrare l'EPC nell'ambito del PPP - all'art. 8, comma 5, lett. c-quater) ha introdotto alcune disposizioni relative alle modalità di remunerazione dell'operatore economico proprio nell'ambito dei contratti di rendimento energetico, inserendole all'interno dell'art. 180, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 dedicato al partenariato pubblico privato, modificando in tal modo il previgente Codice dei contratti pubblici sancendo, così, definitivamente, a livello normativo, la riconducibilità dell'EPC nell'alveo dei contratti di PPP.

Ciò equivale a dire che i contratti di EPC dovranno essere congetturati ed affidati in base alle norme che regolano il contratto di concessione, poiché, a livello Ue, esistono solo due tipologie di contratti - appalti o concessioni - e quest'ultimi sono caratterizzati dal necessario trasferimento del rischio operativo. Così facendo, il legislatore del 2020 ha definitivamente "chiuso il cerchio" rispetto alla legittimità del modello EPC/PPP,

riconoscendone la sua compatibilità con le norme del Codice dei contratti pubblici [5. Vademecum D.I.P.E. maggio 2022].

Tra l'altro, l'ANAC stessa ha da ultimo aperto alla qualificazione dell'EPC come operazione di PPP, evidenziando, nella delibera n. 1134 del 4 dicembre 2019, la necessità, caso per caso di "effettuare un'analisi sistematica delle clausole contrattuali per verificare se, nel complesso sussistano i presupposti di legge per la qualificazione dell'operazione come PPP".

Quando il contratto EPC si sostanzia nell'investimento a carico del fornitore della misura di efficienza energetica (la ESCo) e nella remunerazione in funzione della performance conseguita, lo stesso è qualificabile - se stipulato con la Pubblica Amministrazione - come contratto di partenariato pubblico privato (PPP), gravando sull'operatore economico sia il rischio di costruzione che il rischio di disponibilità.

Sono così integrati i quattro elementi caratterizzanti le operazioni di PPP, già individuati dal Libro Verde del 2004, ovvero 1) la rilevante durata della collaborazione tra pubblico e privato, finalizzata al recupero dell'investimento effettuato e alla remunerazione del capitale investito; 2) le modalità di finanziamento del progetto che vedono la presenza di risorse finanziarie del privato; 3) , il ruolo delle parti; 4) la ripartizione dei rischi con allocazione degli stessi in capo al privato e con controllo e monitoraggio in capo all'Amministrazione [ 6. Libro Verde del 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni] dove assume particolare rilievo proprio tale ultima caratteristica prevista proprio nel Codice dei contratti pubblici che, ai fini della configurazione di un PPP, pone in capo all'operatore privato oltre al rischio di costruzione (correlato ad eventi patologici intercorrenti nella fase di costruzione dell'opera energetica, quali, a titolo esemplificativo, ritardi o mancata consegna dell'opera) anche il rischio di disponibilità (correlato alla incapacità di erogare le prestazioni contrattuali nelle modalità e nelle quantità pattuite).

L'efficienza energetica e la riqualificazione energetica degli edifici (e degli impianti) costituiscono anche uno degli obiettivi specifici del PNRR per perseguire la transizione ecologica verso la neutralità climatica entro il 2050.

Misure dedicate all'efficientamento energetico sono previste, ad esempio, nell'ambito della Missione 2 rivolta alla "Rivoluzione verde e transizione ecologica" dove, in particolare, la Componente 3 (M2C3) individua linee di intervento dirette per gli edifici pubblici, oltre a misure per l'edilizia residenziale privata e pubblica e allo sviluppo di sistemi di teleriscaldamento [7. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.)]

Dalla **lettura combinata** dell'art. 180, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 200 del codice in commento emerge una disciplina che presenta una **sostanziale similitudine**, fatta eccezione per un'unica, seppure, importante **differenza** prontamente fatta notare dal Servizio Studi della Camera e del Senato nel Dossier del 5.01.2023, quando afferma che "*mentre nel testo del citato comma 2 dell'art. 180 D.lgs. n. 50/2016 i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabiliti contrattualmente, nel testo dell'articolo in esame la determinazione e il pagamento non sono eventuali ma obbligati" [8. Dossier del Servizio Studi della Camera e del Senato del 5.01.2023 Prot. n. 2023/0000010/TN]*

### 3. Similitudini e differenze

**Art. 180, comma 2, D.lgs. n. 50/2016** "Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico **possono essere** determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi (...)"

**Art. 200 D.lgs. n. 36/2023** "Nel caso di contratti di rendimento energetico o di

prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico **sono** determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi (...).

Ne deriva che i ricavi di gestione **SONO** determinati e pagati – senza alternative – solo ed esclusivamente, in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica, oppure essere commisurati ad altri criteri di prestazione energetica, definiti, contrattualmente, purché chiaramente quantificabili.

Infatti, il legislatore del D.lgs. n. 36/2023, riferendosi al pagamento dei ricavi di gestione in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabiliti contrattualmente, non utilizza più il termine "possono" inteso quale "facoltà di fare secondo la propria volontà", bensì utilizza l'indicativo presente "sono" ad indicare l'inesistenza di alternative, quindi, un obbligo.

Tuttavia, a ben vedere il D.lgs. n. 102/2014, in attuazione alla Direttiva 2012/27/EU, nel definire il contratto di prestazione energetica già affermava, tra l'altro, che "gli *investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati (...)*" e non "**possono essere pagati (...)**" come previsto dal D.L. 76/2020.

Verosimilmente, il legislatore delegato ha ripreso il dettato della Direttiva 2012/27/EU, recepita dal D.lgs. n. 102/2014, in osservanza alla delega di cui all'art. 1, commi 1 della Legge delega n. 78/2022 in base alla quale il nuovo Codice doveva essere "adeguato", tra l'altro, "al diritto europeo" e adottato nel rispetto di principi e criteri direttivi, fra cui, "perseguire gli obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse (...)" [9. Elaborazione personale]

Le **similitudini**, invece, si riscontrano sul piano operativo e, più specificatamente nell'audit

iniziale e nella stima del rendimento atteso (elementi imprescindibili per la legittima stipula di un contratto EPC); nonché, nella verifica costante dei risparmi conseguiti durante l'intera esecuzione del contratto, ossia la "misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore".

Il novellato art. 180 del D.lgs. n. 50/2016, al pari dell'attuale art. 200 del D.lgs. n. 36/2023, identifica il criterio di riferimento per la quantificazione dei ricavi (ovvero la stima del rendimento attesa), individuandolo nei "consumi", offrendo così un criterio oggettivo di valutazione della correttezza delle valutazioni economiche, sottostanti il contratto, poiché, l'iniziale quantificazione dei consumi – parte integrante dell'audit – dovrà essere effettuata sulla base dei consumi storici degli anni precedenti, c.d. *Baseline*, che diventa, pertanto, il benchmark utilizzato per confrontare e identificare i risparmi conseguiti nell'ambito degli interventi di efficientamento [10. Ntplusentilocaliedilizia del 23/09/2020]

La verifica costante dei risparmi conseguiti, mediante la previsione di un adeguato protocollo di misura e verifica che garantisca il costante monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi di prestazione energetica contrattualmente previsti e, quindi, l'adempimento dell'obbligo contrattuale legato alla misurazione dell'effettiva *performance* erogata dall'operatore economico, è uno degli elementi strategici per il corretto funzionamento di un contratto EPC.

Il Legislatore, in entrambi i casi, ha ritenuto utile ricordare alle parti contrattuali la necessità di monitorare l'esecuzione del contratto, riferendosi esplicitamente alle "apposite piattaforme informatiche adibite alla raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici", anche al fine di conservare efficienza nella conduzione del progetto e mantenere i rischi trasferiti in capo all'operatore economico. [11. Vademecum D.I.P.E. Maggio 2022]

Nonostante il contratto di EPC rappresenti uno strumento importante per gli enti pubblici, in quanto consente di riqualificare il proprio patrimonio con una garanzia sui risultati e l'accesso a risorse private, rimane ancora una facoltà poco opzionata a causa di alcune criticità legate alla difficoltà di composizione del tessuto contrattuale e della relativa contabilizzazione nei bilanci delle Pubbliche Amministrazioni.

#### 4. Contratti atipici

Seppure, il PPP sia lo strumento privilegiato per garantire l'efficienza energetica, particolarmente nell'ambito della riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico (ove sono richiesti investimenti importanti e conoscenze tecniche in rapida evoluzione) e il contratto di EPC rappresenti una valida scelta per gli enti pubblici, al momento i contratti di prestazione energetica, seppure nominati, risultano atipici [12. Art. 1322 c.c. "Autonomia contrattuale"]

Infatti, introdotto per la prima volta nella normativa comunitaria con la Direttiva 2006/32/CE, la sua diretta derivazione da contratti e pratiche del "mondo anglosassone" giustifica il fatto che tale tipo di contratto non trovi una collocazione specifica nella sezione del Codice Civile dedicata ai singoli contratti (titolo terzo, libro quarto, del Codice Civile).

Nell'ottica di standardizzazione di un modello tipo, data, appunto, la complessità dell'EPC, si era diretta l'azione dell'ENEA, la quale nel settembre 2014 aveva pubblicato le "Linee guida Contratti di Prestazione Energetica (EPC)", definendo i contenuti di un contratto tipo integrato, con elementi minimi ripresi dall'Allegato 8 al D.lgs. n. 102/2014, successivamente revisionate nel 2017 in cui è stato introdotto il "Servizio Prestazione Energetica" per edifici, mutuato dal "Servizio Energetico" (definito dall'art. 2, co. 1, lett. mm) del D.lgs. n. 102/2014, ma di difficile applicazione agli EPC per edifici e riferibile in via principale agli EPC per soli impianti, quale servizio unico che comprende tutte le prestazioni previste nel contratto. Per l'ENEA l'EPC prevede l'esecuzione da parte dell'operatore economico

di prestazioni multiple ed eterogenee (lavori, servizi e forniture) che, pur se separabili sul piano materiale, non lo sono sul piano funzionale in quanto tutte concorrono al raggiungimento dell'obiettivo contrattuale, ovvero il risparmio minimo garantito.

Tuttavia, nonostante la definizione legislativa operata dal D.lgs. n. 102/2014 e il tentativo di standardizzazione messo in atto dall'ENEA, l'EPC continua a configurarsi come contratto nominato ma atipico che nella prassi si è sviluppato secondo modelli contrattuali aventi connotati e contenuti diversi. [13. Vademecum D.I.P.E. maggio 2022]

#### 5. Contratto-Tipo ANAC

Uno dei principi e criteri direttivi della Legge delega n. 78/2022 "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", all'art. 2, lett. aa) prevede proprio "la razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di **contratti-tipo** e bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investimenti professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti". [14. Legge Delega 21/06/2022 n. 78]

In esecuzione a tale disposizione Anac, con Delibera n. 349 del 17 luglio 2024, insieme al Ministero dell'economia e delle finanze (Determina del Ragioniere Generale dello Stato del 22 luglio 2024) ed ENEA (Nota del Presidente di Enea prot. n. 51288 dell'11 luglio 2024), ha approvato il contratto-tipo di prestazione energetica per gli edifici pubblici.

Commenta il Presidente di Anac Giuseppe Busià "La definizione di un atto generale come il contratto-tipo ha lo scopo di mettere a disposizione delle Amministrazioni pubbliche un quadro regolamentare chiaro e coerente, e

*al contempo flessibile, che consenta di definire un assetto equilibrato dei diritti e obblighi delle parti contraenti, finalizzato al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento. Si è anche voluto fornire alle amministrazioni un modello contrattuale conforme ai criteri generali stabiliti da Eurostat affinché il contratto di EPC possa essere considerato statisticamente al di fuori del bilancio dell'Ente Committente ('OFF balance' nella definizione europea)".*

Si tratta di una guida per la Pubblica amministrazione impegnata a realizzare interventi di **efficientamento energetico** dei propri edifici. In coerenza con il nuovo codice degli appalti e le indicazioni di **Eurostat** sulla contabilizzazione degli investimenti in EPC (**E.P.C. - Energy Performance Contracts**), il contratto-tipo di prestazione energetica costituirà un utile supporto per le amministrazioni pubbliche nella predisposizione di contratti di efficientamento energetico secondo lo schema del partenariato pubblico privato.

Nella Relazione illustrativa del contratto-tipo di prestazione energetica per gli edifici pubblici di Anac, si legge che per quanto attiene alla **predisposizione del Contratto Standard di EPC** (...), se ne rileva la centralità nell'ottica eurounitaria laddove, all'art. 29, par. 5, la Direttiva UE n. 1791, del 13 settembre 2023 del Parlamento Europeo e del Consiglio "sull'efficienza energetica e che modifica il Regolamento UE 2023/955" stabilisce che "Gli Stati membri sostengono il settore pubblico nell'esame delle offerte di servizi energetici, in particolare per gli interventi di ristrutturazione edilizia:

a) *offrendo contratti tipo per i contratti di rendimento energetico che contengono almeno gli elementi elencati all'allegato XV (norma fondamentale in quanto diretta a elencare, come da rubrica, gli "Elementi minimi che devono figurare nei Contratti di Rendimento Energetico o nel relativo Capitolato d'Appalto". Ndr) e tengono conto delle norme europee o internazionali esistenti, degli orientamenti disponibili in materia di gare di appalto e della guida*

*Eurostat al trattamento statistico dei contratti di rendimento energetico nella contabilità delle amministrazioni pubbliche;*

b) *fornendo informazioni sulle buone pratiche per i contratti di rendimento energetico, che includano, se disponibile, un'analisi costi-benefici basata sull'approccio del ciclo di vita;*

c) *promuovendo e rendendo pubblica una banca dati dei progetti attuati e in corso basati su contratti di rendimento energetico, nella quale siano indicati i risparmi energetici previsti e realizzati".*

Si sottolinea, da ultimo, che il termine fissato agli Stati membri per recepire e dare attuazione – adottando le opportune disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi – alla maggior parte delle prescrizioni della Direttiva in esame (e tra esse, anche le disposizioni del citato Art. 29, par. 5) è la data del 11 ottobre 2025 (Art. 36). [15. <https://www.anticorruzione.it> - ANAC]

L'Unione Europea, con l'emanazione della citata Direttiva n. 1791/2023, ritiene fondamentale il **"ricorso a contratti di rendimento energetico per la ristrutturazione di edifici di grandi dimensioni di proprietà di enti pubblici"**, affermando, all'art. 29, par. 4, che gli Stati membri incoraggino "gli enti pubblici a combinare i contratti di rendimento energetico con servizi energetici ampliati, tra cui gestione della domanda e stoccaggio, al fine di garantire risparmi energetici e mantenere nel tempo i risultati ottenuti attraverso un monitoraggio continuo, un funzionamento efficiente e la manutenzione". [16 Direttiva UE 1791/2023]

## 6. I CAM EPC

Da ultimo, si rileva che il decreto 12 agosto 2024, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 202 del 29 agosto 2024 ed in vigore dal 27 dicembre 2024, ha disciplinato l'"Adozione dei criteri ambientali minimi per l'affidamento integrato di un contratto a prestazione energetica (EPC) di servizi energetici per i sistemi edifici-impianti (CAMEPC 2024)" da prevedere nelle gare di affidamento di servizi elettrici e termici

con contratti a prestazione, il quale ha stabilito i requisiti ambientali minimi dei contratti che comprendono **servizi energetici** per edifici pubblici, inclusi i sistemi tecnici e gli impianti elettrici.

L'applicazione di tali criteri (e dei CAM in generale) è obbligatoria ai sensi dell'articolo 57 del nuovo Codice Appalti e sono da intendersi integrativi, per gli aspetti ambientali, rispetto ai requisiti tecnici o obblighi normativi, derivanti da Regolamenti europei o norme nazionali, già vigenti per il settore.

I **CAM EPC** sono stati elaborati in attuazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (**PAN GPP**), adottato con decreto 3 agosto 2023.

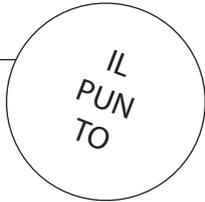
Essi forniscono alcune indicazioni per le stazioni appaltanti e stabiliscono i Criteri Ambientali Minimi (di seguito CAM) per l'affidamento dei **contratti a prestazione energetica** (energy performance contract, EPC) di "Servizi energetici" (servizio elettrico e termico) per il "sistema edificio-impianto".

I CAM EPC si applicano a tutti gli affidamenti, preferibilmente congiunti, di Contratti che includono servizi energetici per gli edifici e i relativi sistemi tecnici per l'edilizia, oltre a tutti gli altri impianti elettrici, inerenti agli edifici-impianti oggetto di EPC- Servizio

Le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM EPC, in base a quanto previsto dall'art. 57, comma 2, del Codice, costituiscono criteri obbligatori che l'Appaltatore/Concessionario deve attuare nel Contratto.". [17. <https://gpp.mase.gov.it>]

# Disciplina applicabile per affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive ai sensi della Legge n.166/2024: Codice contratti o Codice Navigazione? il cd. "rende noto" è ancora possibile?

di Domenico Vitale



IL  
PUN  
TO

Uno dei quesiti che i Comuni si sono trovati ad affrontare dopo la pubblicazione in Gazzetta in data 15 novembre 2024, della Legge 14 novembre 2024 n.166/2024, è la normativa applicabile per gli affidamenti delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive.

Più specificatamente, se dopo l'entrata in vigore di detta normativa, si possa applicare l'art.37 Codice della Navigazione ed il connesso art.18 del Regolamento; ovvero procedere con le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici D.lgs. 31 marzo 2023 n.36 ed oggi il correttivo approvato con il D.lgs. 31 dicembre 2024 n.209.

Vediamo nel dettaglio se può ancora applicarsi il **c.d. "rende noto" del Cod. Navigazione più volte utilizzato nel passato.**

L'art. 37, comma primo, Cod. nav., prevede che «nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico».

L'art.18 reg. es. cod. nav. prevede a sua volta:

- al primo comma, che «quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia»;
- al secondo comma che il provvedimento «che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale»;
- al quarto comma che «in ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione

*delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda»;*

- al quinto comma che *«nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni».*

Va osservato in via preliminare che giurisprudenza amministrativa ha costantemente interpretato dette norme affermando che non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche delle procedure ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione (v., sul punto, *ex plurimis* C.G.A.R.S., sez. giurisd., 22 maggio 2023, n. 350).

L'assenza di tale obbligo è dovuta al fatto che l'art. 37 cod. nav. contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi dei contratti pubblici, in cui è l'amministrazione a rivolgersi ad una platea di eventuali aspiranti.

Nondimeno la giurisprudenza stessa ha ritenuto indispensabile che il procedimento informale di cui agli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav. si svolga con modalità idonee a soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*, rendendo effettivo il confronto fra le istanze in comparazione e, quindi, le *chances concorrenziali* delle nuove imprese contendenti.

Tale affermazione si fonda sul presupposto che con la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato per cui si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza (Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5). Per il delicato e strategico settore delle concessioni demaniali marittime questa

esigenza di assicurare l'effettività di una reale procedura competitiva nel corso degli ultimi decenni, per effetto dei principi del diritto europeo e, più in particolare, della Dir. n. 2006/123/CE, ma anche del progressivo, per quanto lento e faticoso, aggiornamento della legislazione nazionale in materia, si è fatta particolarmente viva ed urgente, soprattutto dopo le ripetute pronunce della Corte di Giustizia UE, in questa materia, e le pronunce nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021, i cui principi – al di là delle vicende che hanno interessato la prima pronuncia, dopo l'annullamento da parte delle Sezioni Unite della Cassazione – sono stati anche di recente riaffermati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Proprio alla luce di questi elementi la procedura "informale" dell'art. 37 cod. nav. (e dell'art. 18 reg. es. cod. nav.), che prende le mosse da una domanda del privato, **non solo non assicura quelle adeguate condizioni di pubblicità** che devono presiedere all'avvio, allo svolgimento e al completamento della procedura selettiva, le quali richiedono, laddove la concessione abbia una rilevanza che trascende il mero ambito locale o, addirittura, assuma interesse transfrontaliero, che essa sia, a seconda dei casi, pubblicizzata a livello regionale, nazionale ed europeo per assicurare la partecipazione alla procedura anche ad eventuali operatori di altri Stati membri interessati (v. ora l'art. 4, comma 2, del citato d.l. n. 118 del 2022, nella formulazione vigente dopo la l. n. 166 del 2024).

Detta procedura ex art.37 nemmeno possiede quegli adeguati requisiti di imparzialità o "equidistanza", da parte dell'ente concedente, che evitino qualsivoglia atteggiamento di favoritismo, anche indiretto, nei confronti dei concessionari storici nella formulazione della legge di gara, prendendo le mosse proprio dalla domanda del concessionario stesso, ferme, ovviamente, le garanzie che la stessa legge di gara deve assicurare per gli investimenti legittimamente effettuati e non ancora ammortizzati al momento in cui subentri un nuovo concessionario. Questi requisiti di imparzialità, massima

partecipazione, non discriminazione e parità di trattamento possono essere assicurati, infatti, **solo dalla previa indizione di una gara, il cui bando preveda anzitutto, l'oggetto e la durata della concessione, l'entità del canone (aggiornato) da pagarsi, i requisiti di partecipazione, i criteri di aggiudicazione nel rispetto, appunto, dei principi di parità di trattamento, di massima partecipazione e di proporzionalità** (v. ora il citato art. 4, commi 3 e 4 del d.l. n. 118 del 2022, nella versione vigente dopo la l. n. 166 del 2024).

L'arcaico e informale modello dell'art. 37 cod. nav. non può dunque ritenersi (più) adeguato alle esigenze di trasparenza e concorrenzialità che permeano questo settore dell'ordinamento, nell'evoluzione che esso ha subito, al pari di altri settori dell'ordinamento (v., sul punto, anche Corte cost., 24 giugno 2024, n. 109, che richiama anche la propria giurisprudenza sulle concessioni per lo sfruttamento delle acque minerali e termali, ma con affermazioni che mantengono validità anche per le concessioni del demanio marittimo) non solo per l'effetto naturale del diritto dell'Unione e della Dir. n. 2006/123/CE, secondo l'interpretazione costante datane dalla Corte di Giustizia UE, ma anche in conseguenza della progressiva tutela e valorizzazione dell'ambiente e del paesaggio che ha contraddistinto, e continua a contraddistinguere, la normativa che regola i beni pubblici e, in particolare, il patrimonio costiero (v. anche Corte cost., 23 aprile 2024, n. 70).

Se così è (v., per tutti, Cons. St., sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4479, 4480 e 4481), si comprende bene perché **l'art. 37 cod. nav. non possa garantire** l'adeguatezza di quella procedura selettiva che, se anche non richiede lo stesso grado di complessità che contraddistingue il codice dei contratti pubblici **(pur richiamato, però, dall'ora novellato art. 4, comma 4, lett. g), del d.l. n. 118 del 2022 ad esempio, per quanto concerne i requisiti di partecipazione, desunti da quelli di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023)**, nemmeno può appagarsi di un modulo procedimentale costruito sulla

domanda di rinnovo del concessionario uscente, pubblicata con il **c.d. "rende noto"** solo a livello locale, in attesa che potenziali concorrenti formulino osservazioni o presentino proprie domande, senza previa determinazione, da parte dell'Autorità pubblica, di imparziali, trasparenti e proporzionali criteri di partecipazione alla gara.

Tali considerazioni non possono ritenersi scalfite con il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, sezione Settima, 30 novembre 2023 n.10378, né alla sentenza della Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2023, in C-348/22.

Da una più attenta lettura della sentenza n.10378/2023 può rilevarsi che essa non ha certo ritenuto, in linea di principio, la sufficienza del solo modulo dell'art. 37 cod. nav. ai fini concorrenziali, sottolineando anzi che *«la previa acquisizione delle manifestazioni di interesse da parte dell'amministrazione non poteva che preludere all'espletamento della procedura comparativa»*; decisione che ha pure affermato che conformemente ai principi del diritto dell'Unione, come desumibili anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, *«la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio: in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e il novellato art. 37 del cod. nav. subordinano il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica»* e che *«anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privo dei necessari criteri predeterminati (ciò che per il Collegio è comunque inammissibile), in ogni caso la comparazione delle proposte ex art. 37 del cod. nav. dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ad approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza»*. La stessa Settima Sezione, pochi giorni dopo, con la sentenza n.10455 del 4 dicembre 2023, ha chiaramente affermato che *«non può [...] ritenersi che ogni esigenza concorrenziale dovrebbe intendersi soddisfatta per effetto della pubblicazione e delle previsioni recate*

dal **"Rende Noto"** e che in linea con l'orientamento della Corte Costituzionale, la quale ha riconosciuto che l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica «è imposto per effetto dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale che richiedono il ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati».

Altro elemento a supporto della tesi circa l'insufficienza del sistema regolamentato dall'art.37 citato lo si ritrova già in tempi addietri in quanto affermato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 40 del 24 febbraio 2017: ove è stato sancito che la disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale e in tale disciplina particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, «assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale».

Lo stesso dicasi con quanto precisato, sempre dalla Corte Costituzionale nella più recente sentenza n. 109 del 24 giugno 2024, laddove ha precisato che anche la disciplina relativa alla presentazione delle istanze di rinnovo delle concessioni «finisce con l'incidere sul regime di durata dei rapporti in corso, perpetuandone il mantenimento, e quindi rafforza, in contrasto con i principi del diritto UE sulla concorrenza, la barriera in entrata per nuovi operatori economici potenzialmente interessati alla utilizzazione, a fini imprenditoriali, delle aree del demanio marittimo».

Interessa, altresì, il passaggio nel paragrafo 67 della sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 aprile 2023, secondo cui: «è vero che gli Stati membri conservano un certo margine di discrezionalità qualora decidano di adottare disposizioni destinate a garantire concretamente l'imparzialità e la trasparenza di una procedura di selezione», ma «resta nondimeno il fatto che, imponendo l'applicazione di una procedura di selezione

imparziale e trasparente, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 prescrive, in maniera incondizionata e sufficientemente precisa, un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali» (Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2023, in C-348/22).

È a quest'ultima affermazione della Corte, coerente del resto con la propria pregressa e costante giurisprudenza, che, invero, deve assegnarsi una valenza sostanziale di non poco rilievo.

Risulta evidente, alla luce del diritto nazionale, ma anche di quello europeo, che l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, ora prevista dall'art. 4 del d.l. n. 118 del 2022 (come da ultimo novellato dalla l. n. 166 del 2024), si impone in maniera sufficientemente condizionata e precisa a tutte le Autorità nazionali, a cominciare da quelle comunali, tenute a dare applicazione al diritto europeo e alla (conforme) legislazione nazionale.

Dunque, il procedimento di cui all'art. 37 cod. nav. che afferma l'obbligo di pubblicazione per venti giorni consecutivi sull'albo comunale della domanda di affidamento o rinnovo della concessione, durante i quali eventuali terzi interessati al medesimo bene demaniale possono presentare osservazioni (e non domande concorrenti), deve ritenersi costituire una non idonea modalità di svolgimento di una procedura di competizione tra più operatori economici.

Dunque, il procedimento ai sensi degli artt. 36 e 37 cod. nav., nonché dell'art. 18 del relativo regolamento di esecuzione, non può ritenersi conforme e soddisfacente degli obiettivi di libera circolazione dei beni e dei servizi all'interno del mercato unico europeo imposto dalla Dir. n.2006/123/CE..

In pratica occorre un bando pubblico predisposto osservando criteri di massima pubblicità, trasparenza e imparzialità dei criteri di assegnazione del bene demaniale; non è affatto sufficiente la pubblicazione dell'istanza di proroga della concessione proposta dallo stesso gestore uscente della concessione

demaniale cui ha fatto seguito, ai sensi delle citate disposizioni del codice della navigazione, il **c.d. "rende noto"** affisso all'Albo pretorio comunale.

Tale "rende noto" costituisce una forma di comunicazione di rilievo solo locale, priva di ogni modalità di evidenza pubblica, del tutto insufficiente e inadeguata a consentire il rispetto della tutela minima della concorrenza imposta dalla Dir. n.2006/123/CE, le cui disposizioni si applicano, in modo incondizionato e sufficientemente preciso, quale contenuto di tutela minima a favore di candidati potenziali.

Deve ritenersi, pertanto, che un eventuale affidamento della concessione con il procedimento in questione non consentirebbe di incidere sulla durata della concessione con una mera proroga automatica e generalizzata. Per quanto sopra esposto, il codice della navigazione prevede una normativa speciale che regola la procedura selettiva per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime scolpita negli articoli 36 e 37, nonché nell'art. 18 del relativo regolamento di attuazione che, nel prescrivere le modalità di pubblicazione delle istanze degli aspiranti concessionari nonché di accesso alla procedura, detta una specifica disciplina (anche) in caso di eventuali domande concorrenti.

Tale procedura contempla per le concessioni di «particolare importanza per l'entità e lo scopo» l'obbligo di pubblicazione per venti giorni consecutivi all'albo comunale (oggi on line) della domanda di affidamento della concessione con espressa indicazione da parte dell'autorità concedente (**c.d. rende noto**) della possibilità per terzi interessati al medesimo bene demaniale di presentare domande concorrenti e/o osservazioni, onde consentire l'apertura di un momento competitivo nel rispetto delle norme sulla concorrenza

Tale procedura, però, come dimostrato innanzi, non è adeguata a garantire la competitività né sul piano pubblicitario, del tutto inadeguato ad assicurare la conoscenza della procedura per eventuali operatori anche residenti all'estero, né soprattutto sul piano contenutistico, avuto

riguardo, per usare le parole della Corte di Giustizia, a «un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali».

Peraltro, seppur datata (Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239), lo stesso Giudice di Appello, anche a prescindere dall'applicabilità della Dir. n. 2006/123/CE, ha statuito che «l'obbligo di dare corpo a forme idonee di pubblicità deriva in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne, in guisa da tenere in non cale disposizioni interne di segno opposto».

Inoltre, sul piano sostanziale va aggiunto che l'art.1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 ha previsto la soppressione del secondo comma dell'art. 37 cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza al concessionario uscente, proprio per evitare ogni diritto di insistenza a favore dello stesso concessionario uscente, avendo l'intervento normativo fatto seguito «alla procedura d'infrazione comunitaria n. 2008/4908, aperta nei confronti dello Stato italiano per il mancato adeguamento all'art. 12, comma 2, della direttiva n. 2006/123/CE, in virtù del quale è vietata qualsiasi forma di automatismo che favorisca il precedente concessionario alla scadenza del rapporto concessorio» (Corte cost., 124 febbraio 2017, n. 40).

Si può ritenere, così, che ogni disposizione del diritto nazionale, che non garantisca adeguate procedure selettive precedute da idonee forme di pubblicità e, soprattutto, dalla predisposizione di criteri imparziali e trasparenti, di fatto reitera e aggrava tale diritto di insistenza perché consente al concessionario uscente di ottenere il rinnovo della concessione con un mero simulacro di gara o, addirittura, senza un reale confronto competitivo, a condizioni di imparzialità garantite dall'amministrazione nazionale.

Come si evince dai sopra richiamati interventi del Consiglio di Stato (la più volte citata sentenza n. 10378 del 2023), la procedura di affidamento è corretta solo con una adeguata pubblicità dell'avviso di indizione

contenente i criteri selettivi, comunque, rinvenibili nell'ordinamento in base al principio di autosufficienza, tra i quali quelli annoverati dalla Legge n.118 del 2022 e, in ultimo, dal Codice degli appalti (cfr. sul punto Cons. St., sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11664).

La conseguenza di ciò è che risulta viziato anche un eventuale ottenimento della proroga della concessione senza l'espletamento di una procedura che garantisca condizioni eque e trasparenti di selezione e, soprattutto, in assenza di un adeguato regime di pubblicità con tutela della concorrenza a favore di potenziali candidati, richiesta dalla Corte di Giustizia e puntualmente recepita dal legislatore nazionale, attraverso la citata previsione di cui all'art. 3, comma 2, della legge n. 118/2022, la quale richiama la nozione di "procedura selettiva".

Pertanto, deve ritenersi doverosa applicazione del diritto nazionale in conformità al diritto dell'Unione, come ha chiarito la Corte di Giustizia UE nella più volte citata sentenza del 20 aprile 2023 in C-348/22, che le autorità comunali solo tenute ad applicare compiutamente la Dir. n. 123/2006/CE e, conseguentemente, a disapplicare, se del caso, le disposizioni nazionali con esso contrastanti, anche limitandone gli illegittimi effetti nel tempo, sul piano dell'efficacia, e riconducendoli ad una efficacia compatibile con le disposizioni unionali e interne.

Né si possono raggiungere conclusioni opposte, con un eventuale richiamo al principio dell'affidamento per la mancata considerazione degli investimenti effettuati.

In coerenza con il costante orientamento del Consiglio di Stato (sezione Settima, 16 dicembre 2024 n.10131) *in subiecta materia*, non è meritevole di tutela la posizione dei concessionari in possesso di provvedimenti, anche di proroga, assunti dall'amministrazione in palese contrasto con il diritto europeo.

Per quanto riguarda gli investimenti effettuati e non ammortizzati al momento in cui dovesse subentrare, all'esito di procedura selettiva

adeguata, un nuovo concessionario, soccorrono ora le previsioni dell'art. 4, commi 4 e 9, del d.l. n. 118 del 2022, siccome riformato, di recente, dal d.l. n. 131 del 2024, convertito con modiche in Legge n.166 del 2024.

Si può concludere, pertanto, che l'entrata in vigore di tale ultima normativa ha fortemente innovato la materia, tanto da ritenersi ormai superato il cd. "rende noto" del Codice della Navigazione, in passato più volte utilizzato per prorogare concessioni demaniali con un mero simulacro di gara, senza un reale confronto competitivo, a condizioni di imparzialità garantite dal diritto dell'Unione a tutela di potenziali investitori.

# Pareri & Sentenze



## **TAR Calabria Catanzaro, Sez. II, 27/2/2025, n. 407**

### *Categoria prevalente e dichiarazione di subappalto*

L'operatore economico "non avrebbe specificato la percentuale delle opere che intende subappaltare nell'ambito della categoria prevalente OS12-B. La dichiarazione, contenuta nel DGUE, da cui risulta che l'operatore economico intende subappaltare ad imprese qualificate «nei limiti di legge vigente, tutte le lavorazioni appartenenti alla categoria OS12-B», sarebbe infatti generica e indeterminata.

... Considerato che l'appalto riguarda un'unica categoria di lavori (OS12-B); che l'art. 119 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, non consente il subappalto per la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente; che analoga previsione è contenuta nella lettera di invito; è chiaro che la dichiarazione dell'operatore economico concorrente può avere un'unica interpretazione, e cioè che esso si riserva il subappalto dei lavori nel limite massimo del 49%."

**TAR Lazio Roma, Sez. II, 25/2/2025, n. 4203**

*Procedure negoziate senza bando e termini presentazione offerte*

“ .... il d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice degli appalti), diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, ometta di prescrivere per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di cui all’art. 76 il rispetto di un termine minimo assoluto per la presentazione delle domande e delle offerte, in ragione della natura eccezionale di tale procedura - infatti ammissibile soltanto nelle ipotesi tassative ivi previste e di sovente utilizzabile in condizioni di unicità del fornitore o di urgenza nell’acquisizione della prestazione, tali da rendere impossibile l’utilizzo delle procedure ordinarie - trovando comunque applicazione il principio generale espresso al comma 1 del successivo art. 92, che (a similitudine di quanto già stabilito all’art. 79 del previgente d.lgs. n. 163/2006) impone alle stazioni appaltanti di fissare dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte che siano necessariamente “adeguati alla complessità dell’appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell’offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”.”

**Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 24/2/2025, n. 108**

*Affidamento servizi sociali sottosoglia e Principio di rotazione*

“ ... se è vero che il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sotto soglia a prescindere da un espresso richiamo in forza della previsione generale di cui all’art. 49, comma 1 del Codice, come correttamente affermato dal T.A.R., è, altresì, vero che gli affidamenti relativi ai servizi alla persona sotto soglia soggiacciono ad una regolamentazione composita come risultante dalla combinazione della disciplina di carattere generale, comprensiva anche del principio di rotazione, e di quella di carattere speciale, contenuta nell’art. 128 del Codice...

Pertanto, l’interpretazione logico-sistematica del comma 8 dell’art. 128 impone che per l’affidamento e l’esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, l’Amministrazione ben può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al comma 3 sopra menzionati.

... Nel caso che occupa, premesso che si verte di affidamento ormai concluso, la determina fa espresso riferimento alla deroga di cui all’art. 49 comma 4 cit., evidenziando che l’Amministrazione ha preso in considerazione la necessità di motivare sulla predetta deroga. E, seppur sinteticamente, ha evidenziato la specifica urgenza del provvedere e l’ottima prestazione professionale dell’Associazione controinteressata in ordine agli specifici interessi tutelati dal servizio.

Ne discende che l’appello è fondato e, pertanto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Per completezza deve aggiungersi che l’ulteriore delibera depositata in atti esula dal parametro del presente giudizio. Tuttavia, non può non rilevarsi che ciò che costituisce ‘urgenza’ in una fattispecie

concreta non 'necessariamente' debba considerarsi tale nel reiterarsi nel tempo dell'affidamento e che – in via generale ed astratta – l'obbligo di motivazione nell'ipotesi di affidamento diretto, anche in deroga al principio di rotazione, con riferimento ai parametri indicati nel comma 3 dell'art. 128 cit., è teso ad evitare la reiterazione ad nutum dell'affidamento diretto al medesimo operatore, in violazione del principio generale dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 36/2023."

**Tribunale Ordinario di Napoli Nord II, SEZIONE CIVILE, 23/2/2025, n. 737**

*In caso di pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante il subappaltatore non può agire nei confronti dell'appaltatore per il pagamento degli importi che deve essere eseguito dalla stazione appaltante*

" ... l'opponente individua nel disposto di tale articolo, una delegazione di pagamento ex lege, per cui la Stazione Appaltante si sostituisce all'appaltatore nella esecuzione del pagamento. La srl opposta, infatti, con la sottoscrizione del contratto tra le parti, poneva il proprio assenso a tale metodo di pagamento, esonerando la dall'obbligo di pagamento.

L'art. 105, comma 13, D.Lgs 50/2016 del Codice dei Contratti Pubblici, non modificato dal successivo D.Lgs 36/2023, prevede che, in materia di appalto di Parte\_1 lavori, servizi e forniture, la stazione appaltante proceda al pagamento diretto dei subappaltatori in tre casi specifici:

- 1) quando il subappaltatore è una microimpresa o una piccola impresa,
- 2) in caso di inadempimento dell'appaltatore,
- 3) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

... L'istituto del pagamento diretto del subappaltatore da parte del committente, quindi, costituisce forma di delegazione di pagamento ex artt. 1269 e ss. c.c., che non incide sul sottostante rapporto giuridico sostanziale e non implica alcun subentro del committente nel contratto di subappalto, avendo l'unico effetto di estinguere, da una parte, la posizione debitoria dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore e, dall'altra, la posizione debitoria del committente nei confronti dell'appaltatore per un importo pari a quanto legittimamente pagato dal primo al subappaltatore."

**TAR Piemonte, Sez. I, 19/02/2025, n. 359**

*In caso di avvalimento della certificazione sulla parità di genere non risulta necessario che l'ausiliaria debba necessariamente operare nel settore coincidente con quello oggetto dell'appalto*

" ... si contesta l'avvalimento utilizzato dall'aggiudicataria con riferimento alla certificazione di rispetto delle regole e dei principi organizzativi volti a salvaguardare la parità di genere.

Fermo restando che la stessa ricorrente non contesta, in astratto, che questa certificazione fosse suscettibile di avvalimento, la censura si concentra sul fatto che, poiché l'ausiliaria dell'aggiudicataria opera in un settore diverso da quello per cui è gara (settore assistenziale) e la certificazione di cui è in possesso effettua esplicito riferimento al rispetto delle regole di parità nel settore in cui la stessa opera, il contratto non sarebbe idoneo ad integrare il requisito ai fini della gara.

Si ritiene sul punto condivisibile la difesa della controinteressata; la certificazione in discussione attiene a scelte e modalità di tipo gestionale ed organizzativo che sono trasversali rispetto ai singoli settori di operatività del soggetto certificato; la stessa ricorrente si avvale per lo stesso requisito di una certificazione rilasciata in favore di un consorzio, la cui attività consiste nell'agevolare in vario modo i consorziati ma che non è iscritto all'Albo Nazionale Gestione Ambientale e quindi ex lege non potrebbe operare nel settore oggetto di gara.

Deve dunque ribadirsi che, ammesso l'avvalimento anche per il prestito di requisiti qualitativi di carattere organizzativo, e ferma la necessaria individuazione di un obiettivo prestito di risorse, non si può sostenere che l'ausiliaria debba necessariamente operare in settore coincidente con quello oggetto dell'appalto purché metta a disposizione personale e procedure amministrativo-organizzative in grado di monitorare e garantire il rispetto delle regole di parità."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 18/2/2025, n. 1353**

*Affidamento diretto e richiesta di accesso agli atti: negata in quanto non concorrente*

" ... venendo in rilievo un affidamento diretto avvenuto a seguito di mera richiesta di preventivi, non inviata a OMISSIS s.r.l., la stessa in quanto non concorrente, non venendo in rilievo una procedura di gara, alcun interesse qualificato e differenziato poteva avere alla conoscenza dell'offerta tecnica della controinteressata in forma non oscurata.

Secondo quanto già ritenuto da questa sezione (Consiglio di Stato, V sezione, del 02 maggio 2024 n. 3979 : "(...) "un'eventuale ostensione al non concorrente delle informazioni comunicate dai partecipanti all'Amministrazione è idonea a incrinare la fiducia riposta dal concorrente nell'Amministrazione, in quanto esorbita dal rischio assunto da quest'ultimo quando ha reso partecipe la stazione appaltante dei dati afferenti alla propria attività, cioè quello che le informazioni imprenditoriali possano essere comunicate agli altri candidati, esposti al medesimo rischio".

Queste conclusioni possono essere estese alla fattispecie di cui è causa, in considerazione del rilievo che rispetto ad un affidamento diretto non sono ravvisabili concorrenti in senso proprio e gli eventuali competitori nel mercato di riferimento possono contestare la decisione dell'amministrazione di addivenire all'affidamento diretto, ma non gli esiti della procedura informale cui non hanno preso parte, destinata ad individuare l'affidatario e pertanto l'offerta da esso presentata..."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 459 del 16 ottobre 2024****UPREC - PRE 0231 -2024-S**

*"Possono essere previsti nel bando di gara, elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, qualora gli stessi consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità della stessa, purché il punteggio attribuito a tali criteri non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo dell'offerta medesima"*

"«le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara». ... nelle citate linee guida è stato aggiunto a quanto sopra che con l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 (oggi sostituito dall'art 108 del d.lgs. 36/2023) «viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica.

Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione [...].».

È stato quindi evidenziato che «Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente» ... le stazioni appaltanti hanno il potere discrezionale, purché esercitato in osservanza dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, «di fissare nella lex specialis elementi dell'offerta che, pur riferendosi in senso lato a requisiti soggettivi dell'operatore concorrente, in attenuazione del generale divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti la valutazione dell'offerta, per la capacità di "illuminare" sulla qualità della stessa, rappresentano un elemento di quest'ultima, poiché esprimono la sua affidabilità (cfr. Cons. Stato, V, 20 giugno 2019, n. 4198)» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 1186/2022)."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****Parere di precontenzioso n. 477 del 23 ottobre 2024  
UPREC-PRE 0257-2024-S**

*"La modulistica non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara e non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del disciplinare. Nel caso in cui la S.A. si limiti, con i chiarimenti, a ribadire quanto già evincibile dalla lex specialis, non è ravvisabile una distorsione della concorrenza nel caso in cui le comunicazioni fornite dalla S.A. solo ad alcuni concorrenti non abbiano impedito in alcun modo la partecipazione, né abbiano posto tali concorrenti in posizione di vantaggio competitivo"*

" ... secondo la giurisprudenza (T.A.R. Puglia Lecce, 2 febbraio 2022, n. 192) "Se esiste un criterio gerarchico tra fonti dirette a comporre la lex specialis, a fortiori analoghi principi devono valere per la modulistica specificatrice, che non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara e che non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del disciplinare (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1516; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 655; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 28 luglio 2016, n. 461)"

... nel caso di specie, a fronte di un modello di domanda in cui era presente, fra le "Ulteriori dichiarazioni", un campo da riempire recante la dichiarazione di aver costituito la cauzione provvisoria, adempimento non previsto dal capitolato di gara, l'istante non soffriva alcun ostacolo alla partecipazione, anzi veniva ammesso e partecipava regolarmente alla gara.

Egli avrebbe potuto evitare il lamentato aggravio della procedura, per aver versato la cauzione provvisoria pur non risultando tale adempimento necessario, provvedendo nel dubbio a chiedere chiarimenti alla S.A. così come gli altri concorrenti ma, in ogni caso, egli non subiva alcun ostacolo alla partecipazione né si ritrovava in posizione di svantaggio rispetto alla procedura di gara o in vista dell'aggiudicazione;"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**Parere di precontenzioso n. 492 del 29 ottobre 2024**

**UPREC-PRE-0277-2024-S-PREC**

*"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Anomalia dell’offerta – Discrezionalità tecnica – Sindacato – Limiti"*

"Le valutazioni della Stazione appaltante in ordine all’anomalia e/o alla congruità dell’offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

Il sindacato dell’Autorità non può, dunque, tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all’esclusiva discrezionalità (tecnica) dell’Amministrazione, né può comportare una verifica delle singole voci dell’offerta, poiché così facendo si invaderebbe una sfera propria della P.A. Tale procedimento comporta una valutazione globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l’obiettivo dell’indagine è l’accertamento dell’affidabilità dell’offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono."

*"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – proroga tecnica"*

La proroga per poter essere attivata dalla Stazione Appaltante deve essere stata prevista a monte, all’interno degli atti della gara originaria, anche al fine di calcolare correttamente il valore dell’appalto che, ai sensi dell’art. 35 co. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*), deve tener conto di tutte le opzioni previste. L’attivazione della proroga dovrebbe avere carattere eccezionale e non essere la regola con cui colmare dei vuoti tra la scadenza di un contratto e l’individuazione del nuovo aggiudicatario, dal momento che la procedura per la sua individuazione dovrebbe sempre essere attivata per tempo da parte dell’Amministrazione.

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 504 del 6 novembre 2024  
UPREC-PRE-0280-2024-L-PREC**

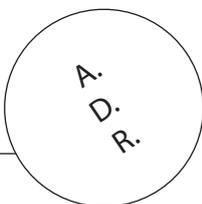
*"L'oggetto di un contratto di avvalimento di un'attestazione SOA, alla luce di principi generali in materi ed al fine di evitare di incorrere nella nullità sancita dall'art. 104 del d.lgs 36/2023, deve risultare sufficientemente determinato e non generico, mettendo a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che hanno consentito di acquisire la necessaria attestazione. In tal caso, la carenza del requisito di qualificazione, peraltro, non potrà determinare la sostituzione dell'ausiliaria ex art. 104, co. 6, salvo che non ricorrano le casistiche del comma 5."*

"... la messa disposizione della attestazione SOA è indicata in maniera generica, mentre di fatto, ad eccezione dell'elenco dettagliato delle attrezzature, le risorse umane messe a disposizione dell'impresa ausiliata si limitano ad un operaio comune ed a un operaio specializzato senza alcun riferimento alla direzione tecnica, elemento necessario e imprescindibile per l'ottenimento dell'attestazione SOA, oggetto di avvalimento. Né vi è alcun riferimento alle risorse umane con competenze tecniche/professionali specifiche necessarie per l'esecuzione dell'appalto" ... l'interpretazione assunta dalla stazione appaltante della vicenda in esame, ancorché rigorosa, appare peraltro suffragata dalla giurisprudenza maggioritaria secondo cui "... nel caso di avvalimento tecnico – operativo, avente ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico – finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse specifiche, le quali devono essere puntualmente indicate in contratto, solo così potendo dirsi rispettata la regola posta dall'art.89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n.50 del 2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria.

... Ne consegue che è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione, e, soprattutto, quando ha ad oggetto, come nella specie, il prestito di personale, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, con indicazione anche delle relative specifiche professionali, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente 'ingannevoli'..." (cfr. Cons. Stato Sez. V, 01.09.2023, n. 8126).

Viepiù nel caso di specie, giacché il requisito oggetto di avvalimento è la certificazione SOA e la cui disciplina è ancora più rigorosamente regolata rispetto all'ipotesi più generale dall'art. 104, co. 2 del d.lgs 36/23, la recente giurisprudenza ha precisato che "l'art. 104 del Codice – al fine di evitare prestiti "cartolari" dei requisiti (integrati dall'attestato SOA) – abbia inteso richiedere (che dal contratto di avvalimento risulti) che l'ausiliaria abbia messo a disposizione tutte le dotazioni tecniche e le risorse, ivi incluse quelle di personale e di manodopera, che sarebbero state richieste all'impresa partecipante (priva di tali risorse) per conseguire l'attestazione SOA relativamente alle lavorazioni della categoria prevalente." (cfr. TAR Sicilia – Catania sez. II, 16.4.2024, n. 1432)."

# A Domanda Rispondiamo



# 1

**Nella selezione degli operatori economici da elenchi precostituiti, per l'invito alle procedure negoziate, può la Stazione Appaltante utilizzare il criterio della prossimità territoriale?**

*Riguardo al principio di prossimità, introdotto dal nuovo Codice dei contratti pubblici agli articoli 58 co 1 e 108 co 7, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il criterio della territorialità è illegittimo ove posto come requisito di partecipazione, impattando frontalmente con i principi del favor participationis e della par condicio tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione; viceversa, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso (TAR Calabria, 901/2021). In sintesi, allo stato e sulla base dei più recenti approdi giurisprudenziali, il principio concorrenziale sembra prevalere, sicché la clausola territoriale appare declinabile quale mero criterio premiale da valorizzare nell'ambito dell'offerta tecnica e non quale requisito di partecipazione.*

# 2

**L'Apposizione del visto del Direttore Lavori sulle fatture di spesa in sostituzione del certificato di regolare esecuzione, può estendersi anche ai servizi?**

Sul punto si è espresso il MIT con parere del 27/02/2025 n. 3267, ha previsto che "la disposizione di cui all'allegato II.14, comma 11 bis trova applicazione per i lavori; infatti la norma è inserita nel Capo I "Dell'esecuzione dei contratti dei lavori", ed essendo una disposizione a carattere speciale non è suscettibile di interpretazione estensiva. Per l'esecuzione dei contratti di forniture e servizi occorre fare riferimento alle disposizioni di cui al Capo II dello stesso allegato II.14, ed in particolare all'art. 38."

# 3

**Qual è il termine minimo per la presentazione delle offerte nelle procedure negoziate senza bando ex art. 76 del D.lgs n. 36/2023?**

Nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ex art. 76 d.lgs. n. 36/2023, il legislatore non prescrive un termine minimo assoluto per la presentazione delle domande e delle offerte.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 92, comma 1, del medesimo decreto, le stazioni appaltanti devono garantire termini adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, nel rispetto del principio di par condicio.

## 4

### **Quali clausole della documentazione di gara devono essere impugnate tempestivamente?**

Il Consiglio di Stato, sez. V con sentenza n. 1350 del 18.02.2025 ha chiarito che rientrano nel genus delle "clausole immediatamente escludenti":

- a) le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
- b) le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;
- c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta ;
- d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;
- e) le clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto);
- f) i bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
- g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso.

## 5

### **Può il subappaltatore agire nei confronti dell'appaltatore per le somme che devono essere corrisposte direttamente dalla stazione appaltante?**

Secondo il Tribunale di Napoli Nord, espressosi con sentenza del 23/02/2025 n. 737: "In presenza di una clausola contrattuale che prevede il pagamento diretto al subappaltatore da parte della Stazione Appaltante, l'appaltatore principale è privo di legittimazione passiva rispetto alle pretese creditorie del subappaltatore. Tale disposizione si conforma all'art. 105, comma 13, D.Lgs. 50/2016, che sancisce la delegazione di pagamento ex lege, attribuendo alla Stazione Appaltante l'onere di corrispondere direttamente il corrispettivo al subappaltatore nei casi previsti dalla norma, senza che ciò comporti un subentro nel rapporto di subappalto. Ne consegue che l'azione diretta del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore principale è inammissibile e il decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti deve essere revocato."

## 6

### Esiste una soglia minima di utile d'impresa al di sotto della quale l'offerta deve ritenersi anomala?

La valutazione della stazione appaltante sulla congruità di una offerta ha natura globale e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta pertanto, "non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico".

## 7

### Quali modifiche contrattuali sono consentite nel nuovo codice nei settori speciali?

L'art. 141 del d.lgs. 36/23, così come modificato dall'art. 47 comma 1 lett. a) del D.Lgs. 209/24, delimita i confini dell'applicazione dell'articolo 120, escludendo nelle fattispecie di cui al presente articolo, l'applicazione del comma 2 dell'articolo 120 (a mente del quale sono consentite modifiche in corso di esecuzione, per lavori supplementari e per le varianti in corso d'opera, entro il limite del 50% del valore iniziale del contratto, in applicazione di quanto previsto dalla Direttiva 2014/24), posto che tale limitazione non è contenuta nella Direttiva 2014/25 afferente ai settori speciali.

## 8

### E' lecita la possibilità di ricorrere al contratto ponte con procedura negoziata senza bando?

L'art. 76, comma 2, lett. c, del Codice dei Contratti disciplina i casi e le circostanze in cui – a prescindere che si tratti di procedure sopra-soglia ovvero procedure sotto-soglia – è ammesso l'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, 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 massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (in tal senso, Cons. St., V, 3 febbraio 2016, n. 413).

Per evitare che una diversa scelta si risolva in un pregiudizio per la continuità nella somministrazione di un servizio essenziale, e per evitare, d'altro canto, che nelle more della scelta risulti avvantaggiato il solo gestore uscente, in violazione del principio apicale di concorrenza, un'Amministrazione potrebbe attivare la procedura d'urgenza volta alla stipulazione di un contratto ponte, nella misura strettamente necessaria, purchè ricorrano i seguenti presupposti di stretta interpretazione (Cfr TAR Campania, con Sentenza 02200/2024):

- ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;
- ricorrenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;
- circostanze invocate a giustificazione che "non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici" (C.d.S., V, 24.3.2022, n. 2160; C.d.S., V, 22.11.2021, n. 7827).

# 9

## Quali sono le relazioni tra CAM e DNSH?

L'obbligo di applicazione dei CAM riguarda tutti i settori merceologici disciplinati dai CAM e gli affidamenti di qualunque importo.

I Criteri Ambientali Minimi (CAM) rappresentano le specifiche misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale per varie categorie di appalti della Pubblica Amministrazione e si inseriscono tra gli strumenti di politica per i cosiddetti "appalti pubblici verdi" (Green Public Procurement).

Stante le disposizioni della circolare RGS n. 33 del 13.10.2022, il principio DNSH, "declinato sui sei obiettivi ambientali definiti nell'ambito del sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili, ha lo scopo di valutare se una misura possa o meno arrecare un danno ai sei obiettivi ambientali individuati nell'accordo di Parigi (Green Deal europeo)".

Una delle principali novità dell'aggiornamento 2024 della Guida DNSH riguarda l'individuazione, per specifiche attività, dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) di cui all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 36/2023) che consentono di assicurare il rispetto dei requisiti DNSH.

E' evidente la relazione tra CAM e DNSH nelle schede tecniche della Guida DNSH in quanto, l'uso dei CAM è espressamente richiamato dal contenuto delle medesime schede.

Per tutte le altre schede tecniche, nella Guida DNSH è precisato se si tratti di un requisito specifico DNSH (quindi aggiuntivo sia rispetto ai CAM sia rispetto alla normativa ambientale vigente), e con che modalità il CAM di riferimento può rendere più efficiente l'applicazione dello stesso oltre a supportarlo nella comprova degli adempimenti utili al rispetto del requisito DNSH.

Una sintesi dei controlli richiesti per dimostrare la conformità ai principi DNSH è riportata nelle apposite check list. Ciascuna Scheda è infatti

accompagnata da una check list di verifica e controllo, che riassume in modo sintetico i principali elementi di verifica richiesti nella corrispondente Scheda.

Ogni check list quindi è strutturata in più punti di controllo, a cui sono associate tre risposte possibili (si/no/n.a.) e a cui è stato aggiunto un campo note al fine di consentire alle Amministrazioni di proporre le loro osservazioni qualora ritenessero le opzioni proposte non esaustive.

## Tar Catania n.297 del 29/01/2025: l'avvalimento operativo.

IN  
PIL  
LOLE

La sentenza del TAR Catania n. 297 del 29 gennaio 2025 affronta un aspetto cruciale della normativa sugli appalti pubblici, in particolare per quanto concerne il contratto di avvalimento, una modalità che permette ad un'impresa di avvalersi dei requisiti di un'altra impresa per partecipare ad una gara di appalto.

Il caso in esame si concentra sul ricorso presentato dalla società -OMISSIS1- s.r.l., che contesta la validità del contratto di avvalimento stipulato da altre imprese, deducendo la nullità strutturale del medesimo. Il TAR si confronta con le argomentazioni presentate dalle parti, analizzando vari principi giuridici fondamentali in tema di avvalimento operativo, determinabilità dell'oggetto del contratto, e la validità del contratto in relazione all'attestazione SOA.

Partendo dal presupposto che con il contratto di avvalimento l'operatore economico partecipa ad un appalto avvalendosi dei requisiti di un'impresa ausiliaria, questa tipologia contrattuale può assumere diverse forme, ma nella sentenza oggetto di disamina l'attenzione è rivolta in particolare all'avvalimento operativo, che implica la messa a disposizione di mezzi, risorse e personale necessari per l'esecuzione dell'appalto.

La sentenza evidenzia una distinzione fondamentale tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo. L'avvalimento di garanzia riguarda la messa a disposizione di un requisito soggettivo (ad esempio, un'attestazione SOA), mentre l'avvalimento operativo implica la messa a disposizione di risorse fisiche e umane.

Il TAR ribadisce che, nell'ambito dell'avvalimento operativo, non è richiesta una specifica e dettagliata quantificazione delle risorse e del personale, ma deve essere comunque possibile determinare le funzioni che l'impresa ausiliaria svolgerà nell'appalto.

Un aspetto cruciale della sentenza riguarda la determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento.

In generale, il contratto di avvalimento non necessita di una quantificazione rigorosa delle risorse, ma deve comunque consentire l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere e dei parametri per la quantificazione delle risorse.

Il TAR Catania fa riferimento a giurisprudenza consolidata, che stabilisce che l'oggetto del contratto deve essere determinato o almeno determinabile.

La sentenza del TAR richiama il principio dell'interpretazione complessiva del contratto secondo buona fede, come previsto dagli articoli 1363 e 1367 del Codice Civile.

Secondo il Tribunale, l'indagine sugli elementi essenziali dell'avvalimento deve essere improntata a questi principi, che stabiliscono che le clausole contrattuali debbano essere interpretate in modo coerente e in buona fede. Questo è un aspetto fondamentale per la validità del contratto di avvalimento, poiché la mera indicazione generica delle risorse o delle qualifiche non è di per sé sufficiente a garantire la legittimità dell'operazione.

Un altro punto saliente della sentenza è la trattazione dell'uso dell'avvalimento per l'ottenimento dell'attestazione SOA. L'attestazione SOA è una certificazione fondamentale che attesta la capacità tecnica e finanziaria di un'impresa per partecipare ad un appalto di lavori pubblici. Secondo la sentenza, il contratto di avvalimento deve garantire che l'impresa ausiliaria metta a disposizione non solo il requisito soggettivo (l'attestazione SOA), ma anche le risorse e il proprio apparato organizzativo necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Il Tribunale si sofferma sulla necessità di un "intero setting di elementi e requisiti" che giustifichino l'attribuzione dell'attestazione SOA e di come l'impresa ausiliaria debba impegnarsi concretamente a mettere a disposizione risorse operative, e non solo a fornire un valore astratto.

Si evidenzia che il contratto di avvalimento deve dare conto, in modo puntuale, di tutte le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto, e non può limitarsi alla mera dichiarazione di possesso dell'attestazione SOA.

Il ricorso presentato da -OMISSIS1- s.r.l. riguarda la presunta nullità strutturale del contratto di avvalimento stipulato tra le altre imprese. La tesi della ricorrente si basa sull'idea che il contratto non soddisfi i requisiti di legge, in quanto non specifica in maniera adeguata le risorse e i mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Tuttavia, il TAR Catania rigetta questa argomentazione, ritenendo che il contratto di avvalimento in questione soddisfi le esigenze di determinabilità dell'oggetto e di specificazione delle risorse, anche se non in maniera eccessivamente dettagliata.

Un altro punto importante della sentenza riguarda l'onere della prova in capo al concorrente. La ricorrente principale è chiamata a dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegni semplicemente a fornire un requisito soggettivo, come l'attestazione SOA, ma assuma una specifica obbligazione di mettere a disposizione le proprie risorse per l'esecuzione dell'appalto. La sentenza richiama la giurisprudenza che impone il rispetto di questo principio, affermando che il contratto di avvalimento deve garantire un impegno operativo concreto da parte dell'impresa ausiliaria.

La sentenza si confronta con un precedente giurisprudenziale emesso dal TAR Sicilia-Catania, Sez. II, n. 1432/2024, in cui il contratto di avvalimento era stato dichiarato nullo per motivi simili. Tuttavia, il TAR Catania distingue la vicenda in esame da quella precedente, ritenendo che le circostanze del caso concreto non siano completamente sovrapponibili, e che il contratto di avvalimento in questione sia conforme alle norme e principi applicabili.

In conclusione, la sentenza del TAR Catania n. 297 del 29 gennaio 2025 rappresenta un'importante riflessione sul ruolo del contratto di avvalimento nelle gare di appalto, evidenziando l'importanza di garantire che gli operatori economici rispettino i principi di buona fede e di determinabilità degli impegni contrattuali. Sebbene il contratto di avvalimento non debba essere necessariamente dettagliato in ogni suo aspetto, deve comunque consentire una chiara identificazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione, al fine di garantire la piena idoneità all'esecuzione dell'appalto.

La sentenza offre anche un utile spunto di riflessione sul rispetto della normativa vigente, in particolare per quanto riguarda l'attestazione SOA e la sua integrazione con l'avvalimento operativo.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato  
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

**MEDIAAPPALTI**

Publicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**



sulla  
**Corte dei Conti**

Analisi di pareri e pronunce su questioni  
attinenti all'attività contrattuale  
ed in genere all'azione amministrativa  
delle Stazioni appaltanti.

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

marzo  
**2025**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

# **sommario**

---

## **Guida sulle procedure di somma urgenza - Corte dei Conti, sezione regionale Basilicata, deliberazione n. 23/2025**

1. La vicenda
2. Somma urgenza e debiti fuori bilancio
3. Le procedure di somma urgenza
4. La deliberazione
5. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia

**3**

---

## **La gestione contabile dell'incarico legale - Corte dei Conti, sezione regionale Puglia, deliberazione n. 22/2025**

1. La vicenda
2. La deliberazione
3. Il principio contabile (spiegato nella deliberazione)

**7**

---

## **Gli obblighi dell'utilizzo del MEPA - Corte dei Conti, sezione regionale Puglia, deliberazione n. 22/2025**

1. La vicenda
2. La deliberazione
3. La raccomandazione della Corte ai RUP

**9**

---

# **Guida sulle procedure di somma urgenza**

---

## **1. La vicenda**

Nello svolgimento di attività di controllo sui rendiconti la sezione della Basilicata – in relazione appunto al rendiconto di un comune – evidenzia una serie di riconoscimenti di debiti fuori bilancio, per procedure di somma urgenza, avvenuti in modo non appropriato.

In particolare, il riconoscimento dei debiti – determinati dall'autorizzazione da parte del RUP di interventi di somma urgenza (per evitare pericoli) -, sono avvenuti in violazione della stretta tempistica stabilita dal decreto legislativo 267/2000 (ed in particolare, rispetto a quanto stabilito dall'articolo 191, comma 3).

La vicenda consente alla sezione di rammentare al RUP le modalità tassative da seguire nella procedure in parola.

## **2. Somma urgenza e debiti fuori bilancio**

Nella deliberazione si dà atto della richiesta, in sede istruttoria di fornire maggiori dettagli circa i debiti" fuori bilancio in riconoscimento di procedure di somma urgenza.

In risposta al quesito formulato, l'Ente ha inviato due prospetti, di cui uno relativo ai debiti fuori bilancio complessivamente riconosciuti (€ 55.602,39 da sentenze esecutive ai sensi della lettera a) dell'art. 194 TUEL e € 137.577,38 per lavori di somma urgenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 191, comma 3 e 194 lett. e) TUEL), e l'altro riportante, in relazione a quest'ultima categoria, le date dell'ordinazione fatta a terzi, della proposta al Consiglio provinciale, nonché della delibera di riconoscimento.

Il Collegio puntualizza che con specifico riguardo ai debiti riconosciuti per lavori di somma urgenza, appare opportuno ricostruire le principali disposizioni legislative che governano la fattispecie in esame.

## **3. Le procedure di somma urgenza**

Nell'analisi affrontata dalla sezione viene in considerazione il pregresso regime disciplinato nell'articolo 163 del codice dei contratti 50/2016 sostanzialmente riprodotto nell'articolo 140 dell'attuale codice.

Non a caso, nella relazione tecnica che accompagna il nuovo codice, gli estensori precisano che "Relativamente ai contratti ed alle procedure di affidamento urgenti, si è ritenuto di non intervenire sulle varie e gradate fattispecie di urgenza variamente qualificate, attualmente previste dall'art. 163 del vigente codice, né sulle previsioni di dettaglio.

Sul piano formale, al comma 6 è stato aggiornato (con il richiamo alla disciplina del decreto legislativo n. 1 del 2008) l'attuale, e superato, riferimento al decreto legislativo n. 225 del 1992, contenuto nel comma 6 dell'art. 163. Per i servizi e le forniture è stata introdotta al comma 9 la soglia di euro 140.000, in coerenza con la disciplina generale del codice. Si è, infine, optato per la soppressione del parere di congruità affidato all'ANAC dal vigente comma 9 dell'art. 163, in quanto recante un incongruo aggravio procedimentale".

## **4. La deliberazione**

Nella deliberazione si annota che l'art. 163 del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/16), applicabile *ratione temporis*, rubricato "Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile", disciplina i presupposti giuridici necessari per procedere ad affidamenti diretti di lavori.

A tal riguarda la disposizione prevede(va) – ma si ripete le disposizioni sono rimaste sostanzialmente invariate anche nel nuovo codice) -, che (per i profili di interesse) "1. In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il soggetto fra il responsabile del procedimento

e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità. (...) 4. Il responsabile del procedimento o il tecnico dell'amministrazione competente compila entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori.

Qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa viene assicurata con le modalità previste dall' articolo 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e), del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni e integrazioni (...)

Per quanto concerne gli aspetti giuscontabilistici, precisa la Corte, le disposizioni di interesse sono principalmente contenute nei sopra menzionati articoli 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e) del TUEL (riconoscimento di debiti fuori bilancio per acquisizione di beni e servizi in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191), espressamente richiamati dal citato art. 163, comma 4, del codice dei contratti.

L'art. 191 del decreto legislativo 267/2000 al comma (modificato dall'art. 1, comma 901, della L. 30 dicembre 2018, n. 145), spiega che "Per i lavori pubblici di somma urgenza, cagionati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile, la Giunta, entro venti giorni dall'ordinazione fatta a terzi, su proposta del responsabile del procedimento, sottopone al Consiglio il provvedimento di riconoscimento della spesa con le modalità previste dall'articolo 194, comma 1, lettera e), prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità.

Il provvedimento di riconoscimento è adottato entro 30 giorni dalla data di deliberazione della proposta da parte della Giunta, e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso se a tale data non sia scaduto il predetto termine.

La comunicazione al terzo interessato è data contestualmente all'adozione della deliberazione consiliare".

La disposizione in argomento, quindi, si occupa degli aspetti di copertura finanziaria degli interventi effettuati dal responsabile unico del progetto/intervento "nell'imminenza del pericolo, in quanto il bene della pubblica incolumità (a cui è legato il bene della vita) merita la massima protezione e richiede un intervento tempestivo, che non può attendere o essere subordinato ai tempi dei procedimenti amministrativi ordinari di spesa, regolamentati dal medesimo testo unico".

In pratica la disposizione consente all'amministrazione una regolarizzare, dal punto di vista contabile, della spesa che, necessariamente, viene effettuata senza impegno, subordinando questa possibilità "nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità", confermando il principale presupposto dell'intervento urgente in deroga.

## 5. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia

L'aspetto, altrettanto, interessante è che la deliberazione ricorda al RUP i principi stabiliti dalla giurisprudenza contabile in relazione a queste particolari procedure.

Nel dettaglio, si legge nella deliberazione:

- "secondo la nuova versione della norma, è sempre obbligatorio riconoscere come debito fuori bilancio i lavori di somma urgenza, per i quali non risulta possibile rispettare l'iter ordinario del procedimento di spesa e non già solo quando sull'apposito capitolo vi è insufficienza di fondi";
  
- "sarà necessario procedere sempre al riconoscimento consiliare delle spese derivanti per i lavori di somma urgenza apprestando la relativa copertura finanziaria, tuttavia solamente nei limiti delle necessità accertate per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità";
- "laddove, tuttavia, si verifichi la violazione dei commi 1,2 e, per quanto di interesse ..., del comma 3 (ovvero dei termini entro i quali la Giunta deve provvedere alla sottoposizione dal Consiglio del provvedimento di riconoscimento del debito) si applica il successivo comma 4 e il riconoscimento potrà essere adottato, ai sensi dell'art. 194, comma 1,lett. e) "nei limiti degli accertati e dimostrati utilità e arricchimento per l'ente";
  
- " il rinvio alle modalità previste dall'art. 194, lett. e) per il riconoscimento di detti debiti fuori bilancio non [ha] valenza esclusivamente procedimentale ma anche sostanziale: tuttavia, laddove l'iter procedurale seguito dall'amministrazione si sia svolto nell'ambito dei ristretti termini previsti dalla legge, il riferimento alle "modalità" di cui all'art. 194 lett. e) è da intendersi nel senso che è sempre necessaria l'adozione della delibera consiliare con la quale riconoscere la spesa sostenuta per lavori di somma urgenza, purché strettamente attinenti alla rimozione dello stato di pericolo: in tal caso l'utilitas per l'amministrazione coincide con la spesa sostenuta come risultante dalla perizia tecnica e dal corrispettivo concordato consensualmente: ciò in quanto tale modalità procedurale, sia pure derogatoria rispetto all'ordinaria gestione contabile, è stata estesa dal legislatore, con la novella del 2018, all'intera materia dei lavori di somma urgenza e di protezione civile; pertanto, laddove l'attività gestionale sia mantenuta entro l'alveo temporale segnato dalla legge non v'è ragione che giustifichi la decurtazione dell'utile d'impresa. La violazione di detti termini procedurali, invece, determina l'applicazione della disciplina sostanziale di cui all'art. 194, lett. e) come da consolidata giurisprudenza del giudice contabile: in tal caso il riconoscimento opererà esclusivamente nei limiti dell'utilità ricevuta dall'amministrazione mentre per la parte non riconoscibile (l'utile d'impresa) il rapporto obbligatorio intercorrerà tra il privato fornitore e l'amministratore che ha disposto la fornitura"(cfr. Sezione di controllo per la Regione siciliana, del. n. 121/2019/PAR e del. n. 79/2024/PAR, nonché Sezione di controllo per la Regione Emilia-Romagna, del. n. 110 /2024/ PRSE)".

La conclusione come detto, è che nel caso di specie i riconoscimenti dei debiti non sono avvenuti secondo le tempistiche stabilite dalla norma in particolare alcune deliberazioni non "risultano rispettose dei termini" imposti dal legislatore (con conseguente segnalazione all'ente).

# **La gestione contabile dell'incarico legale**

---

## **1. La vicenda**

DI particolare rilievo risulta anche l'analisi effettuata/espressa dalla sezione Puglia – con la deliberazione n. 22/2025, anch'essa in fase di controllo del rendiconto -, sulla corretta gestione contabile degli incarichi legali. In particolare in relazione alla necessità di impegnare la spesa al momento della stipula del contratto e, soprattutto, di una necessaria verifica, a carico del RUP, prima di ogni rendiconto sul mantenimento o meno del residuo e sul suo "aggiornamento" (al fine di assicurare la copertura dell'incarico ed evitare debiti fuori bilancio)

## **2. La deliberazione**

Nel dettaglio, il collegio ricorda una "genericità della motivazione per ciascuna re-imputazione e la mancata alimentazione del FPV di parte corrente per spese legali relativamente agli esercizi 2022 e 2023, nonostante nel Titolo 3 delle entrate (cap. n. 3122 del cod. bilancio n. 3.05.99.99.999) siano presenti residui conservati dal 2019 al 2023 per "Recupero crediti vari dell'Amministrazione Comunale. Impegno di spesa per conferimento incarico legale".

In relazione all'esigenza di una particolare attenzione del RUP, il Collegio rammenta che il principio applicato della contabilità finanziaria 4/2, punto § 5.2 lett. g), dedica una specifica regolamentazione alle spese per conferimento di incarichi a legali esterni e tanto in ragione della circostanza che trattasi di spese che per lungo tempo, in forza della loro gestione contabile, hanno generato problemi di sottostima degli impegni originariamente assunti e di debiti fuori bilancio negli anni successivi.

### **3. Il principio contabile (spiegato nella deliberazione)**

Il principio contabile, si spiega in delibera, al fine di dare certezza alla copertura della spesa sin dal momento dell'affidamento dell'incarico al legale esterno, ha previsto, in deroga al principio di competenza finanziaria potenziata, l'imputazione del relativo impegno di spesa, all'esercizio in cui il contratto viene sottoscritto, con l'obbligo, in occasione del riaccertamento ordinario dei residui, di verificarne la maturata esigibilità, in modo da mantenerlo a residuo e richiederne la fatturazione, ovvero di procedere alla re-imputazione alle annualità successive: in questo caso, l'ente dovrà cancellare l'impegno e costituire il FPV destinato a finanziare la spesa re-imputata (cfr. punto § 5.2 lett. g), principio contabile 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 secondo cui: «gli impegni derivanti dal conferimento di incarico a legali esterni, la cui esigibilità non è determinabile, sono imputati all'esercizio in cui il contratto è firmato, in deroga al principio della competenza potenziata, al fine di garantire la copertura della spesa.

In sede di predisposizione del rendiconto, in occasione della verifica dei residui prevista dall'articolo 3, comma 4 del presente decreto, se l'obbligazione non è esigibile, si provvede alla cancellazione dell'impegno ed alla sua immediata re-imputazione all'esercizio in cui si prevede che sarà esigibile, anche sulla base delle indicazioni presenti nel contratto di incarico al legale. Al fine di evitare la formazione di debiti fuori bilancio, l'ente chiede ogni anno al legale di confermare o meno il preventivo di spesa sulla base della quale è stato assunto l'impegno e, di conseguenza, provvede ad assumere gli eventuali ulteriori impegni. Nell'esercizio in cui l'impegno è cancellato si iscrive, tra le spese, il fondo pluriennale vincolato al fine di consentire la copertura dell'impegno nell'esercizio in cui l'obbligazione è imputata.

Al riguardo si ricorda che l'articolo 3, comma 4, del presente decreto prevede che le variazioni agli stanziamenti del fondo pluriennale vincolato e dell'esercizio in corso e dell'esercizio precedente necessarie alla reimputazione delle entrate e delle spese reimputate sono effettuate con provvedimento amministrativo della giunta entro i termini previsti per l'approvazione del rendiconto».

# **Gli obblighi dell'utilizzo del MEPA**

---

## **1. La vicenda**

La deliberazione n. 22/2025 della sezione Puglia, risulta di particolare importanza anche per le considerazioni espresse in tema di obbligatorio utilizzo del MEPA. Nel caso esaminato in fase di controllo del rendiconto – di un comune -, la sezione rileva una tendenza a procedere con acquisti fuori dal MEPA. La vicenda – ovviamente non appropriata – è stata oggetto anche di segnalazione.

## **2. La deliberazione**

Constato il rilevante utilizzo di procedure extra MEPA, il Collegio richiama gli orientamenti, in materia, della giurisprudenza contabile.

Nel dettaglio si rammenta che "il presupposto per procedere ad acquisti autonomi extraConsip e centrali di committenza regionali **è l'inidoneità del bene o del servizio al soddisfacimento dello specifico bisogno dell'amministrazione, per mancanza di caratteristiche essenziali.**

Inidoneità, che deve emergere da un confronto operato tra lo specifico fabbisogno dell'ente e il bene o il servizio oggetto di convenzione, sembra dover riguardare esclusivamente le caratteristiche del bene, senza che la valutazione possa estendersi a elementi ulteriori che incidono sul fabbisogno..." (deliberazione SRC Emilia Romagna, n. 38/2016/PAR).

Il presupposto per procedere ad acquisti autonomi extraConsip e centrali di committenza regionali consiste, si precisa, nell'inidoneità del bene o del servizio al soddisfacimento dello specifico bisogno dell'amministrazione, per mancanza di caratteristiche essenziali. Come osservato da precedenti deliberazioni della Corte dei conti, a cui questa Sezione si uniforma, non esistono, allo stato, possibilità di approvvigionamento alternative diverse da quelle previste dalle suddette disposizioni, le quali, tra l'altro, avendo carattere derogatorio e, quindi, eccezionale, devono considerarsi di stretta interpretazione.

Pertanto, ad avviso della giurisprudenza contabile, in generale, il ricorso diretto al mercato, laddove sia suscettibile di determinare un effettivo risparmio di spesa, potrà avvenire in presenza dei presupposti individuati dal legislatore e nei limiti da quest'ultimo fissati (deliberazione SRC Veneto n.348/2017).

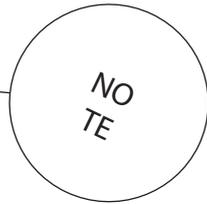
## **3. La raccomandazione della Corte ai RUP**

Da notare, come anticipato, che il collegio raccomanda al Comune (nda il riferimento deve intendersi ovviamente ai RUP), via generale, di conformarsi a quanto previsto dalla normativa vigente.

In particolare è da richiamare il comma 450 dell'art. 1 della Legge n. 296/2006 in cui si dispone che "Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.”.

Da notare, ovviamente, che anche per gli acquisti di importo inferiore ai 5mila euro occorre utilizzare le PAD (anche non certificate, almeno fino al 30 giugno 2025 come da comunicazione del Presidente dell'ANAC) le faq sulla digitalizzazione dell'ANAC, A4 e D7 evidenziano che la deroga, per gli enti locali, sugli acquisti di importo inferiore ai 5mila euro (e sulla possibilità di procedere extra MEPA, ora PAD) deve ritenersi non più applicabile dal 1° luglio 2023.



A series of horizontal dotted lines for writing notes.