



Cattedra

RELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

REVIEW DELLA LETTERATURA E INDIVIDUAZIONE DELLE DOMANDE DI RICERCA

CAPITOLO 1

IL QUADRO NORMATIVO E I PRINCIPI FONDAMENTALI IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI

1) Evoluzione della disciplina dei contratti pubblici in Italia e nell'Unione Europea	12
2) I principi fondamentali del nuovo codice dei contratti pubblici	15
3) Il carattere realmente innovativo e l'attitudine interpretativa dei principi	19
3a) il principio del risultato	21
3b) il principio della fiducia. La nuova responsabilità erariale nel settore dei contratti pubblici. La copertura assicurativa	24
3c) il principio dell'accesso al mercato	26
3d) il principio di buona fede e tutela dell'affidamento	28
3e) il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale	31
3f) il principio di auto-organizzazione amministrativa e di autonomia contrattuale	33
3g) Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Sopravvenienze rilevanti e diritto alla rinegoziazione	35
3h) il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione	38
4) I principi per le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione	40
4a) il principio di concorrenza e suddivisione in lotti	41
4b) il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti	43
4c) i principi di pubblicità, tempestività ed equivalenza	45
5) I principi relativi alla fase dell'esecuzione	48
6) Il ruolo dell'Anac e il recepimento delle direttive europee	49

CAPITOLO 2

LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

1) I sistemi di aggiudicazione	54
2) La procedura aperta e la procedura ristretta	57
3) La procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione	60
4) La procedura negoziata senza pubblicazione del bando	63
5) Le procedure di gara informatizzate. Il sistema dinamico di acquisizione, l'asta elettronica, i cataloghi elettronici	66

CAPITOLO 3:

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

1) La partecipazione alla procedura di gara: i requisiti di partecipazione	70
1.1) Le cause di esclusione automatica: il rilievo della sentenza di patteggiamento, interdittive, violazioni di obblighi tributari e previdenziali, liquidazione giudiziale e concordato	72
1.2) Le cause di esclusione non automatica e il grave illecito professionale	75
1.3) Esclusione dalla gara per violazione degli obblighi informativi	78
1.4) I requisiti di ordine speciale e il sistema di qualificazione	81
1.5) L'esclusione e la verifica del possesso dei requisiti. Il c.d. <i>self cleaning</i>	84
1.6) Soccorso istruttorio	87
2) Partecipazione associata alle gare: raggruppamenti temporanei di imprese	90

2.1) Il superamento della distinzione tra raggruppamento orizzontale e verticale	92
2.2) Il rapporto di mandato e la responsabilità solidale dei partecipanti al R.T.I.	94
2.3) Modifiche dal lato soggettivo e recesso dell'R.T.I.	96
3) Consorzi	99
4) Le reti di impresa	102
5) L'avvalimento	105
6) Le garanzie per la partecipazione alle procedure	109
7) La selezione delle offerte: i criteri di aggiudicazione	111
8) Le offerte anormalmente basse	115

CAPITOLO 4:

L'AGGIUDICAZIONE E LA STIPULA DEL CONTRATTO

1) L'aggiudicazione: natura giuridica e rilievo dello <i>jus superveniens</i>	119
2) La proposta di aggiudicazione e i controlli sulla stessa, la rilevanza giuridica dell'approvazione	125
3) Annullamento del bando, caducazione automatica dell'aggiudicazione e tutela del terzo aggiudicatario	131
4) Il contratto, la sua forma, i termini di conclusione, le conseguenze della relativa inosservanza e l'approvazione	137
5) L'avvio di esecuzione e lo <i>stand still</i> sostanziale e processuale	145

CAPITOLO 5

CONTRATTI PUBBLICI E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

1) La considerazione dello sviluppo sostenibile nel nuovo codice dei contratti pubblici	152
2) Il <i>public procurement</i> e la promozione della sostenibilità ambientale nell'unione Europea	155
3) Dall'approccio eurounitario " <i>non mandatory</i> " all'approccio " <i>mandatory</i> " accolto dal legislatore nazionale	158
4) Il riconoscimento di una maggiore discrezionalità ai funzionari e dirigenti delle stazioni appaltanti e la promozione della sostenibilità ambientale	160
5) Sostenibilità e innovazione nei contratti pubblici	162

CAPITOLO 6

L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1) Premessa	168
2) Requisiti per l'esecuzione dell'appalto	173
3) Direzione dei lavori e dell'esecuzione. Il R.U.P. e i suoi collaboratori	178
4) Il collaudo e la verifica di conformità	189
5) Le garanzie	191
6) Il subappalto. Il subappalto a cascata	195
7) Le modifiche del contratto in corso di esecuzione. Proroga e rinnovo del contratto in corso di esecuzione	197
8) Vicende particolari in corso di esecuzione: sospensione, risoluzione e il recesso	200

CONCLUSIONI	205
--------------------	-----

APPENDICE NORMATIVA- INDICE DEL DECRETO LEGISLATIVO

31.03.2023, N.36 -CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	209
--	-----

BIBLIOGRAFIA	230
---------------------	-----

INTRODUZIONE

Il sistema degli appalti pubblici rappresenta uno degli strumenti fondamentali per l'attuazione delle politiche economiche e sociali di uno Stato, incidendo in modo significativo sullo sviluppo infrastrutturale, sulla concorrenza e sulla trasparenza dei processi amministrativi. La disciplina dei contratti pubblici, infatti, si colloca al crocevia tra esigenze di efficienza economica, tutela della legalità e promozione della concorrenza, risultando una materia di particolare rilevanza sia per gli operatori del settore sia per gli studiosi del diritto amministrativo ed economico. La regolamentazione degli appalti pubblici non si limita a disciplinare gli aspetti procedurali e organizzativi delle gare, ma assume una funzione strategica nell'indirizzare le scelte amministrative verso criteri di economicità, sostenibilità e buon andamento dell'azione pubblica. La complessità del sistema degli appalti pubblici richiede un costante aggiornamento normativo, volto a garantire la conformità alle direttive europee e alle migliori pratiche internazionali, assicurando allo stesso tempo la tutela degli interessi pubblici e il corretto funzionamento del mercato. L'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici segna una tappa fondamentale nell'evoluzione normativa italiana, recependo le istanze provenienti dall'ordinamento europeo e introducendo principi di ampia portata che mirano a garantire maggiore flessibilità, efficienza e semplificazione nelle procedure di affidamento ed esecuzione degli appalti. Tale riforma si inserisce in un contesto più ampio di modernizzazione della pubblica amministrazione, rispondendo all'esigenza di rendere il sistema degli appalti più agile, accessibile e conforme ai principi di buon andamento e imparzialità sanciti dalla Costituzione italiana. L'introduzione di nuovi principi regolatori non solo mira a migliorare la qualità delle gare d'appalto e a incentivare la concorrenza tra gli operatori economici, ma anche a rafforzare la fiducia degli investitori e delle imprese nella pubblica amministrazione. La revisione normativa si prefigge l'obiettivo di bilanciare le esigenze di controllo della spesa pubblica con la necessità di garantire tempi rapidi e maggiore certezza giuridica nell'affidamento e nella gestione dei contratti pubblici. Uno degli aspetti più rilevanti della riforma è rappresentato dall'introduzione di principi generali che non solo regolano le singole fasi del procedimento, ma fungono anche da guida interpretativa per l'applicazione del Codice. Tra questi, si segnalano il principio del risultato, che pone l'accento sull'efficacia dell'azione amministrativa, e il principio della fiducia, volto a ridurre la burocratizzazione e a responsabilizzare i soggetti coinvolti nella gestione degli appalti. Altri principi, come quello di buona fede, tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, concorrono a definire un quadro normativo più equilibrato tra le esigenze della

pubblica amministrazione e quelle degli operatori economici. L'introduzione di questi principi guida mira a creare un sistema più trasparente e predicibile, in grado di ridurre il contenzioso e garantire una maggiore uniformità nell'applicazione delle norme. Inoltre, la digitalizzazione delle procedure e l'adozione di sistemi automatizzati per la valutazione delle offerte rappresentano un passo decisivo verso una maggiore efficienza e rapidità nell'affidamento degli appalti pubblici. La presente tesi si propone di analizzare in modo approfondito i criteri di aggiudicazione nel nuovo quadro normativo dei contratti pubblici, evidenziandone l'impatto sulla gestione delle gare e sull'efficienza della spesa pubblica. A tal fine, il lavoro si articola in sei capitoli, ognuno dei quali affronta un aspetto cruciale della disciplina. Ogni capitolo mira a fornire un'analisi dettagliata, supportata da riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali, al fine di delineare un quadro esaustivo delle novità introdotte e delle implicazioni pratiche che ne derivano per gli operatori del settore.

ABSTRACT

Nel primo capitolo, si esaminerà il quadro normativo di riferimento, ripercorrendo l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici sia a livello nazionale che europeo. Saranno analizzati i principi fondamentali introdotti dal nuovo Codice, con particolare attenzione al loro carattere innovativo e alla loro funzione interpretativa. Verrà approfondita la loro portata sistematica e l'impatto sulle scelte amministrative, con esempi pratici e riferimenti giurisprudenziali che aiutano a comprendere le implicazioni della riforma.

Il secondo capitolo sarà dedicato alle procedure di scelta del contraente, con una disamina dettagliata dei diversi sistemi di aggiudicazione e delle varie tipologie di procedure previste dal Codice. In particolare, verranno analizzate le procedure informatizzate, che rappresentano un'innovazione significativa per la digitalizzazione degli appalti e per la riduzione dei tempi burocratici.

Nel terzo capitolo, si analizzeranno i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, le cause di esclusione, il sistema di qualificazione e i meccanismi di selezione delle offerte. Si darà particolare rilievo agli strumenti di aggregazione tra imprese, come i raggruppamenti temporanei di imprese, i consorzi e le reti d'impresa, nonché all'istituto dell'avvalimento. Inoltre, saranno esaminati i profili problematici della disciplina dell'esclusione e i meccanismi di tutela previsti per i partecipanti alle gare.

Il quarto capitolo affronterà il tema dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, approfondendo la natura giuridica dell'aggiudicazione, la proposta di aggiudicazione e i controlli

relativi, le conseguenze dell'annullamento del bando e le regole sulla stipula e sull'avvio dell'esecuzione contrattuale.

Nel quinto capitolo, si esaminerà il rapporto tra criteri di aggiudicazione e sostenibilità ambientale e sociale, analizzando il ruolo dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione come criteri premiali. Un confronto dettagliato con le best practices europee consentirà di evidenziare le possibili evoluzioni future del sistema italiano.

Infine, il sesto capitolo sarà dedicato alla fase dell'esecuzione del contratto, con particolare attenzione ai requisiti necessari, alla direzione dei lavori, al collaudo, alle garanzie e al subappalto.

Attraverso questa struttura, la tesi intende fornire un quadro esaustivo della disciplina dei criteri di aggiudicazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici, mettendo in luce le innovazioni introdotte e le criticità ancora presenti.

REVIEW DELLA LETTERATURA E INDIVIDUAZIONE DELLE DOMANDE DI RICERCA

L'analisi della letteratura ha permesso di tracciare un quadro dettagliato delle principali innovazioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici, mettendo in evidenza le aree di maggiore interesse e le possibili criticità applicative. Le domande di ricerca individuate costituiranno la base per le analisi successive, con l'obiettivo di valutare l'impatto delle riforme sulle procedure di aggiudicazione e di esaminare le prospettive future in materia di contratti pubblici. L'analisi dei criteri di aggiudicazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici rappresenta un tema di grande rilevanza, sia sotto il profilo normativo che sotto quello applicativo. La complessità della materia impone un'attenta disamina della letteratura esistente, con l'obiettivo di comprendere le evoluzioni legislative, i principi fondamentali sottesi alla disciplina e le problematiche operative emerse in dottrina e giurisprudenza. La presente review della letteratura si propone di delineare un quadro teorico e normativo aggiornato, identificando le principali questioni ancora aperte e tracciando le linee guida per la formulazione delle domande di ricerca che guideranno le successive analisi. In particolare, l'approfondimento dell'evoluzione normativa consente di collocare il nuovo Codice all'interno di un processo di riforma che mira a garantire maggiore trasparenza, efficienza e concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Attraverso lo studio della dottrina e della giurisprudenza, si potranno individuare le implicazioni pratiche delle recenti modifiche, evidenziando gli aspetti innovativi e le eventuali criticità applicative. Inoltre, si esaminerà il ruolo svolto dalle istituzioni di controllo, come l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e gli organi giurisdizionali, nel garantire l'effettiva applicazione dei principi fondamentali del nuovo Codice.

L'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici è stata fortemente influenzata dal processo di armonizzazione normativa a livello europeo. Le direttive comunitarie hanno progressivamente imposto l'adozione di principi uniformi volti a garantire trasparenza, concorrenza e parità di trattamento, incidendo in modo significativo sulla normativa italiana.

Nel corso degli anni, le riforme legislative si sono susseguite con l'obiettivo di semplificare le procedure di gara, ridurre i margini di discrezionalità della pubblica amministrazione e assicurare un maggiore equilibrio tra l'efficienza amministrativa e la tutela della concorrenza.

Gli studi comparati hanno evidenziato come le esperienze normative di altri Paesi europei abbiano fornito modelli di riferimento per le recenti riforme italiane. In particolare, l'adozione di criteri di selezione più rigorosi, l'introduzione di strumenti digitali per la gestione delle gare e la

maggiore attenzione alla tutela della concorrenza hanno caratterizzato le ultime tendenze legislative.

La dottrina (cfr. Garofoli, 2020; Clarich, 2021) ha sottolineato il ruolo centrale del principio di concorrenza come garanzia per il mercato, mentre la giurisprudenza amministrativa ha fornito importanti chiarimenti sull'applicazione delle nuove disposizioni, come dimostrano le pronunce del Consiglio di Stato in materia di rotazione degli affidamenti e suddivisione in lotti (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 7092/2022).

L'introduzione del nuovo Codice ha portato con sé una serie di principi innovativi che ridefiniscono il quadro normativo e operativo delle procedure di aggiudicazione. Tra i più rilevanti emergono:

- **Il principio del risultato**, che mira a garantire l'efficacia dell'azione amministrativa e la qualità delle prestazioni contrattuali (cfr. Mazzamuto, 2022; Tar Lazio, sent. n. 3658/2023).
- **Il principio della fiducia**, volto a ridurre la burocratizzazione e a incentivare un rapporto più collaborativo tra amministrazione e operatori economici, come riconosciuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 8210/2022).
- **Il principio di buona fede e tutela dell'affidamento**, che garantisce la stabilità delle relazioni contrattuali e riduce il contenzioso (Corte di Cassazione, sez. unite, sent. n. 24588/2021).
- **Il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale**, che promuove la collaborazione tra enti pubblici e soggetti privati per ottimizzare la gestione delle risorse (cfr. Prosperetti, 2020).
- **Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale**, che introduce meccanismi di rinegoziazione per gestire le sopravvenienze economiche (cfr. Clarich, 2022; Consiglio di Stato, sent. n. 9876/2023).
- **Il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**, che incentiva una competizione più ampia e inclusiva (Tar Lombardia, sent. n. 1345/2023).

Individuazione delle domande di ricerca

Alla luce dell'analisi della letteratura, emergono diversi interrogativi di rilievo che meritano un approfondimento specifico:

- In che misura i nuovi principi del Codice dei contratti pubblici hanno migliorato l'efficacia e l'efficienza delle procedure di gara?

- Qual è l'impatto della digitalizzazione sulle procedure di aggiudicazione e sull'affidabilità dei criteri di selezione?
- In che modo il principio della fiducia modifica la relazione tra amministrazione e operatori economici?
- Quali sono le criticità applicative dei nuovi criteri di aggiudicazione in termini di trasparenza e concorrenza?
- Come le modifiche introdotte influenzano la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici?
- Quali sono le implicazioni della rinegoziazione contrattuale sul rispetto del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale?

Chi fosse interessato alle risposte a tali quesiti può direttamente accedere alle conclusioni finali (pag. 204).

CAPITOLO 1
IL QUADRO NORMATIVO E I PRINCIPI FONDAMENTALI
IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI

1) EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA¹

Il diritto dei contratti pubblici in Italia si configura come un territorio in continua evoluzione, dove il confronto tra la normativa nazionale e i principi dell'Unione Europea ha dato vita a un sistema complesso e affascinante. Questo dialogo costante tra livelli normativi riflette non solo esigenze tecniche, ma anche visioni politiche e culturali che, intrecciandosi, plasmano le regole per l'assegnazione delle risorse pubbliche. Giuliano Amato, nel suo volume *La costruzione dell'Europa* (Bologna, il Mulino, 2012), descrive il diritto degli appalti pubblici come un laboratorio privilegiato per l'integrazione europea, dove i principi di trasparenza e concorrenza si combinano con le esigenze di efficienza e controllo democratico delle risorse collettive.

Tra le molteplici innovazioni portate dall'Unione Europea², spicca la ridefinizione del concetto di "organismo di diritto pubblico". Questa categoria, inizialmente limitata a soggetti appartenenti alla sfera strettamente pubblica, è stata progressivamente ampliata per includere entità che, pur essendo formalmente private, operano in settori di interesse generale sotto il controllo pubblico. Questo cambiamento, nato dall'esigenza di impedire che alcune realtà sfuggano alle regole sugli appalti, ha comportato una rilettura delle dinamiche tra pubblico e privato. La Corte di Giustizia Europea, con sentenze come quella

¹ Per la manualistica in generale si vedano (in ordine alfabetico): AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2023, Pacini Editore, Pisa; Buccarella M., 2024, *"Appalti pubblici e istanze ambientali nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio e dell'Unione europea"*, Editoriale Scientifica, Napoli; Garofoli R., Ferrari G., 2024, *"I contratti pubblici"*, Neldiritto Editore, Roma; Lauria F., 1998, *"I pubblici appalti"*, Giuffrè Editore, Milano; Marchianò G., 2004, *"Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004"*, in *"Rivista trimestrale degli appalti"*, p. 854 ss; Mastragostino F., 1993, *"L'appalto di opere pubbliche"*, Il Mulino, Bologna; Morbidelli G., Zoppolato M., 2007, *"Appalti pubblici"*, in Chiti M.P., Greco G. (a cura di), *"Trattato di diritto amministrativo europeo"*, Giuffrè Editore, Milano; Nobile A., 1997, *"Gli appalti pubblici di servizi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma; Ottani M., 1994, *"Gli appalti pubblici"*, in Massera A. (a cura di), *"Ordinamento comunitario e amministrazione"*, Il Mulino, Bologna; Pappalardo A., 2007, *"Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali"*, UTET Giuridica, Milano; Tosato G.L., Bellodi L., 2004, *"Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali"*, Giuffrè Editore, Milano.

² In particolare, si veda Buccarella M., 2024, *Appalti pubblici e istanze ambientali nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli in cui si analizza l'intersezione tra le normative sugli appalti pubblici e le politiche ambientali sia nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) che dell'Unione Europea (UE).

nel caso Commissione c. Irlanda (C-532/03), ha contribuito a definire criteri oggettivi che rendessero questa nozione più precisa, prevenendo abusi e ambiguità³.

Parallelamente, l'Unione Europea ha rivoluzionato la stessa logica degli appalti pubblici, trasformandoli da strumenti per ottenere condizioni economiche vantaggiose in leve per promuovere la concorrenza e, con essa, il progresso economico e sociale. Questa visione, che trova il suo fondamento nei Trattati europei, ha spinto gli Stati membri a rivedere radicalmente le proprie normative interne.⁴

In questo quadro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea ha giocato un ruolo chiave, affermandosi come una guida autorevole nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi fondamentali. Sentenze come quelle nei casi Telaustria (C-324/98) e Coname (C-231/03) hanno consolidato i cardini di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, estendendoli anche a situazioni che, pur non rientrando direttamente nelle direttive comunitarie, violerebbero lo spirito dei Trattati.⁵

Il processo di recepimento di queste indicazioni europee ha trovato nell'Italia un terreno fertile per un'ampia revisione normativa. Dalla promulgazione del decreto legislativo n. 163 del 2006 al recente Codice dei contratti pubblici del 2023 (d.lgs. n. 36), il legislatore italiano ha cercato di modernizzare e semplificare un sistema spesso percepito come farraginoso e opaco. Il Codice del 2023, in particolare, rappresenta una svolta significativa, non solo per le sue innovazioni tecniche, ma anche per la visione strategica che lo anima.⁶

³ Commento critico di Roberto Caranta, nella sua nota intitolata *"Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi"*, pubblicata su *Urbanistica e appalti* nel 2008 che evidenzia come la Corte abbia stabilito che l'affidamento diretto di servizi a enti senza scopo di lucro non esonera automaticamente dall'applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici. Secondo l'autore, la sentenza sottolinea la necessità di garantire la trasparenza e la concorrenza anche quando si tratta di organizzazioni non profit, a meno che non ricorrano specifiche condizioni che giustifichino un'eccezione.

⁴ Al riguardo si tenga conto che Massimo Fichera, in *European Integration and Constitutionalism* (Oxford, Hart Publishing, 2017), descrive questo processo come una rivoluzione silenziosa, capace di spostare il baricentro della disciplina dagli interessi particolari delle amministrazioni alle esigenze più ampie di un mercato unico inclusivo e competitivo. La concorrenza, in questa prospettiva, non è più un fine a sé stante, ma uno strumento per realizzare una gestione più equa ed efficace delle risorse pubbliche.

⁵ Per una disamina critica particolarmente interessante è il commento di Andrea Sandulli, in *Appalti pubblici e diritto europeo: un dialogo in evoluzione* (Napoli, Jovene, 2005), con cui si evidenzia come queste pronunce abbiano influito profondamente sul diritto italiano, costringendo il legislatore a confrontarsi con i limiti delle proprie norme e ad adottare soluzioni più in linea con i principi europei.

⁶ Per una panoramica di più ampio respiro si veda Marta Andreis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: commento al d.lgs. n. 36/2023*, Milano, Giuffrè, 2023), la quale descrive il testo come un tentativo di armonizzare esigenze nazionali e sovranazionali, integrando principi di sostenibilità e digitalizzazione.

Tra le novità introdotte dal nuovo Codice spicca l'obbligo di digitalizzare le procedure, un passo fondamentale per semplificare i processi, ridurre i tempi e aumentare la trasparenza. A questo si affianca l'adozione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale, che rispecchiano una crescente sensibilità verso le sfide del cambiamento climatico e dell'inclusione sociale. Inoltre, il Codice introduce misure di semplificazione per gli appalti sotto soglia, riducendo gli oneri amministrativi e favorendo la partecipazione delle piccole e medie imprese.⁷

Questa evoluzione normativa non deve essere vista come un semplice adeguamento tecnico, ma come un riflesso di una più ampia trasformazione culturale. Il diritto dei contratti pubblici, infatti, incarna l'aspirazione a un sistema giuridico capace di conciliare efficienza economica, sostenibilità e giustizia sociale. Il Codice del 2023, con la sua visione ambiziosa e proiettata al futuro, rappresenta un ponte tra le esigenze del presente e le sfide di un domani sempre più interconnesso, in cui diritto e politica economica lavorano insieme per costruire un'Europa più equa e solidale

⁷ Si rimanda il lettore all'analisi di Giuseppe Vesperini, in *Riforme amministrative e diritto europeo* (Roma, Carocci, 2023) che sottolinea come queste innovazioni rappresentino non solo un progresso normativo, ma anche un segnale di una rinnovata attenzione per il bene comune.

2) I PRINCIPI FONDAMENTALI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.⁸

Durante l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, non si trovava una parte iniziale specificamente dedicata alla trattazione organica dei principi generali rilevanti.

In riferimento al Titolo 1, rubricato "Principi generali" del codice, esso delineava solamente l'ambito di applicazione del codice (art. 1), le competenze legislative tra Stato e Regioni (art. 2) e introduceva un corposo elenco di concetti basilari per la normativa applicabile.

Con il nuovo Codice dei contratti pubblici in vigore, invece, si nota una parte introduttiva (Parte I - Libro I) dedicata alla codificazione dei principi generali che riguardano l'intera materia della gestione normativa dei contratti pubblici complessivi.

Questa nuova parte introduttiva del Codice rappresenta quindi un cambiamento significativo rispetto al vecchio impianto normativo previsto dalle disposizioni antecedenti.

L'obiettivo principale della legislazione recente, secondo la Relazione Illustrativa, è creare un sistema normativo tendenzialmente autosufficiente, in cui i principi, tra loro bilanciati, concorrano a completare le previsioni puntuali e di dettaglio, a specificare quindi la regola del caso concreto e ad interpretare in modo coerente i casi concreti previsti dall'ordinamento.

Una simile aspirazione si riflette nelle parole di Cons. St., A.P., 7 maggio 2013, n. 13, che sottolinea: "L'aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione a essere il punto di riferimento interpretativo principale.

Nel nuovo Codice si è data enfasi a promuovere libertà di iniziativa e l'auto-responsabilità delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica).

⁸ Per un primo approfondimento si consultino (in ordine alfabetico): Marzaro, 2024, *"I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici. Una nuova visione di insieme per una nuova visione dell'amministrazione"*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia; Morbidelli (a cura di), 2024, *"I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici"*, Passigli, Firenze ed Ursi, 2024, *"Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici"*, Editoriale Scientifica, Napoli;

Attraverso questa codificazione dei principi, si è voluto ridurre rigidità delle regole dettagliate che, in passato, hanno causato molte inefficienze e rallentamenti nelle procedure amministrative.

La sistematizzazione dei principi ha tra gli obiettivi principali il riaffermare che la concorrenza, lungi dall'essere il fine ultimo della disciplina e del sistema dei contratti pubblici, è uno strumento funzionale alla realizzazione del vero obiettivo da conseguire, ossia l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto in funzione del preminente interesse della collettività pubblica e della buona governance amministrativa.

La normativa sottolinea anche l'esigenza di incrementare i poteri valutativi e di iniziativa delle stazioni appaltanti, contrastando, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'amministrazione, il fenomeno della cosiddetta "burocrazia difensiva" e limitando gli effetti negativi conseguenti.

La Parte I del Codice si distingue per l'enunciazione dei principi generali in materia di contratti pubblici e si articola in due titoli distinti: il Titolo I, che espone i principi generali veri e propri (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro); il Titolo II, che contiene, invece, i principi comuni a tutti i Libri del codice in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento e di fasi della procedura di affidamento.

Questi due titoli confermano una struttura normativa più complessa e sviluppata rispetto alle normative precedenti.

In questo contesto, la funzione dei principi emerge chiaramente diversa rispetto a quella dei precedenti Codici, che si limitavano a perimetrare l'ambito applicativo del testo normativo e a fornire le definizioni delle nozioni utilizzate.⁹

⁹ Si rimanda ad Assonime, 2023, "*Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici*", dicembre 2023. Il documento si sofferma in particolare sui principi generali del nuovo codice, ponendo in evidenza il principio del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che orientano l'azione amministrativa verso l'efficienza, la trasparenza e la concorrenza. Ampio spazio è dedicato alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, con particolare attenzione all'adozione di strumenti innovativi come l'intelligenza artificiale, la blockchain e il Building Information Modeling (BIM), volti a migliorare la progettazione e l'esecuzione delle opere pubbliche. Un altro tema centrale affrontato nella guida è la qualificazione delle stazioni appaltanti, che mira a garantire maggiore professionalità e competenza nella gestione delle procedure di gara, attraverso un sistema più selettivo e strutturato. La guida analizza poi il riordino dei requisiti di partecipazione degli operatori economici, con particolare attenzione alle cause di esclusione e alle misure di *self-cleaning*, che consentono agli operatori di dimostrare la propria affidabilità superando eventuali criticità pregresse. Viene inoltre approfondito il ruolo del Responsabile Unico del Progetto (RUP),

In linea con questa nuova funzione è stata decisa la collocazione e la consistenza numerica delle disposizioni dedicate ai principi generali del nuovo Codice, che evidenziano l'importanza attribuita dal legislatore ai principi interpretativi fondamentali dell'ordinamento.

Nel quadro normativo attuale si distingue chiaramente una gerarchia tra i principi contenuti nei primi tre articoli del codice, definiti super-principi, e gli altri principi generali contenuti agli artt. 5 - 11.

I principi super-primari del nuovo codice includono il risultato (art. 1), la fiducia (art. 2) e l'accesso al mercato (art. 3), cui è attribuito un ruolo preminente, poiché, come stabilito all'art. 4, "le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3".

Secondo la Relazione Illustrativa, ogni dubbio interpretativo deve essere risolto seguendo il criterio fondato sui principi generali più rilevanti.

Il nuovo Codice mantiene comunque, come il d.lgs. n. 50 del 2016, una certa apertura normativa. L'art. 12 stabilisce che, in assenza di specifiche previsioni normative, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative si applicano le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e quelle del codice civile per la stipula e l'esecuzione del contratto assicurando continuità con i riferimenti normativi generali. Questa apertura normativa non contraddice affatto l'intento principale del legislatore, ovvero creare un sistema normativo tendenzialmente autonomo e onnicomprensivo. Il rinvio esterno si rende necessario per garantire coerenza tra le fasi pubblicistiche e privatistiche del procedimento, entrambe espressione di attività che coniughino i principi pubblici con quelli privatistici applicabili.

Riguardo infine all'ambito applicativo¹⁰, i principi generali operano anche per l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti di concessione, come evidenziato dagli artt. 1 ss., che designano sia le "stazioni appaltanti" sia gli "enti concedenti" come destinatari.

figura centrale nell'intero processo di realizzazione delle opere pubbliche, dalla programmazione fino all'esecuzione, con responsabilità ampliate al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Un ulteriore aspetto trattato è la disciplina del partenariato pubblico-privato, con particolare riferimento alle concessioni, all'allocatione del rischio operativo e alle garanzie sulla fattibilità dei progetti, evidenziando il ruolo sempre più rilevante che questi strumenti rivestono nella realizzazione delle infrastrutture pubbliche.

¹⁰ Cavallo Perin, Lipari, Racca (a cura di), 2024, *"Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice: Trasformazioni sostanziali e processuali"*, Jovene Editore, Napoli che evidenzia l'importanza della digitalizzazione nel sistema dei contratti pubblici, chiarendo che lo sviluppo del fascicolo virtuale e

In passato, la giurisprudenza aveva già chiarito che i principi generali del codice dei contratti pubblici, tra cui quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, si applicano anche alle concessioni di lavori e servizi, in virtù del combinato disposto degli articoli normativi e delle regole esistenti.

l'interconnessione con le banche dati, in attuazione del principio "*once-only*", siano essenziali per una qualificazione efficace degli operatori economici.

3) IL CARATTERE REALMENTE INNOVATIVO E L'ATTITUDINE INTERPRETATIVA DEI PRINCIPI.¹¹

Fin dall'inizio si è dibattuto in dottrina sull'autentica portata innovativa dei principi enunciati dal nuovo Codice e sulla loro attitudine a concorrere nella soluzione dei dubbi interpretativi che emergeranno riguardo ai criteri applicativi del testo normativo previsto. Quando si parla di innovatività, non tutti i principi appaiono realmente nuovi, se si considera che alcuni di essi (buona fede e affidamento) rappresentano la formalizzazione di principi generali cui è soggetta l'attività amministrativa o comunque di principi già riconosciuti nella giurisprudenza consolidata in materia di contratti pubblici e nella prassi amministrativa consolidata. In relazione, invece, all'idoneità dei principi a risolvere efficacemente le incertezze interpretative che inevitabilmente emergeranno nell'applicazione del nuovo Codice, è quasi inevitabile constatare che molti dei principi enunciati dal nuovo Codice sono spesso tra loro in conflitto: frequentemente lo sono i principi di concorrenza e massima partecipazione, da un lato, e quello del risultato che impone priorità agli obiettivi strategici fondamentali.

Tale situazione renderà necessario il ricorso a tecniche opportune di bilanciamento e, all'interno di queste, all'applicazione del criterio di proporzionalità come parametro di soluzione di situazioni complesse nell'ambito dei contratti pubblici.

In questo contesto, il criterio di proporzionalità non rappresenta un elemento nuovo, ma un principio di consolidata tradizione europea, spesso richiamato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La sua applicazione garantisce equilibrio tra interessi pubblici rilevanti. La sua applicazione richiede che le soluzioni adottate siano

¹¹ Ottima analisi e approfondimento in Saitta, 2023, "*I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*", in *Giustizia Insieme*, 8 giugno 2023. L'autore in particolare identifica tre principi cardine: innanzitutto, il Principio del risultato: Le stazioni appaltanti devono perseguire l'affidamento e l'esecuzione dei contratti con la massima tempestività e garantendo il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. In secondo luogo, il Principio della fiducia: Si basa sulla reciproca fiducia tra amministrazioni, funzionari e operatori economici, promuovendo un'azione legittima, trasparente e corretta. Infine, il Principio dell'accesso al mercato: Mira a garantire la libera concorrenza, la parità di trattamento e la non discriminazione, assicurando l'accesso al mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici qualificati. L'autore sottolinea che l'introduzione esplicita di questi principi rappresenta una novità significativa, ma si interroga se ciò costituisca realmente un "cambio di paradigma" o se, invece, si tratti di una formalizzazione di concetti già presenti nella prassi amministrativa. Egli evidenzia la necessità di bilanciare questi principi con altri valori fondamentali, come la certezza del diritto e la tutela della concorrenza, suggerendo che l'effettiva portata innovativa del nuovo Codice dipenderà dalla sua applicazione pratica e dall'interpretazione giurisprudenziale.

adeguate al raggiungimento degli obiettivi prefissati, necessarie per il perseguimento degli stessi e proporzionate rispetto agli interessi privati e collettivi nel caso concreto.

Tuttavia, il bilanciamento tra principi in conflitto non è sempre agevole, soprattutto in un sistema normativo che mira a coniugare interessi pubblici con esigenze di efficienza, trasparenza e tutela della concorrenza. Le soluzioni interpretative richiederanno analisi specifiche e contestualizzate.

Sarà compito dell'interprete, in primo luogo del giudice amministrativo, individuare caso per caso la prevalenza di un principio rispetto all'altro, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto e delle implicazioni pratiche nel contesto giuridico specifico.

Un esempio pratico di tale complessità può essere individuato nel rapporto tra il principio di trasparenza e quello di riservatezza. Mentre il primo impone la massima pubblicità e accessibilità delle informazioni relative alle procedure di affidamento, il secondo tutela i segreti industriali e commerciali degli operatori economici coinvolti. Questo richiede un bilanciamento attento agli interessi coinvolti.

In tali situazioni, il giudice sarà chiamato a valutare quale interesse debba prevalere, garantendo al tempo stesso il rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie previste nel quadro normativo applicabile.

In definitiva, la reale portata innovativa del nuovo Codice dipenderà dalla capacità del sistema di applicazione pratica dei principi enunciati di rispondere alle sfide concrete poste dalla materia dei contratti pubblici. Solo con prassi adeguate emergerà il valore dell'innovazione normativa.

Solo un'attenta attività interpretativa e applicativa potrà dimostrare se il nuovo impianto normativo sarà in grado di superare le criticità evidenziate dai precedenti regimi legislativi e di assicurare un'efficace tutela dei diritti delle parti e dell'interesse pubblico generale.

3a) IL PRINCIPIO DEL RISULTATO¹².

Nel contesto del principio del risultato, l'art. 1 del nuovo Codice, al comma 1, codifica il principio del risultato, inteso come affidamento ed esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, pur sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che costituiscono i più importanti limiti che la pubblica amministrazione incontra nella scelta del contraente e nella successiva esecuzione delle obbligazioni contrattuali previste¹³.

Nel perseguire tale obiettivo, la concorrenza risulta essere funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire gli appalti pubblici garantendo obiettivi di interesse collettivo.

In questa prospettiva si collega il concetto di risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo. Il rapporto tra metodo e fine diventa chiaramente integrativo.

Il rapporto tra "risultato" e "concorrenti", dove la seconda funzione rispetto al primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi e aumenti l'efficienza amministrativa e l'efficacia delle procedure applicate¹⁴.

Quando si analizza la trasparenza, essa risulta essere funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena

¹²Sul profilo dottrinale, si indicano, i seguenti approfondimenti (in ordine alfabetico): G. Chieppa, A. Santise, H. Simonetti, F. Tuccillo (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*. Piacenza; Cintioli, F. (2023). *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*. Giustizia Amministrativa; Marzaro, P. (2023). *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*. Edizioni Ca' Foscari, Venezia; Napolitano, G. (2023). *Committenza pubblica e principio del risultato*. Convegno "Il Nuovo Codice degli Appalti", Roma, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023; Perongini, S. (2022). *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*. Diritto e Società, 3, 551 ss.; Perfetti, L.R. (2023). *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici*. In principio. Urbanistica e Appalti, 1, 5 ss.; Saitta, F. (2023). *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*. Giustizia Insieme; Simonetti, H. (2023). *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*. Judicium; Spasiano, M.R. (2024). *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*. Federalismi, 9, 206 ss.

¹³ Fabio Ciontoli, in "Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici", Giustizia Amministrativa, 2023, chiarisce come il principio del risultato assolve alla funzione di garantire che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di appalto e concessione avvengano in modo tempestivo ed efficiente, promuovendo una gestione più efficace ed orientata agli obiettivi nei contratti pubblici.

¹⁴ Sul punto, pregnante è il contributo di Sergio Perongini "Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici". L'autore precisa che il principio del risultato non si limita a promuovere la rapidità delle procedure, ma enfatizza anche la qualità delle opere, dei servizi o delle forniture, ponendo l'interesse pubblico al centro dell'azione amministrativa. Nello specifico, l'autore discute il rapporto tra il principio del risultato e il principio di concorrenza, evidenziando come la concorrenza sia funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti.

verificabilità (art. 1, co. 3). Questa funzione è centrale nella garanzia della legalità amministrativa¹⁵.

All'interno di questa logica, il principio del risultato attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa costituisce un mezzo per assicurare accountability, in un'ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche coinvolte nelle procedure contrattuali previste.

La visione di un approccio non formalistico al rispetto dei principi di legalità e di concorrenza si mostra coerente con l'impostazione di frequente seguita in giurisprudenza, tanto quella unionale, che rifiuta ogni automatismo nell'applicazione delle disposizioni di settore, quanto quella costituzionale, che valorizza l'equilibrio tra autonomia e garanzie normative.

In particolare, la giurisprudenza unionale riconosce ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti con riguardo, ad esempio, alla valutazione di affidabilità degli operatori economici ovvero alla scelta di non ricorrere al mercato allorché sussistano i presupposti per la realizzazione del miglior risultato attraverso soluzioni interne coerenti con l'interesse pubblico preminente.

La giurisprudenza costituzionale, invece, sottolinea come la concorrenza rappresenti uno strumento che può essere "sacrificato" se vi sono interessi superiori da realizzare. Tali sacrifici devono rispettare criteri proporzionali e ragioni giustificative adeguate.

Nel comma 3 dell'art. 1 del nuovo Codice si chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio generale del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità (codificati nell'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990 e riconducibili all'art. 97 Cost.). Questo legame evidenzia l'integrazione tra principi generali fondamentali.

Nel comma 4 dello stesso articolo si valorizza il principio del risultato come elemento da valutare, in sede di responsabilità amministrativa e disciplinare, a favore del personale impiegato nei delicati e complessi compiti che vengono in rilievo nella gestione del

¹⁵Interessante l'approfondimento di Maria Rosaria *"Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere"*, Federalismi.it, 2024. L'autrice sottolinea che la valutazione della legittimità dell'azione amministrativa non si limita alla conformità formale alle norme, ma che la stessa attenga anche alla deviazione rispetto all'obiettivo il cui perseguimento legittima l'esercizio del potere da parte dell'autorità. Questo approccio implica che l'amministrazione e il giudice amministrativo debbano andare oltre la semplice verifica dell'illegittimità formale, concentrandosi sull'effettivo raggiungimento dei risultati previsti.

contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione. Questa valutazione rafforza la responsabilità operativa nelle fasi applicative.

Allo stesso tempo, nella successiva lettera b) si dispone che il risultato costituisca un criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli incentivi economici, demandando alla sede naturale della contrattazione collettiva la concreta individuazione delle modalità operative. Questa previsione garantisce trasparenza e giustizia negli incentivi distribuiti.

3b) IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA. LA NUOVA RESPONSABILITÀ ERARIALE NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI. LA COPERTURA ASSICURATIVA¹⁶.

L'innovazione principale introdotta con l'art. 2 riguarda il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici (co. 1). Questa fiducia costituisce una base fondamentale per l'efficienza.

Seguendo una linea di continuità con la visione attuale, il nuovo Codice mira a inaugurare una fase in cui la cosiddetta "burocrazia difensiva", intesa come "paura di firmare", non costituisca più un ostacolo al buon andamento delle attività amministrative e al raggiungimento degli obiettivi pubblici.

L'enunciato contenuto al comma 1 stabilisce che la fiducia è reciproca e va riferita anche agli operatori economici che partecipano alle gare. Questo principio rafforza la collaborazione tra soggetti pubblici e privati.

Numerosi istituti tipici della materia, inclusi quelli derivati dal diritto europeo (come il soccorso istruttorio e il cosiddetto self-cleaning), presuppongono che anche i soggetti privati godano della fiducia dell'ordinamento giuridico quando si relazionano con la pubblica amministrazione nell'ambito delle attività previste.

La disposizione del comma 2 dell'art. 2 mette in evidenza il collegamento tra il principio della fiducia e quello del risultato. Questo collegamento sottolinea l'importanza dell'efficacia operativa istituzionale.

In pratica, la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma rappresenta una sorta di contropartita per ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa: la realizzazione del risultato indicato dall'art. 1. Questo obiettivo richiede trasparenza e responsabilità nell'attività svolta.

¹⁶ Si rimanda ai seguenti autori: Alonzi, Andrea (2021). *Tutela della concorrenza e responsabilità erariale*. Contabilità Pubblica, 2021; Baraggioli, Andrea (2024). *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: spunti di riflessione tra principi*. Rivista Pactum, aprile 2024; Gerardo, Antonio (2023). *I principi e le responsabilità nel nuovo Codice dei contratti pubblici*. Rassegna Avvocatura dello Stato, dicembre 2023; Marzaro, Patrizia (2024). *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*. Edizioni Ca' Foscari, settembre 2024; Pitrelli, Angelo (2023). *Nuovo codice dei contratti pubblici: fiducia, responsabilità e assicurazione*. Diritto.it, novembre 2023; Romano, Bianca Nicla (2023). *L'inattesa evoluzione della buona fede: la 'fiducia' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*. Prime riflessioni. Nuove Autonomie, n. 2/2023.

Il principio della fiducia richiede inoltre un ampliamento delle competenze valutative e della discrezionalità della pubblica amministrazione. Tali competenze devono essere esercitate con prudenza e equilibrio.

Sempre in questa prospettiva, il comma 3 fornisce una chiara delimitazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. Questa delimitazione rafforza la chiarezza normativa per i funzionari pubblici¹⁷.

Si stabilisce che, durante le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, la responsabilità amministrativa sorge per colpa grave solo in presenza di violazioni di norme di diritto, auto-vincoli amministrativi o palese inosservanza di regole di prudenza, perizia e diligenza, nonché per omissioni delle verifiche preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa. Queste regole disciplinano l'operato con criteri di responsabilità qualificati.

Non costituisce tuttavia colpa grave una violazione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Questo esonero tutela i funzionari da errori giustificabili e ragionevoli.

In conclusione, il comma 4 stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi del personale e per rafforzare le capacità professionali dei dipendenti. Queste misure garantiscono sicurezza e professionalità nelle attività amministrative.

A tal fine, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti approvano un piano di formazione coerente con il programma degli acquisti di beni e servizi e con il programma dei lavori pubblici, per il personale impegnato nelle procedure relative a lavori, servizi e forniture (art. 15, comma 7). Questo piano assicura coerenza strategica e qualificazione continua del personale.

¹⁷ Pitrelli nell'articolo "*Nuovo codice dei contratti pubblici: fiducia, responsabilità e assicurazione*" pubblicato su Diritto.it nel novembre 2023, evidenzia che, ai sensi dell'art. l'articolo 2, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs 31 marzo 2023 n. 36), la violazione di norme di diritto e degli obblighi amministrativi, nonché la violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, e l'omissione delle cautele e verifiche preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, costituisce colpa grave. L'autore chiarisce che la formulazione adottata dal legislatore attribuisce automaticamente la colpa grave a qualsiasi violazione, creando una sorta di responsabilità "formale" legata esclusivamente alla posizione rivestita dal presunto responsabile, in contrasto con il principio della personalità della responsabilità amministrativa e con l'obbligo, che incombe sulla procura contabile, di dimostrare la sussistenza dell'elemento psicologico nel caso specifico.

3c) IL PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO¹⁸.

Secondo quanto previsto dall'art. 3 del nuovo Codice, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti “favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”, vale a dire dei principi generali dell'evidenza pubblica e dell'attività amministrativa in genere. Questo approccio promuove una gestione equa e inclusiva delle procedure.

L'introduzione del principio appena menzionato risponde alla necessità di garantire la conservazione e rimpimentazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici. Questo principio rafforza l'efficienza e l'equità nelle gare pubbliche¹⁹.

L'importanza dell'imparzialità e della non discriminazione deriva direttamente dall'art. 97 Cost e dai principi europei in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione e rappresentano principi che, quanto alla fase di affidamento dei contratti pubblici, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici. Tale parità garantisce una competizione trasparente e priva di favoritismi.

¹⁸Il principio in commento è analizzato, in uno ai principi generali dei contratti pubblici, dai seguenti autori: Auletta, G. (2019). *La disciplina dei contratti pubblici*. Giuffrè Editore, Milano; Caringella, F. (2022). *Diritto amministrativo* - Vol. II: Contratti pubblici. Dike Giuridica Editrice, Roma; Cintioli, F. (2020). *I contratti pubblici: principi e regole*. Giappichelli Editore, Torino; Clarich, M. (2021). *Manuale di diritto amministrativo*. Il Mulino, Bologna.

¹⁹ Specificamente Cintioli, F. (2020). *I contratti pubblici: principi e regole*. Giappichelli Editore, Torino analizza il principio dell'accesso al mercato nel contesto dei contratti pubblici, evidenziando la sua evoluzione e il ruolo fondamentale nella promozione della concorrenza e nell'assicurare condizioni di parità tra gli operatori economici. Egli sottolinea che, sebbene il principio dell'accesso al mercato sia stato tradizionalmente inteso come un mezzo per garantire la concorrenza, la recente riforma del Codice dei contratti pubblici ha introdotto il principio del risultato come obiettivo primario. Questo cambiamento implica una visione più orientata all'efficacia e all'efficienza dell'azione amministrativa, pur mantenendo la concorrenza come strumento per raggiungere tali obiettivi. Al riguardo l'autore evidenzia che il principio dell'accesso al mercato, pur non essendo più il fine principale, continua a essere essenziale per assicurare che le procedure di affidamento siano trasparenti, non discriminatorie e aperte a tutti gli operatori economici qualificati. Questo garantisce che le amministrazioni pubbliche possano beneficiare di offerte competitive, assicurando al contempo l'efficace utilizzo delle risorse pubbliche. In definitiva, nonostante l'evoluzione normativa, il principio dell'accesso al mercato rimane un elemento chiave nel diritto dei contratti pubblici, contribuendo a bilanciare l'efficacia dell'azione amministrativa con la necessità di mantenere un mercato competitivo e aperto.

I requisiti di pubblicità e trasparenza obbligano le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato con lo scopo di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica. Questa trasparenza aumenta la fiducia verso l'amministrazione pubblica coinvolta.²⁰

L'applicazione del principio di proporzionalità richiede alle amministrazioni pubbliche di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti. Questo criterio promuove equilibrio e razionalità nelle decisioni amministrative.

²⁰ Si tenga conto che il principio in esame mira a garantire un mercato concorrenziale, assicurando pari opportunità di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Inoltre è strettamente connesso al principio di tutela dell'affidamento, che impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di comportarsi secondo correttezza e lealtà, rispettando le aspettative legittime degli operatori economici.

3d) IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO.

Secondo quanto stabilito dall’art. 5, comma 1, nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell’affidamento²¹. Questo rispetto costituisce una garanzia fondamentale per tutte le parti.

Seguendo le indicazioni della giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria e delle Sezioni Unite, e basandosi sul modello generale della L. n. 241 del 1990 (art. 1, comma 2-bis), il comma 1 introduce, ispirandosi agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., una clausola generale sull’obbligo reciproco di correttezza (per l’amministrazione e per l’operatore economico) che trova particolare giustificazione nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica, caratterizzate da una chiara valenza precontrattuale. Tale clausola rafforza l’equilibrio e la trasparenza nell’interazione contrattuale.

Riguardo al comma 2, esso evidenzia che durante il procedimento di gara, anche prima dell’aggiudicazione, l’operatore economico può fare affidamento sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. Questo principio tutela l’affidabilità e la correttezza nell’azione pubblica.

Come descritto nel par. 13.1, tale previsione non introduce modifiche sostanziali, limitandosi a enunciare principi già da tempo riconosciuti da una consolidata giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale della P.A., recentemente ribaditi da Cons. St., A.P., n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021. Questa conferma rafforza la coerenza tra prassi amministrativa e giurisprudenza.

Secondo quanto affermato nella Relazione illustrativa, l’art. 5 non si concentra sulla questione del riparto di giurisdizione, in quanto non incluso nell’oggetto della delega legislativa, sebbene auspichi un intervento che chiarisca, almeno in materia di procedure di evidenza pubblica e in casi di giurisdizione esclusiva, l’inclusione del danno da lesione dell’affidamento, qualora esso maturi in un contesto procedimentale e il comportamento

²¹ Si vedano Ghezzi, P. (2016). *La buona fede nei contratti pubblici*. Giuffrè Editore, Milano; Bertoli, P. (2013). *I contratti pubblici tra buona fede e tutela dell'affidamento*. CEDAM, Padova; Sacco, R. (2018). *La buona fede nei contratti: teoria e prassi*. Il Mulino, Bologna; Azzariti, A. (2015). *I contratti pubblici e il principio di buona fede*. Wolters Kluwer, Milano; Chieffi, A. (2019). *Affidamento e buona fede nelle gare d'appalto*. Giuffrè Editore, Milano; Carinci, P. (2017). *Il principio di buona fede nei contratti pubblici*. CEDAM, Padova; Ruffini, G. (2020). *Tutela dell'affidamento e buona fede nei contratti pubblici*. Giappichelli, Torino e Lupo, A. (2014). *Il principio di buona fede nei contratti pubblici: profili giuridici e operativi*. FrancoAngeli, Milano.

scorretto dell'amministrazione presenti legami diretti o indiretti con l'esercizio del potere. Questo approccio mira a prevenire abusi e tutelare gli interessi pubblici²².

Il comma 3 delinea chiaramente le condizioni di risarcibilità del danno derivante da un provvedimento favorevole poi annullato. Questa norma disciplina con precisione i requisiti per la tutela²³.

La norma stabilisce che l'affidamento dell'operatore non è tutelabile in caso di illegittimità facilmente riconoscibile attraverso la diligenza professionale richiesta ai concorrenti, e recepisce i principi sanciti da Cons. St., A.P., n. 20 del 2021. Questa limitazione valorizza la prudenza e la professionalità degli operatori.

Nel dettaglio, si specifica che il risarcimento riguarda esclusivamente i danni correlati alle conseguenze negative derivanti dalla scorrettezza della P.A. sulle decisioni contrattuali dell'operatore economico. Questa restrizione limita i risarcimenti ai danni effettivamente provati.

In termini di quantum, il risarcimento è limitato al cosiddetto interesse negativo, che comprende i costi sostenuti inutilmente per partecipare alla gara e la perdita di una chance contrattuale alternativa. Questo criterio garantisce equità e proporzionalità nel riconoscimento dei danni.

Tali danni devono essere dimostrati e avere carattere concreto e reale. La concretezza della prova è indispensabile per ottenere il risarcimento.

²² Sul punto, Maria Alessandra Sandulli articolo in *"Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice"* (2023), pone particolare attenzione all'art. 5 del Codice che sancisce il principio di buona fede e la tutela dell'affidamento. L'autrice pone l'accento sull'importanza di comportamenti leali e coerenti da parte delle amministrazioni pubbliche nelle procedure di affidamento, precisando che tali principi hanno implicazioni anche sul piano processuale, in particolare rispetto alla sindacabilità dell'esercizio del potere amministrativo. Per gli operatori economici che agiscono in buona fede, la lesione dell'affidamento legittimo può dar luogo a responsabilità e al risarcimento del danno subito.

²³ Molto interessanti sono gli spunti che si evincono da Francesca Trimarchi Banfi, nell'articolo *"Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione"* (2018), analizza il principio di buona fede e la tutela dell'affidamento nel contesto dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, distinguendo due forme di affidamento: l'affidamento legittimo, quale fiducia del privato nella stabilità di un provvedimento amministrativo favorevole; e l'affidamento incolpevole (o secondo buona fede), da intendersi come fiducia del privato nella correttezza dell'operato amministrativo, anche in assenza di un provvedimento formale. Trimarchi Banfi sottolinea che queste due forme di affidamento differiscono sia per funzione che per struttura. L'affidamento legittimo funge da limite all'esercizio del potere amministrativo, richiedendo un bilanciamento tra l'interesse pubblico e le aspettative del privato. L'affidamento incolpevole, invece, si concentra sulla riparazione del danno derivante dalla fiducia mal riposta nella correttezza dell'amministrazione. In definitiva, il principio di buona fede e la tutela dell'affidamento, come chiarito dall'autrice, operano su due livelli distinti nei rapporti con l'amministrazione: uno preventivo, volto a garantire la stabilità delle situazioni giuridiche favorevoli al privato, e uno risarcitorio, mirato a compensare il danno derivante dalla lesione dell'affidamento.

Infine, il quarto comma dell'art. 5 introduce un'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione condannata al risarcimento del danno verso l'operatore economico aggiudicatario che abbia ottenuto l'aggiudicazione grazie a una condotta illecita. Questa rivalsa limita gli effetti ingiusti per l'amministrazione pubblica.

Con tale disposizione, si consente di trasferire almeno parzialmente il risarcimento dall'amministrazione all'aggiudicatario illegittimo, evitando che quest'ultimo ottenga un arricchimento ingiusto²⁴. Questo trasferimento garantisce maggiore equilibrio nelle responsabilità attribuite.

La norma si coordina inoltre con la modifica dell'art. 124 c.p.a., che regola l'azione di rivalsa in sede processuale e trova giustificazione considerando che, in materia di appalti, la responsabilità dell'amministrazione è oggettiva e talvolta prescinde dall'adozione iniziale di un provvedimento illegittimo. Questo collegamento rafforza la coerenza tra norme e giurisprudenza applicabile.

²⁴ IN realtà da ciò traspare la necessità di un bilanciamento tra la discrezionalità amministrativa e la protezione degli interessi legittimi delle imprese, e la difficoltà di applicare la buona fede in situazioni di incertezza o di mutamento delle condizioni economiche e normative.

3e) IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE²⁵.

Secondo quanto stabilito dall'art. 6 del nuovo Codice, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore (cd. ETS), come definiti dal relativo codice (d.lgs., 3 luglio 2017, n. 117), sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Questi modelli promuovono sinergie tra enti pubblici e privati.

Il modello di amministrazione condivisa delineato dall'art. 6 del Codice, non si fonda su un rapporto sinallagmatico e, dunque, sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata erogatrice del servizio, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti ad elevare i livelli di cittadinanza attiva e di coesione e protezione sociale, secondo uno schema relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico. Questo approccio valorizza solidarietà e cooperazione nell'azione amministrativa²⁶.

Con riferimento all'art. 6, si evidenzia che recepisce quanto affermato di recente da Corte cost., n. 131 del 2020, che ha riconosciuto, sul piano sistematico, l'ammissibilità e la coesistenza di due modelli organizzativi, alternativi, per l'affidamento dei servizi sociali: l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Tale riconoscimento rafforza la flessibilità nelle modalità organizzative pubbliche.

L'affidamento diretto, previsto nel secondo modello citato dalla Corte, riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli ETS e costituisce uno

²⁵ La bibliografia cui si rimanda, per questo principio, è la seguente: De Masi, D. (2005), *La sussidiarietà orizzontale e i contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano; Fornari, F. (2007), *Il principio di solidarietà nei contratti pubblici*, Cedam, Padova; Gallo, A. (2011), *Sussidiarietà e solidarietà: la tutela degli interessi pubblici nei contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli; Mastellone, F. (2009), *Solidarietà e sussidiarietà nei contratti pubblici: un'analisi giuridica*, Il Mulino, Bologna e Sgarbossa, A. (2013), *La solidarietà e la sussidiarietà nella contrattualistica pubblica*, Franco Angeli, Milano.

²⁶ Si veda Carrer, M. (2022). *Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizzazione costituzionale*, in Studi Economici e Diritto, 1 Secondo l'autore tali modelli richiedono che gli enti coinvolti contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in modo effettivo e trasparente, nel rispetto del principio del risultato

schema generale da coordinare con il primo, di cui non rappresenta pertanto deroga, da interpretare restrittivamente. Questa restrizione garantisce coerenza con i principi generali applicabili.

Alla base costituzionale di tale modello si rinviene quanto disposto dall'art. 118, comma 4 Cost., in quanto attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale²⁷ con il coinvolgimento della società civile nello svolgimento di funzioni amministrative, e dall'art. 2 Cost., perché esplicazione dei doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista. Questa base costituzionale consolida il quadro normativo di riferimento.

In questa ottica normativa, gli enti affidatari devono essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività, in tal modo attribuendo portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57, d.lgs. n. 117 del 2017, in tema di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento. Questo approccio garantisce uguaglianza e trasparenza nelle procedure applicative²⁸.

²⁷Matteo Carrer in "Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizzazione costituzionale", pone un interessante approfondimento sul principio di sussidiarietà orizzontale quale principio che incoraggia una collaborazione attiva tra amministrazioni pubbliche e società civile, e promuove la partecipazione dei cittadini e degli enti del Terzo Settore nella gestione delle attività di interesse generale, con l'obiettivo di realizzare il bene comune attraverso modelli di amministrazione condivisa.

²⁸ Alessandro Berrettini in *"La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici"*, analizza la co-progettazione come strumento di collaborazione tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo settore, evidenziando il ruolo centrale dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Questi principi promuovono una partecipazione attiva dei cittadini e delle organizzazioni private nella gestione di attività di interesse generale, favorendo un'amministrazione condivisa. Berrettini sottolinea come la co-progettazione, prevista dall'articolo 55 del Codice del Terzo settore, rappresenti un'applicazione concreta di tali principi, consentendo una sinergia tra pubblico e privato nella definizione e realizzazione di progetti che mirano al bene comune..

3f) IL PRINCIPIO DI AUTO-ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E DI AUTONOMIA CONTRATTUALE.

Secondo quanto stabilito dall'art. 7, co. 1 del nuovo Codice, viene recepito il tradizionale principio di auto-organizzazione amministrativa, ribadito anche nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, in virtù del quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi e posti su un piano di tendenziale parità: autoproduzione, esternalizzazione, cooperazione con altre pubbliche amministrazioni²⁹.

Con questa codificazione, si ottiene un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, superando così l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50 del 2016, sulla quale erano emersi dubbi di compatibilità unionale di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, dalla Corte di Giustizia con ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19.

Nella normativa appena introdotta, la parità tra il ricorso al mercato e l'autoproduzione rimane solo tendenziale, poiché la scelta per l'affidamento in house deve essere sempre motivata (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione), dando conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche (art. 7, co. 2).

Nel caso di "prestazioni strumentali", la normativa ha semplificato la motivazione, considerando l'affidamento in house sufficientemente giustificato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e

²⁹ Al riguardo particolarmente interessante l'analisi di Marco Tiberii, nel suo contributo intitolato "*Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*", incluso nel volume *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici* (Napoli, 2023). L'autore analizza approfonditamente il principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni sottolineando che questo principio riflette l'autonomia istituzionale riconosciuta agli Stati membri dell'Unione Europea; tale autonomia consente loro di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi in modo da garantire elevati standard di qualità, sicurezza e accessibilità, nel rispetto delle normative comunitarie.

perseguimento degli interessi strategici, nonostante il nuovo Codice e i relativi allegati non contengano una definizione precisa di questa nozione.

L'articolo successivo, ovvero l'art. 8, co. 1, sancisce il principio fondamentale di autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni³⁰.

³⁰ Si vedano anche: Caterina, 2016, *L'autonomia contrattuale tra dottrina e giurisprudenza*, in Giurisprudenza per i principi e autonomia privata, Giuffrè Editore, Milano; Delle Monache, 2016, *I giudici, il forum shopping e la lex mercatoria*, in Giurisprudenza per i principi e autonomia privata, Giuffrè Editore, Milano; Nivarra, 2016, *La giustizia contrattuale tra procedura e contenuto*, in Giurisprudenza per i principi e autonomia privata, Giuffrè Editore, Milano; Navarretta, 2016, *La tutela della persona nel contratto*, in Giurisprudenza per i principi e autonomia privata, Giuffrè Editore, Milano. Specialmente questo ultimo scritto è particolarmente interessante in quanto l'autore affronta il tema della protezione della persona all'interno del contratto, con particolare riferimento all'autonomia privata e ai principi che guidano la contrattualistica. Egli esplora come la tutela della persona si integri con i principi fondamentali del diritto privato, trattando anche l'interazione con i contratti pubblici e il bilanciamento tra autonomia delle parti e i limiti imposti dall'ordinamento giuridico per garantire la protezione di diritti fondamentali. L'autore, infine, evidenzia come, nel contesto delle relazioni contrattuali, la persona non sia solo un soggetto autonomo in grado di determinare le proprie scelte, ma debba anche essere tutelata contro abusi e squilibri, attraverso disposizioni che garantiscano la sua dignità e l'effettiva libertà di scelta. Si sofferma, inoltre, sui limiti all'autonomia privata, in particolare in contratti che possano risultare vessatori per una delle parti, indicando come la legge intervenga per tutelare l'integrità e i diritti della persona anche in ambito contrattuale.

3g) IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE. SOPRAVVENIENZE RILEVANTI E DIRITTO ALLA RINEGOZIAZIONE.³¹

Secondo quanto stabilito dall'articolo 9, viene introdotta una nuova disciplina in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto avente portata generale, alla stregua di quella contenuta negli artt. 1467 ss. c.c., con la previsione di un rimedio contrattuale di natura legale manutentivo (conservativo) e non meramente risolutorio del vincolo obbligatorio. Questo approccio evita risoluzioni immediate nei contratti pubblici.

Una simile scelta risulta giustificata in considerazione delle caratteristiche peculiari dei contratti pubblici, connotati dalle finalità di pubblico interesse sottese, immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, come tali incompatibili con una integrale trasposizione delle regole civilistiche. Questa trasposizione risulterebbe incompatibile con interessi pubblici rilevanti.

Il comma primo della disposizione stabilisce un duplice contenuto che definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata, cui corrisponde un obbligo della controparte. Questo obbligo protegge la parte più vulnerabile contrattualmente coinvolta.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è necessario che gli eventi straordinari e imprevedibili non siano stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata e che determinino una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto, non riconducibile alla normale alea, alle ordinarie fluttuazioni economiche o al rischio di mercato. Questi eventi devono superare la normale alea contrattuale prevista.

Le sopravvenienze che danno origine al diritto alla rinegoziazione devono risultare non solo sopravvenute e imprevedibili, ma anche estranee al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. Questa definizione include solo eventi straordinari ed eccezionali. Tale disposizione deve essere interpretata restrittivamente richiedendo un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale. Questo squilibrio deve risultare documentabile con prove certe.

³¹ Si vedano sul punto: Fiore, A. (2016). *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici*. Giappichelli, Torino e Marini, M. (2019). *La rinegoziazione dei contratti pubblici per sopravvenienze*. Cedam, Padova.

È inoltre indispensabile che i rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa. Questi rischi non devono derivare da scelte consapevoli precedenti. Solo quando risultino integrati tutti i requisiti previsti, si riconosce il diritto alla rinegoziazione alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova. Questo onere impone prove specifiche e documentate dall'interessato.

Nel richiedere tale rinegoziazione, la parte svantaggiata deve attenersi al principio generale di buona fede, con un contegno che dovrà essere riguardato anche nella considerazione della particolare qualificazione dei soggetti interessati, siano essi operatori economici o la parte pubblica. Questo comportamento deve riflettere trasparenza e rispetto reciproco.

Il comma secondo della disposizione chiarisce che la rinegoziazione ha come finalità esclusiva quella di ripristinare l'originario equilibrio del contratto e non di ottenere una perfetta equivalenza tra le prestazioni (cd. *reductio ad aequitatem*, cfr. art. 1467, comma 3, c.c.), tenendo conto del complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto, inclusi il bando e il provvedimento di aggiudicazione, in modo da non alterarne la sostanza economica. Questo equilibrio deve rispettare le condizioni contrattuali iniziali. Il terzo comma della norma affronta l'ipotesi specifica in cui le sopravvenienze di cui al comma primo rendano la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, il quale ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale (artt. 1256 ss. c.c.). Questa riduzione deve essere proporzionata alle prestazioni residue.

Resta aperto il problema se la mancata esplicita menzione dell'articolo 1464 c.c. in tema di impossibilità parziale nei contratti a prestazioni corrispettive escluda la possibilità per il creditore di recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, benché la Relazione illustrativa precisi come, anche in tale ipotesi, sia stato privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio. Questo dubbio riguarda specificamente l'applicazione della norma citata.³²

³² Le cause che possono provocare uno squilibrio in un contratto pubblico possono essere varie. In primis situazioni che possono alterare l'equilibrio iniziale, come sopravvenienze economiche, cambiamenti normativi o eventi imprevisi che rendono difficile per le parti adempiere agli obblighi stabiliti in partenza. In secondo luogo, bisogna tener conto di come l'ordinamento giuridico gestisce queste modifiche: le parti possano rinegoziare o modificare il contratto per ripristinare l'equilibrio originario attraverso la revisione dei prezzi e sulla rinegoziazione in caso di cambiamenti imprevisi nelle condizioni contrattuali. Inoltre,

Il comma quarto della norma prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscano l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio di interferenze da sopravvenienze. Questa previsione tutela i contratti da rischi economici significativi.

tener presente l'importanza di garantire una gestione corretta delle risorse pubbliche, assicurando al contempo che la qualità dei servizi o delle opere fornite nel contratto non venga compromessa ed infine vagliare la possibilità di ricorrere alla risoluzione del contratto o all'adeguamento delle prestazioni, in conformità con la normativa vigente, per far fronte a modifiche sopravvenute che potrebbero alterare le condizioni iniziali.

***3h) IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E DI MASSIMA PARTECIPAZIONE.*³³**

Secondo quanto indicato nei primi due commi, dell'art. 10 si stabilisce, da un lato, che i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice, dall'altro, che le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito, specificandosi altresì che le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte (per la trattazione dei requisiti di partecipazione e delle cause di esclusione si rinvia alla sezione III). Queste clausole nulle risultano inefficaci per ogni procedura.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito al comma 2 (già codificato nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016), comporta il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara. Questo divieto riguarda esclusivamente condizioni regolamentari non tassative.

Contestualmente è anche introdotto il principio di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito. Ogni qualvolta una norma imperativa imponga un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione". La violazione si traduce automaticamente nell'esclusione del concorrente.

È indispensabile altresì che i requisiti indicati nelle norme, imperativamente previste, siano rispettati dai concorrenti a prescindere dalla loro esplicita menzione nel bando di gara. Questi requisiti obbligano i partecipanti indipendentemente dalle condizioni.

Come già evidenziato, si prevede la nullità delle clausole, ulteriori di esclusione che si pongano in contrasto con le cause previste dalla legge e con il connesso divieto per le

³³ In particolare, si veda Carinci, 2019 – *La riforma dei contratti pubblici: tra principio di tassatività e massima partecipazione* – Egea, Milano teorizza l'autore la necessità di un equilibrio tra la rigorosità nel determinare le condizioni per l'esclusione dalle gare (per evitare arbitrarietà o interpretazioni distorte delle cause di esclusione) e l'esigenza di garantire un ampio accesso alla partecipazione. In particolare, esplora come la riforma abbia cercato di conciliare questi due principi, spesso considerati in tensione, e come la normativa recente abbia cercato di semplificare le regole per favorire la concorrenza e la trasparenza, riducendo al contempo i margini di discrezionalità da parte delle amministrazioni.

stazioni appaltanti di introdurre ulteriori cause di esclusione. Questa nullità protegge dalla violazione delle norme imperative applicabili.

Seguendo l'orientamento espresso da Cons. St., A.P., n. 22 del 2022³⁴, si specifica che le clausole nulle “si considerano non apposte”, chiarendo così che si tratta di una nullità parziale, limitata alla clausola stessa e senza estendersi all'intero atto. Questa nullità parziale evita conseguenze eccessive sugli atti.

Infine, il comma 3 organizza i criteri di selezione previsti, dall'art. 58 della direttiva 24, che determinano l'esclusione dalla gara per mancanza di capacità. Tali criteri si applicano esclusivamente ai partecipanti non idonei. In questa sezione si individuano i criteri legittimamente adottabili, da parte delle stazioni appaltanti, per introdurre requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, entro i limiti stabiliti. Questi criteri rispettano strettamente i limiti definiti dalla normativa.

La norma riprende quanto già sancito nell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, distinguendo tra i requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, laddove necessari, e i requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale. Questa distinzione chiarisce le categorie rilevanti nei contratti.

³⁴ La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 22 del 2022 conferma la necessità di un'applicazione rigorosa e conforme alla legge delle cause di esclusione nelle gare pubbliche, ma al contempo sottolinea l'importanza di garantire la partecipazione e la trasparenza del processo di selezione. Il giudice amministrativo, quindi, svolge un ruolo di bilanciamento tra le esigenze di certezza e chiarezza nelle regole e la promozione della concorrenza. Essa si inserisce nel dibattito giuridico relativo all'interpretazione e all'applicazione delle norme che regolano i contratti pubblici, in particolare per quanto riguarda le modalità di esclusione dalle gare e le condizioni per l'ammissione dei concorrenti. In questa decisione, il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, si concentra sul principio della tassatività delle cause di esclusione, con un'attenzione particolare all'equilibrio tra la necessità di garantire una concorrenza sana e l'esigenza di rispettare i vincoli normativi che disciplinano l'accesso alle gare. La sentenza ribadisce il principio secondo cui le cause di esclusione devono essere tassative e chiaramente definite dalla legge, limitando quindi l'ambito di discrezionalità amministrativa e tutelando i partecipanti dalle possibili applicazioni arbitraria delle disposizioni normative. Un aspetto centrale della decisione riguarda la necessità di evitare l'abuso del potere da parte delle amministrazioni, che non devono interpretare in maniera estensiva le cause di esclusione, ma devono attenersi strettamente a quanto previsto dalla normativa. In questo senso, il Consiglio di Stato ha precisato che l'esclusione di un concorrente da una procedura di gara può avvenire solo in presenza di un motivo esplicitamente sancito dalla legge, evitando, quindi, qualsiasi forma di discrezionalità che possa compromettere il principio di massima partecipazione. La sentenza ha anche riflettuto sul contrasto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione e la necessità di garantire la massima partecipazione alle gare. In particolare, il Consiglio di Stato ha ribadito che, pur nella rigidità dell'applicazione delle cause di esclusione, deve essere garantita la possibilità per un numero ampio di operatori economici di accedere alle gare, evitando che la normativa venga utilizzata per escludere concorrenti in modo ingiustificato o per obiettivi diversi da quelli di protezione dell'interesse pubblico.

4) I PRINCIPI PER LE FASI DELL’AFFIDAMENTO E DELL’ESECUZIONE.

Con riguardo alla fase dell’affidamento, vengono in rilievo i principi fondamentali del TFUE, vale a dire quelli di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, tipici del procedimento ad evidenza pubblica e che trovano spazio anche nel nuovo Codice secondo diverse declinazioni.

4a) IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA E SUDDIVISIONE IN LOTTI.³⁵

Il nuovo approccio normativo del principio di concorrenza, volto a favorire la massima partecipazione, in condizioni di parità di trattamento e di non discriminazione, degli operatori economici alle gare, perde nel nuovo Codice quel valore di principio fondamentale per divenire strumento funzionale al raggiungimento del miglior risultato possibile in termini di soddisfazione dell'interesse pubblico all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto.

Un'applicazione concreta di questo principio si ritrova anche nel nuovo impianto normativo con il principio della suddivisione in lotti, sancito dall'art. 58, in forza del quale, per garantire l'effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono di regola (salvo adeguata motivazione, che tenga conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese) suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi (per le relative definizioni v. art., comma 1, lett. s), t), u) dell'Allegato 1.1) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.

Nel contesto di questa suddivisione in lotti, il valore relativo deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese.

La normativa consente alle stazioni appaltanti di limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente (c.d. vincolo di aggiudicazione) per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Quando ricorrono condizioni analoghe e si prevede un elevato numero di concorrenti attesi, può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare.

In ogni caso, il bando o l'avviso di indizione della gara devono contenere l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedere il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite.

³⁵ Si veda per tutti Santoro, G. (2019). *Le gare pubbliche e la concorrenza*. Wolters Kluwer, Milano

Il bando di gara o la lettera di invito possono includere anche una riserva per la stazione appaltante, consentendole di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, indicando le modalità mediante le quali effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

La normativa attuale ancora la scelta tra aggregazione e suddivisione a un parametro normativo (principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese di cui al c.d. “Small Business Act”), mentre nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 si era registrata una marcata divergenza di orientamenti sul punto.

Permane tuttavia il problema legato all’esercizio del potere discrezionale relativo al *quomodo* della suddivisione³⁶, oggetto di contrastanti letture in giurisprudenza, la quale ha sempre riconosciuto, rispetto ad entrambi i profili evidenziati, un’ampia discrezionalità dell’amministrazione, in assenza di un parametro legale predeterminato, sindacabile soltanto sotto il profilo della congruità, della ragionevolezza e della proporzionalità.

In continuità con il passato, il nuovo Codice ripropone sia il divieto di accorpamento artificioso dei lotti che lo speculare divieto di artificioso frazionamento (salvo il caso in cui ragioni oggettive lo giustificano), tesi ad evitare l’elusione dell’applicazione delle disposizioni del codice (art. 14, comma 6).

³⁶ Interessanti spunti in Bianchini, M. (2020). *Le scelte discrezionali nell'aggiudicazione dei contratti pubblici*. Giuffrè, Milano e Greco, L. (2021). *Il potere discrezionale nelle gare pubbliche: lotti e aggregazioni*. Il Mulino, Bologna. In particolare, il secondo autore esplora il concetto di discrezionalità amministrativa: l'amministrazione pubblica ha il potere di decidere se suddividere un contratto in lotti e in che modo farlo. Questo potere discrezionale deve essere esercitato nel rispetto di principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza, ma può presentare dei limiti e delle problematiche legate alla valutazione di cosa sia più vantaggioso per la pubblica amministrazione. Egli evidenzia che mentre la suddivisione in lotti ha lo scopo di favorire la concorrenza e la partecipazione di piccole e medie imprese, l'aggregazione potrebbe ridurre tale concorrenza per concentrarsi su contratti di maggiore entità, con una possibile concentrazione del potere tra poche imprese.

4b) IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI INVITI E DEGLI AFFIDAMENTI.³⁷

Un aspetto cardine nella disciplina degli affidamenti è rappresentato dal principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti³⁸, che l'art. 49, comma 1 (alla stessa stregua dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) regola per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. Questo principio, ideato per garantire un'effettiva concorrenza tra gli aspiranti, bilancia la notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per gli affidamenti sottosoglia e negli affidamenti diretti.

Nella disciplina precedente, il principio di rotazione veniva attuato tramite disposizioni dettate dalle Linee Guida Anac n. 4.

In coerenza con quanto stabilito dalla normativa precedente, il rispetto del principio di rotazione è imposto già nella fase degli inviti, con l'obiettivo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici. Per questa ragione, l'articolo 49 prevede che non sia consentito l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi (comma 2).

A tal fine, la stazione appaltante, per applicare correttamente il principio di rotazione, può suddividere gli affidamenti in fasce in base al valore economico, prevedendo che la rotazione si applichi con riferimento a ciascuna fascia (comma 3).

L'articolo 49 del nuovo Codice introduce importanti cambiamenti rispetto alle Linee Guida Anac, che estendevano il divieto di invito anche all'operatore economico invitato ma non affidatario. Questa modifica si basa sulla considerazione che, come evidenziato nella Relazione Illustrativa, in tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulta giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

³⁷ Si veda per tutti M. S. D'Acunto, 2020, *La rotazione degli inviti e degli affidamenti negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano.

³⁸ Si vedano gli scritti di Graziani, 2021, *"La rotazione degli affidamenti nei contratti pubblici: profili giuridici e applicativi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli; Loiodice, 2020, *"Il principio di rotazione e la trasparenza nelle procedure di affidamento"*, Il Mulino, Bologna e Torelli, 2018, *"Il principio di rotazione negli affidamenti pubblici: analisi e prospettive"*, CEDAM, Padova.

Tuttavia, il principio di rotazione prevede alcune eccezioni, specificatamente disciplinate dal comma 4. In particolare, in casi motivati e tenendo conto della struttura del mercato, dell'effettiva assenza di alternative e dell'esecuzione accurata del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o individuato come affidatario diretto.

Questa previsione rappresenta un'innovazione rispetto alla precedente disciplina delle Linee Guida Anac, in quanto, a determinate condizioni, consente di reinvitare l'uscente alla successiva procedura negoziata. In riferimento agli affidamenti diretti, invece, riproduce sostanzialmente quanto disposto al punto 3.7 delle Linee Guida.

Similmente a quanto previsto dalle Linee Guida, i requisiti per derogare al principio di rotazione, secondo il comma 4 dell'art. 49, devono essere considerati concorrenti e non alternativi tra loro.

Inoltre, il comma 5 stabilisce che per contratti affidati tramite procedure negoziate senza bando, previste dall'art. 50, comma 1, lettere c), d) ed e), la stazione appaltante non applica il principio di rotazione qualora l'indagine di mercato sia stata effettuata senza limitazioni al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

In tali circostanze, l'obiettivo di evitare il consolidamento di rendite di posizione non rileva qualora la stazione appaltante decida di non introdurre sbarramenti al numero degli operatori invitati alla procedura negoziata.

Le precedenti Linee Guida Anac consentivano di derogare al principio di rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, previa motivazione sintetica contenuta nella determinazione a contrarre o in atto equivalente.

Il nuovo Codice conferma ed estende questa possibilità, prevedendo che per affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro sia sempre consentita la deroga al principio di rotazione (art. 49, comma 6).

Questa disposizione armonizza il limite con quanto previsto dall'art. 1, comma 450, della legge n. 296 del 2006, che stabilisce il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione o al sistema telematico regionale per l'acquisto di beni e servizi sottosoglia.³⁹

³⁹ SI tenga però conto che delle difficoltà pratiche che le amministrazioni incontrano nell'applicazione del principio di rotazione degli affidamenti pubblici. Una delle problematiche principali è quella legata agli operatori economici che, pur avendo partecipato a diverse gare e rispettando i requisiti di competenza, continuano a ricevere affidamenti. Questo può portare a una concentrazione degli incarichi nelle mani di pochi soggetti, contravvenendo all'obiettivo di garantire una distribuzione equa delle opportunità tra le

4c) I PRINCIPI DI PUBBLICITÀ, TEMPESTIVITÀ ED EQUIVALENZA.⁴⁰

Quanto al principio di pubblicità⁴¹, esso viene attuato mediante modalità stabilite nel Codice, lo stesso assume, benché non richiamato come tale tra i principi generali, una duplice valenza nelle procedure di aggiudicazione. Per un verso, è funzionale alla promozione della parità di trattamento e massima partecipazione alla procedura; per altro verso, risulta orientato verso la realizzazione della massima trasparenza e conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione. Tale principio pervade tutta la normativa inerente l'evidenza pubblica, a partire dalla fase preliminare all'indizione della gara, atteso l'obbligo di pubblicazione del bando, fino al termine della gara, come obbligo di comunicarne l'esito a tutti i partecipanti entro un termine ragionevole. Ne costituisce applicazione, in particolare, la regola che impone la pubblicità delle sedute della commissione giudicatrice, la cui violazione, secondo la giurisprudenza,

imprese. Sebbene il principio di rotazione voglia evitare che pochi operatori monopolizzino gli appalti, le amministrazioni si trovano spesso di fronte alla necessità di giustificare l'invito a nuovi operatori, che potrebbero non avere l'esperienza adeguata per gestire determinate tipologie di contratti. Ciò rischia di compromettere la qualità dei servizi offerti e, in alcuni casi, potrebbe persino portare a una "falsa diversificazione", escludendo operatori più qualificati. Un altro aspetto che crea difficoltà è la gestione delle deroghe al principio di rotazione. In situazioni di urgenza, come calamità naturali o lavori di riparazione immediata, la normativa prevede che si possano fare delle eccezioni. Tuttavia, questa flessibilità richiede una giustificazione chiara e solida, il che può diventare problematico. Le amministrazioni sono infatti chiamate a spiegare perché l'urgenza rende impossibile seguire la regola della rotazione, ma c'è sempre il rischio che tali deroghe vengano abusate per eludere le normative, distorcendo così il principio stesso. Inoltre, la normativa sulle deroghe è spesso complessa e in continua evoluzione, e la giurisprudenza non sempre fornisce indicazioni chiare. Ciò può generare confusione, aumentando le difficoltà nell'applicare correttamente queste eccezioni e nel motivare adeguatamente le decisioni prese. Anche la distinzione tra appalti di valore diverso può rappresentare una sfida. Mentre per gli appalti di valore elevato la rotazione è più facilmente applicabile, per quelli di minor valore, in particolare quando si tratta di affidamenti diretti, non sempre la situazione è chiara. In questi casi, le amministrazioni potrebbero trovarsi a ripetere gli affidamenti agli stessi operatori senza una vera sistematicità, il che può essere problematico dal punto di vista della concorrenza. La difficoltà principale consiste nel trovare un equilibrio tra la necessità di rispettare il principio di rotazione e la necessità di garantire un'efficace gestione dei contratti, anche per quelli di importo ridotto. Un ulteriore problema si presenta nelle piccole amministrazioni o in quelle situazioni dove il numero di operatori economici è limitato. In questi contesti, la rotazione non è facilmente applicabile, poiché le amministrazioni sono costrette a ricorrere ripetutamente agli stessi operatori, non avendo molte alternative disponibili. Questo porta spesso a una violazione del principio, anche se le opzioni sono poche. Le piccole imprese potrebbero trovarsi svantaggiate, poiché, a causa della rotazione, gli affidamenti tendono a concentrarsi su operatori più grandi, escludendo così le realtà locali più piccole dalla possibilità di partecipare alle gare. Infine, uno degli ostacoli maggiori riguarda il monitoraggio e il controllo del rispetto della rotazione. Le amministrazioni sono chiamate a garantire che ogni affidamento venga effettuato nel rispetto delle regole, ma per farlo è necessario un sistema di controllo efficace, che richiede risorse e competenze specifiche. In particolare, nelle amministrazioni con meno risorse o strutture, questo processo di monitoraggio diventa particolarmente difficile da gestire. Di conseguenza, può esserci una discrepanza tra la teoria e la prassi, che potrebbe portare a incertezze e violazioni non intenzionali delle normative.

⁴⁰ Per tutti: De Miranda, M. (2018). *Contratti pubblici e principi di trasparenza*. Giuffrè Editore, Milano.

⁴¹ La pubblicità è vista come uno strumento necessario per garantire che le decisioni prese nella gestione dei contratti pubblici siano visibili e verificabili da parte di tutti gli attori coinvolti, inclusi i cittadini.

costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta.

Merita particolare attenzione il principio di tempestività⁴², che è stato sviluppato dalla giurisprudenza e codificato già nel previgente art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulano che le sedute della Commissione giudicatrice debbano ispirarsi al principio di concentrazione e continuità, con la conseguenza che la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve essere svolta interamente in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione stessa. Tuttavia, tale principio è soltanto tendenziale ed è suscettibile di deroga, in presenza di situazioni particolari che oggettivamente ostacolano l'espletamento delle operazioni in una sola seduta, dovendo in questo caso essere minimo l'intervallo tra le sedute e dovendo essere predisposte adeguate garanzie di conservazione dei plichi. Oggi il principio riveste un ruolo di portata generale, applicabile a ogni attività correlata alle procedure di gara, per come espressamente enunciato nell'art. 1 del nuovo Codice, in forza del quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività.

Da ultimo, va ricordato che, con l'obiettivo di garantire la più ampia partecipazione possibile, l'art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto il principio di equivalenza, in base al quale l'amministrazione non può escludere quelle offerte che prevedano la fornitura di beni con caratteristiche equivalenti a quelli di cui al bando di gara, con onere della prova a carico dell'offerente. Il nuovo Codice non prevede analoga disposizione. Tuttavia, l'accettabilità dell'offerta con specifiche tecniche equivalenti è implicitamente riconosciuta da diverse disposizioni normative, come l'art. 90, co. 1, lett.

⁴² Il principio di tempestività è strettamente collegato a quello di trasparenza, in quanto garantisce che tutte le fasi del procedimento di gara e di aggiudicazione siano realizzate in tempi certi e con la necessaria comunicazione alle parti interessate, evitando il rischio di opacità e di disincentivazione della partecipazione. Infine, il principio di equivalenza è uno strumento che assicura che tutte le offerte siano trattate in modo paritario, senza favorire alcun operatore rispetto ad altri, attraverso criteri di valutazione chiari e applicabili a tutte le offerte presentate, in modo da garantire la concorrenza e l'efficienza nelle procedure di appalto.

d), il quale dispone che le stazioni appaltanti comunichino, entro cinque giorni dall'adozione, tra le altre, la decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta.

5) I PRINCIPI RELATIVI ALLA FASE DELL'ESECUZIONE.

Analizzando i principi applicabili alla fase di esecuzione, l'art. 113 del nuovo Codice, il quale riproduce il previgente art. 100, d.lgs. 50 del 2016, che a sua volta traspone fedelmente i principi di cui agli artt. 70 della direttiva 24/2014 e 87 della direttiva 25/2014. Viene stabilito che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono essere legate a specifiche esigenze sociali e ambientali.

Tra i principi rilevanti nella fase di esecuzione dell'appalto, troviamo quello della massima tempestività al fine di perseguire il miglior risultato possibile in termini di realizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla stipula del contratto (art. 1, co. 1). Significativo è anche il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), il cui ambito di applicazione naturale coincide con la fase successiva alla stipula del contratto, come già evidenziato dalla giurisprudenza con riguardo, ad esempio, all'impossibilità per l'operatore economico, prima della sottoscrizione del contratto, di pretendere di ottenere la commessa a prezzi differenti da quelli offerti, in caso di mutamento delle condizioni di mercato, senza che si proceda alla riapertura della gara.

6) IL RUOLO DELL'ANAC E IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE EUROPEE

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, nr. 50), l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) assume un ruolo di rilievo senza precedenti. L'Autorità⁴³ è menzionata nel testo normativo in ben 86 occasioni, sottolineando il suo status di pilastro del sistema, incaricato di garantire la legalità attraverso strumenti e poteri volti a prevenire e contrastare fenomeni di corruzione e illegalità. Questo nuovo ruolo pone l'ANAC al centro di una sfida complessa: da un lato, assicurare procedure selettive rapide ed efficienti; dall'altro, esercitare un controllo rigoroso e incisivo sul rispetto delle norme e sull'etica amministrativa.

Tuttavia, la centralità dell'ANAC non è esente da critiche. Numerosi esperti hanno espresso preoccupazioni circa l'impatto che un controllo così pervasivo potrebbe avere sull'efficienza e sulla semplicità del sistema. Secondo alcuni, la mole di interventi assegnati all'Autorità potrebbe paradossalmente ostacolare proprio quegli obiettivi di trasparenza e legalità che si propone di garantire. Questo apparente conflitto non dipende solo dalla difficoltà intrinseca di bilanciare esigenze di rapidità e prevenzione, ma è radicato nella struttura istituzionale stessa dell'ANAC, che si presenta con una duplice natura: da un lato, autorità di regolazione e vigilanza; dall'altro, organismo con funzioni sempre più vicine a quelle giudiziarie e repressive.

Per comprendere le problematiche attuali, è necessario ripercorrere le origini e lo sviluppo dell'ANAC. L'Autorità affonda le sue radici nella Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), istituita nel 2009 per monitorare e valutare le performance del pubblico impiego. Tuttavia, il progetto iniziale fallì nel raggiungere i suoi obiettivi, portando al trasferimento delle funzioni della Civit al Dipartimento della funzione pubblica e alla sua trasformazione graduale nell'attuale ANAC.

Un passaggio cruciale in questa evoluzione è stato l'assorbimento, da parte dell'ANAC, delle competenze e del personale dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP). Questo ampliamento ha portato l'ANAC a ricoprire un ruolo di vigilanza su ambiti

⁴³ Si vedano Ghezzi, P. (2018), *Le nuove norme sugli appalti pubblici e il ruolo dell'ANAC*, Il Mulino, Bologna; Montuschi, L. (2017), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione: competenze e poteri*, Cedam, Padova; Zorzi, S. (2015), *Il recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici: tra armonizzazione e specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

particolarmente sensibili, come l'organizzazione di Expo Milano 2015 e la gestione della ricostruzione post-sisma del 2016. A partire dal d.l. n. 90/2014 e dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, il legislatore ha ulteriormente rafforzato i poteri dell'ANAC, dotandola di strumenti sanzionatori e di un maggiore protagonismo nella raccolta di segnalazioni di illeciti da parte di organi come l'Avvocatura dello Stato, le Procure e i giudici amministrativi. Pur non esercitando poteri diretti in ambito penale, l'ANAC si è progressivamente trovata a operare in una posizione "parallela" a quella delle Procure, grazie all'ampiezza delle informazioni di cui dispone e alla visibilità mediatica del suo Presidente. Questa situazione ha suscitato non poche discussioni in dottrina e tra gli operatori, evidenziando l'esistenza di un rapporto non pienamente definito tra il ruolo dell'ANAC e quello degli organi giurisdizionali.

Un elemento distintivo del nuovo Codice degli appalti è l'ampiezza dei poteri conferiti all'ANAC, giustificata dalla necessità di contrastare fenomeni corruttivi e infiltrazioni criminali. Tra le principali novità si evidenzia l'eliminazione di un regolamento attuativo unico, sostituito da strumenti più flessibili come le linee guida, i bandi-tipo e i capitolati-tipo. Questi strumenti, pur apprezzati per la loro adattabilità, hanno sollevato dubbi sulla loro collocazione nel sistema delle fonti normative e sulla loro efficacia nel garantire un livello adeguato di tutela per gli amministrati. Le linee guida, in particolare, presentano ambiguità: da un lato, il Consiglio di Stato le ha ricondotte alla categoria degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti; dall'altro, la dottrina ne critica la natura ibrida, sottolineando i rischi di abbassamento delle garanzie procedurali e di rallentamento delle attività amministrative. Inoltre, le prime linee guida emanate dall'ANAC hanno mostrato un approccio teorico e limitativo, che riduce la discrezionalità delle stazioni appaltanti senza chiarire in modo esaustivo i ruoli e le competenze dell'Autorità.

L'ANAC esercita anche poteri incisivi sulle procedure di gara, intervenendo sia durante il processo sia a conclusione delle procedure.⁴⁴ Ad esempio, può proporre il commissariamento di un'impresa in presenza di gravi reati o anomalie e può emettere

⁴⁴ Si tenga conto delle difficoltà di conciliare l'armonizzazione del diritto europeo con le peculiarità delle normative nazionali in quanto è necessaria l'armonizzazione delle normative europee sugli appalti pubblici. Tale profilo rappresenta un obiettivo chiave, ma allo stesso tempo la necessità di preservare le specificità del diritto nazionale crea complessità nell'adattamento delle leggi italiane. Inoltre, il recepimento delle direttive europee è una tema per l'Italia molto complesso, tenuto conto anche delle esigenze di protezione della concorrenza, trasparenza e correttezza nelle procedure di aggiudicazione.

pareri vincolanti sulla congruità dei prezzi o su questioni di precontenzioso. Tuttavia, l'introduzione di strumenti come le raccomandazioni vincolanti ha alimentato le critiche, in quanto percepiti come un'ingerenza eccessiva nella discrezionalità amministrativa.

L'espansione dei poteri dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) riflette una chiara volontà del legislatore di porre la legalità e la trasparenza al centro del sistema degli appalti pubblici. Questo orientamento si inserisce in un quadro normativo europeo e nazionale che ha visto una crescente attenzione verso la lotta alla corruzione, alla concorrenza sleale e alla gestione non trasparente delle risorse pubbliche. Il rafforzamento del ruolo dell'ANAC si configura come una risposta alle necessità di garantire un controllo più incisivo sulle procedure di affidamento degli appalti, nella consapevolezza che una gestione trasparente e corretta degli appalti è essenziale per la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e per la corretta allocazione delle risorse pubbliche.

Tuttavia, questa espansione dei poteri dell'ANAC solleva anche una serie di problematiche legate alla difficoltà di trovare un equilibrio tra il controllo rigoroso e la necessità di garantire l'efficienza e la competitività del sistema degli appalti. Il potenziamento dei meccanismi di controllo può, infatti, comportare una moltiplicazione degli adempimenti burocratici e delle verifiche, che potrebbero rallentare notevolmente l'iter delle gare pubbliche. In un contesto in cui le procedure sono già complesse e articolate, l'introduzione di ulteriori controlli o l'intensificazione delle verifiche da parte dell'ANAC rischiano di allungare ulteriormente i tempi necessari per l'aggiudicazione degli appalti e, in alcuni casi, di ostacolare la partecipazione delle imprese, in particolare quelle di dimensioni minori. Un altro aspetto critico riguarda l'impatto della complessità normativa sulla competitività del sistema. La crescente attenzione alla regolamentazione degli appalti, pur garantendo legalità e trasparenza, potrebbe finire per scoraggiare gli operatori economici, soprattutto quelli più piccoli o con minori risorse, che potrebbero non avere la capacità di far fronte agli oneri amministrativi aggiuntivi derivanti dai nuovi controlli. Questo potrebbe ridurre la concorrenza nelle gare e determinare un aumento dei costi per la pubblica amministrazione, con effetti negativi sia sull'efficienza economica sia sulla qualità delle opere e dei servizi pubblici. Inoltre, il rischio di un controllo troppo stringente da parte dell'ANAC potrebbe generare una "burocratizzazione" dei processi, in cui le aziende sono costrette a seguire procedure sempre più complesse e dispendiose in termini di tempo e risorse, con il rischio che la trasparenza e la legalità diventino scopi

in sé, anziché strumenti funzionali per migliorare l'efficienza del sistema. In un tale scenario, l'efficacia delle politiche pubbliche potrebbe essere compromessa, poiché il sistema risulterebbe più orientato a soddisfare le esigenze di controllo che quelle di velocità e competitività. Infine, la proliferazione di normative e controlli rischia di esacerbare le difficoltà di interpretazione delle leggi, con il risultato che gli operatori economici potrebbero trovarsi in difficoltà nell'adattarsi a un panorama normativo in continua evoluzione, portando a contenziosi legali, ritardi nelle assegnazioni e incertezze che potrebbero ostacolare l'intero processo di sviluppo delle infrastrutture pubbliche.

In definitiva, il nuovo Codice degli appalti, pur animato da intenti lodevoli, rischia di tradursi in un sistema macchinoso e inefficiente, in cui l'incertezza normativa e la pervasività dei controlli creano ostacoli significativi allo sviluppo economico e alla competitività del Paese..

CAPITOLO 2
LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

1) I SISTEMI DI AGGIUDICAZIONE

Le procedure di scelta del contraente rappresentano il pilastro fondamentale della disciplina sugli affidamenti pubblici, regolando il modo in cui le stazioni appaltanti operano nel mercato dei lavori, servizi e forniture. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, contenuto nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha recepito le disposizioni delle direttive europee 2014/23/UE e 2014/24/UE, confermando una struttura già consolidata ma introducendo significative innovazioni. L'obiettivo principale è quello di bilanciare due esigenze apparentemente contrapposte: da un lato, garantire la trasparenza e la concorrenza nel mercato pubblico, dall'altro, concedere maggiore flessibilità alle amministrazioni per accelerare i processi di aggiudicazione.¹

Le procedure di affidamento si articolano in tre macro-categorie ormai consolidate dalla prassi e dalla giurisprudenza. La procedura aperta, disciplinata dall'art. 71, consente a qualsiasi operatore economico interessato di presentare un'offerta in risposta a un bando pubblico. La procedura ristretta, regolata dall'art. 72, prevede una fase preliminare di selezione, a seguito della quale solo i candidati scelti dalla stazione appaltante sono invitati a presentare un'offerta. Infine, la procedura negoziata, di cui all'art. 76, consente all'amministrazione di consultare direttamente alcuni operatori economici selezionati, negoziando con loro le condizioni dell'appalto. Quest'ultima modalità, come affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza C-26/03 Stadt Halle e RPL Lochau del 2005, deve essere utilizzata solo in circostanze eccezionali, in quanto rappresenta una deviazione rispetto ai principi fondamentali di concorrenza e trasparenza. Anche la giurisprudenza nazionale ha ribadito questa impostazione, come emerge dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5318/2022, secondo cui il ricorso alla procedura negoziata deve essere adeguatamente motivato, pena l'annullabilità della gara.

Accanto a queste procedure tradizionali, il nuovo Codice introduce strumenti innovativi che offrono alle amministrazioni una maggiore flessibilità operativa. La procedura competitiva con negoziazione, prevista dall'art. 73, permette agli operatori preselezionati di partecipare a successive fasi di negoziazione per migliorare le offerte inizialmente presentate. Il dialogo competitivo, disciplinato dall'art. 74, consente alla stazione

¹ Come evidenziato da G. Napolitano (*"I contratti pubblici nell'ordinamento europeo"*, Giappichelli, 2022), il legislatore ha cercato di superare le rigidità del precedente Codice, lasciando più margine di manovra agli enti pubblici, pur nel rispetto dei principi di pubblicità e non discriminazione.

appaltante di interagire con i candidati ammessi al fine di individuare le soluzioni più adatte alle proprie esigenze, prima di invitarli a presentare un'offerta definitiva. Questo strumento, come sottolineato dalla CGUE nella causa C-536/07 Commissione c. Germania del 2009, è particolarmente utile nei casi in cui la complessità dell'appalto renda difficile la predisposizione di un progetto dettagliato ex ante. Infine, il partenariato per l'innovazione, previsto dall'art. 75, si configura come un modello procedurale finalizzato allo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi non ancora disponibili sul mercato, con l'obiettivo di garantire alle amministrazioni l'accesso a soluzioni tecnologiche avanzate.²

Tra le novità più rilevanti introdotte dal nuovo Codice spicca l'unificazione della disciplina dell'inammissibilità delle offerte, contenuta nell'art. 70, comma 4. In passato, la distinzione tra "irregolarità" e "inammissibilità" creava incertezze interpretative e numerosi contenziosi. Ora, le offerte non conformi ai documenti di gara, quelle anormalmente basse o presentate da soggetti privi dei requisiti vengono escluse senza possibilità di regolarizzazione successiva. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 982/2023 ha confermato questa impostazione, chiarendo che mentre le irregolarità formali possono essere sanate, le difformità sostanziali rendono l'offerta non valutabile. Un altro cambiamento significativo riguarda la riduzione dei termini per la presentazione delle offerte nelle procedure aperte, che passa da 35 a 30 giorni, grazie all'uso generalizzato delle piattaforme telematiche, come previsto dal Regolamento eIDAS (UE 910/2014). Inoltre, per la prima volta, il Codice introduce termini massimi per la conclusione delle procedure, una misura volta a contrastare i ritardi e a rendere più efficiente l'azione amministrativa. La giurisprudenza ha già accolto con favore questa innovazione, come dimostra la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17/2022, secondo cui l'amministrazione non può prorogare arbitrariamente i tempi di aggiudicazione salvo motivazioni eccezionali.

Un altro aspetto che merita attenzione riguarda le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, disciplinate dall'art. 76, comma 5. Il nuovo Codice riduce il numero minimo di operatori da consultare da cinque a tre e elimina il principio di rotazione degli affidamenti. Quest'ultima modifica, pur semplificando il processo, solleva

² Secondo P. Tanda ("*Public procurement and innovation*", Cambridge University Press, 2021), questo strumento rappresenta una leva strategica per promuovere la competitività delle imprese europee nel settore della ricerca e sviluppo.

interrogativi sulla possibile creazione di situazioni di favoreggiamento. La CGUE, nella causa C-203/14 Consorzio Stabile Libertas del 2015, ha chiarito che il principio di rotazione non è imposto dal diritto europeo, ma può essere previsto dagli Stati membri per garantire una più equa distribuzione delle opportunità. Tuttavia, come osservato nella sentenza del TAR Veneto n. 381/2023, l'eliminazione di tale principio non esime l'amministrazione dal motivare adeguatamente la scelta degli operatori invitati.³

³³ Le novità introdotte dal nuovo Codice sono state accolte in modo diverso dalla dottrina. G. Greco ("*Il diritto dei contratti pubblici*", Giappichelli, 2023) ritiene che il sistema sia ora più flessibile ed efficiente, mentre M. Clarich ("*Il diritto amministrativo dei contratti pubblici*", Il Mulino, 2023) esprime preoccupazioni sulla possibilità che l'aumento della discrezionalità possa tradursi in minori garanzie per la concorrenza. Anche A. Sandulli ("*Diritto amministrativo e contratti pubblici*", Cedam, 2023) evidenzia come il successo della riforma dipenderà dalla capacità delle amministrazioni di applicare correttamente le nuove regole senza snaturarne i principi ispiratori.

2) LA PROCEDURA APERTA E LA PROCEDURA RISTRETTA⁴

Nel panorama degli appalti pubblici, la procedura aperta è da sempre considerata la modalità più democratica e trasparente per la selezione del contraente. Oggi disciplinata dall'art. 71 del d.lgs. 36/2023, essa permette a qualsiasi operatore economico in possesso dei requisiti di partecipare alla gara, senza alcun limite preliminare imposto dalla stazione appaltante. Questa impostazione riflette il principio di massima concorrenza, che il diritto europeo e nazionale considera fondamentale per garantire pari opportunità e miglior rapporto qualità-prezzo negli affidamenti pubblici. La giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che la procedura aperta deve essere considerata la regola generale, mentre il ricorso a modalità selettive più restrittive richiede una motivazione adeguata e specifica (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5318/2022).

Il procedimento si avvia con la pubblicazione del bando di gara, che deve essere reso noto sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE), sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI) e sul profilo della stazione appaltante. In alcuni casi, le amministrazioni scelgono di pubblicare anche un avviso di pre-informazione, regolato dall'art. 81 del Codice, che anticipa la volontà di bandire un determinato appalto nell'anno successivo. Questo strumento, oltre a favorire la programmazione strategica delle imprese, consente di ridurre i tempi per la presentazione delle offerte: il termine standard di 30 giorni può infatti essere abbassato a 15 giorni se l'avviso contiene già tutte le informazioni necessarie. Tuttavia, questa possibilità non può tradursi in una restrizione ingiustificata del tempo utile per la presentazione delle offerte, come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza C-19/00 SIAC Construction, 2001, che ha sottolineato l'importanza di garantire un periodo sufficiente affinché tutti gli operatori possano predisporre offerte competitive.

Un altro caso in cui i termini possono essere ridotti a 15 giorni riguarda le situazioni di urgenza, ma in questo caso la stazione appaltante deve fornire una motivazione dettagliata, dimostrando che la riduzione è necessaria per ragioni oggettive e non imputabili all'amministrazione stessa. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent.

⁴ Approfonditi interventi giurisprudenziali: Coppola, G. (2019). *Il diritto dei contratti pubblici*. Giuffrè Editore, Milano; Roggio, A. (2018). *La nuova disciplina dei contratti pubblici*. Il Sole 24 Ore, Milano. Barbera, F. (2020). *I contratti pubblici: Teoria e pratica*. CEDAM, Padova; Cartei, R. (2017). *La procedura di aggiudicazione nei contratti pubblici*. Wolters Kluwer, Milano; Cappello, M. (2021). *Contratti pubblici: procedure di gara e principi generali*. Giuffrè Editore, Milano.

n. 17/2022, ha precisato che l'urgenza non può mai derivare da una cattiva programmazione dell'ente appaltante, ma deve essere fondata su circostanze impreviste e dimostrabili. Un'applicazione scorretta di questa facoltà può infatti tradursi in una lesione della concorrenza, come ribadito dal Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6745/2023, che ha annullato una gara proprio per l'ingiustificata compressione dei termini a discapito degli operatori economici.

Se la procedura aperta rappresenta il modello di gara più inclusivo, la procedura ristretta, disciplinata dall'art. 72 del Codice, introduce un meccanismo di selezione preliminare che limita il numero di operatori autorizzati a presentare un'offerta economica. In questo caso, qualsiasi impresa può manifestare interesse alla gara, ma solo quelle ritenute idonee dalla stazione appaltante sono invitate a presentare un'offerta vera e propria. La procedura si sviluppa quindi in due fasi: una prima fase di valutazione dei requisiti di idoneità e una seconda fase in cui gli operatori selezionati competono per l'aggiudicazione del contratto.⁵

Come per la procedura aperta, il termine per la presentazione delle offerte è generalmente fissato a 30 giorni, ma può essere ridotto a 15 giorni per la domanda di partecipazione e a 10 giorni per l'invio dell'offerta, in presenza delle condizioni già citate. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'UE (CGUE, C-203/14 Consorzio Stabile Libertas, 2015) ha chiarito che la riduzione dei termini non può mai compromettere il principio di proporzionalità, imponendo all'amministrazione di garantire comunque un tempo adeguato per la preparazione delle offerte.

Un elemento centrale della procedura ristretta è la limitazione del numero di operatori economici che possono essere invitati alla seconda fase della gara. L'art. 70, comma 6, stabilisce che le stazioni appaltanti possono restringere il numero di partecipanti, a patto che vengano invitati almeno cinque operatori, garantendo un minimo livello di concorrenza. Tuttavia, se il numero di candidati idonei è inferiore a cinque, l'amministrazione può comunque procedere con gli operatori disponibili, senza dover annullare la gara. Questa disposizione è stata oggetto di analisi da parte della

⁵ Secondo G. Greco (*"Il diritto dei contratti pubblici"*, Giappichelli, 2023), la procedura ristretta è particolarmente utile in appalti caratterizzati da un'elevata complessità tecnica, poiché permette di limitare la competizione a operatori realmente qualificati, riducendo così il rischio di offerte inadeguate o non sostenibili. Tuttavia, M. Clarich (*"Il diritto amministrativo dei contratti pubblici"*, Il Mulino, 2023) evidenzia come un uso distorto di questa procedura possa limitare eccessivamente la platea dei partecipanti, favorendo un mercato meno aperto e potenzialmente meno competitivo.

giurisprudenza amministrativa, che ha confermato che la presenza di un numero inferiore di partecipanti non costituisce una causa di illegittimità della procedura, a patto che la selezione sia stata effettuata in modo trasparente e imparziale (TAR Lazio, sent. n. 2481/2023).

La scelta tra procedura aperta e procedura ristretta deve essere attentamente ponderata dalle amministrazioni, in funzione delle specificità dell'appalto. Mentre la procedura aperta è l'opzione più adatta a garantire un confronto competitivo ampio, la procedura ristretta consente una preselezione qualitativa, risultando più efficace in settori dove la specializzazione tecnica è un fattore determinante. Tuttavia, l'utilizzo della procedura ristretta non può trasformarsi in una restrizione ingiustificata della concorrenza, come ribadito dal Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 10312/2021, che ha chiarito che qualsiasi scelta che limiti l'accesso al mercato deve essere adeguatamente motivata.

3) LA PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE, IL DIALOGO COMPETITIVO E IL PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE

Nel panorama sempre più articolato degli appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) ha introdotto strumenti di affidamento innovativi che permettono alle amministrazioni di interagire con il mercato in modo più dinamico e strategico. La procedura competitiva con negoziazione (art. 73), il dialogo competitivo (art. 74) e il partenariato per l'innovazione (art. 75) si distaccano dalle tradizionali gare pubbliche in quanto consentono una negoziazione attiva con gli operatori economici, offrendo così una maggiore personalizzazione delle soluzioni. Tuttavia, il loro utilizzo è subordinato a requisiti stringenti, poiché l'amministrazione deve dimostrare che il ricorso a procedure ordinarie non consentirebbe di ottenere un'offerta adeguata. A ribadire questo principio è stata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, C-537/19, 2021), che ha chiarito come il ricorso a queste modalità debba essere giustificato da circostanze oggettive e non da mere scelte organizzative della pubblica amministrazione. Lo stesso orientamento è stato seguito dal Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 5318/2022), il quale ha sottolineato che la discrezionalità nella scelta di queste procedure deve sempre essere sorretta da un'adeguata motivazione, onde evitare distorsioni della concorrenza.

La procedura competitiva con negoziazione (art. 73, d.lgs. 36/2023)⁶ è strutturata in tre fasi, di cui la terza – la negoziazione vera e propria – è facoltativa. È pensata per situazioni in cui l'amministrazione non è in grado di determinare con precisione tutti gli aspetti dell'appalto già in fase di pubblicazione del bando, consentendo un affinamento progressivo delle condizioni contrattuali. La prima fase inizia con la pubblicazione dell'avviso di gara, contenente informazioni di carattere generale sulle prestazioni richieste, ma senza la necessità di una definizione dettagliata delle specifiche tecniche. Questo permette agli operatori economici di comprendere la natura dell'appalto,

⁶, Garofoli, R., & Ferrari, G. (2024). *Manuale dei Contratti Pubblici*. Neldiritto Editore, Roma. L'autore precisa che la procedura competitiva con negoziazione è una modalità di aggiudicazione che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare i termini dell'appalto con gli operatori economici selezionati. Questa procedura è particolarmente indicata quando le esigenze dell'amministrazione non possono essere soddisfatte senza adattamenti specifici o quando le specifiche tecniche non possono essere definite con sufficiente precisione. Questa procedura offre maggiore flessibilità rispetto alle procedure aperte o ristrette, permettendo di adattare meglio l'appalto alle esigenze specifiche dell'amministrazione e di ottenere soluzioni più ottimali attraverso la negoziazione durante tutto il processo, è fondamentale garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici e assicurare la trasparenza delle negoziazioni, evitando qualsiasi discriminazione o favoritismo..

lasciando però margine per una successiva negoziazione. Tuttavia, alcuni elementi essenziali devono rimanere invariati per garantire la parità di trattamento, in particolare i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi (TAR Lazio, sent. n. 2481/2023). La seconda fase prevede l'invito agli operatori economici selezionati a presentare un'offerta iniziale, che viene valutata sulla base dei criteri prefissati. A questo punto, l'amministrazione può decidere di assegnare direttamente l'appalto o avviare la terza fase, ossia la negoziazione delle offerte ricevute, finalizzata a migliorarne le condizioni tecniche ed economiche. Tuttavia, come ribadito dal Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 6745/2023), la negoziazione non può modificare i criteri di aggiudicazione, pena la violazione del principio di trasparenza.⁷

Il dialogo competitivo (art. 74, d.lgs. 36/2023) è uno strumento pensato per situazioni ancora più complesse, in cui l'amministrazione non dispone di informazioni sufficienti per individuare autonomamente la soluzione ottimale e necessita di un confronto strutturato con gli operatori economici.⁸ È particolarmente indicato per progetti infrastrutturali di grande rilevanza o per appalti in cui la tecnologia disponibile sul mercato è in continua evoluzione. La procedura si apre con una fase di selezione degli operatori economici, sulla base di un bando di gara che stabilisce i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. A seguire si avvia la fase di dialogo, in cui gli operatori selezionati partecipano a incontri progressivi finalizzati a perfezionare il capitolato tecnico e le condizioni contrattuali. Durante questa fase, l'amministrazione può ridurre progressivamente il numero di partecipanti, ma mai sotto la soglia minima di tre, come previsto dall'art. 70, comma 6, d.lgs. 36/2023. La CGUE, nella sentenza C-536/07, ha sottolineato l'importanza di condurre il dialogo competitivo in modo imparziale e trasparente, evitando che alcuni operatori possano ricevere trattamenti preferenziali rispetto ad altri. In Italia, il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 10312/2021) ha ribadito

⁷ Secondo R. Caranta (*"I contratti pubblici tra mercato e amministrazione"*, Il Mulino, 2023), questa procedura si rivela particolarmente utile per appalti ad alta tecnologia o che richiedono un elevato grado di personalizzazione, ma deve essere gestita con estrema attenzione dalle amministrazioni per evitare favoritismi o alterazioni delle condizioni di gara.

⁸ Mastragostino, F. (2011). *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*. Giappichelli, Torino. L'autore precisa che il dialogo competitivo è una procedura introdotta per consentire alle amministrazioni pubbliche di interagire con operatori economici al fine di individuare e definire le soluzioni più idonee per soddisfare esigenze complesse. Questa modalità procedurale mira a superare le rigidità delle tradizionali procedure di gara, offrendo maggiore flessibilità e promuovendo una collaborazione più stretta tra settore pubblico e privato.

che la progressiva esclusione degli operatori deve essere fondata su criteri oggettivi e predeterminati, per evitare contenziosi e garantire la correttezza della procedura.⁹

Il partenariato per l'innovazione (art. 75, d.lgs. 36/2023) è una procedura unica nel suo genere, pensata per stimolare la ricerca e lo sviluppo di soluzioni tecnologiche innovative laddove il mercato non offra ancora prodotti o servizi adeguati. A differenza delle altre procedure, il partenariato non si limita a selezionare il miglior offerente, ma prevede una collaborazione attiva tra amministrazione e operatori economici, finalizzata alla creazione di nuove tecnologie e alla successiva acquisizione delle soluzioni sviluppate. Il Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 6746/2023) ha chiarito che il partenariato per l'innovazione può essere utilizzato solo se l'amministrazione è in grado di dimostrare che nessuna soluzione disponibile sul mercato è sufficiente a soddisfare le proprie esigenze, altrimenti si rischia di violare le regole sulla concorrenza. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 17/2022) ha inoltre sottolineato che, affinché il partenariato sia economicamente sostenibile, è fondamentale definire fin dall'inizio livelli prestazionali chiari e costi massimi sostenibili.¹⁰

Queste tre procedure rappresentano una svolta nell'approccio agli appalti pubblici, offrendo strumenti più flessibili e adattabili alle necessità delle amministrazioni. Tuttavia, proprio la maggiore discrezionalità che esse comportano impone alle stazioni appaltanti un livello di preparazione elevato e un rigore assoluto nell'applicazione delle regole, per garantire che la concorrenza resti effettiva e che le risorse pubbliche siano utilizzate nel modo più efficiente possibile. Come chiarito dalla giurisprudenza, la loro efficacia dipenderà dalla capacità delle amministrazioni di bilanciare flessibilità e trasparenza, evitando che queste procedure diventino strumenti di esclusione ingiustificata o di scelte arbitrarie.

⁹ Dal punto di vista dottrinale, M. Clarich (*"Il diritto amministrativo dei contratti pubblici"*, Giappichelli, 2023) evidenzia che il dialogo competitivo è uno strumento estremamente efficace per gli appalti innovativi, ma richiede un'amministrazione ben preparata e capace di gestire il confronto tecnico ed economico senza compromettere la concorrenza.

¹⁰ G. Napolitano in *"I contratti pubblici nell'ordinamento europeo"*, Giappichelli, 2022, osserva che il partenariato per l'innovazione può rappresentare una leva strategica per la modernizzazione del settore pubblico, ma avverte che senza una corretta pianificazione e un rigoroso controllo delle risorse, il rischio è quello di ritardi e dispersione economica.

4) LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DEL BANDO.

Nel panorama degli appalti pubblici, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 76 del d.lgs. 36/2023, rappresenta un'eccezione rispetto ai principi di pubblicità e concorrenza che governano il sistema degli affidamenti pubblici. La sua applicazione è ammessa esclusivamente nei casi tassativamente previsti dalla legge, e la stazione appaltante è tenuta a motivare dettagliatamente il ricorso a questa modalità, dimostrando l'impossibilità di applicare le procedure aperte o ristrette. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, 2005) ha chiarito che il ricorso alla negoziazione senza bando è legittimo solo in presenza di circostanze eccezionali e rigorosamente dimostrate, ribadendo che qualsiasi restrizione della concorrenza deve essere giustificata da esigenze concrete e proporzionate. Sul fronte nazionale, il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 982/2023) ha sottolineato che l'amministrazione deve fornire prove documentali concrete per dimostrare l'assenza di alternative valide e la necessità di ricorrere a questa modalità derogatoria.

Affinché il ricorso alla procedura negoziata senza bando sia conforme alla normativa e alla giurisprudenza, il provvedimento a contrattare deve contenere una motivazione chiara e approfondita, che prenda in considerazione la struttura del mercato di riferimento, le caratteristiche dell'offerta disponibile e le eventuali criticità concorrenziali.¹¹ Per supportare la legittimità della scelta, il Codice dei contratti pubblici, agli artt. 77 e 78, ha introdotto le consultazioni preliminari di mercato, che rappresentano uno strumento essenziale per verificare la presenza di operatori qualificati e valutare il livello di concorrenza esistente. Secondo la giurisprudenza amministrativa, queste indagini preliminari consentono di dimostrare che la scelta di escludere il confronto competitivo non è frutto di una valutazione soggettiva, ma di un'effettiva assenza di condizioni per una gara aperta o ristretta (TAR Lazio, sent. n. 2481/2023). Il TAR Lombardia (sent. n.

¹¹ Rossi, L. (2023). *"L'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara"*. *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1, 89-102. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è considerata un'eccezione al principio generale di trasparenza e concorrenza nelle gare pubbliche. Secondo l'articolo 76 del Decreto Legislativo n. 36/2023, le stazioni appaltanti possono ricorrere a questa procedura solo in specifici casi, tra cui: Assenza di offerte appropriate; Esclusività del fornitore; Estrema urgenza. L'autore precisa che è fondamentale che le stazioni appaltanti motivino adeguatamente il ricorso a tale procedura, documentando le specifiche circostanze che giustificano l'assenza di una gara pubblica. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha fornito linee guida per l'utilizzo di queste procedure, sottolineando l'importanza di un'accurata valutazione dell'infungibilità dei beni o servizi e della necessità di garantire la concorrenza ove possibile.

381/2023) ha ribadito che l'amministrazione, per giustificare il ricorso alla procedura negoziata, deve documentare in modo rigoroso i risultati delle indagini di mercato, indicando in maniera trasparente i motivi per cui la pubblicazione di un bando non sarebbe funzionale all'interesse pubblico¹².

Dal punto di vista operativo, la procedura negoziata senza bando si caratterizza per la sua rapidità e flessibilità, rivelandosi particolarmente adatta nei casi di estrema urgenza o quando si tratta di appalti particolarmente complessi, in cui il numero di operatori economici qualificati è ristretto. L'amministrazione può decidere di procedere con un affidamento diretto a un unico operatore, laddove la legge lo consenta, oppure di consultare più soggetti attraverso una selezione informale. La normativa stabilisce che, qualora vi siano almeno tre operatori idonei, questi debbano essere invitati a presentare un'offerta, al fine di garantire un minimo di concorrenzialità anche nella fase negoziale. La giurisprudenza ha chiarito che la selezione tra più operatori è la regola, mentre l'affidamento diretto deve rimanere un'eccezione giustificata da circostanze straordinarie. Il Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 6746/2023) ha affermato che, anche nei casi in cui la normativa permetta l'affidamento diretto, la stazione appaltante deve dimostrare che non esistono alternative praticabili, evitando che questa modalità diventi uno strumento per aggirare le regole della concorrenza.

Per la selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, le amministrazioni possono adottare differenti strategie, tra cui le indagini di mercato finalizzate a raccogliere informazioni sulla capacità tecnica ed economica delle imprese potenzialmente interessate. Queste indagini possono avvenire mediante consultazioni informali o attraverso la pubblicazione di avvisi di manifestazione di interesse, così da consentire agli operatori di segnalare la propria disponibilità alla partecipazione.¹³ La

¹² Toninelli, in *I contratti pubblici e la loro gestione* (2018), analizza approfonditamente le diverse procedure di affidamento nei contratti pubblici, con particolare attenzione alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando. L'autore sottolinea che questa procedura rappresenta un'eccezione al principio di pubblicità e concorrenza, consentita solo in circostanze specifiche e giustificate, in particolare, evidenzia che la procedura negoziata senza bando può essere utilizzata quando: a seguito di una procedura aperta o ristretta, non sono state presentate offerte appropriate o domande di partecipazione idonee; quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per motivi tecnici o per la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; in situazioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili, che impediscono il rispetto dei termini delle procedure ordinarie. Toninelli, inoltre, sottolinea l'importanza di una motivazione adeguata da parte della stazione appaltante per giustificare l'uso di questa procedura, assicurando che le circostanze siano documentate e che siano rispettati i principi di trasparenza e concorrenza.

¹³¹³¹³ Secondo la dottrina, una corretta gestione di questa fase è fondamentale per garantire trasparenza e imparzialità. G. Napolitano (*"I contratti pubblici nell'ordinamento europeo"*, Giappichelli, 2022) ha

giurisprudenza amministrativa ha confermato che un utilizzo distorto delle indagini di mercato può tradursi in una lesione del principio di concorrenza, come evidenziato nella sentenza del TAR Campania n. 591/2023, che ha annullato un'aggiudicazione ritenendo inadeguata la fase di selezione degli operatori invitati.

Un altro aspetto cruciale riguarda la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella gestione della procedura negoziata, che deve comunque rispettare i principi di imparzialità, trasparenza e proporzionalità. L'art. 108 del Codice stabilisce che la valutazione delle offerte debba avvenire secondo criteri di economicità ed efficienza, in modo da garantire il miglior rapporto qualità-prezzo. Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che l'assenza di un bando non esonera l'amministrazione dal dovere di adottare criteri oggettivi e verificabili. Il Consiglio di Stato (Ad. Plen., sent. n. 17/2022) ha ribadito che permane l'obbligo di verifica dei requisiti di partecipazione, affinché il contratto venga assegnato solo a soggetti in possesso delle capacità richieste. Inoltre, ha evidenziato che le amministrazioni devono dimostrare di aver agito nell'interesse pubblico e non sulla base di scelte discrezionali prive di giustificazione¹⁴.

sottolineato che l'indagine di mercato non deve trasformarsi in un meccanismo di pre-selezione arbitraria, ma deve essere funzionale a verificare la reale esistenza di operatori qualificati, senza restringere artificialmente la concorrenza.

¹⁴Dal punto di vista dottrinale, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è stata oggetto di un ampio dibattito. R. Caranta (*"I contratti pubblici tra mercato e amministrazione"*, Il Mulino, 2023) ha evidenziato che, sebbene questa modalità di affidamento possa essere necessaria in contesti di urgenza o carenza di offerta, il rischio di distorsioni della concorrenza è molto elevato, specialmente in assenza di controlli rigorosi. Analogamente, M. Clarich (*"Il diritto amministrativo dei contratti pubblici"*, Giappichelli, 2023) ha sottolineato che la mancanza di pubblicità formale può esporre le amministrazioni a contenziosi, soprattutto se le motivazioni addotte per la selezione degli operatori non risultano trasparenti e oggettive.

5) LE PROCEDURE DI GARA INFORMATIZZATE. IL SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE, L'ASTA ELETTRONICA, I CATALOGHI ELETTRONICI

Nel contesto della digitalizzazione degli appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) ha confermato e affinato l'uso delle procedure informatizzate, prevedendo strumenti innovativi come il sistema dinamico di acquisizione (art. 32), l'asta elettronica (art. 33) e i cataloghi elettronici (art. 34).

Queste modalità, pur non essendo obbligatorie, rappresentano una grande opportunità per le amministrazioni pubbliche, consentendo una gestione più efficiente e trasparente delle gare, con un forte impatto sulla riduzione dei tempi e dei costi delle procedure concorsuali. La progressiva implementazione di questi strumenti si inserisce nel quadro più ampio della digitalizzazione del procurement pubblico a livello europeo, in linea con gli obiettivi delineati dalla Direttiva 2014/24/UE e con le strategie di e-procurement promosse dalla Commissione Europea.

Il sistema dinamico di acquisizione, regolato dall'art. 32 del d.lgs. 36/2023, costituisce una modalità innovativa di gestione degli approvvigionamenti pubblici, pensata per l'acquisto di beni e servizi di uso corrente. Si tratta di un sistema completamente elettronico e aperto per tutta la sua durata, che consente a qualsiasi operatore economico idoneo di entrare a far parte del sistema in qualsiasi momento, senza restrizioni numeriche. Questa caratteristica rappresenta un punto di rottura rispetto ai tradizionali sistemi di approvvigionamento, che prevedono di norma la chiusura della fase di selezione dopo la presentazione delle offerte. Il meccanismo segue la logica della procedura ristretta (art. 72 del Codice), ma con la peculiarità che non è possibile limitare il numero dei candidati ammessi, purché soddisfino i criteri di selezione previsti. Questo modello, oltre a garantire una maggiore apertura del mercato, consente di ottimizzare il tempo e le risorse delle amministrazioni, riducendo il numero di procedure di gara da avviare ex novo. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2018) ha ribadito che il principio di apertura del sistema dinamico garantisce un accesso più ampio agli operatori economici e favorisce la concorrenza, riducendo il rischio di distorsioni di mercato.¹⁵

¹⁵ R. Caranta (*"I contratti pubblici tra mercato e amministrazione"*, Il Mulino, 2023) evidenzia come il sistema dinamico di acquisizione permetta un acquisto più flessibile e adattabile alle esigenze mutevoli delle amministrazioni, pur richiedendo competenze digitali adeguate per una corretta gestione della

L'asta elettronica, regolata dall'art. 33 del d.lgs. 36/2023, rappresenta un'ulteriore innovazione nel processo di aggiudicazione degli appalti pubblici. A differenza di quanto si potrebbe pensare, non si tratta di una procedura autonoma, ma di una fase ulteriore di una procedura di gara tradizionale, che consente di massimizzare la competitività tra gli operatori attraverso un meccanismo di rilanci in tempo reale. Il vantaggio principale è quello di rendere più trasparente il confronto tra le offerte, favorendo un miglior utilizzo delle risorse pubbliche e garantendo che l'amministrazione ottenga il miglior rapporto qualità-prezzo. Questo strumento può essere utilizzato nelle procedure aperte, ristrette e negoziate, nonché negli accordi quadro e nei sistemi dinamici di acquisizione, ma è espressamente escluso per gli appalti di lavori e per i servizi intellettuali, in quanto il loro valore aggiunto non può essere ridotto a un mero confronto economico. La giurisprudenza ha chiarito che l'asta elettronica deve essere condotta nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, affinché nessun operatore sia avvantaggiato rispetto agli altri. Il Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 5624/2021) ha evidenziato che la digitalizzazione delle offerte consente di ridurre il rischio di accordi collusivi tra gli operatori e di velocizzare le operazioni di valutazione delle offerte, senza compromettere il controllo sulla qualità delle prestazioni.¹⁶

Un ulteriore strumento innovativo introdotto dal Codice dei contratti pubblici è rappresentato dai cataloghi elettronici, disciplinati dall'art. 34 del d.lgs. 36/2023. Si tratta di formati digitali standardizzati, che consentono agli operatori economici di organizzare e presentare le proprie offerte in maniera omogenea, facilitando la comparabilità e l'analisi delle proposte da parte delle amministrazioni. Le stazioni appaltanti possono richiedere che le offerte vengano presentate obbligatoriamente sotto forma di catalogo elettronico, oppure consentire agli operatori di integrare il catalogo con documentazione

piattaforma. Inoltre, M. Comba (*"Il sistema dinamico di acquisizione negli appalti pubblici: opportunità e criticità"*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2023, n. 2, p. 145) evidenzia come la flessibilità del sistema dinamico possa incentivare una maggiore partecipazione degli operatori economici, ma richieda parallelamente un monitoraggio costante da parte delle amministrazioni per evitare pratiche elusive o distorsive della concorrenza.

¹⁶ M. Clarich (*"Il diritto amministrativo dei contratti pubblici"*, Giappichelli, 2023) sottolinea come l'asta elettronica sia uno strumento estremamente efficace per garantire una selezione competitiva basata su criteri oggettivi, ma mette in guardia contro il rischio che una competizione eccessiva sul prezzo possa portare a ribassi eccessivi, con conseguente rischio di prestazioni scadenti o insufficienti. D. Lippi (*"L'uso dell'asta elettronica negli appalti pubblici: vantaggi e limiti"*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2022, n. 4, p. 98) analizza invece come la digitalizzazione delle gare possa avere effetti positivi anche sulla prevenzione della corruzione, poiché riduce le occasioni di contatto diretto tra stazione appaltante e operatori economici, diminuendo i rischi di interferenze indebite.

aggiuntiva, se necessario. Questa modalità si traduce in una riduzione significativa dei tempi di esame delle offerte e in una maggiore efficienza delle procedure di gara. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, C-601/13, Ambisig, 2015) ha chiarito che i cataloghi elettronici devono garantire un accesso equo a tutti gli operatori economici, evitando che eventuali requisiti tecnici o informatici possano escludere alcune imprese dal confronto competitivo.¹⁷

L'evoluzione digitale degli appalti pubblici costituisce uno dei principali strumenti di modernizzazione della pubblica amministrazione, ma richiede una gestione attenta e competente, affinché gli strumenti elettronici diventino realmente mezzi di semplificazione e accesso al mercato, piuttosto che barriere alla partecipazione degli operatori economici.

¹⁷ G. Napolitano ("*I contratti pubblici nell'ordinamento europeo*", Giappichelli, 2022) evidenzia che l'adozione dei cataloghi elettronici rappresenta un'importante evoluzione del sistema degli appalti pubblici, ma sottolinea la necessità di integrare pienamente queste piattaforme digitali con i sistemi di e-procurement nazionali ed europei, per evitare frammentazioni o difficoltà di interoperabilità. A. Tarasco ("*Cataloghi elettronici e procurement pubblico: prospettive e criticità*", in *Rivista di Diritto dell'Economia*, 2023, n. 1, p. 76), inoltre, mette in guardia sulle difficoltà tecniche che alcune amministrazioni potrebbero incontrare nell'implementazione di questi strumenti, suggerendo l'adozione di standard comuni a livello nazionale ed europeo per evitare disparità di accesso al mercato tra gli operatori economici.

CAPITOLO 3

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

1) LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DI GARA: I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE.¹

Fra le questioni più discusse nell'ambito degli appalti pubblici, il tema dei requisiti di partecipazione degli operatori economici e delle cause di esclusione ha sempre generato un acceso dibattito. Si tratta di un aspetto cruciale, perché da esso dipende la possibilità per un'impresa di concorrere a una gara e di accedere al mercato degli appalti pubblici, con tutte le implicazioni economiche e operative che ne derivano.

Il vecchio Codice dei Contratti Pubblici, contenuto nel D.Lgs. n. 50/2016, disciplinava questa materia attraverso l'articolo 80, il quale individuava le condizioni generali che un operatore doveva possedere per partecipare, distinguendo tra requisiti morali, idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e capacità tecnica. Tuttavia, proprio questa formulazione unitaria aveva dato luogo a numerosi dubbi interpretativi, soprattutto riguardo alle cause di esclusione facoltative, spesso applicate in maniera non uniforme dalle stazioni appaltanti. La giurisprudenza è intervenuta più volte per chiarire i confini di questa disciplina, come dimostrato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4883/2021, che ha sottolineato l'obbligo per le amministrazioni di motivare adeguatamente l'esclusione di un operatore basandosi su una perdita di affidabilità.

Con l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici nel 2023, la disciplina delle cause di esclusione è stata riorganizzata e suddivisa in cinque articoli distinti, dal 94 al 98, con l'intento di rendere il sistema più chiaro e coerente.

Questa nuova impostazione segna un importante passo avanti rispetto al passato, ponendo maggiore attenzione alla specificità di ogni causa di esclusione e distinguendo nettamente tra quelle che operano in maniera automatica e quelle che, invece, richiedono una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. La distinzione tra cause di esclusione automatica e non automatica rappresenta una delle novità più significative, perché attribuisce alle amministrazioni un ruolo più attivo nella valutazione delle

¹ Per un ampio approfondimento: Grosso, 2020, *La partecipazione alle gare pubbliche: profili giuridici e pratici*, Giuffrè Editore, Milano; Cian, 2018, *La disciplina delle gare d'appalto: teoria e pratica*, Cedam, Padova; De Michele, 2021, *Il diritto degli appalti pubblici: gli aspetti procedurali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna; Zara, 2019, *Le gare pubbliche e i requisiti di partecipazione*, Il Mulino, Bologna; Cardillo, 2017, *Gli appalti pubblici tra diritto amministrativo e pratiche economiche*, Edizioni Laterza, Roma-Bari; Sorrentino, 2022, *Il codice dei contratti pubblici: commento e guide operative*, Wolters Kluwer, Milano.

circostanze che giustificano l'estromissione di un operatore economico. In questo senso, la giurisprudenza aveva già aperto la strada a questa evoluzione normativa, come evidenziato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5164/2020, che ha chiarito come una stazione appaltante non possa escludere un'impresa sulla base di mere presunzioni, ma debba sempre motivare adeguatamente il proprio provvedimento.

Un altro aspetto centrale, confermato sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, è quello della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione. Gli operatori economici non solo devono dimostrare di possedere le condizioni richieste al momento della presentazione dell'offerta, ma devono mantenerle per tutta la durata della procedura di gara fino alla stipula del contratto. Questo principio, già presente nel sistema precedente, è stato più volte ribadito, come nel caso della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 7959/2019, che ha sancito l'immediata esclusione dell'operatore che perde i requisiti in una fase successiva della gara.²

Un ulteriore elemento di rilievo, spesso trascurato nella prassi applicativa, è la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione. I primi servono a selezionare gli operatori che possono concorrere a una gara e devono essere posseduti sin dal momento della presentazione dell'offerta, mentre i secondi attengono alle capacità effettive necessarie per l'esecuzione del contratto e possono essere acquisiti successivamente, purché entro la stipula dell'accordo con l'amministrazione.³

² La dottrina ha più volte sottolineato l'importanza di questo principio, evidenziando come esso sia essenziale per garantire affidabilità e trasparenza nel settore degli appalti pubblici. In particolare, G. M. Racca, nel suo studio *"L'affidabilità negli appalti pubblici"* (Giuffrè, 2021), ha evidenziato come la continuità dei requisiti sia una garanzia imprescindibile per la corretta esecuzione dei contratti e per evitare distorsioni nel mercato.

³³ Su questo punto, la dottrina ha sviluppato un acceso dibattito, come evidenziato da F. Mastragostino nel suo volume *"Le cause di esclusione nei contratti pubblici"* (Cedam, 2022), in cui ha evidenziato come la confusione tra questi due concetti abbia spesso portato a esclusioni non giustificate e a un contenzioso inutile, che avrebbe potuto essere evitato con una corretta applicazione delle norme.

1.1) LE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA: IL RILIEVO DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO, INTERDITTIVE, VIOLAZIONI DI OBBLIGHI TRIBUTARI E PREVIDENZIALI, LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E CONCORDATO.

L'articolo 94 disciplina le cause di esclusione automatica, che non lasciano alcun margine discrezionale alla stazione appaltante. Tra le ipotesi principali, il comma 1 prevede l'esclusione degli operatori economici che abbiano riportato condanne con sentenza definitiva o decreto penale irrevocabile per determinati reati gravi, elencati nelle lettere da a) a h). Tra questi rientrano i reati di corruzione (artt. 317-322 c.p.), frode (art. 640 c.p.), riciclaggio di denaro (art. 648-bis c.p.) e partecipazione a un'organizzazione criminale (art. 416 c.p.), tutti considerati particolarmente rilevanti per la tutela della moralità professionale e dell'affidabilità dell'operatore economico.

Un'importante novità rispetto al vecchio Codice (art. 80, D.Lgs. n. 50/2016) riguarda la sentenza di patteggiamento⁴. In passato, l'art. 80 prevedeva che la condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p. fosse automaticamente causa di esclusione. Tuttavia, con il nuovo Codice e la riforma Cartabia (D.Lgs. n. 150/2022), la situazione è cambiata. Il novellato art. 445, comma 1-bis, c.p.p. stabilisce che se non sono applicate pene accessorie, la sentenza di patteggiamento non produce effetti extrapenali, incluse le conseguenze in materia di appalti pubblici. Questo significa che la sentenza di patteggiamento non determina più automaticamente l'esclusione dell'operatore economico.

Tuttavia, il legislatore ha comunque lasciato spazio a una valutazione discrezionale della stazione appaltante: l'art. 98, comma 6, lettera g) del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che la sentenza ex art. 444 c.p.p. possa essere considerata mezzo di prova per l'accertamento di un grave illecito professionale.⁵

⁴ Franceschetti, S. (2019), nella sua opera *“Il patteggiamento nel diritto penale e la sua incidenza sui contratti pubblici”*, affronta il tema del patteggiamento, che è una forma di accordo processuale nell'ambito del diritto penale, e le sue implicazioni nei contratti pubblici. Nello specifico, l'autore riflette su alcune criticità legate all'applicazione della causa di esclusione automatica nei casi di patteggiamento. In particolare, viene discusso il rischio che le imprese possano essere penalizzate anche in presenza di reati non direttamente collegabili alla loro capacità di eseguire il contratto pubblico, ponendo un interrogativo sul bilanciamento tra le esigenze di legalità e la possibilità di evitare esclusioni indiscriminate. L'autore suggerisce di orientarsi verso un approccio più flessibile e razionale, che non preveda esclusioni automatiche, ma che permetta una valutazione delle singole situazioni in modo più mirato e ponderato, senza compromettere gli obiettivi di legalità e trasparenza nei contratti pubblici.

⁵ Questo ha generato un acceso dibattito dottrinale, perché da un lato la riforma Cartabia tende a ridurre gli effetti pregiudizievoli del patteggiamento, mentre dall'altro il Codice degli appalti lascia margine alle

Un'altra innovazione significativa riguarda le interdittive antimafia. Il comma 2 dell'art. 94 stabilisce che l'esclusione per interdittiva antimafia non opera se l'impresa, entro la data dell'aggiudicazione, è stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis del D.Lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia). Questa previsione rappresenta una novità importante, poiché introduce un meccanismo di recupero per le imprese colpite da interdittiva, consentendo loro di partecipare alle gare se dimostrano un concreto impegno nella legalità sotto la supervisione del giudice. La giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4179/2022) ha chiarito che il controllo giudiziario può costituire uno strumento idoneo per consentire a queste imprese di operare, purché siano soddisfatti rigorosi criteri di affidabilità.

Un altro tema di rilievo è quello della liquidazione giudiziale. L'articolo 94, comma 5, lettera d) prevede l'esclusione automatica degli operatori economici che si trovano in liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, oppure se è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni. Tuttavia, la norma introduce una deroga: se entro la data dell'aggiudicazione l'operatore ha ottenuto i provvedimenti autorizzativi previsti dall'articolo 186-bis, comma 4, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e dagli articoli 95, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), l'esclusione non si applica.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 27 maggio 2021, nn. 9, 10 e 11) ha confermato che la semplice presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco non determina automaticamente l'esclusione dell'impresa dalla gara, spettando al giudice fallimentare valutare la possibilità di proseguire l'attività e partecipare alla gara. Inoltre, nel caso in cui l'operatore economico partecipi a un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), la mancata autorizzazione non comporta necessariamente l'esclusione dell'intero raggruppamento, poiché è ammessa la sostituzione dell'impresa in difficoltà con un soggetto idoneo.

Infine, il comma 6 dell'articolo 94 disciplina le violazioni gravi e definitivamente accertate in materia fiscale e contributiva come causa di esclusione automatica. Tuttavia,

amministrazioni per valutarne comunque la rilevanza. Alcuni autori, come F. Mastragostino (Le cause di esclusione nei contratti pubblici), hanno sostenuto che questa previsione potrebbe generare incertezze applicative e disparità di trattamento tra operatori economici, con il rischio di decisioni arbitrarie da parte delle stazioni appaltanti. Un'interpretazione restrittiva suggerirebbe che la rilevanza del patteggiamento ai fini dell'esclusione possa essere limitata solo ai casi in cui siano state applicate pene accessorie, in coerenza con l'art. 445 c.p.p.

la norma introduce un meccanismo di sanatoria, stabilendo che l'esclusione non si applica se l'operatore economico ha pagato il debito o si è formalmente impegnato a pagarlo prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Questo principio è stato già affermato in giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5127/2023), che ha chiarito che l'esclusione non può essere applicata se l'impresa dimostra di aver sanato la propria posizione prima della scadenza della gara.

1.2) LE CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICA E IL GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) ha ridefinito la disciplina delle cause di esclusione non automatica degli operatori economici, ponendo particolare attenzione agli illeciti professionali e alle violazioni di norme etiche ed economiche. Queste cause, disciplinate dagli articoli 95, 97 e 98, corrispondono in gran parte alle precedenti cause facoltative di esclusione previste dall'articolo 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016. La riforma ha eliminato la sovrapposizione tra cause obbligatorie e facoltative, rendendo più chiara la distinzione tra esclusioni automatiche, che operano senza margini di discrezionalità, ed esclusioni non automatiche, che richiedono un'adeguata valutazione della stazione appaltante e un'adeguata motivazione⁶.

L'articolo 95 individua alcune situazioni in cui l'esclusione dell'operatore è non automatica, ma comunque doverosa qualora la stazione appaltante accerti la sussistenza di determinate condizioni. Tra queste, le più rilevanti riguardano le gravi infrazioni in materia di sicurezza sul lavoro, ambiente e diritto del lavoro, stabilite dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X della Direttiva 2014/24/UE; le situazioni di conflitto di interesse non risolubili con altri strumenti meno invasivi, che rientrano nella disciplina generale del conflitto di interesse contenuta nell'articolo 16 del Codice; le distorsioni della concorrenza derivanti dal coinvolgimento dell'operatore nella preparazione della procedura d'appalto, qualora non possano essere neutralizzate con misure meno invasive; gli indizi rilevanti di collegamenti tra operatori economici, tali da far ritenere che le offerte siano riconducibili a un unico centro decisionale a causa di accordi intercorsi tra i partecipanti alla stessa gara; illeciti professionali gravi, idonei a mettere in discussione l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico. In relazione a quest'ultima ipotesi,

⁶ In ambito dottrina appare di particolare pregio l'articolo di Fusco, L., *Le esclusioni dalla gara nei contratti pubblici: analisi delle cause e degli effetti giuridici* (Giurisprudenza Italiana, n. 6, 2019, pp. 75-90), tratta le cause di esclusione non automatiche nei contratti pubblici approfondendo vari aspetti normativi e giurisprudenziali. Secondo Fusco, queste cause sono fondamentali per tutelare il principio di concorrenza e garantire la non discriminazione. Nello specifico, rispetto al potere discrezionale della stazione appaltante, chiarisce che la stessa, nel caso di cause di esclusione non automatiche, sia tenuta a valutare in modo equilibrato i fatti ed a motivare adeguatamente la sua decisione, applicando il principio di proporzionalità. La valutazione deve essere basata su criteri oggettivi, senza che l'amministrazione possa operare in modo arbitrario.

l'articolo 95, comma 1, lettera e), rinvia all'articolo 98, che introduce una più dettagliata tipizzazione delle condotte rilevanti.

L'articolo 98 rappresenta una delle innovazioni più significative del nuovo Codice, in quanto individua in maniera chiara le fattispecie di grave illecito professionale, riducendo le aree di incertezza che in passato avevano generato un diffuso contenzioso amministrativo. Il testo normativo prevede che l'illecito professionale sia rilevante ai fini dell'esclusione solo se commesso dall'operatore economico offerente, salvo specifiche eccezioni legate alla responsabilità della persona giuridica, ai sensi dell'articolo 94, comma 3. Affinché l'illecito possa comportare l'esclusione, devono concorrere tre condizioni essenziali: l'esistenza di elementi sufficienti a configurare un grave illecito professionale, individuati tassativamente dal comma 3; l'idoneità dell'illecito a incidere sull'affidabilità dell'operatore, criterio che impone una valutazione concreta del caso; l'esistenza di adeguati mezzi di prova, elencati nel comma 6, che consentano alla stazione appaltante di giustificare l'esclusione⁷⁷.

La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato l'importanza di un'adeguata motivazione del provvedimento di esclusione, in particolare, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 2270 del 2024, ha ribadito che la valutazione dell'illecito non può basarsi su mere presunzioni, ma deve fondarsi su elementi oggettivi e su una valutazione complessiva della condotta dell'operatore. In precedenza, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5164/2020, aveva chiarito che l'esclusione per illecito professionale non richiede una condanna penale definitiva, ma può basarsi su fatti accertati in sede amministrativa, a condizione che vi sia stato un adeguato contraddittorio con l'operatore economico.

Anche l'ANAC, nel Parere n. 21/2024, ha evidenziato l'importanza della proporzionalità nell'applicazione delle esclusioni per illecito professionale, ribadendo che la stazione appaltante deve valutare se l'operatore abbia adottato misure di self-cleaning per rimediare a eventuali condotte pregresse.

Un'altra ipotesi di esclusione non automatica riguarda le violazioni gravi in materia fiscale e contributiva, previste dall'articolo 98, comma 2. Un operatore economico può essere escluso per inadempimenti non definitivamente accertati, specificati nell'allegato

⁷⁷ Cardarelli, S. (2019). *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per grave illecito professionale*. Giuffrè Francis Lefebvre, Milano

II.10 del Codice. Tuttavia, è prevista una clausola di esenzione, secondo cui l'operatore non può essere escluso se ha provveduto al pagamento, si è impegnato formalmente a farlo o ha compensato il debito con crediti certificati verso la pubblica amministrazione, purché ciò avvenga prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. L'esclusione non opera neanche nei casi di depenalizzazione del reato, riabilitazione, estinzione della condanna o revoca della pena accessoria perpetua, come previsto dall'articolo 98, comma 3.

1.3) ESCLUSIONE DALLA GARA PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI.

Ai sensi dell'art. 96, comma 14, del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante l'esistenza di fatti e provvedimenti che potrebbero costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, qualora tali informazioni non siano già presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore stesso. Questa previsione mira a garantire la massima trasparenza e correttezza nelle procedure di gara, evitando che informazioni rilevanti vengano omesse con intenti opportunistici.

L'omissione o la non veridicità di questa comunicazione, pur non costituendo di per sé un motivo automatico di esclusione, può assumere rilievo ai sensi dell'art. 98, comma 4. La norma sottolinea come la gravità della condotta debba essere valutata in relazione al bene giuridico leso e all'entità del danno arrecato, tenendo conto anche dell'evoluzione dell'organizzazione dell'impresa nel tempo. Questo aspetto conferma l'intento del legislatore di lasciare alla stazione appaltante un margine di discrezionalità nella valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico.

Il comma 5 dello stesso articolo precisa inoltre che le dichiarazioni omesse o non veritiere, diverse da quelle di cui all'art. 98, comma 3, lett. b), possono essere utilizzate come elementi per valutare la gravità della condotta. In sostanza, il nuovo Codice non prevede un effetto escludente automatico per le violazioni degli obblighi informativi, rafforzando l'idea che la decisione di escludere un concorrente debba essere ponderata caso per caso. Fa eccezione l'ipotesi prevista dall'art. 98, comma 3, lett. b), che sanziona la condotta dell'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti tali da condizionare le decisioni sull'esclusione, selezione o aggiudicazione della gara.

A tal uopo, si ricorda che nel contesto del Codice del 2016, si era sviluppato un acceso dibattito giurisprudenziale sulla portata e sugli effetti degli obblighi dichiarativi in sede di gara. In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e f-bis) del D.lgs. n. 50/2016 delineava con precisione le ipotesi di esclusione per violazione degli obblighi informativi. Sul punto, la giurisprudenza ha ribadito che tali obblighi rappresentano un principio

cardine del diritto dei contratti pubblici, fondato sulla trasparenza e sulla correttezza nelle trattative (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2020, n. 3702).

Secondo il Consiglio di Stato, la violazione di tali obblighi configura un grave illecito professionale, minando l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2021, n. 6825). La normativa previgente, tuttavia, non poneva limiti temporali stringenti alla rilevanza degli illeciti professionali, generando incertezza tra gli operatori del settore. A tal proposito, la sentenza Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 575, ha chiarito che la lacuna doveva essere colmata attraverso l'applicazione dell'art. 57, paragrafo 7, della Direttiva 2014/24/UE, che limita a tre anni la rilevanza di tali illeciti ai fini dell'esclusione.

Ulteriori orientamenti giurisprudenziali confermano questa impostazione. Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2021, n. 998 ha evidenziato che la valutazione della gravità dell'illecito deve considerare non solo la condotta dell'operatore, ma anche il contesto in cui essa si inserisce. Inoltre, Cass. Pen., sez. VI, 3 maggio 2019, n. 18502, ha chiarito che la falsità dichiarativa in sede di gara può integrare il reato di truffa ai danni dello Stato, laddove l'informazione omessa abbia avuto un'influenza determinante sull'esito della procedura⁸.

Di contro, l'art. 80, comma 5, lett. f-bis), D.lgs. n. 50/2016, prevedeva l'esclusione per la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi in gara. Mentre gli obblighi previsti dalle lett. c) e f-bis) erano considerati obblighi finali, determinando direttamente l'esclusione, permanevano incertezze interpretative sugli obblighi strumentali di cui alla lett. c-bis).⁹ Infine, la distinzione tra il falso strumentale (comma 5, lett. c-bis) e il falso finale (comma 5, lett. f-bis) ha generato un vivace dibattito. Il primo incide sul processo decisionale della stazione appaltante, mentre il secondo riguarda elementi oggettivi e meno rilevanti ai fini della valutazione dell'affidabilità. Paradossalmente, la sanzione per il falso finale risulta

⁸ Anche la dottrina ha approfondito il tema. Secondo G. Greco (*I contratti pubblici e il principio di affidabilità*, Giappichelli, 2022, p. 210), il legislatore europeo ha inteso promuovere un approccio più flessibile e proporzionato, basato su una valutazione contestuale e discrezionale. S. Tarantino (*Il sistema degli appalti pubblici: principi e prassi*, Cedam, 2021, p. 179) sottolinea come la giurisprudenza abbia svolto un ruolo chiave nell'armonizzazione dell'interpretazione delle norme, riducendo il rischio di applicazioni rigide e sproporzionate.

⁹ La dottrina si è divisa tra una visione formale, che vede ogni falsità come causa di esclusione automatica, e un'interpretazione sostanziale, che ritiene necessaria una valutazione in concreto dell'incidenza della falsità sulla decisione della stazione appaltante (M. Clarich, *Il Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, Cedam, 2020, p. 284).

più severa di quella per il falso strumentale, creando una possibile disarmonia nel sistema normativo.

1.4) I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE E IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE¹⁰.

L'attuale disciplina degli appalti pubblici si fonda su principi di trasparenza, concorrenza e proporzionalità, finalizzati a garantire l'accesso equo al mercato da parte degli operatori economici. In questo contesto, i requisiti di partecipazione e qualificazione assumono un ruolo centrale, poiché costituiscono il principale strumento per assicurare che i concorrenti siano idonei a eseguire l'appalto.

L'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici riprende l'impianto dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, ridefinendo e razionalizzando i criteri di selezione. In particolare, i requisiti di partecipazione si articolano in idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e capacità tecniche e professionali¹¹.

L'idoneità professionale è attestata tramite l'iscrizione nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o presso i relativi ordini professionali, a seconda del settore di riferimento. Questo requisito non implica necessariamente l'esperienza concreta dell'operatore economico nel settore specifico, ma piuttosto la legittimazione a svolgere l'attività richiesta dall'appalto.

La giurisprudenza ha più volte chiarito la funzione di questo requisito, evidenziando che esso non può costituire un ostacolo sproporzionato alla partecipazione delle imprese. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2523/2021 ha ribadito che l'iscrizione a un albo o registro professionale non deve essere intesa come un vincolo per la partecipazione, ma come un elemento che garantisce il rispetto della normativa di settore. La Corte di Giustizia dell'UE, nella sentenza C-218/17, ha sottolineato che eventuali restrizioni basate sulla forma giuridica dell'operatore devono essere giustificate da esigenze di tutela dell'interesse pubblico.

¹⁰ Per una più ampia analisi dottrinale si rinvia ai seguenti autori: Garofoli, R., & Ferrari, G. (2024). *Codice dei contratti pubblici*. Neldiritto Editore, Roma; Guido Corso (2020). *Manuale di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore, Milano; Francesco Caringella (2019). *Il nuovo codice dei contratti pubblici*. Dike Giuridica Editrice, Roma; Marco Clarich (2018). *I contratti pubblici*. Il Mulino, Bologna.

¹¹ La relazione di Fabio Taormina del 23 maggio 2024, intitolata "*Gli operatori economici nel nuovo Codice dei contratti*", esamina le principali novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici in relazione agli operatori economici. La relazione evidenzia come il nuovo Codice punti a rendere più efficienti e trasparenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici, promuovendo la partecipazione di un numero maggiore di operatori economici, con particolare attenzione alle PMI e ai consorzi.

La capacità economico-finanziaria è volta ad assicurare che l'operatore disponga delle risorse necessarie per portare a termine l'appalto, riducendo il rischio di inadempienze contrattuali. La normativa previgente, contenuta nell'articolo 83, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, prevedeva che la stazione appaltante potesse richiedere: un fatturato minimo annuo, che includesse un determinato fatturato specifico nel settore dell'appalto; informazioni sui conti annuali, con particolare attenzione ai rapporti tra attività e passività; un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

La disciplina attuale conferma questi criteri, ma introduce il principio di proporzionalità, che impone alle stazioni appaltanti di calibrare i requisiti in base all'importo e alla complessità dell'appalto. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5854/2022, ha ribadito che le amministrazioni devono evitare di richiedere requisiti eccessivi che possano limitare la concorrenza. In tal senso, la giurisprudenza ha sottolineato la necessità di un equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico e l'accessibilità alle gare.

Un aspetto cruciale della disciplina riguarda la capacità tecnica e professionale, che deve essere dimostrata attraverso l'esperienza maturata dall'operatore economico. Questo concetto si lega strettamente alla nozione di servizi analoghi, spesso oggetto di contenzioso. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2935/2019 ha chiarito che per servizi analoghi devono intendersi non solo quelli identici a quelli oggetto dell'appalto, ma anche quelli appartenenti al medesimo settore imprenditoriale o professionale. Ciò significa che un operatore economico non deve necessariamente aver eseguito servizi perfettamente coincidenti con quelli richiesti, ma deve dimostrare di avere esperienza in attività comparabili per natura e complessità. Questo principio è stato confermato anche dalla Corte di Giustizia dell'UE (C-601/13), che ha affermato che una restrizione basata su una nozione eccessivamente rigida di servizio analogo potrebbe violare il principio di proporzionalità e limitare la concorrenza.

L'obiettivo di questa disciplina è favorire la più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche, garantendo al contempo che gli operatori selezionati abbiano una comprovata esperienza nel settore. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6784/2021, ha evidenziato che la valutazione dell'analogia tra servizi deve essere condotta caso per caso, considerando le caratteristiche dell'appalto e le competenze tecniche richieste.

Per quanto riguarda invece le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori

economici siano qualificati. L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere e all'importo delle stesse, è disciplinato dall'allegato 11.12 al nuovo Codice.

Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione, nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto.

Per la disciplina del sistema di qualificazione, il Codice del 2023 rinvia all'allegato 11.12, destinato tuttavia a essere abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento che, alla stregua dell'art. 100, commi 8, 9 e 10, disciplinerà: la procedura per ottenere l'attestazione di qualificazione e per il suo rinnovo, prevedendo che l'operatore economico richieda la conferma dell'attestazione in caso di modifica soggettiva nel periodo di validità; i requisiti per la dimostrazione della capacità economico-finanziaria, compresi i criteri per attestare il possesso di adeguate attrezzature tecniche e personale qualificato; le modalità di qualificazione degli operatori economici, sulla base del criterio del cumulo (art. 67, comma 1) e dei criteri di imputazione (art. 67, comma 6); le modalità di documentazione delle pregresse esperienze professionali, considerando anche i lavori eseguiti per soggetti privati, purché comprovati da idonea documentazione; le modalità di verifica a campione compiute dagli organismi di attestazione, per garantire la correttezza dei dati dichiarati dagli operatori economici; il periodo di durata dell'attestazione di qualificazione e i controlli intermedi per verificare il mantenimento dei requisiti; i casi di sospensione e decadenza dall'attestazione di qualificazione, prevedendo sanzioni interdittive per la presentazione di documentazione falsa agli organismi di attestazione.¹²

¹²¹² Sul punto, numerosi studiosi hanno analizzato l'evoluzione della disciplina sugli appalti pubblici, evidenziando il progressivo allineamento con i principi europei. Neri G., nel suo studio *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" presso l'Università degli Studi di Padova il 29 settembre 2008 sottolinea come il sistema attuale punti a un bilanciamento tra selezione rigorosa degli operatori e apertura alla concorrenza. Mentre, Castronovo P., in *L'equilibrio tra tutela della qualità e accesso al mercato negli appalti pubblici*, evidenzia che la giurisprudenza ha giocato un ruolo chiave nel chiarire il concetto di servizi analoghi, evitando interpretazioni restrittive.

1.5) L'ESCLUSIONE E LA VERIFICA DEL POSSESSO DEI REQUISITI. IL C.D. SELF CLEANING.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto una disciplina unificata in materia di esclusione degli operatori economici, ora contenuta nell'art. 96. Tale norma stabilisce gli obblighi di comunicazione a carico degli operatori economici in relazione agli eventi che possono determinare la loro esclusione e disciplina organicamente l'istituto del self-cleaning. Quest'ultimo consente all'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 di dimostrare la propria affidabilità attraverso misure correttive idonee¹³.

L'art. 96, comma 1, ripropone il principio generale già enunciato dall'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui le cause di esclusione possono operare in qualsiasi momento della procedura d'appalto. Le stazioni appaltanti devono escludere un operatore economico qualora accertino, anche successivamente alla presentazione dell'offerta, che esso versi in una delle situazioni previste dagli artt. 94 e 95. Sul punto, il Consiglio di Stato ha chiarito che la verifica dell'esistenza di una causa di esclusione deve avvenire in modo rigoroso, garantendo il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici (Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2021, n. 6324). Inoltre, la giurisprudenza ha ribadito che l'accertamento può avvenire anche in un momento successivo all'aggiudicazione, a tutela del principio di legalità dell'azione amministrativa (TAR Lazio, Roma, sez. III, 12 maggio 2022, n. 5789).

Gli obblighi di comunicazione sono ripartiti tra l'operatore economico e la stazione appaltante. L'operatore è tenuto a informare tempestivamente della sussistenza di una causa di esclusione e delle misure correttive adottate, salvo impossibilità oggettiva (ad esempio, se viene a conoscenza della causa di esclusione solo in prossimità della scadenza

¹³¹³ Nell'articolo "*Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza*", Elena Quadri analizza il principio della fiducia introdotto dal nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023) e la sua stretta connessione con l'istituto del self-cleaning. L'autrice sottolinea che il principio della fiducia, sancito dall'articolo 2 del Codice, mira a promuovere e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell'amministrazione per conseguire il miglior risultato possibile. In questo contesto, il self-cleaning, disciplinato dall'articolo 96 del Codice, consente agli operatori economici di adottare misure correttive per dimostrare la propria affidabilità nonostante precedenti motivi di esclusione. Quadri evidenzia che l'applicazione del self-cleaning riflette il principio della fiducia, poiché permette alle stazioni appaltanti di valutare le misure adottate dagli operatori economici per ristabilire la propria integrità e affidabilità, favorendo così una partecipazione più ampia e consapevole al mercato degli appalti pubblici.

del termine di presentazione dell'offerta). D'altro canto, la stazione appaltante ha l'obbligo di comunicare all'operatore economico se le misure proposte sono ritenute insufficienti o intempestive.

L'istituto del self-cleaning, disciplinato dall'art. 96, comma 6, prevede che l'operatore economico possa evitare l'esclusione dimostrando di aver adottato misure idonee a garantire la propria affidabilità. A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che le misure di self-cleaning devono essere concrete, proporzionate e adeguate alla gravità del comportamento illecito (Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2023, n. 6205). Tra le azioni che possono rientrare nel self-cleaning vi sono: il risarcimento dei danni cagionati dal reato o dall'illecito; la collaborazione attiva con le autorità investigative; l'adozione di misure tecniche, organizzative e di personale atte a prevenire la reiterazione di condotte illecite¹⁴.

A livello europeo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sottolineato che il self-cleaning deve essere valutato caso per caso, senza automatismi, e che il rifiuto di riconoscere l'idoneità delle misure adottate dall'operatore economico deve essere adeguatamente motivato (CGUE, 24 ottobre 2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH).

Il comma 2 dell'art. 96 introduce un meccanismo procedurale di fondamentale importanza, stabilendo che l'operatore economico deve informare la stazione appaltante non solo della sussistenza della causa di esclusione, ma anche delle misure adottate per ovviare alla criticità. Questo obbligo si innesta nel principio di trasparenza e correttezza della procedura d'appalto, garantendo che l'amministrazione sia sempre a conoscenza

¹⁴ Particolarmente interessante è il contributo di Luigi Spetrillo del 2023, intitolato "*Le nuove norme del codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023*", analizza con un taglio tecnico e sistematico la disciplina del self-cleaning nel quadro del nuovo Codice dei contratti pubblici. L'autore si sofferma in particolare sull'articolo 96 del d.lgs. n. 36/2023, il quale disciplina le cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento e individua le modalità attraverso cui gli stessi possono dimostrare la propria affidabilità, nonostante la sussistenza di motivi ostativi alla partecipazione. L'analisi evidenzia il passaggio dal precedente impianto normativo, che disciplinava il self-cleaning in maniera meno strutturata, a una regolamentazione più articolata che pone l'accento sull'onere probatorio gravante sull'operatore economico. In particolare, Spetrillo sottolinea il ruolo delle misure di riorganizzazione e compliance che gli operatori devono adottare per poter accedere agli appalti pubblici, evidenziando i requisiti di effettività, tempestività e proporzionalità richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici nella valutazione delle misure correttive. Inoltre, viene esaminato l'orientamento giurisprudenziale in materia di self-cleaning, con riferimento sia alla giurisprudenza amministrativa nazionale, sia ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di delineare i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti e gli strumenti di tutela a disposizione degli operatori economici in caso di contestazione dell'adeguatezza delle misure adottate. L'articolo offre, infine, una riflessione sulle implicazioni pratiche della riforma, mettendo in luce le opportunità e le criticità derivanti dall'introduzione delle nuove disposizioni, con particolare attenzione alla necessità di un'applicazione uniforme e coerente del self-cleaning da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

delle eventuali problematiche legate all'affidabilità dell'operatore. La mancata comunicazione può comportare l'immediata esclusione dalla procedura.

Il comma 6 dell'art. 96 amplia la portata del self-cleaning rispetto alla disciplina precedente, consentendo agli operatori economici di dimostrare la loro affidabilità non solo prima della presentazione delle offerte, ma anche durante lo svolgimento della gara. Ciò rappresenta una novità rispetto al vecchio Codice, che imponeva un criterio di continuità nel possesso dei requisiti per tutta la durata della procedura di gara. Con la nuova disciplina, invece, viene consentito agli operatori di sanare eventuali carenze in corso di gara, attraverso misure di ravvedimento operoso come l'adozione di modelli organizzativi conformi al d.lgs. 231/2001, l'implementazione di sistemi di compliance e il rafforzamento dei controlli interni.¹⁵

Il nuovo Codice disciplina anche i termini di efficacia dell'esclusione, prevedendo una durata che può variare in base alla gravità della condotta: esclusione perpetua o per un periodo legato alla durata della pena accessoria nei casi di incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 311-bis, comma 1, c.p.); cinque anni per le cause di esclusione di cui all'art. 95, salvo riabilitazione; tre anni dalla commissione dell'illecito per le cause di esclusione ex art. 95, comma 1, lett. a); esclusione limitata alla gara specifica nei casi meno gravi.

La decorrenza del termine di esclusione dipende dalla natura della causa: se deriva da un illecito, il termine decorre dalla commissione del fatto; se invece discende da un provvedimento sanzionatorio, decorre dalla data della sua emissione (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 10 gennaio 2023, n. 150).

¹⁵ Questa innovazione è stata accolta favorevolmente dalla dottrina, in quanto garantisce maggiore flessibilità e favorisce la partecipazione degli operatori economici, riducendo il rischio di esclusioni automatiche non proporzionate (cfr. L. Rossi, *Esclusione dalle gare e self-cleaning: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Cedam, 2023).

1.6) SOCCORSO ISTRUTTORIO.

Il soccorso istruttorio è uno strumento cruciale per garantire la più ampia partecipazione alle gare d'appalto, senza compromettere i principi di trasparenza e parità di trattamento. Con il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023 (D.Lgs. n. 36/2023), il soccorso istruttorio è stato ridefinito in modo più chiaro rispetto alla precedente disciplina del D.Lgs. n. 50/2016, mantenendone i principi ma introducendo novità significative.

Ed invero, l'art. 101 del D.Lgs. n. 36/2023 ribadisce l'obbligo per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio per colmare eventuali omissioni o irregolarità formali nei documenti presentati dagli operatori economici, senza distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali.¹⁶

Nel dettaglio, il comma 1 stabilisce che la stazione appaltante assegni un termine tra cinque e dieci giorni per: integrare documentazione mancante, con l'eccezione dell'offerta tecnica ed economica e correggere inesattezze e irregolarità, tranne nei casi in cui l'identità del concorrente risulti incerta.

Il comma 2 prevede l'esclusione dalla gara in caso di mancata regolarizzazione entro il termine stabilito.

Il comma 3 consente la richiesta di chiarimenti sull'offerta, purché non ne venga modificato il contenuto.

Un aspetto di grande interesse è la possibilità per l'operatore economico di rettificare un errore materiale nell'offerta economica, purché la richiesta sia avanzata prima

¹⁶ Sul punto, Elena Quadri, in *"Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza"*, pubblicato nella Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione nel 2024, analizza approfonditamente il principio della fiducia introdotto dal nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023). Questo principio, insieme a quello del risultato, costituisce una delle fondamenta del nuovo impianto normativo. L'autrice evidenzia come l'attuazione di tali principi favorisca una maggiore libertà di iniziativa e auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità. Il principio della fiducia è strettamente legato alla qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti, elementi essenziali per il corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici. La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la relazione tra il principio del risultato e quello della fiducia, sottolineando che le procedure ad evidenza pubblica devono mirare a realizzare interventi pubblici nel modo più conforme agli interessi collettivi, rispettando le normative vigenti. Inoltre, l'articolo sottolinea che altre disposizioni del Codice, come l'art. 101 sul soccorso istruttorio, la disciplina dell'illecito professionale (artt. 95 e 98) e l'istituto del self-cleaning (art. 96), si inseriscono nel quadro delineato dal principio della fiducia. L'autrice conclude sottolineando l'importanza di riscoprire una reale "cultura" della fiducia anche nelle contrattazioni pubbliche.

dell'apertura delle buste (art. 101, comma 3). Questo introduce un'importante flessibilità, riducendo il rischio di esclusione per meri errori materiali¹⁷.

La previgente disciplina, di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, prevedeva la sanatoria di carenze formali, ma la giurisprudenza ha chiarito che il soccorso istruttorio non poteva sanare la mancanza di requisiti sostanziali. Il Consiglio di Stato ha ribadito che il principio di parità di trattamento impone limiti chiari all'uso del soccorso istruttorio (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2455).

Nello specifico, il vecchio Codice distingueva tra: irregolarità essenziali non sanabili, come la mancata individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016); irregolarità essenziali sanabili, per cui era previsto un termine massimo di dieci giorni per la regolarizzazione (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14 novembre 2019, n. 13089); irregolarità non essenziali, che, se non integrate, non comportavano l'esclusione.

I confini tra queste categorie, però, non erano sempre chiari.

Ed infatti, la giurisprudenza ha più volte dovuto chiarire che il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per colmare carenze sostanziali, come la mancanza di requisiti di partecipazione (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2455).

Inoltre, l'assenza di linee guida univoche portava a un'applicazione non uniforme del soccorso istruttorio. Alcune stazioni appaltanti interpretavano in modo più rigido le norme, mentre altre erano più flessibili. La giurisprudenza ha cercato di riequilibrare questa situazione, ad esempio con Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2022, n. 318, che ha ribadito la necessità di un'applicazione equa e prevedibile del soccorso istruttorio.

Il vecchio Codice, tra l'altro, non prevedeva espressamente la possibilità di correggere meri errori materiali nell'offerta economica, generando esclusioni spesso sproporzionate rispetto alla natura dell'errore. La questione è stata più volte affrontata dai giudici amministrativi (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14 novembre 2019, n. 13089), che hanno riconosciuto la necessità di distinguere tra errore formale ed errore sostanziale.

¹⁷ Cappellano, Marco (2024). In *"Il principio della fiducia e l'istituto del soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici"*. Relazione al convegno "I principi generali: l'Amministrazione e il mercato", Palermo, 15 marzo 2024. evidenzia come il soccorso istruttorio, disciplinato dall'articolo 101 del Codice, rappresenti un'applicazione concreta del principio della fiducia. Esso permette alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti integrazioni o chiarimenti su documenti mancanti o irregolari, evitando esclusioni basate su mere formalità e favorendo una maggiore partecipazione alle gare. Tuttavia, Cappellano precisa che il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sanare carenze relative agli elementi essenziali dell'offerta tecnica o economica, al fine di garantire la par condicio tra i concorrenti

A ciò si aggiunga che alcuni orientamenti interpretavano il soccorso istruttorio come un'eccezione al principio di parità di trattamento, creando tensioni con la giurisprudenza europea, secondo cui la regolarizzazione non può alterare la sostanza dell'offerta (Corte di Giustizia UE, causa C-131/16, Archus e Gama, 2017).

Infine, il termine massimo di dieci giorni per la regolarizzazione era considerato eccessivamente breve per alcune tipologie di carenze documentali e l'esclusione automatica in caso di mancato soccorso istruttorio era ritenuta spesso sproporzionata rispetto alla gravità della violazione, portando a numerosi contenziosi amministrativi.

Queste criticità sono state in parte superate con il D.Lgs. n. 36/2023, che ha introdotto una disciplina più chiara e flessibile, soprattutto per quanto riguarda la possibilità di correggere errori materiali e la riduzione delle cause di esclusione automatica¹⁸.

¹⁸ Sul punto, si rappresenta che la dottrina ha analizzato a fondo le evoluzioni normative e giurisprudenziali relative al soccorso istruttorio. Secondo G. M. Racca (*Il soccorso istruttorio e la tutela del principio di parità*, in *Rivista Trimestrale Appalti*, 2023, p. 195), l'attuale disciplina del soccorso istruttorio rappresenta una significativa innovazione rispetto al passato, consentendo agli operatori economici di evitare esclusioni ingiustificate.

2) PARTECIPAZIONE ASSOCIATA ALLE GARE: RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE.

L'ordinamento italiano, nel rispetto del principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, apre le porte ai raggruppamenti temporanei di imprese (RTI). Questo strumento, pensato per favorire la concorrenza e la collaborazione tra imprese di diverse dimensioni, permette di unire competenze e risorse, creando sinergie capaci di affrontare gare di grande entità con maggior solidità e affidabilità¹⁹.

Il Consiglio di Stato ha ribadito più volte come il principio del cumulo dei requisiti tra le imprese di un RTI rappresenti una garanzia per ampliare la partecipazione senza compromettere la qualità dell'esecuzione (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2021, n. 1234). Questo meccanismo è stato confermato anche a livello europeo, dove la Corte di Giustizia ha chiarito che deve comunque essere garantita la capacità reale di eseguire l'appalto (CGUE, 14 gennaio 2021, C-395/18).

L'art. 67 del D.Lgs. n. 36/2023 sottolinea che il RTI non crea un soggetto giuridico autonomo, bensì una collaborazione tra imprese che, pur operando congiuntamente, mantengono un interesse autonomo nella procedura di gara. Ciò significa che un'impresa può far valere i propri diritti in modo indipendente, anche se le altre partecipanti al raggruppamento dovessero risultare inattive (Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2022, n. 4829).

Un'innovazione rilevante introdotta dal Codice degli Appalti del 2023 riguarda la distribuzione delle quote tra i membri del RTI ai fini della qualificazione e dell'esecuzione del contratto. L'art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023 stabilisce che ciascuna impresa debba possedere una quota proporzionale ai requisiti richiesti, in modo da evitare partecipazioni meramente formali. Il Consiglio di Stato ha chiarito che la corrispondenza tra i requisiti

¹⁹ Per approfondimenti sul tema, si rinvia al volume *"I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale"* di Federica Casciaro e Giampiero Fumel (Maggioli Editore, 2021). Gli autori offrono un'analisi approfondita sulla partecipazione associata alle gare d'appalto attraverso i Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI). Gli autori esaminano la complessità normativa che caratterizza la disciplina dei RTI, evidenziando come la partecipazione congiunta alle procedure di affidamento e all'esecuzione delle prestazioni coinvolga molteplici aspetti dell'appalto, spesso solo parzialmente considerati dal legislatore e più frequentemente approfonditi dalla giurisprudenza o dalla prassi. Il testo si propone di fornire una guida organica e operativa per gli operatori del settore, offrendo un approccio metodologico basato su una visione trasversale e complessiva della materia.

e l'apporto effettivo è essenziale per garantire l'equità della competizione (Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2023, n. 2956)²⁰.

Uno degli aspetti più delicati riguarda la responsabilità delle imprese all'interno del raggruppamento. Il nuovo Codice prevede la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, una garanzia essenziale per la corretta esecuzione del contratto. La Corte di Cassazione ha chiarito che questa responsabilità si estende anche a eventuali obbligazioni nei confronti di terzi, salvo diversamente pattuito (Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2020, n. 14326).

Da un punto di vista pratico, questo significa che le imprese devono valutare attentamente le proprie alleanze, poiché potrebbero essere chiamate a rispondere per eventuali inadempienze delle altre componenti del raggruppamento.²¹

²⁰ Secondo la dottrina più accreditata, tra cui M. Clarich (*Il diritto degli appalti pubblici nell'ordinamento italiano ed europeo*, Giuffrè, 2022), questa impostazione mira a bilanciare le esigenze di apertura al mercato con la necessità di garantire l'affidabilità dell'esecuzione. L'approccio impone alle imprese di pianificare con attenzione la loro partecipazione ai RTI, affinché l'aggregazione non sia solo di facciata, ma supportata da una reale capacità operativa.

²¹ La dottrina (G. Piperata, *Appalti pubblici e aggregazioni imprenditoriali*, Cedam, 2021) evidenzia come tale impostazione spinga le imprese a stipulare accordi interni dettagliati, capaci di prevenire conflitti e responsabilità non previste.

2.1) IL SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE TRA RAGGRUPPAMENTO ORIZZONTALE E VERTICALE²².

Il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, all'articolo 68, ha introdotto un cambiamento significativo rispetto alla disciplina precedente, eliminando la distinzione tra raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) orizzontali e verticali.

Precisamente, il Vecchio Codice (d.lgs. n. 50/2016), poneva la seguente distinzione: RTI orizzontali, in cui le imprese associate operano nella stessa categoria di lavori, servizi o forniture; RTI verticali, caratterizzati dalla presenza di una mandataria responsabile della prestazione principale e di mandanti che eseguono prestazioni secondarie; RTI misti, nei quali si combinano elementi di entrambi i modelli.

Questa distinzione serviva a regolamentare le modalità di esecuzione degli appalti pubblici da parte delle imprese raggruppate.

In particolare, nella vigenza della precedente disciplina in materia, l'impresa mandataria o capogruppo doveva eseguire la parte maggioritaria della prestazione e possedere i requisiti di qualificazione per essa (art. 83, comma 8). Questa disposizione aveva lo scopo di garantire un maggiore controllo sull'affidabilità della capogruppo e di assicurare che essa fosse realmente responsabile dell'esecuzione dell'appalto.

Con l'introduzione del nuovo Codice del 2023, questa impostazione è stata abbandonata: ora le imprese che partecipano a un RTI possono cumulare liberamente i requisiti di qualificazione per soddisfare quelli richiesti dalla gara, senza alcun vincolo sulle quote di esecuzione o sulla distribuzione dei requisiti all'interno del raggruppamento. Questa modifica ha determinato la scomparsa della tradizionale distinzione tra RTI orizzontali e verticali.

Un aspetto chiave della nuova disciplina è che l'offerta presentata da un RTI comporta automaticamente la responsabilità solidale di tutte le imprese nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori. L'articolo 68, comma 9, del nuovo Codice

²² Interessanti, sul punto, le riflessioni di Fumel, G., & Casciaro, F. (2021). In *"I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale"*. Maggioli Editore. Gli autori analizzano la complessità della disciplina dei RTI, evidenziando come la partecipazione alle procedure di affidamento e l'esecuzione delle prestazioni affidate coinvolgano molteplici aspetti dell'appalto, solo parzialmente considerati dal legislatore e spesso approfonditi dalla giurisprudenza o dalla prassi. Gli autori sottolineano l'importanza di una razionalizzazione qualitativa e di una stabilità normativa nel tempo, al fine di favorire sia le scelte imprenditoriali degli operatori del settore sia l'efficacia delle procedure.

stabilisce chiaramente che *“l’offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori”*.

Un tema dibattuto riguardava la necessità che ogni impresa del raggruppamento possedesse i requisiti di qualificazione in misura proporzionale alla quota di lavori assunti.²³ La giurisprudenza amministrativa si è divisa su questo punto. Secondo un orientamento più rigoroso, la mancanza di qualificazione corrispondente alla quota di lavori assunti avrebbe dovuto comportare l’esclusione dell’intero raggruppamento, anche se il RTI nel suo complesso possedeva i requisiti richiesti (Consiglio di Stato, A.P., 27 marzo 2019, n. 6); diversamente, secondo un orientamento più flessibile, l’esclusione doveva avvenire solo in presenza di uno scostamento significativo tra la qualificazione dichiarata e la quota di lavori assunti, e solo se il raggruppamento non possedeva nel complesso i requisiti per l’appalto.

Questa tensione giurisprudenziale trovava origine anche nel contrasto tra la normativa nazionale e il diritto europeo. Infatti, la Direttiva 2014/24/UE prevede solo che le amministrazioni aggiudicatrici possano imporre che determinati compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al RTI, ma non fissa un vincolo di esecuzione maggioritaria per la capogruppo.

A sostegno della maggiore flessibilità, la Corte di Giustizia dell’UE ha affermato che gli Stati membri non possono imporre restrizioni rigide sulle modalità esecutive all’interno dei RTI, in ossequio al principio di neutralità delle forme giuridiche. Questa pronuncia ha inciso profondamente sul dibattito, portando all’abrogazione dell’obbligo di esecuzione maggioritaria da parte della mandataria nel nuovo Codice del 2023.

²³Nel contributo "Appalti pubblici" di G. Morbidelli e M. Zoppolato, incluso nel "Trattato di diritto amministrativo europeo" a cura di M.P. Chiti e G. Greco (Milano, Giuffrè, 2017, pp. 503-550), gli autori analizzano la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) nell'ambito degli appalti pubblici. In particolare, viene evidenziata la necessità che ciascuna impresa partecipante a un RTI possieda i requisiti di qualificazione in misura proporzionale alla quota di lavori che si impegna ad eseguire. Questo principio implica che ogni impresa all'interno del raggruppamento deve dimostrare di possedere capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie adeguate alla specifica parte dell'appalto che le è assegnata. Tale requisito è fondamentale per garantire che tutte le imprese coinvolte siano effettivamente in grado di svolgere le prestazioni loro affidate, assicurando così l'affidabilità complessiva del RTI nei confronti della stazione appaltante. Morbidelli e Zoppolato sottolineano l'importanza di una rigorosa corrispondenza tra i requisiti di qualificazione posseduti dalle singole imprese e le rispettive quote di lavori assunti nel RTI, al fine di garantire l'efficacia e l'affidabilità dell'esecuzione dell'appalto pubblico.

2.2) IL RAPPORTO DI MANDATO E LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEI PARTECIPANTI AL RTI.

La natura giuridica del Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) è da sempre oggetto di un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni studiosi lo considerano un contratto associativo atipico (Giannini, 1998), mentre altri lo interpretano come un contratto di cooperazione con comunione di scopo (Roppo, 2012) o come una complessa rete di collegamenti negoziali con una capogruppo dotata di mandato di rappresentanza (Patanè, 2017). La giurisprudenza amministrativa chiarisce che il RTI non ha personalità giuridica propria, ma si configura come un'aggregazione temporanea tra imprese che conservano autonomia gestionale, con la mandataria che rappresenta l'intero raggruppamento nei confronti della stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 778/2020; TAR Lazio, Roma, Sez. III, sent. n. 1096/2019).

A tal riguardo, appare essenziale distinguere tra RTI costituito, in cui il mandato è conferito alla mandataria prima della partecipazione alla gara e l'offerta è sottoscritta solo da questa (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 2345/2017), e RTI costituendo, dove il mandato non è ancora stato conferito e tutte le imprese devono firmare l'offerta (TAR Lazio, Roma, Sez. III, sent. n. 3421/2021). L'attuale disciplina conferma questo schema, in linea con le direttive europee (CJEU, C-216/17).

In merito al mandato collettivo speciale di rappresentanza, lo stesso deve risultare da scrittura privata autenticata (art. 68, D.Lgs. n. 36/2023), è gratuito e solitamente irrevocabile, salvo casi di inadempienza della mandataria (Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 4578/2019). La rigidità di questa previsione può generare criticità, ma mira a garantire stabilità nei rapporti contrattuali.

Per garantire trasparenza, è necessario indicare le quote di esecuzione delle prestazioni tra i membri del raggruppamento. Sebbene il principio generale sia quello della flessibilità, in alcuni casi la stazione appaltante può imporre ai RTI una forma giuridica specifica, purché ciò sia giustificato da esigenze oggettive (TAR Campania, Napoli, Sez. I, sent. n. 2487/2020).

La responsabilità solidale è un altro aspetto cruciale, poiché tutti i partecipanti rispondono congiuntamente nei confronti della stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 1598/2022). Sebbene la distinzione tra RTI orizzontali e verticali non sia

più esplicitamente ripresa nel nuovo Codice, la prassi continua a riconoscerne l'applicazione in determinate circostanze (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, sent. n. 987/2021)²⁴.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha mantenuto intatti i principi fondamentali in materia di RTI, introducendo margini di maggiore flessibilità.

La dottrina continua a interrogarsi sull'effettiva natura di questo istituto, ma la giurisprudenza ha chiarito diversi aspetti, fornendo maggiore certezza per operatori economici e stazioni appaltanti.

²⁴ Sul punto si rimanda all'articolo di Federica Maggio, intitolato *"I principi di concorrenza e di immodificabilità del RTI nel codice dei contratti pubblici. Lettura alla luce del PNRR e delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2021 e del 2022"*. L'autore esamina l'interazione tra il principio di concorrenza e quello di immodificabilità soggettiva dei Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI) nel contesto dei contratti pubblici. L'autrice analizza come la concorrenza, intesa come valore economico generale, abbia influenzato profondamente il diritto pubblico e, in particolare, il diritto amministrativo. Viene sottolineata l'importanza delle libertà fondamentali, come la libera circolazione delle merci, dei capitali e dei servizi, che costituiscono le basi di un'economia di mercato e incidono sulle scelte organizzative delle imprese. L'autrice evidenzia il ruolo centrale del principio di concorrenza nella materia degli appalti pubblici, sottolineando come esso sia diventato un elemento chiave nel promuovere l'efficienza e la trasparenza nelle procedure di gara. Inoltre, esamina la disciplina normativa dei RTI, focalizzandosi sull'articolo 48 del Codice dei contratti pubblici, che stabilisce il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti durante la gara, salvo eccezioni specifiche. L'autrice in ultima analisi pone l'attenzione su alcuni arresti giurisprudenziali in materia, pone l'accento su due interventi dell'Adunanza Plenaria, l'uno, sentenza n. 10 del 2021, che: ha escluso la possibilità di sostituzione per addizione all'interno dei RTI, ribadendo la rigidità del principio di immodificabilità durante la fase di gara, l'altro, sentenza n. 2 del 2022: che ha ammesso la possibilità di modifiche soggettive dei RTI in corso di gara in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte di uno dei membri, purché le imprese rimanenti possiedano i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto. L'autrice conclude sottolineando la necessità di bilanciare le esigenze di celerità e funzionalità delle procedure di gara, promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), con la tutela dei principi di concorrenza e trasparenza.

2.3) MODIFICHE DAL LATO SOGGETTIVO E RECESSO DELL'RTI.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, pur confermando tendenzialmente il divieto di modificare la composizione soggettiva di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI), introduce alcune significative novità.

Procedendo per gradi, occorre ricordare che il divieto di modificazione soggettiva del RTI trova la sua origine nel principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, sancito dall'art. 48, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Tale principio è stato ribadito con costanza dalla giurisprudenza, la quale ha sottolineato come esso risponda all'esigenza di garantire che le amministrazioni aggiudicatrici possano verificare in modo completo i requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti sin dalla fase di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2021, n. 877; TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 aprile 2020, n. 4376; Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2019, n. 6311)²⁵.

L'inosservanza di tale divieto comporta conseguenze rilevanti: esclusione dalla gara, qualora la modifica avvenga in fase di partecipazione (Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1556); annullamento dell'aggiudicazione, se il divieto viene violato

²⁵ L'articolo di Gaetano Zurlo, intitolato *"La modificazione in senso riduttivo del RTI in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in capo ad uno dei suoi componenti è ammessa anche in corso di gara"*, pubblicato su Appalti & Contratti il 2 febbraio 2022, analizza la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 25 gennaio 2022. In questa decisione, il Consiglio di Stato ha stabilito che la modifica soggettiva di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) è consentita non solo durante la fase di esecuzione del contratto, ma anche durante la fase di gara, nel caso in cui uno dei componenti perda i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016. In particolare, la sentenza chiarisce che, se un componente del RTI perde i requisiti di partecipazione durante la gara, la stazione appaltante deve interpellare il raggruppamento, concedendo un termine congruo per permettere una riorganizzazione interna che consenta al RTI di proseguire nella procedura di gara. Questa interpretazione mira a bilanciare il principio di immodificabilità dei raggruppamenti con l'esigenza di garantire la partecipazione alle gare pubbliche, evitando l'esclusione dell'intero RTI a causa della perdita dei requisiti da parte di uno dei suoi membri. Secondo Zurlo, questa pronuncia ha rilevanti conseguenze operative per le stazioni appaltanti e i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI). Nello specifico, per le stazioni appaltanti, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte di uno dei componenti del RTI durante la gara, dovrà essere interpellato il raggruppamento, offrendo la possibilità di riorganizzarsi senza escluderlo automaticamente dalla procedura, inoltre, la stazione appaltante dovrà concedere un termine adeguato affinché il RTI possa ristrutturarsi, garantendo così la continuità della partecipazione alla gara. Per quanto riguarda i raggruppamenti temporanei di imprese, vi è la possibilità di modificare la propria composizione in senso riduttivo durante la gara, nel caso in cui uno dei membri perda i requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, evitando l'esclusione dell'intero raggruppamento e vi è la possibilità di proseguire nella procedura di gara, preservando gli investimenti effettuati e le opportunità commerciali. L'autore, nel proprio contributo, evidenzia che la sentenza promuove una maggiore flessibilità nelle procedure di gara, bilanciando il principio di immodificabilità dei raggruppamenti con l'esigenza di garantire la massima partecipazione e concorrenza, senza compromettere la parità di trattamento tra i concorrenti

successivamente alla fase di gara (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 14 ottobre 2020, n. 2047); risoluzione del contratto, in caso di modifica soggettiva successiva alla stipula (Cons. Stato, sez. III, 18 giugno 2020, n. 3893).

Nonostante il principio generale di immodificabilità, il legislatore ha previsto alcune eccezioni. Già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'art. 48, commi 17 e 18, consentiva la modifica della composizione del RTI nei seguenti casi: fallimento del mandatario o di un mandante; liquidazione coatta amministrativa; amministrazione straordinaria; concordato preventivo; altre procedure concorsuali o di liquidazione.

L'obiettivo di queste eccezioni è garantire la continuità dell'esecuzione del contratto, tutelando gli interessi sia degli altri partecipanti al RTI sia della stazione appaltante.

La giurisprudenza ha ribadito la possibilità di proseguire il rapporto contrattuale con i membri rimanenti del raggruppamento, purché questi ultimi possiedano i requisiti necessari (Cons. Stato, A.P., 27 maggio 2021, nn. 9, 10 e 11; TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2019, n. 3367).

Orbene, una delle principali innovazioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici è la disciplina contenuta nell'art. 97, che, al comma 2, stabilisce: *“se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.”*²⁶

Questa norma segna un deciso cambiamento rispetto alla disciplina precedente, in quanto ammette la modifica per addizione, consentendo la sostituzione del soggetto escluso con un nuovo operatore economico. Tuttavia, tale modifica non può comportare una

²⁶ Nell'articolo intitolato *"Modificazioni soggettive dei concorrenti a struttura plurisoggettiva tra nuovo e vecchio Codice"*, pubblicato l'8 ottobre 2024 su ItaliAppalti, Gianluigi Delle Cave analizza le modifiche soggettive nei raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) e del precedente (D.Lgs. n. 50/2016). L'autore evidenzia come l'articolo 97 del D.Lgs. n. 36/2023 attui l'articolo 63 della Direttiva UE 24/2014, consentendo ai RTI di estromettere o sostituire un componente che si trovi in una delle situazioni previste dagli articoli 94 e 95 del nuovo Codice, purché ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta presentata. Questa disposizione amplia le possibilità di modifica dei RTI rispetto al precedente Codice, introducendo la possibilità di sostituzione oltre all'estromissione.

variazione sostanziale dell'offerta presentata, in linea con quanto già affermato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2022, n. 7735; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2021, n. 3726).

3) **CONSORZI.**

La normativa sui consorzi ordinari, inserita nell'art. 68 del nuovo Codice degli appalti pubblici del 2023, ha ampliato le possibilità per questi soggetti di partecipare a gare pubbliche, non solo per lavori ma anche per servizi e forniture.²⁷

Tale evoluzione ha aperto nuovi scenari operativi per le imprese, offrendo una struttura giuridica più definita e garantendo maggiore certezza agli operatori economici.

I consorzi ordinari, come disciplinato dagli artt. 2602 e ss. c.c., sono aggregazioni volontarie tra imprenditori finalizzate alla regolazione e coordinazione delle attività consortili. Si distinguono per la loro capacità di operare con finalità specifiche: regolazione della concorrenza, limitando la competizione interna tra le imprese consorziate; ottimizzazione dei processi produttivi, migliorando l'efficienza gestionale; erogazione di servizi, offrendo supporto alle aziende aderenti.

La dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato due configurazioni di consorzi, ovverosia i consorzi con rilevanza interna, che operano esclusivamente per il coordinamento tra le imprese senza rapportarsi direttamente con terzi ed i consorzi con

²⁷Bonaiti, Angelo (2024). Art. 68 *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*. In Villata, R., Ramajoli, M. (a cura di), Commentario al codice dei contratti pubblici, Pacini Giuridica, Pisa, pp. 352-358. L'autore propone un'analisi della disciplina normativa di cui all'articolo 68 chiarendo che lo stesso consente la presentazione di offerte da parte di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, anche se non ancora formalmente costituiti al momento della gara. In tal caso, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento o il consorzio e deve contenere l'impegno, in caso di aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi, designato come mandatario, che stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. In sede di offerta, devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, se ciò è necessario per la buona esecuzione dello stesso. Inoltre, possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale, purché tali richieste siano proporzionate e giustificate da motivazioni obiettive. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi, detto mandatario. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ed è gratuito e irrevocabile; la sua revoca non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. L'offerta presentata determina la responsabilità solidale degli operatori economici raggruppati o consorziati nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti dei subappaltatori e dei fornitori. I raggruppamenti e i consorzi ordinari sono ammessi alla gara se gli operatori economici partecipanti possiedono complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale richiesti, fermo restando che ciascun esecutore deve essere in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che si è impegnato a realizzare. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile solo nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 dell'articolo 68.

rilevanza esterna, dotati di un fondo autonomo e in grado di assumere obbligazioni verso soggetti terzi, con una funzione di intermediazione.

A differenza dei Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI), i consorzi ordinari possiedono personalità giuridica autonoma. Questa caratteristica consente loro di agire direttamente nel mercato, stipulando contratti pubblici e assumendo responsabilità diretta (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2020, n. 3205; Cons. St., sez. V, 15 novembre 2019, n. 7877).

Un aspetto fondamentale è la qualificazione dei consorziati: ogni consorziato deve possedere e documentare i requisiti di capacità tecnica ed economica per la partecipazione alle gare. Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che, pur essendo autonomi, i consorzi restano legati alle capacità operative delle imprese consorziate (Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 5; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2200).

Sul punto occorre precisare che l'art. 67 del nuovo Codice distingue i consorzi ordinari dai consorzi stabili, la cui natura giuridica è stata più volte analizzata dalla giurisprudenza. L'elemento distintivo di questi ultimi è la creazione di una struttura comune d'impresa, con un impegno operativo di almeno cinque anni (Cons. St., A.P., n. 5/2021; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2842).

L'art. 67, comma 2, elenca le seguenti tipologie di consorzi stabili: consorzi tra cooperative di produzione e lavoro; consorzi tra imprese artigiane; consorzi stabili tra imprenditori individuali o società, con una struttura imprenditoriale comune.

Tra i consorzi stabili vanno annoverati i consorzi stabili specializzati nei servizi di ingegneria e architettura, disciplinati dall'art. 66, comma 1, lett. g).

L'art. 67 introduce anche un importante principio di autonomia giuridica e organizzativa dei consorzi stabili rispetto alle imprese consorziate, stabilendo che questi ultimi possono operare con una propria struttura e assumere direttamente obbligazioni nei confronti delle stazioni appaltanti. Tale disposizione è stata confermata da diverse pronunce giurisprudenziali (Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2022, n. 680; Cons. St., sez. V, 15 settembre 2022, n. 7862).

Uno degli aspetti chiave della disciplina riguarda il cumulo alla rinfusa, che consente ai consorzi stabili di qualificarsi sommando i requisiti delle imprese consorziate senza dover ricorrere all'avvalimento (Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 5; Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 695). L'art. 67 del nuovo Codice degli appalti ha formalmente recepito

tale principio, stabilendo che: per servizi e forniture, il possesso dei requisiti può essere attestato cumulativamente dalle consorziate, mentre, per i lavori, il cumulo segue le stesse modalità, garantendo la partecipazione del consorzio sulla base delle competenze acquisite dai singoli membri.²⁸

Recenti pronunce hanno ulteriormente chiarito l'ambito applicativo di questo principio, ribadendo che esso si applica anche ai requisiti di esperienza pregressa e capacità organizzativa, purché il consorzio dimostri un'effettiva gestione unitaria delle attività appaltate (Cons. St., sez. V, 30 marzo 2023, n. 3891).

L'introduzione delle nuove disposizioni nel Codice degli appalti del 2023 ha portato maggiore chiarezza nella regolamentazione dei consorzi ordinari e stabili. Mentre i primi rimangono strumenti flessibili, spesso legati a singole commesse, i secondi si configurano come veri e propri soggetti imprenditoriali, con un ruolo di lungo periodo nel settore degli appalti pubblici.

La giurisprudenza, in particolare la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2021, ha consolidato il principio del cumulo alla rinfusa, riconoscendo ai consorzi stabili una rilevanza autonoma rispetto alle imprese consorziate.

Altresì, il Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2022, n. 1108 e Cons. St., sez. V, 8 settembre 2022, n. 7795, hanno ribadito l'importanza dell'individuazione chiara della struttura e dell'organizzazione dei consorzi per evitare confusione interpretativa tra le due forme consortili. Tali indicazioni, sono state recepite ampiamente dal nuovo Codice.

²⁸ Carbone, Paolo (2018). *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo* (d.lgs. n. 56 del 2017). In *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1/2018, pp. 25-26. L'autore analizza le implicazioni del cumulo alla rinfusa nel contesto dei consorzi stabili, in relazione alle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 56 del 2017. Carbone precisa che il cumulo alla rinfusa si riferisce alla possibilità di sommare i requisiti di qualificazione posseduti dalle singole imprese consorziate per soddisfare i requisiti complessivi richiesti per la partecipazione a gare pubbliche. Il concetto è di particolare rilevanza per i consorzi stabili, in quanto permette alle imprese di fare ricorso alla qualificazione cumulata dei requisiti individuali di ciascuna impresa consorziate, consentendo al consorzio di partecipare a gare pubbliche anche se il consorzio stesso non possiede tutti i requisiti richiesti, ma ciascun membro del consorzio ne possiede una parte. Carbone sottolinea come il sistema del cumulo alla rinfusa consenta una maggiore flessibilità e potenzialità per i consorzi stabili, ma evidenzia anche alcune problematiche applicative, come la difficoltà di verificare la coerenza delle qualifiche tra consorzio e consorziati e la gestione delle possibili disparità tra i requisiti posseduti dalle singole imprese. In sostanza, Carbone analizza sia le opportunità che i rischi legati all'applicazione del cumulo alla rinfusa, evidenziando la necessità di un'accurata gestione e controllo nella fase di qualificazione.

4) LE RETI DI IMPRESA.

Negli ultimi anni, il contratto di rete si è imposto come una delle soluzioni più efficaci per la collaborazione tra piccole e medie imprese, grazie alla sua flessibilità e capacità di adattarsi a contesti produttivi sempre più dinamici. A differenza delle forme associative più tradizionali, come i consorzi o le società, il contratto di rete consente alle imprese di mantenere la propria autonomia giuridica e gestionale, pur beneficiando di una strategia condivisa di sviluppo e innovazione.

Il contratto di rete è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2009, n. 33. Successivamente, il quadro normativo è stato arricchito dall'art. 36, comma 4, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con la l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha chiarito gli elementi essenziali del contratto, tra cui il programma comune e gli obblighi reciproci delle imprese aderenti.²⁹

Un importante contributo interpretativo è arrivato dalla giurisprudenza. Ad esempio, la Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2021, n. 54, ha ribadito che le reti di impresa possono partecipare agli appalti pubblici, a condizione che abbiano un programma operativo chiaro e ben strutturato. Un altro caso rilevante è la Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2018, n. 8817, che ha distinto le reti di impresa dai raggruppamenti temporanei, evidenziando il carattere più stabile e orientato alla crescita nel lungo periodo.

Un aspetto di crescente interesse riguarda la possibilità delle reti di impresa di partecipare agli appalti pubblici. Il comma 5-bis dell'art. 3 del d.l. n. 5 del 2009 ha espressamente incluso le reti tra i soggetti abilitati alla partecipazione, mentre il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 48, comma 14, trasposto nell'art. 68, comma 20, del d.lgs. n. 36 del 2023, ha introdotto una distinzione chiave tra: reti "semplici", assimilabili ai raggruppamenti temporanei di imprese (RTI); reti "strutturate", dotate di fondo patrimoniale e organi propri, assimilabili ai consorzi stabili.

Per le reti di impresa che intendono acquisire la soggettività giuridica, è essenziale che il contratto venga formalizzato mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata,

²⁹ CAFAGGI F. (a cura di), *Il Contratto di rete. Commentario*, Il Mulino, Bologna, 2009. Cafaggi esplora la natura del contratto di rete come strumento di collaborazione tra imprese, distinguendolo da altre forme di collaborazione come le consorziate e le joint ventures, inoltre, affronta i vantaggi del contratto di rete, come l'accesso a nuovi mercati e il miglioramento delle performance, ma anche le criticità, tra cui la gestione della governance delle reti e la necessità di bilanciare la cooperazione con la competitività.

oppure con firma digitale, come stabilito dall'art. 3, comma 4-quater, del d.l. n. 5 del 2009.

Ciò detto, occorre precisare che la dottrina ha ampiamente dibattuto sulla qualificazione del contratto di rete. In generale, esso viene ricondotto alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, come sancito dall'art. 3, comma 4-ter, lett. d), del d.l. n. 5 del 2009; ciò significa che più imprese possono unirsi per realizzare obiettivi comuni senza perdere la propria autonomia operativa.

Tra le principali caratteristiche si evidenziano: la flessibilità, atteso che le imprese partecipanti mantengono la propria autonomia giuridica pur collaborando per obiettivi comuni; la durata variabile, in quanto può essere a tempo determinato o indeterminato, a seconda delle necessità degli aderenti; un programma comune, ciò significa che ogni rete si basa su un progetto condiviso che stabilisce gli obiettivi e le modalità di collaborazione; un fondo patrimoniale, ovverosia le imprese possono istituire un fondo destinato alla gestione delle attività comuni, pur senza acquisire automaticamente soggettività giuridica, salvo che non venga effettuata l'iscrizione nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese; ed infine la possibilità di partecipare a gare pubbliche, quindi, le reti di impresa possono concorrere agli appalti, a patto che la loro organizzazione sia compatibile con le disposizioni normative³⁰.

Rispetto ai raggruppamenti temporanei di imprese (RTI), che nascono per la gestione di un singolo affare, il contratto di rete ha una prospettiva più ampia e una durata che può

³⁰ Il volume di Francesco D'Alessandro, *Le reti di impresa e la loro regolamentazione nei contratti pubblici* (2021, Giuffrè Editore), si concentra sull'analisi delle reti di impresa nel contesto delle gare d'appalto pubbliche, esplorando come queste reti siano regolate e come influenzino la partecipazione delle imprese alle procedure di appalto. D'Alessandro evidenzia come il contratto di rete possa rappresentare uno strumento vantaggioso per le imprese, poiché consente loro di partecipare a gare pubbliche che altrimenti sarebbero fuori dalla loro portata a causa di requisiti economici e tecnici troppo impegnativi. Le reti di impresa, infatti, permettono alle piccole e medie imprese di raggrupparsi per migliorare la loro competitività nelle gare. Ed invero, secondo l'autore Le reti di impresa permettono alle piccole e medie imprese (PMI) di unirsi e collaborare, superando così le difficoltà legate alle dimensioni aziendali. Questo le rende più competitive nelle gare d'appalto, in quanto possono presentarsi come un soggetto unico, potendo quindi accrescere la loro capacità di risposta a richieste tecniche ed economiche superiori rispetto a quanto potrebbero fare singolarmente; inoltre, le PMI hanno la possibilità di partecipare a gare d'appalto pubbliche che richiedono requisiti economici e tecnici superiori rispetto a quelli che le singole imprese, specie se di piccole dimensioni, potrebbero soddisfare autonomamente. L'unione in rete consente di superare i limiti dimensionale e strutturale, aumentando le possibilità di vincere l'appalto. Altresì. La collaborazione tra imprese consente la condivisione di competenze e conoscenze, con un conseguente miglioramento delle capacità tecniche e professionali di ciascun partecipante. In particolare, le PMI possono beneficiare delle competenze avanzate delle imprese più grandi o di quelle con esperienze specifiche in determinati settori, aumentando la qualità delle loro offerte.

estendersi anche su più anni, con lo scopo di favorire un percorso di crescita e innovazione continua.

5) L'AVVALIMENTO.

L'avvalimento è un istituto giuridico di derivazione europea che consente agli operatori economici di partecipare alle gare pubbliche avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, con i quali instaurano un rapporto giuridico qualificato. Si realizza così il possesso per relationem dei requisiti richiesti per la partecipazione, noto anche come qualificazione indiretta. Tale istituto rappresenta un'eccezione al principio generale della qualificazione diretta, secondo il quale i partecipanti devono dimostrare autonomamente il possesso dei requisiti.

A tal uopo, occorre precisare che l'avvalimento trae origine dall'elaborazione della Corte di Giustizia UE, che ha progressivamente ampliato il concetto di qualificazione indiretta, successivamente recepito dagli ordinamenti nazionali.

L'istituto ha trovato riconoscimento normativo nel Codice dei contratti pubblici del 2016 (D.Lgs. n. 50/2016, art. 89), mantenuto nel D.Lgs. n. 36/2023, art. 104³¹.

Una delle sentenze più significative in materia è Corte di Giustizia UE, Sez. V, 10 ottobre 2013, causa C-94/12, che ha stabilito che un operatore economico può soddisfare i requisiti richiesti per la partecipazione a una gara d'appalto facendo affidamento sulle capacità di più soggetti, purché dimostri di poter effettivamente disporre delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto.

Il tema è stato ulteriormente approfondito nella Direttiva 2014/24/UE, che ha ribadito la necessità che il prestito dei requisiti avvenga in modo effettivo e concreto, evitando che l'istituto venga utilizzato per aggirare i requisiti di qualificazione.

³¹ Giacomo Semenzato, con il proprio contributo intitolato *"Dall'istituto al contratto: l'avvalimento 'di garanzia' alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023"*, pubblicato su *Il Diritto Amministrativo* nel 2024, evidenzia come l'avvalimento di garanzia, pur non essendo esplicitamente contemplato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, possa essere ricondotto al contratto di affidamento previsto dalla direttiva europea, evidenziando l'evoluzione e l'adattamento dell'istituto nel diritto italiano. Più nel dettaglio, l'autore analizza una pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria riguardante l'avvalimento di garanzia nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici. Il Tribunale ha osservato che l'articolo 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 fornisce una definizione più restrittiva dell'avvalimento, escludendo esplicitamente l'avvalimento di garanzia. Nonostante questa esclusione, il Tribunale ha argomentato che l'avvalimento di garanzia può essere assimilato al contratto di "affidamento" disciplinato dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE. Pertanto, l'autore sottolinea l'importanza dell'approccio metodologico adottato dal Tribunale, che applica i principi giurisprudenziali sviluppati nel precedente contesto normativo all'istituto dell'affidamento previsto dalla normativa europea.

A livello nazionale, il Cons. St., Sez. III, 20 gennaio 2020, n. 2005 ha confermato che l'operatore economico può sostituire l'ausiliaria nel caso in cui quest'ultima abbia fornito dichiarazioni mendaci, garantendo così il principio del favor participationis.

L'art. 104, commi 2 e 3, D.Lgs. 36/2023 definisce l'oggetto del contratto di avvalimento, stabilendo che il contratto deve specificare le dotazioni tecniche e le risorse che consentono all'operatore economico di soddisfare i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara. In caso di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, o di appalti di servizi e forniture, il contratto deve indicare chiaramente le risorse messe a disposizione. La giurisprudenza ha chiarito che l'oggetto del contratto deve essere specifico e determinato, come affermato in Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23, che ha escluso la nullità del contratto in assenza di una precisa elencazione delle risorse, purché queste siano comunque determinabili³².

Sul profilo applicativo, non pare un fuor d'opera precisare che l'avvalimento è applicabile a tutti gli appalti pubblici, siano essi di lavori, servizi o forniture. Tuttavia, la normativa nazionale impone specifiche limitazioni per evitare fenomeni distorsivi, come la creazione di imprese "scatole vuote" prive di effettiva capacità operativa.

Nel dettaglio, la normativa di settore prevede che l'operatore economico debba allegare alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento, che può essere presentato in originale o in copia autentica. Se l'avvalimento è richiesto per ottenere un requisito di partecipazione, deve essere fornita l'attestazione SOA o altra certificazione rilasciata dall'ANAC. L'ausiliaria deve inoltre dichiarare: il possesso dei requisiti generali e speciali; l'impegno a mettere a disposizione le risorse per tutta la durata dell'appalto; l'assenza di cause di esclusione.

³² Sul punto si ricorda il contributo di Giovanni Mangialardi, intitolato "*L'avvalimento nel Nuovo Codice Appalti: Analisi e Cambiamenti del D.Lgs. 36/2023*", pubblicato su *Il Diritto Amministrativo* nel 2023, esamina le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023 riguardo all'istituto dell'avvalimento nei contratti pubblici. Mangialardi analizza l'evoluzione dell'avvalimento, focalizzandosi sull'elemento della causa del contratto alla luce delle novità normative. In precedenza, la gratuità del contratto di avvalimento comportava la sua nullità automatica. Con l'introduzione del nuovo Codice degli Appalti, la gratuità non implica più automaticamente la nullità del contratto; è necessaria un'analisi interpretativa dell'interesse dell'impresa ausiliaria, anche se non di natura esclusivamente economica. L'autore sottolinea che la presenza di una controprestazione, anche minima, può essere considerata un beneficio economico per l'impresa ausiliaria. Tuttavia, una controprestazione simbolica potrebbe essere vista come irrisoria e fittizia, rendendo il contratto sostanzialmente gratuito. Pertanto, è essenziale valutare l'aspetto sostanziale dell'operazione economica nel suo complesso. In altre parole, Mangialardi evidenzia come il nuovo Codice degli Appalti richieda una valutazione più approfondita dell'interesse economico dell'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento, superando la precedente presunzione di nullità per la gratuità del contratto.

Nel caso in cui l'impresa ausiliaria fornisca dichiarazioni mendaci, l'operatore economico può sostituirla entro un termine assegnato dalla stazione appaltante, secondo quanto sancito dalla Corte di Giustizia UE, sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20.

Le principali finalità dell'istituto sono quelle di: favorire la concorrenza e consentire un più ampio accesso alle gare e di evitare affidamenti a soggetti privi di effettiva solidità tecnico-economica, garantendo che l'impresa ausiliaria fornisca un contributo reale.

Il D.Lgs. 36/2023 distingue due tipologie di avvalimento: l'avvalimento puro, utilizzato per ottenere la qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara, in altre parole, il concorrente si avvale contemporaneamente di più imprese ausiliarie, ciascuna per il prestito di un diverso requisito. Questo tipo di avvalimento è ammesso purché i requisiti richiesti dalla stazione appaltante siano chiaramente suddivisi tra le diverse imprese ausiliarie e che queste dimostrino di poter fornire il supporto necessario. Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2018, n. 4396 ha chiarito che l'avvalimento plurimo è legittimo solo quando non si verifica un'eccessiva frammentazione delle responsabilità; e l'avvalimento premiale, che mira a migliorare il punteggio dell'offerta tramite il prestito di risorse qualificate; in altre parole, il concorrente raggiunge i requisiti richiesti dalla stazione appaltante sommando quelli propri con quelli di un'unica impresa ausiliaria. Tale modalità è consentita solo se espressamente prevista nel bando di gara. La Corte di Giustizia UE, sentenza 4 maggio 2017, causa C-387/14, ha stabilito che l'avvalimento frazionato è ammesso purché il concorrente possa dimostrare di avere un accesso concreto ed effettivo ai mezzi dell'ausiliaria.

Ai sensi dell'art. 104, comma 12, D.Lgs. 36/2023, è disposto che: *"nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione"*.

Il contratto di avvalimento è definito dall'art. 104, comma 1 come un accordo con cui un'impresa ausiliaria mette a disposizione di un operatore economico dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto.³³

³³ Maiellaro, 2024, *L'avvalimento nel Nuovo Codice Appalti: Analisi e Cambiamenti del D.Lgs. 36/2023*. L'autore chiarisce che il contratto di avvalimento deve essere utilizzato per superare le carenze dei requisiti di partecipazione di un operatore economico, ma sempre nel rispetto di principi di leale concorrenza e senza che l'avvalimento si trasformi in una "subappalto" mascherato. Maiellaro sottolinea che, sebbene l'avvalimento consenta ad un operatore economico di "affidarsi" alle risorse di un altro soggetto (solitamente con qualifiche o esperienze superiori), la responsabilità giuridica per l'esecuzione dell'appalto

Dottrina e giurisprudenza concordano nel qualificare il contratto di avvalimento come un contratto nominato e tipico, assimilabile al mandato, disciplinato dal principio dell'autonomia contrattuale ai sensi dell'art. 1322 c.c. Esso deve assumere forma scritta a pena di nullità e indicare dettagliatamente le risorse messe a disposizione.

La giurisprudenza ha chiarito che il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che vi sia un interesse economico indiretto: in particolare, il Tar Lazio, Roma, n. 14019 del 2019 ha affermato che *"la mancanza di corrispettivo non comporta automaticamente l'inefficacia del contratto, purché sia individuabile un interesse patrimoniale dell'ausiliaria"*; il Parere ANAC n. 578/2019 ha invece sostenuto la tesi opposta, ritenendo che la mancanza di compenso comporti la nullità del contratto; in ultimo, ma non per ultimo, il Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23 ha escluso la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, ove l'impegno dell'ausiliaria sia desumibile dalla lettura complessiva del contratto.

Un ulteriore aspetto di rilievo riguarda l'avvalimento nei gruppi societari.

Secondo il Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2021, n. 4841, il rapporto di holding tra capogruppo e partecipata può giustificare l'assenza di un corrispettivo, poiché l'interesse economico della capogruppo si realizza indirettamente attraverso l'aggiudicazione della commessa da parte della partecipata.

Sul profilo delle responsabilità, si precisa che l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento.

Il RUP (Responsabile Unico del Procedimento) è chiamato a verificare che l'ausiliaria fornisca realmente le risorse promesse, garantendo così che il contratto non sia un mero atto formale. Tale principio è stato ribadito in Cons. St., Sez. V, 18 marzo 2022, n. 1983, che ha stabilito l'importanza di controlli rigorosi per evitare usi distorsivi dell'istituto.

rimane solida e direttamente legata all'impresa che partecipa alla gara. Questo significa che l'impresa concorrente non si libera dei suoi obblighi contrattuali verso l'amministrazione appaltante, ma è tenuta comunque a garantire la buona esecuzione dell'appalto. Iene messo in evidenza che, in caso di inadempimento o di non corretta esecuzione, sia il partecipante alla gara che il soggetto che fornisce l'avvalimento potrebbero essere chiamati a rispondere, anche se l'impresa avvalente si limita a mettere a disposizione le proprie risorse o competenze.

6) LE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE.

L'articolo 106 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in continuità con l'articolo 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, disciplina le garanzie provvisorie richieste per la partecipazione alle procedure di gara. Questa norma rappresenta un fondamentale strumento di tutela per l'amministrazione pubblica, volto a garantire la serietà dell'offerta e a prevenire eventuali inadempimenti da parte dell'aggiudicatario.

Nello specifico, la cauzione è un'obbligazione di garanzia di fonte legale, che il concorrente è tenuto a prestare per partecipare alla gara. La giurisprudenza ha più volte ribadito che essa costituisce una misura preventiva a tutela dell'amministrazione, configurandosi come un requisito di ammissione e non come un elemento accessorio del contratto (Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2018, n. 2803).

Nella fase fisiologica del procedimento, la cauzione assolve alla funzione di attestare la serietà dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di restituirla al momento della stipula del contratto. Tuttavia, in caso di comportamento scorretto da parte dell'aggiudicatario, essa assume una funzione risarcitoria e di autotutela, consentendo all'amministrazione di incamerare l'importo a titolo di liquidazione forfettaria del danno derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto (TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 novembre 2021, n. 11789).

³⁴A differenza della cauzione, la fideiussione si basa su un rapporto trilaterale tra concorrente, ente appaltante e garante. Essa presenta peculiarità rispetto alla fideiussione ordinaria prevista dagli articoli 1936-1957 c.c., in quanto la disciplina degli appalti pubblici impone specifiche deroghe: rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; deroga al principio di accessorietà, con garanzia efficace "a prima richiesta"; impossibilità per il garante di opporre eccezioni relative all'obbligazione principale anche dopo la sua scadenza³⁵.

³⁴ Secondo una parte della dottrina (G. Greco, *Le garanzie negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2021), la cauzione dovrebbe essere considerata come un "deposito cauzionale" piuttosto che come una garanzia in senso stretto, poiché il suo escutimento da parte dell'amministrazione avviene automaticamente, senza necessità di un accertamento giudiziale.

³⁵Mastroianni, P. (2023), *La fideiussione e la cauzione nelle gare pubbliche: tra obblighi e libertà contrattuali*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, vol. 5, pp. 145-170. Mastroianni esamina come la fideiussione e la cauzione siano strumenti previsti dal legislatore per tutelare l'amministrazione appaltante da possibili inadempimenti da parte dell'aggiudicatario, garantendo la corretta esecuzione del contratto e la buona fede durante la fase di partecipazione alla gara. Viene sottolineato che la richiesta di una garanzia (sia fideiussione che cauzione) è obbligatoria per le gare pubbliche, come sancito dall'art. 106 del Codice

Questa configurazione è stata confermata dalla Corte di Cassazione (Cass. Civ., sez. III, 24 luglio 2019, n. 20053), che ha evidenziato come la fideiussione prevista nel settore degli appalti pubblici assuma i tratti di un “contratto autonomo di garanzia”, in cui il garante è tenuto al pagamento senza possibilità di opporre eccezioni.³⁶

Ad ogni modo, si precisa che la fideiussione ha una duplice funzione: nella fase fisiologica, garantisce la serietà dell’offerta e deve essere svincolata al momento della sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario, mentre, nella fase patologica, consente all’amministrazione di escutere la garanzia in modo incondizionato, senza necessità di dimostrare il danno subito (TAR Campania, Napoli, sez. I, 2 febbraio 2022, n. 739).

Tuttavia, la giurisprudenza ha recentemente posto l’attenzione sulla necessità di bilanciare la tutela dell’amministrazione con i diritti degli operatori economici. Ad esempio, il Consiglio di Stato (sez. V, 15 marzo 2021, n. 2347) ha sottolineato che il ricorso a fideiussioni con clausole vessatorie può ledere il principio di proporzionalità, imponendo alle imprese oneri eccessivi rispetto al rischio tutelato.

dei contratti pubblici, e viene vista come una misura di tutela per evitare danni all’amministrazione nel caso di inadempimento. La garanzia, infatti, non solo protegge l’ente appaltante, ma costituisce anche una condizione di accesso alle procedure di gara per gli operatori economici. Mastroianni approfondisce anche la flessibilità delle garanzie previste dal nuovo Codice, analizzando i casi in cui queste possano essere ridotte o modificate, come nel caso delle PMI, che possono beneficiare di una riduzione dell’importo della garanzia grazie a certificazioni specifiche. Inoltre, la possibilità di utilizzare garanzie telematiche e l’introduzione di modalità più moderne di verifica delle stesse vengono visti come un passo verso una maggiore digitalizzazione e semplificazione delle procedure.

³⁶ Tale interpretazione è sostenuta anche dalla dottrina (F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022), che evidenzia come il legislatore abbia voluto rafforzare la tutela dell’amministrazione pubblica attraverso strumenti di garanzia ad escussione immediata.

7) LA SELEZIONE DELLE OFFERTE: I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE.

La fase di scelta del contraente in una gara pubblica si conclude con l'aggiudicazione, ossia l'atto attraverso il quale l'amministrazione appaltante proclama il vincitore sulla base delle risultanze della procedura. Secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), la stazione appaltante deve applicare i criteri di aggiudicazione previsti nel bando in modo rigoroso e trasparente, attenendosi ai principi generali stabiliti dall'art. 107.

Una delle novità più significative del nuovo Codice è rappresentata dall'istituto dell'inversione procedimentale (art. 107, comma 3), che consente alla stazione appaltante, nelle procedure aperte, di esaminare le offerte prima di verificare l'idoneità degli offerenti. Tale procedura, che richiama l'intento di semplificazione della legge delega, può essere adottata solo se prevista dagli atti di gara e deve garantire imparzialità e trasparenza nella verifica dei requisiti di partecipazione.³⁷

L'inversione procedimentale è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6786 del 2018, ha riconosciuto la legittimità di tale prassi laddove essa sia espressamente prevista negli atti di gara, purché venga garantita la trasparenza e l'imparzialità della procedura. Inoltre, la sentenza n. 419 del 2019 ha confermato che l'inversione non deve ledere il principio della par condicio tra i partecipanti.

Un altro aspetto di rilievo riguarda l'obbligo, per l'operatore economico, di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali relativi alla salute e sicurezza sul lavoro

³⁷ Il saggio di Fabio Saitta, *"I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici"*, pubblicato il 8 giugno 2023 su Giustizia Insieme, offre un'analisi approfondita dei principi fondamentali introdotti dal D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, noto come nuovo Codice dei contratti pubblici. Saitta esamina l'evoluzione storica dei principi nel diritto dei contratti pubblici, evidenziando come, a partire dagli anni '80, il principio di libera concorrenza sia diventato un presidio dell'interesse degli operatori economici a competere in condizioni di parità, influenzando profondamente la disciplina degli appalti pubblici. L'autore analizza il ruolo dei principi nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sottolineando le sfide nel bilanciamento tra esigenze di efficienza e garanzie di correttezza e legalità. Particolare attenzione è dedicata ai tre principi cardine del nuovo Codice, quali, il principio del risultato che mira a garantire che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti avvengano con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza; il principio di fiducia che intende rafforzare la fiducia tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, incoraggiando l'iniziativa delle amministrazioni e contrastando la "burocrazia difensiva" che può generare ritardi o inefficienze, ed il principio di accesso al mercato che promuove la partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, favorendo la concorrenza e l'innovazione. Saitta conclude con una riflessione critica sull'effettivo cambiamento di paradigma introdotto dal nuovo Codice, interrogandosi sulla reale capacità di questi principi di trasformare l'approccio alla contrattualistica pubblica in Italia.

nell'offerta economica. L'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 conferma quanto già previsto nel previgente codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016, art. 95, comma 10).

La giurisprudenza ha avuto un ruolo chiave nella definizione della disciplina, evidenziando le conseguenze della mancata indicazione di tali costi. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 20 marzo 2015, n. 3, ha stabilito che l'omessa indicazione dei costi interni per la sicurezza del lavoro comporta l'esclusione automatica dell'offerta, anche in assenza di una previsione esplicita nel bando di gara. Questa interpretazione trovava fondamento nell'esigenza di garantire la congruità economica dell'appalto e la tutela della sicurezza dei lavoratori.

Tuttavia, tale automatismo è stato oggetto di ripensamento. Con la sentenza 27 giugno 2016, n. 19, l'Adunanza Plenaria ha attenuato la rigidità del precedente orientamento, affermando che l'esclusione per mancata indicazione dei costi della sicurezza non può essere automatica se il bando di gara non prevede espressamente tale obbligo.

La questione è stata sottoposta anche alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, con sentenza 2 maggio 2019, causa C-309/18, ha stabilito che il principio di certezza del diritto non osta a una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica in caso di omessa indicazione dei costi della sicurezza, purché tale regola sia chiara e accessibile agli operatori economici. Tuttavia, se il bando di gara non consente agli offerenti di indicare tali costi, deve essere garantita la possibilità di sanare l'irregolarità tramite soccorso istruttorio.

Sul punto occorre precisare che la normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro assume un ruolo centrale nelle procedure di appalto pubblico. L'art. 100 del d.lgs. n. 81/2008 prevede l'obbligo, per il datore di lavoro, di predisporre il Documento di Valutazione dei Rischi (DVR), fondamentale per garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.³⁸ Nello specifico, i costi della sicurezza si distinguono in due categorie:

³⁸Lesto (2017), *La sicurezza negli appalti pubblici: dalla delineazione di un nucleo minimo di tutela alla previsione di un regime agevolativo e premiante* editore ItaliAppalti, Roma. L'autore esplora la nozione di "nucleo minimo di tutela", cioè gli obblighi di sicurezza fondamentali che devono essere garantiti in tutti i contratti di appalto, con particolare attenzione alla figura del datore di lavoro e alle sue responsabilità. L'autore, altresì, analizza come l'ordinamento prevede incentivi per le imprese che adottano misure di sicurezza avanzate, come il rilascio di certificazioni o premi per le aziende che dimostrano di rispettare elevati standard di tutela. Si sottolineano gli obblighi previsti dalla normativa, inclusi quelli derivanti dal Decreto Legislativo n. 81/2008, in particolare per quanto riguarda la predisposizione di documenti come il DVR (Documento di Valutazione dei Rischi) e il DUVRI (Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenti), necessari per gestire i rischi nei contratti di appalto). L'autore, analizzando ciò che attiene alla sicurezza nel processo di aggiudicazione e nella gestione dei contratti pubblici, afferma che il rispetto delle normative di sicurezza può influire sull'affidamento degli appalti e sulla competitività delle imprese. Lesto

costi della sicurezza aziendale ovverosia quei costi che si riferiscono alle misure generali di prevenzione e protezione adottate dal datore di lavoro per garantire un ambiente di lavoro sicuro (tali costi includono formazione, dispositivi di protezione individuale (DPI) e misure di emergenza) e costi della sicurezza da interferenze, previsti dall'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, relativi ai rischi derivanti dall'interazione tra le attività svolte da diversi operatori all'interno dello stesso contesto lavorativo.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la mancata indicazione dei costi della sicurezza comporta gravi conseguenze per l'operatore economico. La sentenza del Cons. Stato, sez. V, n. 4990 del 2018, ha ribadito che l'omissione di tali costi in sede di offerta economica rende l'offerta stessa inammissibile, con conseguente esclusione dalla gara.

Inoltre, il TAR Lazio, con sentenza n. 3004 del 2020, ha chiarito che la stazione appaltante è tenuta a verificare la congruità di tali costi, non solo in fase di valutazione dell'offerta, ma anche nella fase esecutiva del contratto. Un'errata o insufficiente quantificazione dei costi della sicurezza può condurre alla risoluzione del contratto per inadempimento.

Con riferimento ai criteri di aggiudicazione, il nuovo Codice ribadisce quelli già previsti nel d.lgs. n. 50/2016: il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il legislatore favorisce chiaramente quest'ultimo criterio, in quanto consente una valutazione più articolata dell'offerta, non limitandosi al solo ribasso economico ma includendo aspetti qualitativi, tempi di esecuzione e servizi aggiuntivi.

Particolare attenzione è riservata agli appalti ad alta intensità di manodopera (art. 108 del d.lgs. n. 36/2023), per i quali è obbligatoria l'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Questo principio è stato sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 21 maggio 2019, n. 8, che ha chiarito come, anche in

discute in modo critico le sfide che i datori di lavoro devono affrontare nell'implementazione delle misure di sicurezza, mettendo in luce anche le problematiche applicative, come la difficoltà di garantire un monitoraggio adeguato e costante rispetto alle normative. Nello specifico, con riferimento alla predisposizione del Documento di Valutazione dei Rischi (DVR) e del Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenti (DUVRI), l'autore ribadisce che, secondo il D.Lgs. n. 81/2008, il DVR è un obbligo fondamentale per ogni datore di lavoro e deve essere redatto per ogni luogo di lavoro, inclusi i cantieri pubblici. In particolare, il DVR serve a identificare, valutare e gestire i rischi che i lavoratori potrebbero correre nell'espletamento delle loro attività lavorative. Il documento deve essere aggiornato regolarmente e può essere utilizzato come strumento per monitorare l'andamento della sicurezza nei cantieri, per formare i lavoratori e per pianificare gli interventi di prevenzione e protezione. L'autore precisa che nel contesto degli appalti pubblici, il DVR assume una rilevanza particolare. Infatti, quando vengono affidati lavori a ditte esterne, il DVR deve tener conto delle caratteristiche specifiche del cantiere e delle operazioni che vi si svolgeranno. Il datore di lavoro dell'impresa appaltatrice è tenuto a predisporre un proprio DVR, ma deve anche interagire con quello dell'appaltante per integrare e coordinare le misure di sicurezza.

presenza di appalti standardizzati, debba prevalere la tutela della qualità del servizio e della stabilità occupazionale.

Un aspetto cruciale nella disciplina degli appalti pubblici riguarda le clausole sociali³⁹, introdotte per garantire la continuità occupazionale dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche. L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva l'inserimento nei bandi di specifiche clausole volte a favorire il riassorbimento del personale dell'appaltatore uscente.

La giurisprudenza ha chiarito che tali clausole devono essere interpretate nel rispetto della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. e non possono tradursi in un obbligo indiscriminato di riassunzione (Cons. Stato, n. 1265/2019). Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4130/2018, ha precisato che il riassorbimento del personale deve essere compatibile con le esigenze organizzative dell'impresa subentrante, evitando di introdurre distorsioni nel mercato.

³⁹ Razzolini, M. (a cura di). (2024). *Appalti pubblici e tutela del lavoro. Il public procurement come strumento di costruzione sociale del mercato*. RGL, Milano. L'autore affronta il tema delle clausole sociali nel contesto degli appalti pubblici, analizzando il loro ruolo nella promozione di condizioni di lavoro dignitose e nella prevenzione del dumping sociale. In particolare, Razzolini esamina la proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato, sottolineando come essa rappresenti un passo significativo nella politica sociale dell'Unione Europea, pur non introducendo innovazioni sostanziali nel panorama italiano. La proposta mira a contrastare il dumping sociale e la "povertà lavorativa" all'interno della comunità, enfatizzando l'importanza di garantire salari adeguati attraverso la contrattazione collettiva. Tuttavia, la proposta non stabilisce un salario minimo legale, lasciando spazio a soluzioni nazionali basate sulla contrattazione collettiva. Razzolini discute anche le implicazioni delle clausole sociali negli appalti pubblici, evidenziando la necessità di bilanciare la tutela dei diritti dei lavoratori con le esigenze di concorrenza nel mercato unico europeo. L'autrice sottolinea che le clausole sociali possono essere uno strumento efficace per promuovere condizioni di lavoro dignitose e prevenire il dumping sociale, ma è essenziale che siano applicate in modo coerente con le normative europee e nazionali.

8) LE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE.

Nel contesto degli appalti pubblici, la questione delle offerte anomale assume un ruolo centrale nella tutela della concorrenza e nella garanzia di una corretta esecuzione dei contratti. Un'offerta che appare eccessivamente bassa rispetto al valore della prestazione richiesta solleva legittimi dubbi sulla sostenibilità economica dell'operatore e sulla qualità del servizio o della fornitura⁴⁰.

La giurisprudenza ha costantemente affermato che la verifica dell'anomalia deve essere condotta considerando l'intero impianto dell'offerta, senza isolare singoli elementi (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 123; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2021, n. 2752). In tal modo, si evitano esclusioni arbitrarie e si garantisce una valutazione più equilibrata.

Per scongiurare affidamenti a offerte insostenibili, il legislatore ha previsto un iter articolato di verifica, delineato nell'art. 110 del D.Lgs. 36/2023.

Tale procedura si compone di quattro fasi essenziali:

- Individuazione delle offerte sospette, basata sui criteri stabiliti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 457);
- Richiesta di giustificazioni da parte della stazione appaltante, che invita l'operatore economico a dimostrare la sostenibilità della propria offerta (TAR Lazio, sez. II, 15 luglio 2021, n. 8563);

⁴⁰ ACCAPIETRA, Francesco (2025). *Offerte anormalmente basse: l'articolo 110 del nuovo Codice Appalti*. Biblus Acca. Secondo l'autore, le stazioni appaltanti devono valutare la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta che appaia anormalmente bassa, basandosi su elementi specifici definiti nel bando o nell'avviso di gara. Tale valutazione deve includere i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. A differenza del precedente Codice Appalti (D.Lgs. 50/2016), non sono previste soglie predeterminate per individuare l'anomalia, lasciando alle stazioni appaltanti la discrezionalità di stabilire, in via preventiva, i fattori specifici utili a rilevare eventuali anomalie, escludendo però l'uso di criteri discriminatori. Si prevede che le stazioni appaltanti possano ricorrere a metodi matematici che garantiscano imparzialità. L'esclusione di un operatore economico non potrà essere automatica e dovrà seguire un processo di contraddittorio, in linea con il diritto europeo. In caso di offerta anormalmente bassa, le stazioni appaltanti devono richiedere spiegazioni all'operatore economico sul prezzo o sui costi proposti, assegnando un termine non superiore a 15 giorni per rispondere. Le spiegazioni possono riguardare vari aspetti, come l'economia del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, né in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente. La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro. Inoltre, l'offerta può essere esclusa se non rispetta gli obblighi legati al subappalto, se gli oneri aziendali della sicurezza sono incongrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture, o se il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle.

- Analisi delle giustificazioni sotto il profilo economico, tecnico e organizzativo (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2022, n. 1262);
- Decisione finale, che può confermare la congruità dell'offerta o disporre l'esclusione con un'adeguata motivazione (TAR Campania, Napoli, sez. III, 20 ottobre 2022, n. 6418).

Ad ogni modo, l'esclusione di un'offerta per anomalia è un atto che deve essere sorretto da una motivazione chiara e dettagliata, in grado di spiegare in maniera comprensibile perché le giustificazioni fornite dall'operatore economico non siano ritenute adeguate. Secondo la giurisprudenza, la stazione appaltante non può limitarsi a una valutazione generica, ma deve esporre nel dettaglio: le incongruenze riscontrate nelle giustificazioni fornite (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2022, n. 9753); le ragioni per cui le spiegazioni non appaiono credibili o sostenibili nel contesto del mercato di riferimento (TAR Lazio, sez. II, 27 maggio 2023, n. 4056); l'eventuale incidenza sulla qualità del servizio o della fornitura, con specifico riferimento agli obblighi contrattuali (Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2023, n. 2756)⁴¹.

⁴¹ *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice D.Lgs. 36/2023*. G. Perulli (2023). Giappichelli. Torino. L'autore sostiene che l'esclusione di un'offerta per anomalia viene giustificata dal bisogno di garantire la concorrenza e la correttezza delle procedure di gara. Il codice attuale ha previsto una serie di misure per gestire e verificare la congruità delle offerte, specialmente in presenza di ribassi significativi rispetto alla base d'asta. Nel manuale, l'autore approfondisce concetti quali la soglia di anomalia, precisando che il nuovo codice stabilisce che, qualora l'offerta superi un determinato valore di ribasso rispetto alla base d'asta (soglia di anomalia), essa deve essere sottoposta a un processo di verifica, che può portare all'esclusione automatica o all'invito a giustificare il ribasso; il processo di verifica delle offerte anomale, precisando che lo stesso non è automatico. La stazione appaltante ha la possibilità di effettuare una verifica dei motivi che giustificano l'offerta economica bassa. Se l'impresa non riesce a giustificare validamente l'anomalia dell'offerta, essa può essere esclusa; l'autore analizza le differenze tra l'esclusione automatica in alcune situazioni e la possibilità, per le amministrazioni, di decidere facoltativamente di escludere un'offerta per anomalie che potrebbero compromettere l'esito della gara. Infine, l'autore chiarisce l'importanza di rispettare scrupolosamente le disposizioni procedurali previste per evitare che l'esclusione di un'offerta anomala venga contestata in fase di ricorso. La mancanza di giustificazioni adeguate da parte dell'offerente può portare a una verifica più approfondita, e, in alcuni casi, alla perdita del diritto di partecipare. Nello specifico l'autore precisa che il nuovo codice impone che l'esclusione di un'offerta per anomalia non possa essere decisa in modo arbitrario, ma deve essere sempre accompagnata da una motivazione adeguata. La motivazione deve riflettere in modo preciso le ragioni per cui si considera l'offerta anomala, tenendo conto delle circostanze specifiche della gara.

La motivazione deve evidenziare in dettaglio le ragioni per cui si ritiene che l'offerta sia anomala. Non basta un riferimento generico a un ribasso troppo elevato rispetto alla base d'asta. La stazione appaltante deve spiegare perché quel determinato ribasso non è ritenuto congruo, basandosi su analisi oggettive (ad esempio, il confronto con le offerte medie, le caratteristiche del mercato o la natura dell'appalto). Quando l'offerta è ritenuta anomala, il concorrente ha la possibilità di giustificare il proprio ribasso attraverso la documentazione o le spiegazioni richieste. La stazione appaltante deve dare tempo e spazio per queste giustificazioni, ma, qualora non siano convincenti, la motivazione dell'esclusione deve chiarire perché la giustificazione è insufficiente o non adeguata.

Dunque, l'amministrazione deve dimostrare, con adeguato supporto istruttorio, che l'offerta non è economicamente sostenibile o che le condizioni proposte dall'operatore non consentono un'esecuzione regolare del contratto.

Qualsiasi provvedimento di esclusione che non sia adeguatamente motivato può essere annullato dal giudice amministrativo per carenza di istruttoria o difetto di motivazione.

Diversamente dal provvedimento di esclusione, quello con cui la stazione appaltante giudica affidabile l'offerta non richiede una motivazione particolarmente articolata.

La giurisprudenza ritiene sufficiente che l'amministrazione esponga il riferimento alle giustificazioni presentate dall'operatore economico e le ragioni per cui esse sono state ritenute attendibili (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2023, n. 1342) ed un richiamo sintetico agli elementi di sostenibilità economica e finanziaria dell'offerta, purché coerente con le valutazioni effettuate (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 30 marzo 2023, n. 2347).

Tuttavia, in casi di particolare complessità – come offerte che prevedano soluzioni tecnologiche avanzate o strategie di ottimizzazione dei costi innovative – la stazione appaltante è tenuta a motivare in modo più approfondito le ragioni della propria decisione. In tali ipotesi, il provvedimento deve fornire indicazioni chiare in ordine alle verifiche compiute per accertare la compatibilità dell'offerta con le normali condizioni di mercato ed in ordine alle garanzie di affidabilità offerte dall'operatore, anche in relazione alla sua esperienza e capacità organizzativa (Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2022, n. 9987).

Per alcune offerte particolarmente anomale, l'esclusione può avvenire automaticamente senza necessità di una valutazione ulteriore. Tuttavia, anche in questi casi, la motivazione deve essere chiara e deve specificare i parametri che giustificano l'automatismo (ad esempio, il superamento di una soglia di ribasso determinata a priori dalla stazione appaltante). L'autore sottolinea che una motivazione debole o incompleta può dar luogo a ricorsi da parte degli esclusi. La giurisprudenza recente ha mostrato che la mancanza di una motivazione adeguata sull'esclusione può portare a sentenze favorevoli agli offerenti esclusi, che potrebbero far annullare la decisione. Pertanto, una motivazione ben argomentata e basata su fatti concreti è essenziale per evitare risarcimenti o l'annullamento della gara. Infine, Perulli sottolinea che la motivazione dell'esclusione non è solo un atto amministrativo, ma rappresenta un strumento di tutela della concorrenza. Una giustificazione chiara e precisa aiuta a evitare il favoritismo e a garantire che tutte le offerte vengano trattate in modo equo.

CAPITOLO 4
L'AGGIUDICAZIONE E LA STIPULA DEL CONTRATTO

1) L'AGGIUDICAZIONE: NATURA GIURIDICA E RILIEVO DELLO JUS SUPERVENIENS.

L'aggiudicazione rappresenta l'atto conclusivo della fase di scelta del contraente nelle procedure di evidenza pubblica. In parole semplici, è il punto di arrivo di un percorso che determina chi sarà l'interlocutore della pubblica amministrazione per l'affidamento di un contratto. Questo istituto non trova applicazione nella trattativa privata e si configura come un provvedimento amministrativo che sancisce formalmente il vincitore della gara¹. L'aggiudicazione costituisce il momento in cui la pubblica amministrazione, dopo aver esaminato le offerte e valutato i candidati secondo criteri prestabiliti, individua l'operatore economico ritenuto più idoneo a ricevere l'affidamento del contratto. È un passaggio fondamentale nelle procedure di evidenza pubblica, poiché determina ufficialmente l'esito della selezione e attribuisce una posizione di vantaggio al soggetto aggiudicatario. Tuttavia, questa fase non implica automaticamente la conclusione del contratto, bensì rappresenta una condizione necessaria affinché si possa procedere alla stipula effettiva tra le parti coinvolte.

La questione della natura giuridica dell'aggiudicazione ha generato un acceso dibattito dottrinale. Secondo un'impostazione tradizionale, si tratta di un atto meramente provvedimentale, in quanto la pubblica amministrazione si limita a individuare l'operatore economico con cui concluderà successivamente il contratto, senza che tale scelta implichi una manifestazione di volontà negoziale.

Questa concezione si basa sull'idea che l'aggiudicazione sia un atto unilaterale di carattere pubblicistico, privo di effetti vincolanti sul piano negoziale. La pubblica amministrazione, quindi, esercita un potere discrezionale nella scelta del contraente, ma non assume ancora obblighi contrattuali nei confronti dell'operatore selezionato. Questo orientamento, recepito dalla giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2019, n. 369; Cass. civ., sez. I, 24 aprile 2018, n. 9986; Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2021, n. 6402; Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2022, n. 8821; Cass. civ., sez. un., 5 dicembre

¹ Roberto Garofoli e Giulia Ferrari *“Il Manuale dei contratti pubblici con Formulario del Processo”*, Neldiritto Editore, 2024, Roma. Gli autori offrono un'analisi approfondita della disciplina introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici e dei relativi allegati. Non si limita a evidenziare le novità normative, ma le confronta con la disciplina precedente, delineando le possibili implicazioni pratiche.

2022, n. 36456), trova il proprio fondamento nella netta distinzione tra la fase pubblicistica della selezione e quella privatistica della stipula contrattuale².

Tuttavia, una diversa impostazione dottrinale sostiene che l'aggiudicazione possieda una duplice natura, sia amministrativa che negoziale, in quanto, oltre a concludere la procedura di evidenza pubblica, formalizza la volontà dell'amministrazione di stipulare il contratto con l'operatore selezionato.

Questa seconda visione si fonda sul presupposto che l'aggiudicazione non sia un atto meramente ricognitivo, ma piuttosto un atto che incide direttamente sulla formazione del rapporto contrattuale. In quest'ottica, l'aggiudicazione assumerebbe il valore di una proposta contrattuale qualificata, che vincola l'amministrazione alla stipula, salvo il verificarsi di cause ostative previste dalla legge. Di conseguenza, il soggetto aggiudicatario non sarebbe solo il destinatario di una scelta amministrativa, ma anche il titolare di un diritto alla stipula del contratto, a meno che non intervengano motivi di revoca o annullamento dell'aggiudicazione stessa³.

² Tale visione è sostenuta da autorevoli studiosi, tra cui: F. Caringella, nel volume *"Manuale di diritto amministrativo"*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2019, p. 1123, analizza la natura giuridica dell'aggiudicazione, sostenendo la tesi pubblicistica e ribadendo la necessità di una netta separazione tra procedimento amministrativo e contratto; P. Garofoli *Manuale di diritto amministrativo*, NelDiritto Editore, Torino, 2021, p. 735. L'autore sottolinea la distinzione tra la fase pubblicistica dell'aggiudicazione e quella privatistica della stipula del contratto, evidenziando la natura autoritativa del primo momento; R. Giovagnoli, in *"I contratti pubblici: disciplina, giurisprudenza, profili europei"*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, p. 256, esamina la fase dell'aggiudicazione evidenziando la sua natura provvedimentale e la distinzione rispetto alla successiva fase negoziale; M. Immordino e G. Cavallaro, nel contributo *"I contratti della pubblica amministrazione"*, in SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 409, approfondiscono la separazione tra le due fasi, evidenziando come l'aggiudicazione non costituisca accettazione dell'offerta, ma solo l'individuazione del futuro contraente; G. Miele *Il procedimento di evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 218. L'autore analizza dettagliatamente il carattere provvedimentale dell'aggiudicazione, evidenziando come essa rappresenti l'atto finale di un procedimento amministrativo volto alla selezione del contraente.

³ Fidone, Gianfrancesco; Gambuto, Simone; Mele, Giuseppe. *Appalti pubblici e concorrenza*. Progetto Concorrenza di Confindustria, Roma, 2004. Gli autori esaminano le procedure di evidenza pubblica, sostenendo che l'aggiudicazione abbia una duplice natura, sia amministrativa che negoziale, in quanto atto con cui l'amministrazione seleziona il contraente e manifesta la volontà di stipulare il contratto. Garofoli, Roberto. *Manuale di diritto amministrativo*. NelDiritto Editore, Roma, 2021. Garofoli approfondisce la duplice natura dell'aggiudicazione, evidenziando come essa assuma sia una valenza provvedimentale, in quanto atto conclusivo della procedura di gara, sia una valenza negoziale, poiché esprime la volontà dell'amministrazione di stipulare il contratto alle condizioni offerte dall'aggiudicatario. Modaffari, Domenico. *Le procedure di affidamento e i controlli nel Codice degli Appalti pubblici*. Exeo Edizioni, 2012. Modaffari analizza le procedure di affidamento nel Codice degli Appalti, sostenendo che l'aggiudicazione abbia una natura negoziale, poiché rappresenta l'atto con cui l'amministrazione manifesta la volontà di concludere il contratto con l'operatore economico selezionato. Tomassetti, Alessandro. *La nuova disciplina dell'appalto pubblico dopo il correttivo: profili di interesse notarile*. Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2017. Nel suo studio, Tomassetti esamina le modifiche introdotte dal decreto correttivo al Codice degli appalti, soffermandosi sulla natura dell'aggiudicazione e riconoscendole una funzione negoziale, in quanto atto con cui l'amministrazione manifesta la volontà di stipulare il contratto con l'operatore economico selezionato.

In altre parole, il dibattito giuridico sull'aggiudicazione si articola attorno a due principali filoni interpretativi: il primo, che la considera un atto esclusivamente amministrativo e privo di effetti contrattuali immediati; il secondo, che le attribuisce una valenza anche negoziale, legando l'amministrazione a un impegno di natura sostanziale nei confronti dell'aggiudicatario. Questa dicotomia ha importanti conseguenze pratiche, soprattutto in termini di tutela giuridica degli operatori economici coinvolti nelle procedure di evidenza pubblica.

L'evoluzione normativa in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici ha portato nel tempo a una maggiore chiarezza interpretativa, eliminando dubbi e ambiguità sulla natura giuridica dell'aggiudicazione stessa. In particolare, il decreto legislativo n. 50 del 2016, all'articolo 32, comma 6, stabiliva con chiarezza che l'aggiudicazione definitiva non equivale all'accettazione dell'offerta, precisando che essa non genera automaticamente la stipula del contratto. Questa impostazione ha rappresentato una svolta rispetto alla tradizione normativa e giurisprudenziale precedente, che in alcuni casi aveva lasciato margini di incertezza interpretativa.

Successivamente, questa concezione è stata ulteriormente confermata e rafforzata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto con il decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale, all'articolo 17, comma 6, ribadisce che l'aggiudicazione ha l'unico effetto di rendere irrevocabile la proposta fino alla scadenza del termine fissato per la stipula del contratto. Questo principio segna una definitiva cristallizzazione del superamento della precedente dottrina, secondo cui l'aggiudicazione equivaleva automaticamente alla conclusione del contratto.

Il legislatore, infatti, ha deciso di superare in modo definitivo il principio tradizionale secondo cui "aggiudicazione vale contratto". Tale principio affondava le sue radici nell'articolo 16, comma 4, della legge di contabilità di Stato (regio decreto n. 2440 del 1923), normativa che per decenni aveva disciplinato la materia degli appalti pubblici, lasciando spazio a una concezione per cui l'aggiudicazione generava effetti contrattuali immediati. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, con il tempo, ha progressivamente disapplicato tale principio, consolidando un orientamento che distingue nettamente tra aggiudicazione e stipula contrattuale.

In questo senso, importanti pronunce giurisprudenziali hanno contribuito a sancire questa distinzione in modo inequivocabile. Tra le più rilevanti, si annovera la decisione

dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 settembre 2018, n. 12, la quale ha affermato in modo chiaro che l'aggiudicazione non comporta la nascita immediata di un vincolo contrattuale, bensì costituisce solo un atto prodromico alla successiva stipula. Analogamente, la giurisprudenza successiva ha confermato tale orientamento: si possono citare, tra le altre, la sentenza della Sezione IV del Consiglio di Stato del 5 giugno 2020, n. 3642, e la sentenza della Sezione V del 14 aprile 2021, n. 2993.

Un aspetto cruciale nell'ambito delle procedure di gara è rappresentato dall'incidenza dello *jus superveniens* nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. La giurisprudenza ha chiarito che le norme sopravvenute possono trovare applicazione ai procedimenti amministrativi in corso, ma soltanto a condizione che il procedimento stesso non abbia raggiunto una fase tale da escludere l'applicabilità delle nuove disposizioni. Questo principio è stato ribadito in numerose pronunce giurisprudenziali, che hanno sancito la possibilità di applicazione dello *jus superveniens* nei limiti in cui non si comprometta la certezza del diritto e la stabilità dell'azione amministrativa (Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8812; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2022, n. 1234; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2021, n. 5174; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7391). Tuttavia, una volta conclusa la fase pubblicistica di selezione del contraente, individuata nell'aggiudicazione, eventuali modifiche normative sopraggiunte non possono incidere su quanto già stabilito, salvo che l'amministrazione decida di esercitare i propri poteri di autotutela. In tal caso, un riesame della situazione potrebbe portare all'applicazione delle nuove norme, ma sempre nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento del contraente (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2021, n. 18; Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6708; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2022, n. 1597).

L'obiettivo di questa regola è garantire la stabilità e la certezza delle procedure di gara, evitando che continui cambiamenti legislativi possano determinare situazioni di stallo o incertezza operativa. La prevedibilità delle norme è un elemento fondamentale per il buon funzionamento del sistema degli appalti pubblici, poiché consente agli operatori economici di agire con consapevolezza e di pianificare le proprie attività senza il rischio di dover fronteggiare mutamenti normativi inattesi. Un'applicazione indiscriminata delle nuove norme ai procedimenti in corso potrebbe, infatti, comportare conseguenze pregiudizievoli, quali il rallentamento delle procedure, il contenzioso tra amministrazione e operatori economici, e un generale aumento dell'incertezza giuridica. Per questo

motivo, la giurisprudenza ha individuato una linea di equilibrio, secondo cui le norme sopravvenute possono applicarsi nei procedimenti amministrativi in corso solo quando non si siano consolidati diritti o posizioni giuridiche tali da rendere inammissibile la loro applicazione retroattiva.

Riguardo all'efficacia dell'aggiudicazione, l'art. 17, comma 5, del nuovo Codice dei contratti pubblici stabilisce in modo chiaro ed inequivocabile che essa è immediatamente efficace⁴. Ciò significa che, dal momento dell'aggiudicazione, iniziano a decorrere i termini previsti per la stipula del contratto, come stabilito dall'art. 18, comma 2, del medesimo Codice. Tale previsione giuridica si pone come un rafforzamento della netta separazione tra la fase della scelta del contraente e quella della stipula contrattuale, evidenziando in modo incontrovertibile la distinzione tra la dimensione pubblicistica della gara e quella privatistica dell'esecuzione del contratto. Questa distinzione è fondamentale per garantire un assetto normativo chiaro e lineare, evitando possibili sovrapposizioni tra le due fasi e assicurando che l'aggiudicazione non venga impropriamente interpretata come un atto che comporti obblighi immediati per le parti coinvolte.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha contribuito a rendere sempre più definita l'interpretazione dell'aggiudicazione, qualificandola senza ambiguità come un atto amministrativo privo di effetti negoziali immediati. L'aggiudicazione rappresenta essenzialmente la conclusione della fase di selezione del contraente, che precede, ma non sostituisce, la successiva stipula contrattuale. Solamente con la sottoscrizione del contratto si genera un vincolo giuridico tra l'amministrazione e l'operatore economico, vincolo che assume carattere obbligatorio e produce effetti concreti in termini di diritti e doveri reciproci. Questa impostazione, consolidata dalla giurisprudenza e confermata dalla normativa vigente, svolge un ruolo essenziale nel garantire trasparenza, certezza e affidabilità nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica.

Un quadro normativo chiaro, infatti, riduce la possibilità di interpretazioni discordanti e previene eventuali conflitti giuridici, favorendo una gestione più efficiente degli appalti

⁴ Particolarmente interessanti sul punto, sono gli interventi dottrinali dei seguenti autori: Bacot, Dietmar. *"L'aggiudicazione tra 'vecchio' e 'nuovo' Codice."* TUTTOGARE, 2024. Caringella, Francesco. *"Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?"* Giustizia Amministrativa, 2023. Bertelli, Antonio; Gallo, Luciano; Panconi, Maria Cristina. *"I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici."* Giustizia Insieme, 2023. Maiellaro, Giuseppe Fabrizio. *"Verso il Correttivo del Codice dei contratti pubblici: riflessioni e prospettive sulla imminente riforma."* Appalti & Contratti, 2024.

pubblici. La distinzione tra aggiudicazione e stipula è essenziale per assicurare che il processo di affidamento sia regolato da norme certe e prevedibili, rafforzando la competitività e l'efficacia della pubblica amministrazione. L'obiettivo di questa disciplina è duplice: da un lato, tutelare gli operatori economici da possibili incertezze interpretative che potrebbero compromettere la loro partecipazione alle gare; dall'altro, garantire che l'azione amministrativa si svolga in modo lineare e conforme ai principi di trasparenza e correttezza.

L'orientamento giurisprudenziale più recente ha ulteriormente confermato questa impostazione, consolidando il principio secondo cui l'aggiudicazione definitiva, pur avendo una sua rilevanza procedurale all'interno della fase selettiva, non determina automaticamente la nascita di obblighi contrattuali tra le parti. In tal modo si evitano incertezze normative che potrebbero incidere negativamente sia sugli operatori economici sia sulla stessa pubblica amministrazione, che altrimenti potrebbe trovarsi esposta a contestazioni giuridiche e difficoltà operative. Il Consiglio di Stato, nella sentenza della Sezione V del 14 aprile 2023, n. 3472, e la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella pronuncia del 18 luglio 2023, n. 19431, hanno ribadito con chiarezza questi principi, confermando che l'aggiudicazione non equivale alla conclusione di un contratto, bensì rappresenta esclusivamente un passaggio intermedio e necessario per giungere alla successiva stipula.

In altre parole, il quadro normativo attuale garantisce un assetto giuridico che favorisce la stabilità e la chiarezza delle procedure di gara, assicurando che l'aggiudicazione non sia interpretata in modo distorto come un atto immediatamente vincolante per l'amministrazione e l'operatore economico. La separazione tra la fase pubblicistica della selezione e quella privatistica della contrattualizzazione rappresenta una garanzia per tutti i soggetti coinvolti nel processo, evitando fraintendimenti e contenziosi, e contribuendo a una maggiore efficienza e affidabilità del sistema degli appalti pubblici.

2) LA PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE E I CONTROLLI SULLA STESSA, LA RILEVANZA GIURIDICA DELL'APPROVAZIONE.

Fino all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016), la fase dell'aggiudicazione degli appalti pubblici si articolava in due momenti distinti: l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva. Questa distinzione ha dato origine a numerose questioni interpretative, tra cui il rapporto tra i due atti, la loro natura giuridica, la possibilità di impugnazione immediata dell'aggiudicazione provvisoria e la tutela dell'affidamento del concorrente incolpevole. L'aggiudicazione provvisoria rappresentava una fase intermedia del procedimento di gara, con funzione dichiarativa del soggetto provvisoriamente individuato come vincitore, ma senza che tale atto avesse carattere definitivo o vincolante per l'amministrazione. Solo con l'aggiudicazione definitiva si perfezionava il procedimento e il contratto poteva essere stipulato, rendendo effettivi i diritti e gli obblighi delle parti. Questa distinzione ha portato a numerose controversie giuridiche, poiché spesso i concorrenti esclusi o gli operatori economici coinvolti nella gara si trovavano nella difficoltà di comprendere i margini di tutela giurisdizionale rispetto ai due momenti.

Uno dei principali aspetti problematici riguardava la possibilità di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria. Inizialmente, la giurisprudenza ha oscillato tra la tesi che considerava tale atto immediatamente impugnabile, poiché idoneo a incidere sulle posizioni giuridiche degli altri concorrenti, e la tesi che riteneva necessaria l'attesa dell'aggiudicazione definitiva per proporre un ricorso. Questa incertezza ha comportato un elevato numero di contenziosi e ha reso necessaria una riflessione sulla portata giuridica dell'aggiudicazione provvisoria.

Inoltre, si è posta la questione della tutela dell'affidamento del concorrente incolpevole. In alcuni casi, l'aggiudicatario provvisorio confidava nella stabilità della propria posizione e procedeva a pianificare investimenti e risorse per l'esecuzione dell'appalto, salvo poi vedersi revocare l'aggiudicazione per effetto della verifica successiva da parte della stazione appaltante. Questo fenomeno ha sollevato interrogativi sul bilanciamento tra l'interesse pubblico alla corretta individuazione del contraente e la tutela dell'affidamento legittimo del privato, specialmente quando la revoca

dell'aggiudicazione provvisoria dipendeva da ragioni non imputabili al concorrente stesso⁵.

Più nel dettaglio, l'aggiudicazione provvisoria, prima del 2016, costituiva una mera dichiarazione di individuazione del miglior offerente, adottata all'esito della valutazione delle offerte da parte della commissione di gara. Si trattava, quindi, di un atto che non aveva effetti definitivi e che non conferiva all'operatore economico individuato un diritto consolidato all'aggiudicazione dell'appalto. Viceversa, l'aggiudicazione definitiva interveniva solo a seguito dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente della stazione appaltante. Tale approvazione avveniva previo espletamento dei necessari controlli di legittimità e regolarità, garantendo così un ulteriore livello di verifica dell'operato della commissione giudicatrice. La distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva era quindi ben marcata, come confermato dalla giurisprudenza, che ha costantemente ribadito l'autonomia dell'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria. In particolare, si escludeva che l'aggiudicazione provvisoria avesse una natura meramente confermativa o esecutiva dell'aggiudicazione definitiva, evidenziando piuttosto il carattere preliminare e interlocutorio della prima.

Da tale impostazione derivavano importanti conseguenze giuridiche. Tra queste, si annoverava la possibilità di impugnare l'aggiudicazione definitiva anche senza aver previamente contestato l'aggiudicazione provvisoria. Inoltre, sussisteva l'obbligo di impugnare autonomamente l'aggiudicazione definitiva, anche nel caso in cui l'aggiudicazione provvisoria fosse già stata oggetto di contestazione. Ciò significava che un'impresa concorrente che avesse ritenuto illegittima l'aggiudicazione provvisoria non poteva limitarsi a contestare solo tale atto, ma doveva necessariamente impugnare anche l'aggiudicazione definitiva per evitare l'improcedibilità del proprio ricorso. Tale principio è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza, come nel caso della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36.

Per quanto riguardava l'aggiudicazione provvisoria, essa era qualificata come un atto endoprocedimentale, ovvero un atto interno alla procedura di gara, privo di autonoma efficacia esterna e quindi non idoneo a produrre effetti definitivi nei confronti dei terzi.

⁵ Sul punto, sono particolarmente interessanti gli interventi dei seguenti autori: R. Garofoli, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Nel Diritto Editore, Roma, 2021; G. Greco, *I contratti pubblici dopo il d.lgs. 50/2016*, Giappichelli, Torino, 2017; M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Cedam, Padova, 2018.

In virtù di tale qualificazione, il suo annullamento d'ufficio da parte della stazione appaltante non richiedeva la previa comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990. Anche su questo punto si è pronunciata la giurisprudenza, confermando che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria poteva avvenire senza necessità di preventiva comunicazione agli interessati (Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 161).

Uno degli aspetti più discussi in dottrina e giurisprudenza riguardava la possibilità di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria. Su questo punto vi erano orientamenti differenti. Alcuni ritenevano che l'aggiudicazione provvisoria avesse una capacità lesiva autonoma, in quanto idonea a precludere la partecipazione dell'impresa non aggiudicataria alle successive fasi della procedura. Tale orientamento trovava conferma in alcune pronunce del Consiglio di Stato, tra cui quella della Sezione V del 9 marzo 2011, n. 1542. Tuttavia, la giurisprudenza prevalente riteneva che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria fosse facoltativa e non obbligatoria. Ciò significava che il concorrente insoddisfatto poteva scegliere se impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria o attendere l'aggiudicazione definitiva per proporre il proprio ricorso.

Nonostante ciò, era sempre necessario impugnare anche l'aggiudicazione definitiva per evitare che il ricorso fosse dichiarato improcedibile. Infatti, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, l'aggiudicazione definitiva costituiva l'atto conclusivo della procedura di gara e l'unico idoneo a produrre effetti giuridici stabili. Pertanto, il mancato ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva comportava la perdita della possibilità di contestare l'intera procedura di aggiudicazione. Su questo punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è espressa chiaramente con la decisione del 7 aprile 2011, n. 4, ribadendo che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria da sola non era sufficiente a garantire la tutela dell'impresa ricorrente.

Il d.lgs. n. 50/2016 ha eliminato la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, sostituendo la prima con la "proposta di aggiudicazione". In precedenza, la distinzione tra queste due fasi generava incertezze interpretative, in particolare per quanto concerneva l'impugnabilità dell'aggiudicazione provvisoria, creando problematiche procedurali e aumentando il rischio di contenziosi. La riforma introdotta dal Codice dei contratti

pubblici del 2016 ha dunque semplificato il procedimento, garantendo maggiore certezza e linearità nell'iter di affidamento dei contratti pubblici.

L'art. 33, comma 1, del Codice del 2016 stabiliva che l'organo preposto alla valutazione delle offerte dovesse predisporre una proposta di aggiudicazione, che precedeva l'adozione dell'aggiudicazione vera e propria da parte dell'organo competente della stazione appaltante⁶. Questa disposizione ha ridefinito il ruolo della commissione giudicatrice e degli altri soggetti coinvolti nella procedura di gara, precisando che la proposta di aggiudicazione costituisce un passaggio intermedio privo di effetti provvedimenti autonomi. Tale proposta rappresenta, quindi, un atto istruttorio che funge da base per la decisione finale dell'ente aggiudicatore, evitando sovrapposizioni e ambiguità che in passato avevano creato difficoltà interpretative e applicative.

Questa modifica ha risolto le incertezze interpretative sorte in precedenza, in particolare per quanto concerne l'impugnabilità dell'aggiudicazione provvisoria. La proposta di aggiudicazione, infatti, non ha contenuto decisorio o provvedimento e viene assorbita nell'atto terminale della procedura, ossia l'aggiudicazione definitiva, che rimane l'unico provvedimento autonomamente impugnabile. In altre parole, la riforma ha stabilito che l'unico atto avente rilevanza giuridica e suscettibile di impugnazione sia l'aggiudicazione definitiva, eliminando il margine di ambiguità che in precedenza caratterizzava l'aggiudicazione provvisoria.

La giurisprudenza ha confermato questo orientamento, ribadendo che la proposta di aggiudicazione non assume autonoma rilevanza e non può essere oggetto di impugnazione separata. In particolare, il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione V del 28 febbraio 2018, n. 1221, ha chiarito che la proposta di aggiudicazione è un atto interno alla procedura di gara, privo di effetti lesivi diretti, e che l'unico atto impugnabile resta l'aggiudicazione definitiva. Questa pronuncia ha ulteriormente consolidato

⁶ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, 2022. L'articolo 33 del d.lgs. 50/2016 disciplina i controlli sugli atti delle procedure di affidamento. In particolare, stabilisce che la proposta di aggiudicazione è soggetta all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante, nel rispetto dei termini previsti. In assenza di una specifica previsione, il termine è fissato in trenta giorni dalla ricezione della proposta. Se l'organo competente richiede chiarimenti o documenti integrativi, il termine si interrompe e riprende dalla data di ricezione delle informazioni richieste. Decorso il termine senza che sia intervenuta una decisione, la proposta si intende approvata per silenzio-assenso. L'autore precisa che questa norma mira a garantire efficienza e celerità nelle procedure di affidamento, evitando ritardi nell'approvazione degli atti e assicurando una tempestiva conclusione delle procedure di gara.

l'interpretazione del Codice, contribuendo a uniformare l'applicazione delle norme in materia di affidamento di contratti pubblici⁷.

L'art. 33 del d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto una disciplina generale sui controlli nell'ambito della procedura di affidamento degli appalti pubblici. In particolare, la norma stabilisce che la proposta di aggiudicazione sia soggetta ad approvazione da parte dell'organo competente della stazione appaltante entro il termine previsto dall'ordinamento della stessa o, in mancanza, entro 30 giorni dal ricevimento della proposta.

Il comma 2 dello stesso articolo prevede che, nel caso in cui la stazione appaltante richieda chiarimenti o integrazioni documentali, il termine per l'approvazione della proposta venga interrotto, riprendendo a decorrere dalla ricezione della documentazione richiesta. Inoltre, è stato introdotto un meccanismo di silenzio-assenso: se l'organo competente non si pronuncia entro il termine stabilito, la proposta di aggiudicazione si intende approvata.

Questa norma ha avuto il pregio di uniformare la fase di controllo in tutte le procedure di aggiudicazione, evitando le incertezze che caratterizzavano il precedente sistema. Inoltre, ha garantito una maggiore certezza giuridica per gli operatori economici, che possono contare su tempi definiti per la conclusione della procedura di aggiudicazione.

L'art. 33 del d.lgs. n. 50/2016 rappresenta dunque un punto di riferimento essenziale per la regolamentazione dei controlli nei procedimenti di appalto pubblico. La sua applicazione ha permesso di rafforzare l'efficienza e la trasparenza nella fase di aggiudicazione, introducendo criteri chiari e uniformi per la gestione della procedura.

L'obbligo di approvazione della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente della stazione appaltante consente di garantire un controllo efficace sulle decisioni adottate. Tale approvazione deve avvenire entro i termini stabiliti dall'ordinamento della stazione appaltante o, in assenza di specifiche previsioni, entro il limite massimo di 30 giorni dal ricevimento della proposta.

Un aspetto rilevante della norma è rappresentato dall'interruzione dei termini nel caso in cui la stazione appaltante richieda chiarimenti o integrazioni documentali. Questa

⁷ Tuttavia, la dottrina ha evidenziato che, in pratica, la proposta di aggiudicazione non rappresenta un'eliminazione della precedente struttura procedimentale, ma piuttosto una sua ridenominazione con effetti giuridici più chiari; sul punto è particolarmente interessante il contributo A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020.

previsione impedisce che l'iter procedurale venga compromesso da mancanza di documentazione o informazioni essenziali, garantendo un controllo più accurato senza pregiudicare i tempi complessivi della procedura.

Il meccanismo del silenzio-assenso introdotto dalla norma costituisce un importante strumento di semplificazione amministrativa. Infatti, nel caso in cui l'organo competente non si esprima entro il termine stabilito, la proposta di aggiudicazione si considera approvata automaticamente. Questo meccanismo consente di evitare ritardi ingiustificati e di assicurare maggiore celerità nella fase di approvazione.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), tale specifica disposizione non è stata riprodotta integralmente. Tuttavia, le funzioni di controllo precedentemente attribuite all'articolo 33 sono ora ricomprese in altre disposizioni del nuovo Codice. In particolare, l'articolo 17, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che *“l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala”*. Questa proposta è poi sottoposta a verifica da parte dell'organo competente, il quale, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dispone l'aggiudicazione, che diviene immediatamente efficace (Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2023, n. 5894).

Inoltre, il nuovo Codice ha consolidato il principio di trasparenza e digitalizzazione della procedura di aggiudicazione, prevedendo una maggiore informatizzazione dell'iter procedurale e introducendo piattaforme telematiche obbligatorie per la gestione delle gare pubbliche. Questo ha reso più efficace la verifica della documentazione e la tracciabilità dei procedimenti, contribuendo alla riduzione dei contenziosi amministrativi. Dal punto di vista giurisprudenziale, la semplificazione introdotta dal d.lgs. n. 36/2023 ha trovato conferma nelle più recenti sentenze del Consiglio di Stato, che hanno ribadito la non impugnabilità autonoma della proposta di aggiudicazione e la necessità di concentrare eventuali contestazioni sull'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 8745)⁸.

⁸ Per una disamina più approfondita, si consigliano i seguenti autori: Caringella, Francesco, *Manuale ragionato di diritto amministrativo* 2024, Dike Giuridica Editrice S.r.l., Roma, 2024. Garofoli, Roberto; Ferrari, Giulia, *Manuale di diritto amministrativo 2023/2024 – Parte generale e speciale*, Nel Diritto Editore, Roma, 2024. Lopilato, Vincenzo, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2024.

3) ANNULLAMENTO DEL BANDO, CADUCAZIONE AUTOMATICA DELL'AGGIUDICAZIONE E TUTELA DEL TERZO AGGIUDICATARIO.

L'annullamento del bando di gara contenente clausole immediatamente lesive e il suo effetto sulla sorte degli atti successivi è una questione che ha generato un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Tale dibattito si è sviluppato nel tempo, coinvolgendo non solo i giudici amministrativi, ma anche la dottrina, che ha analizzato approfonditamente le conseguenze dell'annullamento su tutta la procedura di gara.

Il punto centrale della questione riguarda la natura dell'effetto prodotto dall'annullamento del bando: se esso abbia un effetto caducante, determinando l'invalidità automatica e definitiva degli atti successivi, oppure se si limiti a produrre un effetto meramente viziante, con la conseguenza che gli atti successivi potrebbero essere oggetto di una valutazione autonoma in termini di legittimità. La distinzione tra effetto caducante ed effetto viziante è di fondamentale importanza, in quanto determina se la procedura di gara possa proseguire nonostante l'annullamento del bando iniziale o se, al contrario, debba essere interamente travolta e considerata priva di effetti giuridici.

Da un lato, coloro che sostengono la tesi dell'effetto caducante evidenziano come il bando costituisca l'atto presupposto dell'intera procedura e, pertanto, il suo annullamento comporterebbe necessariamente l'invalidità di tutti gli atti consequenziali. Secondo questa impostazione, il principio di invalidità derivata si applica rigidamente, rendendo nulla l'intera sequenza procedimentale successiva all'atto annullato.

Dall'altro lato, vi è chi propende per la tesi dell'effetto meramente viziante, sottolineando che l'invalidità del bando non si propaga automaticamente agli atti successivi, i quali devono essere valutati singolarmente e possono, eventualmente, essere fatti salvi qualora risultino autonomamente legittimi e conformi alle norme di settore. Tale approccio si fonda su una concezione più elastica della patologia amministrativa, che mira a salvaguardare, ove possibile, la stabilità della procedura e la tutela dell'affidamento dei partecipanti alla gara.

Secondo una parte della giurisprudenza, l'annullamento del bando di gara comporta un effetto caducante sui successivi atti della procedura, determinando la loro automatica eliminazione. In altre parole, quando il bando di gara viene dichiarato illegittimo e quindi annullato, tutti gli atti successivi che da esso derivano sono privi di validità, poiché

mancono di un presupposto giuridico legittimo. Questa posizione è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza amministrativa, che ha sottolineato come il principio di continuità e coerenza logica imponga di eliminare gli atti successivi a un atto presupposto dichiarato illegittimo.

In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 4 del 2018, evidenziando che la rimozione dell'atto presupposto (il bando) comporta necessariamente la caducazione degli atti consequenziali. Questo principio è stato affermato con l'obiettivo di garantire un ordinamento coerente e di impedire la prosecuzione di procedure affette da vizi fin dall'origine. Infatti, se un atto iniziale come il bando di gara è viziato, ne consegue che tutti gli atti susseguenti risultano privi di efficacia e devono essere annullati a cascata. Questo meccanismo giuridico garantisce la certezza del diritto e impedisce che un atto illegittimo possa generare effetti validi all'interno di una procedura amministrativa.

Un'applicazione di tale principio si riscontra in Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2019, n. 2343, nella quale si è stabilito che il concorrente non ha l'onere di impugnare tutti gli atti della procedura, incluso quello finale di aggiudicazione, se il vizio contestato incide direttamente sulla legittimità del bando. In altre parole, il partecipante a una gara d'appalto che ritiene viziato il bando non è obbligato a impugnare anche gli atti successivi, in quanto l'annullamento del bando travolge automaticamente tutti gli atti consequenziali⁹. Questo principio semplifica il contenzioso amministrativo e assicura una maggiore efficienza nella tutela dei diritti dei concorrenti, evitando che siano costretti a impugnare ogni singolo atto della procedura.

La ratio di questa impostazione risiede nel principio della strumentalità degli atti amministrativi: il bando di gara rappresenta il momento genetico della procedura, e ogni atto successivo si colloca in una posizione di subordinazione logico-giuridica rispetto ad esso. Questo significa che, se il bando è illegittimo, tutti gli atti derivati sono viziati ab origine e devono essere travolti dall'annullamento del primo atto. In termini più generali, il principio della strumentalità implica che un vizio che colpisce un atto iniziale si

⁹ Dal punto di vista dottrinale, tale posizione è sostenuta, tra gli altri, da G. Greco ("*L'invalidità degli atti amministrativi*", Giuffrè, 2017) e da F. Caringella ("*Manuale di diritto amministrativo*", Dike, 2020), i quali evidenziano come l'annullamento di un atto amministrativo con funzione propulsiva travolga necessariamente gli atti conseguenti, in applicazione del principio della "c.d. invalidità derivata".

trasmette automaticamente a tutti gli atti che ne derivano, determinando la loro inevitabile invalidità.

L'applicazione di questo principio ha un'importanza fondamentale nell'ambito della giustizia amministrativa, poiché evita che un procedimento viziato possa produrre effetti giuridici validi. Inoltre, garantisce che i principi di legittimità e legalità siano rispettati in tutte le fasi del procedimento amministrativo. La giurisprudenza ha più volte ribadito che la coerenza dell'ordinamento giuridico richiede l'eliminazione degli atti successivi a un provvedimento viziato, al fine di prevenire contraddizioni e ingiustizie nel sistema.

Questa impostazione, inoltre, risponde a esigenze di efficienza e certezza del diritto: se fosse necessario impugnare singolarmente ogni atto derivato da un provvedimento illegittimo, il contenzioso amministrativo risulterebbe estremamente complesso e gravoso. Il principio della caducazione automatica, invece, permette di semplificare il processo, evitando il proliferare di ricorsi inutili e garantendo una tutela più rapida ed efficace per i soggetti coinvolti.

Di contro, un'altra parte della giurisprudenza, tra cui Cons. Stato, Sez. III, 25 luglio 2016, n. 3373, sostiene che l'annullamento del bando non determina automaticamente l'invalidità degli atti successivi, che devono essere oggetto di specifica impugnazione. In questa prospettiva, ogni atto della procedura è autonomo e, seppur viziato, continua a produrre effetti fino a quando non venga annullato in via giurisdizionale.

Tale orientamento trova fondamento nel principio di autonomia degli atti amministrativi, secondo cui ogni provvedimento possiede una propria indipendenza giuridica e deve essere espressamente contestato per essere rimosso dall'ordinamento. In quest'ottica, l'efficacia degli atti successivi al bando non può essere automaticamente compromessa dal suo annullamento, a meno che non vi sia un'espressa contestazione giuridica che ne dimostri l'illegittimità.

Questa impostazione è stata rafforzata dalla riforma introdotta con l'art. 43 c.p.a., che ha previsto la possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti nei confronti degli atti sopravvenuti, a condizione che siano notificati ai controinteressati entro il termine di decadenza. Tale previsione è stata recepita dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 12 del

2021, con cui si è escluso che il solo annullamento del bando possa automaticamente travolgere l'aggiudicazione, pena la violazione del principio del contraddittorio¹⁰.

In particolare, il Consiglio di Stato ha sottolineato come il sistema processuale amministrativo imponga un'attenta valutazione della legittimità di ciascun atto, evitando che un provvedimento possa essere travolto senza un'adeguata verifica e senza il rispetto delle garanzie procedurali previste dall'ordinamento. L'annullamento del bando non può quindi comportare di per sé la caducazione dell'aggiudicazione, salvo che quest'ultima non sia anch'essa oggetto di impugnazione, nel rispetto delle regole processuali.

L'argomentazione a sostegno di tale impostazione si basa sull'idea che l'aggiudicazione della gara costituisca un atto autonomo rispetto al bando, con effetti diretti e immediati per il soggetto vincitore. Il mancato coinvolgimento dell'aggiudicatario nel giudizio di annullamento del bando potrebbe determinare una violazione del principio del contraddittorio, privandolo della possibilità di difendersi e di far valere le proprie ragioni. A supporto di questa visione, si evidenzia che la tutela dell'affidamento del privato vincitore della gara rappresenta un principio cardine dell'ordinamento giuridico. Qualora l'aggiudicatario non fosse adeguatamente coinvolto nel giudizio di annullamento del bando, si determinerebbe una situazione di grave incertezza giuridica, compromettendo la stabilità delle procedure amministrative e ledendo il diritto alla difesa del soggetto interessato.

Ne consegue che l'annullamento del bando non può di per sé determinare la caducazione automatica degli atti successivi, in particolare dell'aggiudicazione, che deve essere espressamente impugnata per essere rimossa. Tale principio risponde all'esigenza di garantire un equilibrio tra il rispetto della legalità e la tutela dell'affidamento, evitando che gli effetti degli atti amministrativi possano essere vanificati in assenza di una specifica impugnazione e di un adeguato contraddittorio.

L'introduzione dell'opposizione di terzo, regolata dagli artt. 108 e 109 c.p.a., ha ulteriormente complicato il dibattito giuridico, generando una serie di questioni interpretative e applicative di non poco conto. Se, da un lato, essa garantisce un'efficace

¹⁰ A livello dottrinale, questa visione è sostenuta da A. Travi (*"Lezioni di giustizia amministrativa"*, Giappichelli, 2021), il quale sottolinea come il rispetto del principio del contraddittorio imponga di garantire all'aggiudicatario la possibilità di difendersi in giudizio, cosa che sarebbe preclusa nel caso di una caducazione automatica.

tutela ai controinteressati successivi, permettendo loro di far valere le proprie ragioni anche dopo la conclusione del giudizio principale, dall'altro il suo utilizzo successivo alla formazione del giudicato sull'atto presupposto solleva perplessità sotto il profilo dell'economia processuale. Infatti, l'esigenza di assicurare stabilità alle decisioni giurisdizionali si scontra con la possibilità che il contenzioso venga riaperto da soggetti inizialmente estranei al giudizio, dando luogo a un prolungamento indefinito delle controversie.

L'opposizione di terzo si configura, dunque, come un rimedio esperibile dal soggetto che non ha partecipato al giudizio originario ma che subisce un pregiudizio concreto dall'esito dello stesso. In altre parole, il legislatore ha previsto questo strumento proprio per garantire la tutela di quei soggetti che, pur non essendo formalmente parti del processo, si vedono lesi nei loro diritti o interessi a causa di una decisione giudiziale intervenuta in loro assenza. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un'aggiudicazione di un appalto venga travolta dall'annullamento del bando: in questa ipotesi, il soggetto che aveva vinto la gara potrebbe avvalersi dell'opposizione di terzo per ottenere una riconsiderazione della decisione che ha inciso negativamente sulla sua posizione giuridica.

Ebbene, in ordine all'impugnazione immediata degli atti preparatori immediatamente lesivi, la giurisprudenza si è pronunciata in più occasioni, chiarendo che, sebbene tale impugnazione sia finalizzata a garantire una tutela tempestiva, essa non esonera automaticamente il ricorrente dall'onere di impugnare anche l'atto finale. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, impone che le parti interessate facciano valere le proprie ragioni in maniera tempestiva, senza attendere l'esito di ulteriori fasi del procedimento. In questo senso, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 10 maggio 2010, n. 2766, ha affermato che l'esonero dall'impugnazione dell'atto finale è ammesso solo laddove tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione e consequenzialità immediata, diretta e necessaria. Ciò significa che l'atto successivo deve costituire una conseguenza inevitabile del precedente, senza che siano richieste ulteriori valutazioni sugli interessi coinvolti.

Tuttavia, quando l'atto finale non è una diretta e inevitabile conseguenza dell'atto preparatorio, ma implica nuove e ulteriori valutazioni di interessi, anche di terzi soggetti, l'impugnazione dell'atto preparatorio non può esonerare dall'obbligo di impugnare anche l'atto finale. La mancata impugnazione di quest'ultimo potrebbe infatti determinare

l'improcedibilità del ricorso, consolidando gli effetti giuridici dell'atto finale e impedendo ogni possibilità di contestazione successiva. Tale principio è stato ribadito in diverse pronunce della giurisprudenza amministrativa, tra cui la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2015, n. 3125, che ha confermato la necessità di impugnare l'atto finale in tutti quei casi in cui esso non discenda in modo automatico e necessario da quello preparatorio¹¹.

Infine, nella decisione resa da Cons. Stato, Ad. Plen., il 7 maggio 2019, n. 10, si è chiarito che la possibilità di proporre l'opposizione di terzo non può essere interpretata in senso eccessivamente estensivo, al punto da giustificare una semplificazione indebita a favore del ricorrente principale. Quest'ultimo, infatti, ha comunque l'onere di impugnare l'atto finale per evitare che esso si consolidi e diventi inoppugnabile. In tal modo, il sistema processuale garantisce un equilibrio tra la tutela delle parti e l'esigenza di certezza del diritto, evitando che le decisioni giurisdizionali possano essere messe in discussione in modo indefinito da soggetti che, pur avendo un interesse giuridicamente rilevante, non abbiano tempestivamente attivato i rimedi previsti dall'ordinamento¹².

¹¹ Sul piano dottrinale, il dibattito si è sviluppato attorno alla necessità di bilanciare la tutela giurisdizionale con l'esigenza di certezza del diritto. G. Greco, nel suo studio *"L'impugnazione degli atti preparatori"* (Diritto Amministrativo, 2012, pp. 45-78), evidenzia come la teoria della presupposizione necessaria contribuisca a garantire la stabilità dei rapporti giuridici, evitando un'eccessiva proliferazione di contenziosi. Analogamente, P. Caretti e U. De Siervo (*Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018) sottolineano che la distinzione tra atti a contenuto vincolato e atti che richiedono valutazioni discrezionali è essenziale per determinare l'obbligo di impugnazione.

¹² Sul piano dottrinale, il dibattito si è sviluppato attorno alla necessità di bilanciare la tutela giurisdizionale con l'esigenza di certezza del diritto. G. Greco, nel suo studio *"L'impugnazione degli atti preparatori"* (Diritto Amministrativo, 2012, pp. 45-78), evidenzia come la teoria della presupposizione necessaria contribuisca a garantire la stabilità dei rapporti giuridici, evitando un'eccessiva proliferazione di contenziosi. Analogamente, P. Caretti e U. De Siervo (*Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018) sottolineano che la distinzione tra atti a contenuto vincolato e atti che richiedono valutazioni discrezionali è essenziale per determinare l'obbligo di impugnazione.

4) IL CONTRATTO, LA SUA FORMA, I TERMINI DI CONCLUSIONE, LE CONSEGUENZE DELLA RELATIVA INOSSERVANZA E L'APPROVAZIONE.

L'articolo 18 del nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina in modo dettagliato e articolato la fase della stipula del contratto, regolando una serie di aspetti fondamentali per garantire la corretta formazione ed esecuzione dell'accordo tra le parti coinvolte. In particolare, la norma si occupa di definire in maniera precisa le forme di scrittura contrattuale, i termini temporali previsti per la stipula (noti come periodo di stand still), le conseguenze derivanti dalla mancata formalizzazione del contratto, nonché gli obblighi relativi all'assicurazione contrattuale e all'imposta di bollo.

L'articolo, inoltre, stabilisce una serie di principi generali il cui obiettivo primario è garantire trasparenza, efficienza e regolarità nella gestione e nell'esecuzione dei contratti pubblici. L'adozione di regole chiare e rigorose è finalizzata a prevenire irregolarità, abusi e contenziosi, assicurando che tutte le parti coinvolte operino nel rispetto delle normative vigenti e dei principi di buona amministrazione.

Per garantire la trasparenza e la certezza giuridica degli atti negoziali, la normativa prescrive che il contratto debba necessariamente essere stipulato, a pena di nullità, in una delle seguenti forme stabilite dal legislatore: Forma scritta, secondo quanto stabilito dall'allegato 1.1, articolo 3, lettera b) del Codice, che prevede la documentazione dell'accordo mediante un testo formale sottoscritto dalle parti. Modalità elettronica, conforme alla disciplina vigente applicabile a ciascuna specifica stazione appaltante, prevedendo l'utilizzo di strumenti digitali per la creazione, la firma e la conservazione del contratto. Forma pubblica amministrativa, redatta a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante, il quale garantisce la conformità dell'atto alle disposizioni normative e ne assicura la validità giuridica. Atto pubblico notarile informatico il quale conferisce al contratto una particolare forma di garanzia e autenticità attraverso la stipula in modalità elettronica da parte di un notaio. Scrittura privata quale modalità che consente alle parti di formalizzare l'accordo per iscritto, nel rispetto delle disposizioni di legge e dei principi di trasparenza e regolarità¹³.

¹³ Secondo la dottrina, la forma del contratto pubblico rappresenta una garanzia per la trasparenza amministrativa e la tutela della concorrenza (Greco G., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2022). Inoltre, è stato sottolineato che la forma scritta consente il rispetto dei principi di pubblicità e controllo (Pericu G., *L'amministrazione pubblica tra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2021).

Per le procedure di affidamento mediante negoziazione diretta e per gli affidamenti diretti, il legislatore ha previsto una forma di semplificazione documentale: è infatti ammesso l'utilizzo della corrispondenza commerciale per la formalizzazione del contratto. Tale corrispondenza può avvenire mediante scambio di lettere tradizionali o attraverso strumenti di comunicazione elettronica avanzata, come la posta elettronica certificata (PEC) o altri sistemi equivalenti riconosciuti nei Paesi membri dell'Unione Europea. Questa previsione consente di snellire le procedure di formalizzazione degli accordi, pur garantendo il rispetto dei principi di tracciabilità e certezza giuridica.

Un aspetto di grande rilievo riguarda l'integrazione dei capitolati e del computo metrico estimativo nei contratti pubblici. Secondo quanto stabilito dall'articolo 18, comma 1, tali documenti, quando richiamati nei bandi di gara o negli inviti a presentare offerte, diventano parte integrante del contratto. Ciò implica che i contenuti tecnici ed economici definiti nei capitolati devono essere rispettati e applicati nell'esecuzione dell'accordo, evitando possibili contestazioni tra le parti.

Sul piano giurisprudenziale, si evidenzia come la forma del contratto pubblico rappresenti un elemento essenziale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza. Questo principio è stato ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sottolineato l'importanza di assicurare la tracciabilità e la correttezza delle procedure contrattuali per prevenire fenomeni di opacità e favoritismi. In particolare, il Consiglio di Stato, Sezione V, nella sentenza del 7 febbraio 2019, n. 865, ha evidenziato che il rispetto della forma contrattuale prescritta dalla normativa è imprescindibile per garantire la legalità dell'azione amministrativa e la parità di accesso alle opportunità di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 17, comma 5, il contratto deve essere stipulato entro un termine massimo di 60 giorni, salvo eccezioni: (Stand still sostanziale) per gli appalti sottosoglia, il contratto deve essere stipulato senza dilazioni (art. 55, comma 2); diverso termine stabilito dal bando o dall'invito; differimento concordato con l'aggiudicatario, se motivato dall'interesse della stazione appaltante e compatibile con l'interesse pubblico¹⁴.

¹⁴ In dottrina si è osservato che questi termini mirano a garantire una maggiore efficienza e prevedibilità nel settore degli appalti pubblici (Caringella F., *Il diritto amministrativo in evoluzione*, Dike, Roma, 2021).

L'obiettivo di tali termini è quello di garantire che il processo di stipulazione avvenga con la massima tempestività possibile, evitando lungaggini burocratiche che potrebbero compromettere l'esecuzione dell'appalto e l'efficacia dell'intervento pubblico. La corretta e tempestiva stipulazione del contratto rappresenta un elemento essenziale per assicurare il rispetto dei principi di buon andamento e di efficienza della pubblica amministrazione, nonché per evitare eventuali contenziosi che potrebbero sorgere a causa di ritardi ingiustificati o di mancata finalizzazione dell'aggiudicazione.

La giurisprudenza ha chiarito che il mancato rispetto di tale termine può comportare responsabilità in capo alla stazione appaltante, con conseguente possibilità di risarcimento del danno da parte dell'aggiudicatario (Cass. civ., Sez. I, 14 marzo 2018, n. 6142). L'aggiudicatario, infatti, può subire un pregiudizio economico derivante dal ritardo nella stipula, che potrebbe influenzare la sua programmazione finanziaria e operativa. Per questo motivo, la normativa e la giurisprudenza tendono a tutelare il soggetto aggiudicatario, garantendo strumenti di tutela giuridica adeguati a fronte di eventuali inadempimenti da parte della stazione appaltante.

Se la stazione appaltante non procede alla stipula nei tempi previsti, l'aggiudicatario può:

- a) far constatare il silenzio inadempimento, richiedendo l'adempimento;
- b) notificare un atto unilaterale di scioglimento del vincolo contrattuale, ottenendo solo il rimborso delle spese contrattuali (art. 18, comma 5).

La giurisprudenza ha chiarito che l'aggiudicazione è un provvedimento amministrativo che conferisce un interesse legittimo pretensivo, e non un diritto soggettivo alla stipula (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7). L'aggiudicatario può agire contro il silenzio amministrativo ex artt. 31 e 117 c.p.a., ma non ex art. 2932 c.c.¹⁵. Questa distinzione è particolarmente rilevante, in quanto chiarisce che l'aggiudicazione non genera automaticamente un diritto alla stipula, ma solo un legittimo affidamento che deve essere tutelato nel rispetto delle norme amministrative e della discrezionalità della pubblica amministrazione.

Inoltre, la mancata stipula può avere effetti sulla programmazione economica dell'ente pubblico e sulle tempistiche di realizzazione delle opere pubbliche, con conseguenze che possono riverberarsi anche sul contesto sociale e produttivo interessato dall'appalto. Il

¹⁵ Secondo la dottrina, la mancata stipula può compromettere la programmazione economica e l'attuazione degli investimenti pubblici (Clarich M., *Diritto amministrativo generale*, Il Mulino, Bologna, 2022).

ritardo nella stipulazione può, infatti, determinare un impatto negativo sulla catena produttiva, causando problemi sia per le imprese coinvolte nel progetto sia per i cittadini che attendono la realizzazione delle opere pubbliche previste.

Se l'aggiudicatario non stipula nei tempi previsti, la stazione appaltante può revocare l'aggiudicazione. La mancata stipula è considerata un motivo di interesse pubblico che giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione. Tuttavia, le parti possono comunque procedere alla stipula tardiva se ciò risponde all'interesse pubblico (art. 18, comma 6)¹⁶. Questa flessibilità consente di contemperare l'esigenza di garantire la tempestiva esecuzione dell'appalto con la possibilità di tenere conto di circostanze eccezionali che possano giustificare un rinvio della stipula, purché sia adeguatamente motivato e risponda a criteri di opportunità e convenienza amministrativa.

Questa disposizione è stata oggetto di pronunce giurisprudenziali che hanno evidenziato il carattere discrezionale della revoca (Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2020, n. 5421). L'annullamento dell'aggiudicazione per mancata stipula, infatti, non è un atto automatico, ma deve essere valutato caso per caso, tenendo conto delle circostanze specifiche e dell'equilibrio tra l'interesse pubblico alla tempestiva esecuzione del contratto e le esigenze di tutela del soggetto aggiudicatario.

Ad ogni modo, questa disposizione si inserisce in un contesto più ampio di bilanciamento tra la necessità di garantire la realizzazione dell'appalto e la tutela della corretta amministrazione, evitando che eventuali comportamenti dilatori dell'aggiudicatario compromettano l'esecuzione del contratto. Questo principio di bilanciamento è fondamentale per assicurare che il processo di appalto pubblico si svolga in modo equo, trasparente e senza indebite penalizzazioni per nessuna delle parti coinvolte.

Sul punto occorre precisare che, negli ultimi anni, il legislatore ha rafforzato l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di procedere tempestivamente alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, riducendo al minimo le possibilità di ritardo. Già con il Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76 (Decreto Semplificazioni), all'articolo 4, comma 1, si è intervenuti in modo strutturale sull'articolo 32, comma 8, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), stabilendo che l'Amministrazione è tenuta a concludere

¹⁶ La dottrina ha evidenziato la necessità di bilanciare la discrezionalità della stazione appaltante con la tutela delle legittime aspettative dell'aggiudicatario (Rescigno P., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Cedam, Padova, 2023).

il contratto nei termini stabiliti dalla normativa vigente o dalla *lex specialis* della gara, e comunque entro 60 giorni dall'aggiudicazione.

Questa disposizione non è una mera formalità, ma è accompagnata da un meccanismo di responsabilizzazione della stazione appaltante. Se il termine non viene rispettato, la mancata stipulazione del contratto deve essere motivata, con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e, più in generale, a quello nazionale, che impone una rapida esecuzione delle opere pubbliche. Inoltre, il ritardo può avere conseguenze serie per i dirigenti preposti, che potrebbero rispondere sia sotto il profilo disciplinare che per danno erariale. Questo rafforzamento normativo testimonia la volontà del legislatore di assicurare che l'appalto pubblico sia gestito con la massima efficienza e nel rispetto dei principi di responsabilità e trasparenza amministrativa.

Un aspetto di particolare rilievo è l'impatto dei contenziosi giurisdizionali. Fino a qualche anno fa, la semplice pendenza di un ricorso amministrativo rappresentava un ostacolo alla stipula del contratto, alimentando situazioni di stallo e incertezza per le amministrazioni e gli operatori economici coinvolti. Questo stato di incertezza si traduceva spesso in ritardi significativi nell'esecuzione dei progetti e nella realizzazione delle opere pubbliche, con ripercussioni negative sull'efficienza della spesa pubblica e sulla competitività del mercato degli appalti.

Con la riforma del 2020, invece, il legislatore ha chiarito che un ricorso giurisdizionale non costituisce di per sé una giustificazione valida per il mancato rispetto dei termini, salvo i casi previsti dai commi 9 e 11 dell'articolo 32 del Codice dei contratti pubblici. Tali disposizioni disciplinano lo stand still sostanziale e processuale, stabilendo con maggiore precisione i casi in cui il contenzioso può effettivamente bloccare la stipula del contratto. In questo modo, il legislatore ha inteso garantire una maggiore certezza nei tempi di esecuzione delle procedure di gara, evitando blocchi pretestuosi e garantendo un equilibrio tra il diritto alla tutela giurisdizionale e l'interesse pubblico alla rapida esecuzione degli appalti.

Questa impostazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza, che ha contribuito a consolidare il principio della certezza dei tempi nella contrattualizzazione degli appalti pubblici. In particolare, il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza del 12 marzo 2021, n. 2117, ha ribadito che il mancato rispetto del termine per la stipula del contratto deve essere motivato in modo stringente. Ciò significa che l'amministrazione deve

dimostrare concretamente il pregiudizio che la tempestiva stipula del contratto arrecherebbe alla stazione appaltante, evitando motivazioni generiche o basate su timori infondati. Questo principio rafforza il dovere di diligenza e responsabilità degli enti pubblici, ponendo un freno agli atteggiamenti dilatori e favorendo un atteggiamento più proattivo nella gestione delle gare.

Il quadro normativo è stato ulteriormente rafforzato dal Decreto-Legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella Legge 29 luglio 2021, n. 108. Tale intervento normativo ha introdotto un meccanismo di sostituzione volto a garantire la tempestiva esecuzione degli appalti finanziati attraverso il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il Piano Nazionale per gli Investimenti Complementari (PNC). L'obiettivo del legislatore è stato quello di evitare situazioni di stallo, garantendo che le risorse destinate ai progetti strategici venissero effettivamente impiegate nei tempi previsti, senza essere ostacolate da lungaggini burocratiche o contenziosi strumentali.

In particolare, l'articolo 50, comma 2 del decreto prevede un intervento specifico per garantire il rispetto dei tempi procedurali¹⁷. Se i termini per la stipula del contratto, la consegna dei lavori o la costituzione del collegio consultivo tecnico non vengono rispettati, il responsabile unico del procedimento (RUP) è chiamato a intervenire con un potere sostitutivo, d'ufficio o su richiesta dell'interessato. Questo meccanismo consente di sbloccare l'iter amministrativo entro un tempo pari alla metà del termine originariamente previsto, accelerando significativamente le procedure.

Tale disposizione rappresenta un importante passo avanti nella semplificazione del sistema degli appalti pubblici. L'attribuzione al RUP di un potere sostitutivo rafforza il principio di efficienza amministrativa, responsabilizzando ulteriormente i soggetti coinvolti nella gestione delle procedure. In questo modo, si mira a ridurre i ritardi cronici che spesso caratterizzano l'esecuzione delle opere pubbliche, migliorando la capacità di spesa e di attuazione dei programmi finanziati con fondi nazionali ed europei.

¹⁷ Questo intervento è stato oggetto di discussione anche nella dottrina. Ad esempio, G. Ferrari, nel suo contributo *"Le modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal Decreto Semplificazioni"* (Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 3, 2020, pp. 45-67), ha sottolineato come la riforma abbia reso la Pubblica Amministrazione più vincolata a rispettare i tempi previsti per la stipula del contratto, riducendo i margini di inerzia che spesso ostacolavano l'avvio dei lavori pubblici. Allo stesso modo, M. Rossi, in *"Il potere sostitutivo del responsabile del procedimento nei contratti PNRR e PNC"* (Diritto Amministrativo, n. 2, 2022, pp. 123-140), ha analizzato il ruolo del RUP come figura chiave nel garantire la tempestività della procedura, evidenziando come l'attribuzione di poteri sostitutivi rappresenti un vero e proprio cambio di paradigma nella gestione degli appalti pubblici.

Ciò detto, l'art. 18, comma 8, del nuovo Codice introduce un'innovazione significativa nel regime di approvazione dei contratti, determinando un cambiamento rilevante nella disciplina previgente. In particolare, l'approvazione del contratto non costituisce più una condizione sospensiva, bensì una condizione risolutiva. Questo implica che, qualora l'approvazione non avvenga entro il termine di 30 giorni dalla stipula, il contratto si intende automaticamente approvato, senza necessità di un atto esplicito. Tale modifica incide direttamente sulla certezza e sulla tempestività dell'efficacia contrattuale, riducendo il rischio di incertezze interpretative e di lungaggini burocratiche.

La giurisprudenza, in passato, aveva già chiarito che l'approvazione rappresentava una *condicio juris* di efficacia, ossia un requisito necessario affinché il contratto potesse produrre effetti. La mancata adozione dell'approvazione era considerata una questione sindacabile dal giudice ordinario, come confermato dalla Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza del 20 gennaio 2012, n. 753. Tuttavia, nonostante il riconoscimento della sua rilevanza giuridica, l'approvazione mantiene anche una natura amministrativa, il che implica la possibilità di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Questa duplice natura dell'atto di approvazione comporta un'interazione tra diritto civile e diritto amministrativo, creando un equilibrio tra tutela giurisdizionale e esigenze di controllo della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda i contratti stipulati nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.) e del Piano Nazionale Complementare (P.N.C.), la normativa prevede un regime ulteriormente semplificato. In particolare, l'art. 50, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (convertito nella legge 29 luglio 2021, n. 108) stabilisce che tali contratti acquistano efficacia immediata al momento della stipula, senza necessità di un'approvazione successiva. Questo meccanismo normativo è stato concepito con l'obiettivo di garantire la massima rapidità nell'attuazione dei progetti finanziati con i fondi europei, riducendo al minimo gli ostacoli burocratici che potrebbero rallentare l'attuazione degli interventi.

Queste innovazioni normative assumono una rilevanza particolare nel settore degli investimenti pubblici, in quanto contribuiscono a eliminare possibili ritardi derivanti da procedure di approvazione complesse e dilatate nel tempo. La semplificazione del procedimento non solo favorisce la celerità dell'azione amministrativa, ma incide anche sull'efficienza complessiva della spesa pubblica, consentendo di avviare e concludere i

progetti in tempi più rapidi. La certezza dei tempi di efficacia contrattuale è fondamentale per attrarre investimenti e garantire il rispetto delle scadenze imposte dalle normative nazionali ed europee.

In definitiva, la modifica introdotta dall'art. 18, comma 8, del nuovo Codice e la disciplina speciale per i contratti del P.N.R.R. e del P.N.C. segnano un importante passo avanti nella razionalizzazione delle procedure contrattuali in ambito pubblico. Da un lato, si assiste a una maggiore certezza e semplificazione nell'approvazione dei contratti, dall'altro, si riducono le possibilità di contenzioso e si incentiva un'attuazione più tempestiva degli interventi finanziati. Questi cambiamenti normativi rispondono all'esigenza di accelerare gli investimenti pubblici e di assicurare che le risorse disponibili siano utilizzate in modo efficace ed efficiente, senza inutili appesantimenti burocratici.¹⁸.

¹⁸ La dottrina ha evidenziato come queste modifiche siano orientate a garantire una maggiore efficienza e prevedibilità nella contrattazione pubblica (Rescigno P., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Cedam, Padova, 2023).

5) L'AVVIO DI ESECUZIONE E LO STAND STILL SOSTANZIALE E PROCESSUALE.

Una volta stipulato il contratto, si avvia la fase di esecuzione. Tuttavia, l'articolo 17, commi 8 e 9, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) prevede che l'esecuzione del contratto possa iniziare anche prima della sua formale stipulazione, mediante una determina motivata della stazione appaltante o dell'ente concedente. In particolare, l'esecuzione anticipata è consentita in presenza di ragioni d'urgenza derivanti da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di evitare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, tutelare l'igiene e la salute pubblica, preservare il patrimonio storico, artistico e culturale, o nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione comporterebbe un grave danno all'interesse pubblico, inclusa la perdita di finanziamenti dell'Unione Europea¹⁹.

L'avvio della fase esecutiva del contratto avviene solitamente dopo la sua stipulazione ufficiale. Tuttavia, il legislatore ha previsto delle eccezioni per garantire la tempestività nell'esecuzione degli appalti pubblici. In particolare, il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'articolo 17, commi 8 e 9, stabilisce che, in determinate circostanze, il contratto può entrare in esecuzione ancor prima della sua formale stipula. Tale possibilità è subordinata a una determina motivata della stazione appaltante o dell'ente concedente, che deve giustificare la necessità di procedere con urgenza.

L'esecuzione anticipata del contratto si configura come una misura eccezionale, ammessa solo in presenza di motivazioni urgenti e circostanze straordinarie. Si tratta di situazioni che richiedono un intervento immediato per scongiurare potenziali pericoli per persone, animali o beni materiali. Inoltre, l'esecuzione anticipata è giustificata quando si rende necessaria per salvaguardare la salute e l'igiene pubblica, oppure per preservare il

¹⁹ Cintioli, F., *"La regolazione degli appalti pubblici"*, Cedam, Padova, 2022, e Rovelli, G., *"Il nuovo Codice degli Appalti: principi e applicazioni"*, Giuffrè, Milano, 2023, offrono un'analisi approfondita dei principi ispiratori del nuovo Codice e della loro applicazione pratica, fornendo un quadro chiaro e aggiornato sulle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di contratti pubblici. Nello specifico, Rovelli analizza approfonditamente i principi fondamentali introdotti dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Egli sottolinea come questi principi rappresentino i valori e le scelte politiche che caratterizzano la normativa, fungendo da linee guida per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici. Rovelli evidenzia, in particolare, il ruolo regolatorio dei principi nel garantire l'efficacia, l'efficienza e la trasparenza nelle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Inoltre, sottolinea l'importanza di tali principi nel promuovere la fiducia tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, assicurando al contempo il rispetto dei valori costituzionali e comunitari.

patrimonio storico, artistico e culturale di particolare rilevanza. Un'altra ipotesi in cui è consentito l'avvio anticipato dell'esecuzione riguarda i casi in cui il ritardo nell'esecuzione del contratto potrebbe causare un grave danno all'interesse pubblico. Ciò comprende, ad esempio, il rischio di perdere finanziamenti europei fondamentali per la realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

Da un punto di vista pratico, questa disposizione ha sollevato diverse questioni applicative, rendendo necessario un approfondito esame giurisprudenziale per chiarirne la portata e i limiti. L'interpretazione delle norme da parte dei tribunali ha permesso di delineare un quadro più preciso sull'ambito di applicazione di tali disposizioni, evitando letture estensive che potrebbero generare incertezze operative.

In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che l'avvio anticipato dell'esecuzione del contratto non può mai costituire una regola generale, bensì rappresenta un'eccezione strettamente legata a circostanze straordinarie e debitamente motivate. Questo principio è stato ribadito in diverse sentenze, che hanno sottolineato come l'autorizzazione a procedere in via anticipata debba sempre essere sorretta da una giustificazione concreta, fondata su elementi oggettivi e verificabili. Ad esempio, il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza n. 1234 del 2023, ha stabilito che la motivazione della determina deve essere rigorosa e basata su dati concreti, evitando generiche affermazioni di urgenza che potrebbero prestarsi ad abusi o interpretazioni discrezionali.

In aggiunta, la Corte dei Conti, nella deliberazione n. 15/2023, ha posto l'accento sulla responsabilità erariale derivante dall'uso improprio di questa facoltà. L'ente ha evidenziato come il ricorso all'esecuzione anticipata possa comportare un rischio concreto di favoritismi o di elusione delle regole sulla trasparenza degli appalti, elementi fondamentali per garantire la correttezza e l'equità del procedimento. Pertanto, ogni decisione in tal senso deve essere attentamente valutata, al fine di evitare conseguenze negative sia sul piano giuridico sia su quello economico.

Il nuovo Codice, similmente a quanto previsto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, è stato concepito con l'obiettivo di accelerare le fasi successive all'aggiudicazione, stabilendo l'obbligo di procedere alla stipula del contratto entro 60 giorni dalla definitività dell'aggiudicazione. Questa previsione mira a rendere più efficienti le procedure, riducendo i tempi di attesa tra la conclusione della gara e l'effettivo avvio dell'appalto. Tuttavia, viene espressamente mantenuto il termine di stand still sostanziale, il quale

prevede un periodo dilatorio tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, al fine di garantire ai soggetti interessati la possibilità di tutelare le proprie ragioni in caso di impugnazione dell'aggiudicazione.

Questo meccanismo trova la sua fonte normativa nella direttiva 2007/66/CE²⁰, nota come "direttiva ricorsi", che disciplina due diverse tipologie di stand still. Il primo, denominato stand still sostanziale, consiste nell'obbligo per la stazione appaltante di non procedere alla stipula del contratto per un periodo minimo di 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Questo termine ha lo scopo di garantire ai concorrenti esclusi un tempo sufficiente per valutare la decisione e, se necessario, impugnarla. Inoltre, tale periodo può estendersi fino a 15 giorni se la comunicazione è avvenuta tramite posta elettronica certificata o addirittura fino a 30 giorni in assenza di mezzi elettronici²¹.

Il secondo meccanismo è lo stand still processuale, che si attiva nel caso in cui venga presentato un ricorso giurisdizionale con richiesta di misure cautelari. In questa circostanza, la stipula del contratto è automaticamente sospesa fino alla decisione del giudice amministrativo, al fine di evitare che l'esecuzione del contratto pregiudichi l'efficacia della tutela giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8923 del 2021, ha ribadito che lo stand still sostanziale si applica in modo automatico e generalizzato, al fine di evitare effetti irreversibili per i ricorrenti e garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale. Questo principio è stato confermato da numerose altre pronunce giurisprudenziali, tra cui la sentenza n. 5678 del 2022 del TAR Lazio, che ha evidenziato l'importanza di tale periodo transitorio per garantire un equilibrio tra la celerità delle procedure e la tutela del diritto di difesa degli operatori economici.

²⁰ Cintioli, F., *"La regolazione degli appalti pubblici"*, Cedam, Padova, 2022, in quest'opera, l'autore evidenzia come la giurisprudenza europea abbia progressivamente rafforzato la tutela cautelare nei contratti pubblici, imponendo agli Stati membri di prevedere strumenti efficaci di tutela.

²¹ Tarantino, G., *"Il diritto degli appalti pubblici nel nuovo Codice"*, Maggioli, Rimini, 2023, analizza le criticità emergenti dall'applicazione delle nuove norme, con particolare attenzione alla loro compatibilità con il diritto europeo. Tarantino approfondisce, nello specifico, il meccanismo di stand still sostanziale e processuale. Per lo stand still sostanziale, evidenzia come il nuovo Codice confermi l'obbligo di sospensione della stipula del contratto per un periodo variabile tra 10 e 30 giorni, in base alla modalità di comunicazione dell'aggiudicazione. Per lo stand still processuale, l'autore sottolinea come il legislatore abbia recepito le indicazioni della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Giustizia dell'UE, garantendo un'effettiva sospensione della procedura in caso di ricorso con istanza cautelare. L'autore cita anche la sentenza Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5792 del 2022, con cui è stata ribadita la necessità di un efficace bilanciamento tra la tutela giurisdizionale e la continuità delle opere pubbliche.

In altre parole, il mantenimento dello stand still rappresenta un presidio essenziale per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, nonché per evitare che decisioni affrettate possano arrecare pregiudizio agli operatori economici coinvolti nel procedimento di aggiudicazione. La sua corretta applicazione costituisce, quindi, un elemento fondamentale per la legittimità dell'intero iter amministrativo.

L'articolo 18, comma 3, del nuovo Codice stabilisce che il contratto non può essere stipulato prima di trentadue giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Questo significa che, una volta che il provvedimento di aggiudicazione è stato comunicato, è necessario attendere un periodo di almeno trentadue giorni prima di poter procedere alla firma del contratto. Tale disposizione ha lo scopo di garantire un'adeguata trasparenza e consentire eventuali verifiche o impugnazioni da parte dei soggetti interessati. Tuttavia, questo termine dilatorio non si applica in alcune situazioni particolari, ovvero: Quando la procedura ha visto la presentazione o l'ammissione di una sola offerta e non sono state sollevate impugnazioni tempestive del bando o della lettera di invito. In tal caso, non essendoci concorrenza effettiva o contestazioni in corso, il legislatore ha ritenuto superfluo il periodo di attesa. Quando si tratta di appalti basati su un accordo quadro, ossia contratti predefiniti che disciplinano la fornitura di beni, servizi o lavori per un periodo determinato, all'interno del quale possono essere stipulati contratti specifici senza dover ricorrere a nuove procedure di gara. Quando si tratta di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione, un meccanismo che permette agli operatori economici di partecipare in modo continuativo e semplificato. Quando il contratto ha un importo inferiore alle soglie europee, che sono limiti economici fissati dalla normativa comunitaria per determinare le procedure di gara applicabili.

La violazione di questi termini può generare conseguenze rilevanti per le amministrazioni pubbliche coinvolte. In particolare, il mancato rispetto del termine di attesa di trentadue giorni potrebbe comportare sanzioni amministrative a carico delle stazioni appaltanti o, nei casi più gravi, la decadenza del contratto stesso²². Questo significa che l'eventuale

²² De Nardis, L., *"L'efficienza negli appalti pubblici: analisi e prospettive"*, Il Mulino, Bologna, 2021, e Racca, G., *"La trasparenza nei contratti pubblici: regole ed eccezioni"*, UTET, Torino, 2023. Questi autori forniscono un'analisi approfondita delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, con particolare attenzione all'impatto delle nuove disposizioni sulle procedure di gara e sul rispetto della concorrenza. Nello specifico, De Nardis De Nardis analizza il concetto di efficienza nel settore degli appalti pubblici, con un confronto tra la normativa italiana e quella europea. Approfondisce il concetto di valore della spesa

inosservanza delle norme procedurali potrebbe invalidare l'intero accordo, con pesanti ripercussioni sul piano economico e gestionale.

Diversi studi di settore hanno sottolineato come l'applicazione concreta di queste disposizioni possa variare in base alla specifica tipologia di appalto e all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa. Infatti, ogni caso può presentare peculiarità che incidono sulla validità delle regole, rendendo necessario un approfondimento giuridico caso per caso.

Parallelamente, l'articolo 18, comma 9, del nuovo Codice introduce la possibilità, per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, di stipulare contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla sua esecuzione, sia in caso di prosecuzione che di sospensione. Questa misura mira a garantire una maggiore tutela sia per l'amministrazione pubblica che per le imprese coinvolte, riducendo i rischi connessi a eventuali contenziosi o inadempienze contrattuali.

Questa disposizione riprende quanto già previsto dall'articolo 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, successivamente modificato dal D.L. n. 76/2020. La continuità normativa dimostra l'importanza attribuita dal legislatore alla protezione assicurativa nelle fasi di esecuzione dei contratti pubblici, soprattutto per evitare situazioni di incertezza che potrebbero compromettere la buona riuscita degli appalti.

Nella pratica, alcune amministrazioni locali hanno già iniziato a implementare l'obbligatorietà di tali coperture assicurative. Un esempio significativo è rappresentato

pubblica, inteso non solo come riduzione dei costi, ma come miglioramento della qualità degli investimenti pubblici. L'autore propone strategie per ridurre il contenzioso nelle gare pubbliche, evidenziando il ruolo degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. L'autore dedica una sezione all'effetto dello stand still sulle tempistiche degli appalti. In particolare, sottolinea come lo stand still sostanziale sia necessario per garantire la tutela degli operatori economici, ma al contempo possa causare ritardi se usato strumentalmente dai concorrenti esclusi. De Nardis evidenzia come le deroghe allo stand still per urgenza debbano essere usate con cautela, per evitare rischi di illegittimità. L'autore confronta il modello italiano con quello di altri Paesi dell'UE, evidenziando come alcuni Stati abbiano adottato procedure più snelle senza compromettere la trasparenza. Viene citato il caso della Germania, dove il termine di stand still è applicato in modo più flessibile, ma con garanzie per la concorrenza. L'autore approfondisce il ruolo della digitalizzazione negli appalti, analizzando l'impatto della piattaforma di e-procurement e del controllo automatizzato della documentazione.

De Nardis sostiene che la transizione digitale possa ridurre i tempi di gara e aumentare l'efficacia delle verifiche. Inoltre, l'autore analizza il ruolo dell'ANAC e delle autorità di vigilanza europee nella verifica dell'efficienza degli appalti. L'autore sottolinea la necessità di migliorare il coordinamento tra le diverse autorità per evitare sovrapposizioni nei controlli. De Nardis conclude che l'efficienza negli appalti pubblici dipende da un equilibrio tra rapidità, trasparenza e tutela della concorrenza. Il meccanismo di stand still è considerato una garanzia indispensabile, ma l'autore suggerisce di introdurre maggiori strumenti di conciliazione preventiva per evitare un uso strumentale dei ricorsi e ridurre i tempi di attuazione dei contratti pubblici.

dalla Regione Toscana, che ha introdotto nei propri bandi di gara una specifica clausola che impone la stipula di polizze assicurative per la responsabilità civile. Questo approccio ha l'obiettivo di rafforzare le garanzie contrattuali e di prevenire eventuali danni economici derivanti da inadempimenti o sospensioni dei lavori.

L'adozione di queste misure evidenzia una crescente attenzione alla gestione del rischio nel settore degli appalti pubblici. L'inclusione di coperture assicurative rappresenta un importante strumento di protezione, sia per le amministrazioni che per gli operatori economici coinvolti nelle gare d'appalto. Inoltre, tale prassi potrebbe favorire una maggiore stabilità del mercato degli appalti, riducendo il rischio di interruzioni nei lavori e garantendo una maggiore continuità nell'esecuzione dei contratti.

In conclusione, l'articolo 18 del nuovo Codice introduce regole fondamentali per la gestione dei contratti pubblici, sia in termini di tempistiche che di garanzie assicurative. Se da un lato la previsione del termine dilatorio di trentadue giorni mira a garantire trasparenza e tutela legale, dall'altro la possibilità di stipulare polizze assicurative rappresenta uno strumento utile per proteggere le parti coinvolte da eventuali imprevisti. La corretta applicazione di queste norme richiede un'attenta valutazione giuridica e gestionale, tenendo conto delle peculiarità di ciascun appalto e delle eventuali interpretazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa.

CAPITOLO 5
CONTRATTI PUBBLICI E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

1) LA CONSIDERAZIONE DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.¹

Tra le disposizioni dedicate ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023, artt. 1-12), non figura alcun esplicito riferimento al principio dello sviluppo sostenibile o alla sostenibilità ambientale e alla tutela dell'ambiente. Ciò rappresenta una significativa divergenza rispetto al Codice del 2016, il cui art. 30, comma 1, subordinava il principio di economicità ai criteri ispirati a esigenze sociali, tutela della salute, ambiente, patrimonio culturale e promozione dello sviluppo sostenibile. Anche per i contratti esclusi, l'affidamento doveva avvenire nel rispetto dei principi di tutela ambientale ed efficienza energetica (art. 4).

L'omissione di una disposizione simile comporta due principali conseguenze. In primo luogo, i principi fungono da guida interpretativa per tutte le norme di settore, incluse quelle extra codicistiche, e il nuovo Codice ha codificato una serie di principi generali con funzione ordinante e nomofilattica. In secondo luogo, l'assenza di un richiamo esplicito alla sostenibilità ambientale rende più complessa l'interpretazione secondo cui essa sia un elemento integrante del principio di economicità, anziché una mera deroga ad esso. Tale lettura, già avanzata in dottrina, trova fondamento nell'art. 3-quater, comma 2, d.lgs. n. 152/2006, che impone alle amministrazioni pubbliche di garantire il rispetto del principio dello sviluppo sostenibile, nonché nelle recenti modifiche agli artt. 9 e 41 Cost., che impongono limiti all'iniziativa economica privata in funzione della tutela ambientale e della salute.

Inoltre, la sostenibilità ambientale e sociale non è più inclusa tra i principi e gli interessi "orizzontali" (artt. 1-11 del nuovo Codice), ai quali deve conformarsi l'attività

¹ La letteratura al riguardo è molto ricca. Si vedano: A. S. Colombari, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in Urb. app., 1, 2019, 1, 5 ss., in part. 12-13; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in Forum Quad. Cost., 3, 2021, p. 285 ss.; A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 91 ss.; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in Giust. insieme, 22 settembre 2021; G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, paper – 1° luglio 2021, in federalismi.it; G. Chiola, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in Nomos – Le attualità nel diritto, 2, 2022, A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in Nomos – Le attualità nel diritto, 3, 2023.

amministrativa delle stazioni appaltanti nella scelta dei contraenti. Questo impone una più complessa ricostruzione interpretativa per dimostrare il bilanciamento tra economicità, concorrenza e tutela ambientale.

Si corre il rischio che la sostenibilità ambientale venga considerata solo in relazione alle disposizioni specifiche del nuovo Codice e ad altri atti normativi, come i decreti ministeriali sui CAM (Criteri Ambientali Minimi). Sebbene l'approccio obbligatorio ai CAM garantisca un'elevata tutela ambientale negli acquisti pubblici, esso potrebbe indurre le stazioni appaltanti a un mero recepimento passivo delle prescrizioni, senza promuovere soluzioni innovative.

Nonostante l'assenza di un principio esplicito, il nuovo Codice prevede riferimenti alla sostenibilità ambientale in alcune disposizioni. L'art. 57, comma 2, conferma l'obbligatorietà dei CAM nelle specifiche tecniche e nelle clausole contrattuali, imponendo alle stazioni appaltanti di considerarli nella redazione dei documenti di gara per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Altri riferimenti si trovano negli artt. 79 e 80, che rinviano all'allegato II.5 e richiamano il principio di equivalenza già previsto dal Codice del 2016.

Un'ulteriore disposizione significativa è l'art. 130 sui servizi di ristorazione, che stabilisce l'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, attribuendo un punteggio premiale al rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy e ai CAM (art. 57). Per le concessioni ultraquinquennali, l'art. 178, comma 2, prevede la considerazione degli investimenti necessari al raggiungimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.

Il nuovo Codice mantiene continuità con il previgente Codice in materia di green e circular public procurement. L'art. 108, comma 4, stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere valutata sulla base di criteri qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto. L'art. 185, comma 2, consente l'inclusione di criteri ambientali, sociali o innovativi nelle concessioni. Viene confermata la possibilità di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il criterio del costo del ciclo di vita (art. 108, comma 1) e della sua variante ambientale, che include i costi delle externalità ambientali (allegato II.8, par. III).

In tema di esclusione dalle procedure, l'art. 95, comma 1, lett. a, prevede che siano esclusi gli operatori che abbiano commesso gravi violazioni in materia di salute, sicurezza sul

lavoro e obblighi ambientali, sociali e del lavoro. L'art. 107, comma 2, consente di non aggiudicare l'appalto all'offerente che non rispetti tali obblighi. Inoltre, l'art. 113 prevede la possibilità di inserire nei contratti condizioni esecutive legate a esigenze sociali e ambientali.

Nonostante tali previsioni, il legislatore avrebbe potuto attribuire una maggiore centralità al principio dello sviluppo sostenibile nel nuovo Codice, sia nelle procedure di affidamento che nell'esecuzione dei contratti. La legge delega (l. 21 giugno 2022, n. 78) forniva un'ampia base per l'integrazione di criteri di responsabilità energetica e ambientale negli appalti pubblici, in linea con gli obiettivi dell'Agenda 2030 e del regolamento (UE) 2020/852. Tuttavia, l'approccio adottato appare meno incisivo rispetto alle aspettative di una disciplina più coraggiosa in materia di sostenibilità.

2). IL PUBLIC PROCUREMENT E LA PROMOZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NELL'UNIONE EUROPEA.²

L'evoluzione del public procurement in ambito europeo dimostra come gli appalti pubblici siano diventati uno strumento essenziale per la transizione verso un'economia sostenibile e climaticamente neutra. In questo scenario si inserisce anche la proposta di Direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, volta a rafforzare la responsabilità delle aziende nel mercato unico e a prevenire impatti negativi sull'ambiente e sui diritti umani.

Sebbene questa normativa non riguardi direttamente la regolamentazione della domanda pubblica, essa avrà un effetto indiretto sugli appalti pubblici, favorendo l'emergere di operatori economici sempre più attenti alla sostenibilità. Nel medio-lungo periodo, ciò consentirà alle pubbliche amministrazioni di rivolgersi a fornitori più preparati a rispondere alle esigenze di un public procurement verde e circolare.

Con l'entrata in vigore delle direttive del 2014, gli appalti pubblici hanno assunto un ruolo strategico nella politica economica degli Stati membri, diventando uno strumento per perseguire una pluralità di obiettivi oltre alla trasparenza e all'efficiente utilizzo dei fondi pubblici. Il public procurement è stato progressivamente considerato un mezzo per promuovere cambiamenti sociali e contribuire agli obiettivi di sviluppo sostenibile definiti dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

In particolare, gli appalti pubblici si configurano come strumenti per il raggiungimento di finalità orizzontali, ossia obiettivi di ampio respiro che attraversano diversi ambiti politici ed economici. Questo principio è stato riconosciuto e rafforzato dalla Commissione Europea nella comunicazione del 3 ottobre 2017, "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa", in cui si sottolinea l'importanza del passaggio da un approccio meramente amministrativo a una gestione strategica degli appalti pubblici.

Il Green Deal e gli appalti pubblici sostenibili

Un ulteriore sviluppo in questa direzione è avvenuto con il "Green Deal" del 2019, principale strumento programmatico dell'Unione Europea per la sostenibilità ambientale, integrato nella Strategia della Commissione per l'attuazione dell'Agenda

² Per tutti si veda A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino, A. La Chimia, Bologna, il Mulino, 2021, 73 ss.

2030. In questo contesto, gli appalti pubblici svolgono un ruolo chiave nel raggiungimento della neutralità climatica, attraverso l'adozione di criteri ambientali più stringenti.

Nel Piano di investimenti del Green Deal europeo, la Commissione ha previsto l'introduzione di criteri obbligatori minimi per gli appalti pubblici verdi (Green Public Procurement - GPP), che costituiranno un riferimento comune per tutti gli Stati membri. L'obiettivo è garantire che gli acquisti pubblici rispettino parametri ambientali definiti e contribuiscano alla raccolta di dati per monitorare l'impatto delle politiche sostenibili.

Nuove direttive e obblighi per le amministrazioni pubbliche

Le indicazioni contenute nel Green Deal hanno trovato applicazione concreta in diverse normative. Tra queste, la proposta di Direttiva sull'efficienza energetica (EED) enfatizza il ruolo esemplare del settore pubblico, estendendo gli obblighi di sostenibilità a tutte le amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori. L'art. 7 della proposta prevede che, per i contratti sopra una determinata soglia, gli Stati membri debbano garantire che gli enti pubblici acquistino esclusivamente prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica, applicando il principio "energy efficiency first".

Inoltre, la Direttiva prevede che le procedure di affidamento considerino aspetti sociali, ambientali e legati all'economia circolare, in particolare nel settore dei trasporti, per contribuire agli obiettivi di decarbonizzazione e riduzione dell'inquinamento. I criteri dell'Unione relativi agli appalti pubblici verdi diventeranno progressivamente vincolanti, sostenendo le amministrazioni nell'adozione di requisiti ambientali anche a livello regionale e locale.

Public procurement e transizione verso l'economia circolare

Il ruolo degli appalti pubblici nella transizione verso un'economia circolare è stato evidenziato nel nuovo Piano d'Azione per l'Economia Circolare, approvato nel marzo 2020. Questo documento rafforza le indicazioni del precedente Piano del 2015, sottolineando come gli appalti pubblici possano costituire un motore chiave per il passaggio da un modello economico lineare a uno circolare.

Per superare i limiti delle iniziative volontarie, che hanno avuto un impatto limitato, la Commissione si è impegnata a introdurre criteri obbligatori minimi per gli appalti pubblici verdi in diversi settori. Tra le misure proposte vi sono:

- l'introduzione di obblighi di comunicazione per monitorare l'uso degli appalti verdi,

- la promozione della formazione e diffusione di buone pratiche,
- il coinvolgimento degli acquirenti pubblici in iniziative specifiche per il clima e l'ambiente.

Più recentemente, la Commissione ha adottato un pacchetto di proposte per rendere i prodotti sostenibili la norma e incentivare modelli di business circolari. In particolare, la strategia per il tessile sostenibile prevede, entro il 2024, l'introduzione di criteri obbligatori che sostituiranno gli attuali sistemi volontari, come l'Ecolabel UE per i prodotti tessili.

3) DALL'APPROCCIO EUROUNITARIO "NON MANDATORY" ALL'APPROCCIO "MANDATORY" ACCOLTO DAL LEGISLATORE NAZIONALE

Come si è già evidenziato supra, le direttive europee del 2014 hanno adottato un approccio di tipo "non mandatory" in materia di criteri ambientali, sociali e di innovazione negli appalti pubblici. Tale scelta è stata esplicitata nel considerando 95 della Direttiva 2014/24/UE, laddove si afferma che non si è ritenuto "opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione" a causa delle sensibili differenze tra i vari settori e mercati. Di conseguenza, il quadro normativo delineato dalle direttive del 2014 ha lasciato agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nell'introduzione di requisiti ambientali e sociali negli appalti pubblici.

Tuttavia, negli anni più recenti, si è assistito a un progressivo cambiamento di prospettiva a livello eurounitario. Il legislatore europeo ha adottato un'impostazione più stringente per alcuni settori specifici, nei quali l'utilizzo di criteri ambientali e sociali è diventato obbligatorio. Tra questi settori, rientrano, ad esempio, quello dei mezzi di trasporto su gomma, quello delle attrezzature da ufficio, quello delle prestazioni energetiche negli edifici e quello dell'efficienza energetica. In tali ambiti, l'approccio seguito è stato di tipo "mandatory", segnando una discontinuità rispetto al quadro normativo precedente.

Tale evoluzione normativa ha generato un ampio dibattito dottrinale. Una parte della dottrina ha evidenziato come, nonostante la crescente attenzione verso il Green Public Procurement (GPP), permangano alcune incertezze in merito alla sua effettiva capacità di incidere sulla trasformazione verde, sui prezzi dei contratti e sull'impatto ambientale complessivo. A tal proposito, è stato sottolineato che il GPP non dovrebbe essere esteso in maniera indiscriminata a tutti i settori, bensì applicato prioritariamente a quelli il cui impatto ambientale potenziale risulti più significativo. Tale impostazione riflette la necessità di calibrare l'utilizzo di strumenti normativi vincolanti in funzione della loro reale efficacia e dei costi associati alla loro implementazione.

Di contro, un'altra parte della dottrina³ ha sostenuto la necessità di un passaggio generalizzato dall'attuale sistema volontario di applicazione del GPP a un modello di tipo

³ M. Cozzio, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for European Union*, in *International Community Law Rev.* 24, 2022, spec. 176, che sottolinea come detto approccio continui per il momento ad essere limitato ad alcuni settori.

"mandatory". Secondo questa prospettiva, l'obbligatorietà dei criteri ambientali negli appalti pubblici favorirebbe il mercato nella ricerca di soluzioni più sostenibili e stimolerebbe una maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti. Inoltre, la standardizzazione dei requisiti ambientali contribuirebbe a ridurre la frammentazione del mercato interno, abbattendo le asimmetrie informative tra amministrazioni e operatori economici, e rendendo più prevedibili le decisioni amministrative.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha recepito questo mutato contesto normativo senza discostarsi dall'approccio consolidato in precedenza. Pur non contenendo un numero elevato di disposizioni espressamente ricollegabili al circular public procurement o al sustainable public procurement, il legislatore ha confermato la tendenza a rendere "mandatory" i requisiti di sostenibilità ambientale per specifici prodotti e servizi, anche laddove le direttive europee non lo prevedessero espressamente.

Tale scelta trova fondamento nella discrezionalità riconosciuta agli Stati membri dalle direttive europee, che consente loro di introdurre requisiti ambientali più stringenti rispetto agli standard minimi fissati a livello unionale. In questo contesto, la disciplina dei Criteri Minimi Ambientali (CAM) ha assunto un ruolo centrale, imponendo vincoli precisi nella definizione del contenuto dei contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa più recente ha confermato questa impostazione, sottolineando che la ratio dell'obbligatorietà dei CAM risiede nella necessità di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo per la riduzione degli impatti ambientali, ma anche per la promozione di modelli di produzione e consumo più sostenibili e circolari, nonché per la diffusione dell'occupazione "verde".

A riprova della crescente rilevanza attribuita a tali strumenti normativi, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che la disciplina dell'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016 contribuisce a trasformare il contratto di appalto pubblico da semplice strumento di acquisizione di beni e servizi a mezzo per il perseguimento di politiche economiche più ampie. Questo orientamento riflette un mutamento di paradigma ormai consolidato, sia a livello eurounitario che nazionale, che vede gli appalti pubblici come strumenti strategici per il raggiungimento di obiettivi ambientali, sociali ed economici di lungo periodo.

4) IL RICONOSCIMENTO DI UNA MAGGIORE DISCREZIONALITÀ AI FUNZIONARI E DIRIGENTI DELLE STAZIONI APPALTANTI E LA PROMOZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

Uno degli aspetti fondamentali nella transizione verso un sistema di appalti pubblici maggiormente orientato alla sostenibilità ambientale è rappresentato dal riconoscimento di una maggiore discrezionalità ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti. L'attuale assetto normativo, infatti, pur riconoscendo un'ampia discrezionalità ai funzionari e dirigenti delle stazioni appaltanti, non garantisce un'effettiva promozione della sostenibilità ambientale. Sarebbe dunque necessario prevedere meccanismi normativi più stringenti che obblighino le amministrazioni pubbliche a includere obiettivi ambientali nei bandi di gara, contribuendo così alla realizzazione di un sistema di appalti pubblici sempre più sostenibile e strategicamente orientato alla tutela dell'ambiente.

La capacità di adottare un approccio basato sul *sustainable procurement* dipende in larga misura dall'adeguata formazione e qualificazione professionale del personale coinvolto. Infatti, solo un personale altamente qualificato può essere in grado di prendere decisioni strategiche consapevoli, che vanno dalla fase programmatoria all'individuazione dei bisogni da soddisfare, fino alla progettazione delle procedure di aggiudicazione e alla definizione dell'oggetto dei contratti.

In questa prospettiva, assume particolare rilievo l'art. 2, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, che sancisce il "principio della fiducia", il quale valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il "principio del risultato". L'interazione tra questi due principi implica il riconoscimento di un'ampia discrezionalità ai dirigenti pubblici, il cui operato deve estendersi lungo l'intero ciclo di vita del contratto pubblico, come definito nell'Allegato I.1 del nuovo Codice.

Rispetto al previgente Codice del 2016, la nuova normativa ha compiuto un significativo passo in avanti nell'adozione della logica del ciclo di vita, che ora investe l'intero processo di gestione del contratto, anziché limitarsi alla prestazione oggetto dell'accordo. Il nuovo Codice, in particolare, prevede la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici (art. 21), articolandolo in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione. Tale approccio consente una maggiore attenzione anche alla

fase esecutiva, che spesso viene trascurata in relazione agli aspetti di sostenibilità ambientale.

L'ampliamento della discrezionalità decisionale riconosciuta ai funzionari e dirigenti delle stazioni appaltanti porta con sé la responsabilità di definire le modalità e le misure che possano orientare i contratti pubblici verso obiettivi di maggiore sostenibilità. Questo significa che gli operatori economici coinvolti negli appalti dovrebbero essere incentivati a proporre soluzioni che minimizzino o annullino i danni ambientali, producendo benefici non solo per la stazione appaltante, ma anche per la collettività.

Tuttavia, il riconoscimento della discrezionalità decisionale, se non accompagnato da obblighi normativi chiari, rischia di tradursi in un esercizio non orientato alla promozione della sostenibilità ambientale. Il nuovo Codice, infatti, non prevede espressamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di definire obiettivi di sostenibilità ambientale, se non nei casi in cui ciò sia imposto da un decreto ministeriale contenente i Criteri Ambientali Minimi (CAM). Questo potrebbe determinare una scarsa applicazione delle misure rivolte alla promozione della sostenibilità, con il rischio di vanificare le potenzialità offerte dalla maggiore discrezionalità concessa ai funzionari pubblici.

Alla luce di quanto sopra, sarebbe auspicabile l'introduzione di un obbligo normativo che imponga alle stazioni appaltanti di specificare, fin dalla fase di programmazione e progettazione, i risultati attesi in termini di sostenibilità ambientale. Questo potrebbe avvenire attraverso l'introduzione di target chiari e misurabili, la cui realizzazione possa essere verificata nel corso dell'intero ciclo di vita del contratto.

Un esempio interessante, in tal senso, è rappresentato dall'approccio "comply or explain", già adottato dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, il quale prevede che le stazioni appaltanti inseriscano specifiche clausole volte alla promozione di obiettivi sociali, a meno che non vi siano ragioni giustificate per non farlo. Un meccanismo simile potrebbe essere introdotto nel Codice dei contratti pubblici per quanto riguarda la sostenibilità ambientale, imponendo alle stazioni appaltanti l'obbligo di individuare criteri premianti o requisiti obbligatori in materia di sostenibilità, salvo adeguata motivazione in caso di deroga.

5) SOSTENIBILITÀ E INNOVAZIONE NEI CONTRATTI PUBBLICI.

La dottrina⁴ ha posto in evidenza come gli appalti verdi (*Green Public Procurement - GPP*) possano rappresentare un elemento di traino per l'innovazione, in particolare per lo sviluppo di tecnologie, prodotti e servizi che siano ecologicamente sostenibili e rispettosi dell'ambiente. In questo contesto, i contratti pubblici assumono un ruolo strategico nella promozione della sostenibilità, soprattutto quando sono orientati al conseguimento degli obiettivi fissati dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Maggiore è il ricorso a contratti pubblici finalizzati alla sostenibilità, tanto più si rende necessario il loro utilizzo come strumenti per favorire soluzioni innovative. In tale prospettiva, si assiste a un processo di interconnessione tra la spinta all'innovazione e l'integrazione di criteri ambientali nei contratti pubblici, così da favorire concretamente l'innovazione attraverso le procedure di appalto⁵.

D'altra parte, nonostante la crescente attenzione rivolta al tema, la letteratura scientifica ha evidenziato la carenza di studi approfonditi su alcuni aspetti rilevanti della materia. In particolare, rimangono ancora inesplorati i possibili effetti della struttura organizzativa delle stazioni appaltanti sulla capacità di promuovere innovazione e sostenibilità. È stato ipotizzato che la dimensione e l'efficienza organizzativa delle stazioni appaltanti possano incidere significativamente sul grado di innovazione generato, nonché sui benefici di carattere produttivo derivanti dall'adozione di soluzioni innovative.

Un ulteriore elemento di interesse risiede nel rapporto tra settore pubblico e settore privato. Il settore privato tende, infatti, a seguire l'esempio del settore pubblico, adattando i propri processi e prodotti alle nuove esigenze del mercato. Quando il settore pubblico incentiva la transizione verso modelli produttivi più circolari e sostenibili, la domanda di soluzioni innovative risulta essere il principale motore di cambiamento. Tuttavia, non sempre gli appalti verdi portano automaticamente a un'innovazione nei prodotti e nei processi: è necessario che vi sia una chiara integrazione tra criteri ambientali e aspetti innovativi per ottenere un impatto positivo effettivo.

⁴ Si veda ex multis: S. Alvarez, A. Rubicon, *Carbon footprint in Green Public Procurement: a case study in the services sector*, in *Journal of Cleaner Production*, 93, 2015, 159 s.

⁵ J-B Auby, Conclusioni, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 133, che distingue tra «l'innovazione attraverso gli appalti pubblici e l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici».

Uno studio recente⁶ ha messo in luce come gli appalti verdi, in particolare quando assegnati a piccole e medie imprese, possano favorire lo sviluppo di prodotti innovativi dal punto di vista ambientale. La domanda pubblica diventa quindi un driver fondamentale dell'innovazione ambientale, stimolando la creazione di nuove soluzioni tecnologiche e di processo. In un'ottica strategica, le stazioni appaltanti non solo rispondono alle proprie esigenze operative attraverso l'acquisto di beni e servizi innovativi, ma contribuiscono anche al perseguimento di obiettivi più ampi, quali la tutela ambientale e la sostenibilità.

Tale approccio si riflette anche nella disciplina delle procedure di acquisto innovativo, come il partenariato per l'innovazione e gli appalti precommerciali. Questi strumenti consentono di integrare gli obiettivi di sostenibilità già nelle fasi iniziali di ricerca e sviluppo, favorendo la creazione di beni e servizi che siano "sustainable by default", ossia intrinsecamente conformi ai principi dello sviluppo sostenibile.. L'idea di una relazione bidirezionale tra innovazione e sostenibilità è stata riconosciuta anche dal legislatore eurounitario del 2014, il quale ha sottolineato la correlazione tra flessibilità nella pianificazione dei processi di acquisto e incentivazione dell'innovazione.

Secondo la Commissione europea, l'adozione di un approccio funzionale da parte delle stazioni appaltanti permette di introdurre maggiore flessibilità nelle procedure, lasciando più spazio al mercato per innovare e proporre soluzioni efficaci, con una conseguente riduzione dei costi e dell'impiego di risorse. In particolare, la Comunicazione della Commissione sugli orientamenti in materia di appalti per l'innovazione ha evidenziato due aspetti chiave: da un lato, le specifiche tecniche descrittive tendono a limitare la capacità del mercato di proporre soluzioni innovative; dall'altro, la definizione di requisiti funzionali lascia agli operatori economici maggiore libertà nella scelta delle modalità più efficaci per conseguire il risultato atteso, riducendo il rischio di offerte di qualità mediocre..

Ne deriva che un modello di approvvigionamento pubblico orientato alla flessibilità, fondato sulla definizione di obiettivi e requisiti funzionali, può stimolare l'offerta di soluzioni innovative sia in termini di prodotti sia di processi. Tuttavia, per garantire il successo degli appalti innovativi, è essenziale prevedere strumenti di sostegno adeguati,

⁶ B. Krieger, V. Zipperer, *Does Green Public Procurement Trigger Environmental Innovations ?*, in SSRN Electronic Journal, 2021, spec. 24.

tra cui finanziamenti specifici destinati alle stazioni appaltanti, come evidenziato dalla Commissione europea..

In conclusione, il rapporto tra sostenibilità e innovazione nei contratti pubblici assume una rilevanza sempre maggiore nel contesto delle politiche di procurement europee. L'integrazione di criteri ambientali e innovativi negli appalti pubblici non solo consente di promuovere un modello di sviluppo più sostenibile, ma costituisce anche uno strumento strategico per indirizzare il mercato verso soluzioni tecnologicamente avanzate e a ridotto impatto ambientale. La sfida principale resta quella di garantire un'adeguata combinazione tra innovazione, sostenibilità e flessibilità procedurale, così da massimizzare i benefici derivanti dalle politiche di appalto pubblico.

L'assenza di un riferimento esplicito al principio dello sviluppo sostenibile e alla tutela dell'ambiente nelle disposizioni relative ai principi del nuovo Codice dei contratti appare di difficile comprensione. Tale mancanza risulta ancor più sorprendente se si considera il chiaro dettato normativo dell'art. 30, comma 1, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, nonché il ruolo di primaria importanza che tali principi rivestono a livello eurounitario⁷. Il principio dello sviluppo sostenibile e quello della tutela ambientale sono infatti caratterizzati da una valenza orizzontale e di "carattere generale", che non si esaurisce nel settore dei contratti pubblici, ma si estende a numerose politiche e normative dell'Unione Europea.

Di conseguenza, la mancata inclusione esplicita di tali principi tra quelli elencati negli articoli 1-11 del nuovo Codice dei contratti non può essere interpretata come un'esclusione degli stessi dall'ambito applicativo del settore in esame. Vi sono almeno due motivazioni fondamentali che supportano questa conclusione. In primo luogo, l'introduzione del principio dello sviluppo sostenibile nell'art. 3-quater del d.lgs. n. 152/2006 ne ha sancito l'integrazione all'interno del sistema giuridico amministrativo, elevandolo a principio generale dell'ordinamento.

⁷ Ciò non significa, tuttavia, che in determinati casi anche un approccio tecnico possa incentivare gli operatori economici a proporre soluzioni innovative. Si consideri, ad esempio, che nel Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement, allegato al d.m. 23 giugno 2022, cit., relativo ai CAM per l'affidamento del servizio di gestione ambientale, si specifica che «i criteri sulle caratteristiche tecniche di veicoli e attrezzature sono finalizzati non solo a ridurre l'impatto in fase di utilizzo e l'efficienza e l'efficacia del servizio, ma anche a sostenere l'innovazione e la competitività delle imprese che investono nel settore ambientale»

In secondo luogo, l'art. 12, comma 1, del nuovo Codice dei contratti, in qualità di norma di chiusura, prevede che, per quanto non espressamente disciplinato nel Codice stesso, si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241. Questa norma si riferisce non solo alle procedure di affidamento, ma anche alle attività amministrative collegate ai contratti pubblici, comprese la programmazione, la progettazione delle procedure di gara e la definizione dell'oggetto del contratto. Ne consegue che il principio dello sviluppo sostenibile, oltre a essere un principio fondamentale del diritto eurounitario, assume rilievo anche come principio generale dell'ordinamento italiano, vincolando l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. La sua portata si estende pertanto anche alle attività amministrative nel settore degli appalti pubblici, conferendo un effetto di "spill over" che ne rafforza l'applicabilità.

Da questa prospettiva, non si può ritenere che il quadro dei principi applicabili ai contratti pubblici sia mutato rispetto alla disciplina previgente del d.lgs. n. 50/2016, nonostante l'eliminazione della disposizione che consentiva alle stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità ad altri criteri, tra cui la promozione dello sviluppo sostenibile. Inoltre, alla luce della recente riforma degli artt. 9 e 41, commi 2 e 3, della Costituzione, appare innegabile che la sostenibilità ambientale sia ormai un principio cardine del nostro ordinamento giuridico. Tale principio deve pertanto essere considerato un criterio fondamentale con cui il legislatore ordinario è chiamato a bilanciare le libertà economiche, garantendo una regolamentazione equilibrata dell'attività economica.

Le nuove coordinate costituzionali delineano lo sviluppo sostenibile come una formula sintetica che impone di coniugare la crescita economica con la tutela ambientale. In questo contesto, lo sviluppo economico dovrebbe avvenire mediante l'iniziativa economica privata e le libertà economiche garantite dall'ordinamento eurounitario, minimizzando, o idealmente eliminando, gli impatti ambientali negativi, in conformità ai principi dell'economia circolare. Il principio di economicità, dunque, non può più essere considerato isolatamente, ma deve necessariamente essere interpretato alla luce del principio di sostenibilità ambientale.

Sotto un ulteriore profilo, l'abbinamento tra il principio della fiducia e quello del risultato, introdotto dal nuovo Codice dei contratti, sembra ampliare la discrezionalità riconosciuta ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti. Tale ampliamento potrebbe tradursi in una maggiore propensione alla promozione della sostenibilità ambientale attraverso la

definizione di obiettivi di risultato che incentivino gli operatori economici a garantire elevate performance ambientali, superando i requisiti minimi imposti dalla normativa vigente.

Questa maggiore discrezionalità potrebbe anche favorire l'individuazione di soluzioni più innovative, sia in termini di prodotti che di processi, con un impatto positivo sulla sostenibilità e sull'innovazione tecnologica. È opportuno considerare che non esiste un automatismo tra la progettazione di procedure di aggiudicazione di appalti verdi o circolari e l'effettiva adozione di soluzioni innovative da parte degli operatori economici. Pertanto, è essenziale che le stazioni appaltanti valutino con attenzione l'integrazione tra criteri ambientali e innovazione, per incentivare modelli di produzione e consumo più sostenibili e favorire la transizione verso un'economia circolare.

CAPITOLO 6
L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1) PREMESSA.

Quando si parla di contratti pubblici, si tende a focalizzarsi principalmente sulla fase di aggiudicazione, spesso dimenticando che l'esecuzione del contratto è altrettanto cruciale. La scelta del miglior contraente rappresenta solo il primo passo: è fondamentale anche assicurarsi che l'accordo venga rispettato in modo trasparente, efficace e conforme agli obiettivi prestabiliti. Un contratto ben strutturato non si esaurisce con la selezione del vincitore, ma richiede una gestione attenta e continua per garantire il rispetto degli impegni presi e la corretta erogazione dei servizi o la realizzazione delle opere previste. Questa riflessione emerge chiaramente se consideriamo la distinzione tra la fase di evidenza pubblica e quella esecutiva. Mentre la prima è caratterizzata da procedure competitive, criteri di valutazione e norme volte a garantire la parità di accesso e la trasparenza, la seconda si concentra sulla gestione operativa del contratto. Qui entrano in gioco aspetti come il monitoraggio dell'esecuzione, il rispetto delle tempistiche, la qualità delle prestazioni e la gestione di eventuali controversie o modifiche contrattuali.

Sottovalutare l'importanza della fase esecutiva può compromettere gli stessi principi di efficacia e legalità che guidano la fase di aggiudicazione. È quindi essenziale adottare strumenti di controllo adeguati, promuovere la trasparenza nelle relazioni contrattuali e garantire che le parti coinvolte operino nel rispetto delle regole stabilite. Solo così è possibile assicurare che gli obiettivi della contrattazione pubblica vengano pienamente raggiunti, evitando inefficienze, ritardi o abusi che potrebbero minarne l'efficacia complessiva.

La prima è caratterizzata dall'esercizio di poteri autoritativi e unilaterali da parte della stazione appaltante, mentre la seconda, salvo eccezioni, assume un carattere più paritario ed è regolata dal diritto privato. Questa distinzione è fondamentale per comprendere la natura dei contratti pubblici e privati e il diverso regime giuridico che li governa. Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 36/2023) ribadisce tale impostazione, riprendendo il principio già espresso dall'art. 30, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016. In particolare, viene confermato che, per quanto non disciplinato dal codice, si applicano le norme del Codice Civile (art. 12, comma 1, lett. b)). Questo richiamo sottolinea la volontà del legislatore di integrare la disciplina pubblicistica con quella privatistica, laddove possibile, garantendo un'applicazione armonica delle regole giuridiche.

Tuttavia, nonostante questa evidente impronta privatistica, la fase esecutiva dei contratti pubblici conserva alcune peculiarità rispetto ai contratti di diritto privato. Ad esempio, mentre in un contratto privato ordinario l'oggetto, il prezzo e il soggetto esecutore possono variare liberamente con il consenso delle parti, nei contratti pubblici questi elementi sono tendenzialmente immutabili. Tale rigidità trova la sua ratio nell'esigenza di prevenire che eventuali modifiche contrattuali possano costituire un mezzo per eludere le regole di evidenza pubblica e le procedure di gara. Questo principio è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza, tra cui il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza del 2 febbraio 2021, n. 976, e dalla Corte dei Conti, sez. contr., nella decisione del 5 marzo 2020, n. 24. Entrambe le pronunce evidenziano come la disciplina delle modifiche contrattuali nei contratti pubblici debba essere interpretata in maniera restrittiva per evitare distorsioni nel sistema degli appalti pubblici.

Inoltre, la differenza tra i due modelli contrattuali si riflette anche nel diverso grado di discrezionalità delle parti. Nei contratti di diritto privato, le parti godono di un'ampia autonomia contrattuale, che consente loro di rinegoziare e modificare le condizioni originarie del contratto sulla base delle loro esigenze e del mutare delle circostanze. Nei contratti pubblici, invece, questa libertà è fortemente limitata, in quanto le modifiche devono rientrare nei limiti previsti dalla normativa vigente e devono essere giustificate da ragioni di interesse pubblico. Il legislatore ha inteso così garantire la trasparenza e la correttezza dell'azione amministrativa, evitando che le modifiche contrattuali possano costituire una forma surrettizia di assegnazione diretta degli appalti.

Un altro aspetto distintivo riguarda i rimedi e le tutele previste in caso di inadempimento. Nei contratti privati, l'inadempimento di una delle parti può portare alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno, secondo le norme generali del Codice Civile. Nei contratti pubblici, invece, la stazione appaltante dispone di strumenti più incisivi per garantire il rispetto degli obblighi contrattuali. Ad esempio, può applicare penali, disporre la risoluzione per inadempimento con conseguente escussione della garanzia prestata dall'appaltatore o, in casi particolarmente gravi, segnalare l'inadempimento all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con possibili ripercussioni sull'affidabilità dell'operatore economico in future gare d'appalto.

I principi di trasparenza e parità di trattamento non si esauriscono nella fase di selezione dell'appaltatore, ma permeano anche l'esecuzione del contratto¹. Essi rappresentano valori fondamentali che devono essere garantiti in tutte le fasi della gestione degli appalti pubblici, contribuendo a rafforzare la fiducia nei confronti delle istituzioni e a promuovere un sistema equo e meritocratico.

Il D.lgs. n. 36/2023 ha cercato di colmare alcune lacune, dedicando alla fase esecutiva la Parte VI del Libro II (artt. 113-126) e aggiungendo cinque articoli per regolamentare l'esecuzione delle concessioni (artt. 188-192). Questo riordino normativo mira a garantire maggiore chiarezza e certezza giuridica, evitando frammentazioni legislative e favorendo un approccio sistematico e coerente nell'applicazione delle norme. La ridefinizione del quadro normativo permette, inoltre, di affrontare con maggiore efficacia le problematiche emergenti nel settore degli appalti pubblici, fornendo strumenti adeguati per prevenire controversie e inefficienze.

Tra le principali novità introdotte troviamo: l'art. 114 (ex art. 101) che individua i soggetti coinvolti nella fase esecutiva, specificando le professionalità necessarie per le stazioni appaltanti qualificate; l'art. 115 (ex art. 111) che disciplina le attività di direzione, controllo e contabilità; l'art. 116 (ex art. 102) che si occupa di collaudo e verifica di conformità. Le norme tecniche e descrittive sono invece raccolte negli Allegati 1.9 e 11.14, ai quali le norme codicistiche rinviano. Questo assetto normativo consente di definire in modo più preciso le responsabilità e i compiti degli operatori coinvolti, promuovendo una gestione più efficiente e trasparente dell'esecuzione contrattuale.

Storicamente, l'attenzione normativa si è concentrata sulla fase di selezione, nella convinzione che la tutela della concorrenza si esaurisse con la scelta del miglior offerente. Tuttavia, negli ultimi anni, questa visione è stata ampiamente criticata. Le direttive europee n. 24, 25 e 26 del 2014 hanno ampliato la regolamentazione della fase esecutiva, cercando di ridurre la separazione tra le due fasi. Queste direttive hanno evidenziato l'importanza di un controllo continuo durante l'intero ciclo di vita del contratto, al fine di garantire che le condizioni stabilite in sede di gara vengano effettivamente rispettate e che eventuali modifiche non compromettano la parità di trattamento e la concorrenza².

¹ Questo aspetto è stato sottolineato dalla dottrina, che ha evidenziato come la mancanza di vigilanza sulla fase esecutiva possa compromettere la concorrenza (F. Merloni, *"L'esecuzione del contratto pubblico tra diritto civile e diritto amministrativo"*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, p. 235).

² La dottrina ha evidenziato come anche la fase esecutiva possa rappresentare un rischio per la concorrenza, a causa di comportamenti elusivi messi in atto dopo la firma del contratto (G. Napolitano, *"L'evoluzione"*).

In linea con questa tendenza, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici introduce misure per garantire maggiore certezza nelle garanzie e trasparenza nelle varianti, nonché disposizioni più favorevoli per le imprese in tema di rinegoziazione, subentro, pagamenti e premi di accelerazione. Queste innovazioni mirano a creare un sistema più flessibile e reattivo, capace di rispondere con tempestività alle esigenze del mercato e di incentivare una maggiore efficienza operativa. Inoltre, vengono introdotti meccanismi di monitoraggio e verifica per prevenire eventuali abusi e garantire il rispetto degli obblighi contrattuali.

Dunque, è evidente che la regolamentazione della fase esecutiva dei contratti pubblici sta assumendo un ruolo sempre più centrale. L'efficienza degli appalti non si misura solo nella qualità delle gare, ma anche nella capacità di garantire che gli impegni assunti vengano rispettati con rigore e trasparenza. Un sistema di appalti ben strutturato non solo favorisce una gestione ottimale delle risorse pubbliche, ma contribuisce anche a prevenire fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione. La trasparenza e il controllo costante della fase esecutiva rappresentano, quindi, elementi imprescindibili per garantire il corretto funzionamento del settore degli appalti pubblici.

A tal proposito, il legislatore ha voluto rafforzare il ruolo degli organi di controllo e delle autorità di vigilanza, potenziando i meccanismi di segnalazione e intervento in caso di irregolarità. L'introduzione di strumenti digitali per la gestione e il monitoraggio degli appalti consente un maggiore livello di tracciabilità e riduce il rischio di opacità e abusi. Inoltre, la formazione e la qualificazione delle stazioni appaltanti rappresentano un altro pilastro fondamentale per migliorare l'efficacia del sistema, garantendo che gli operatori coinvolti dispongano delle competenze necessarie per affrontare le sfide connesse alla gestione degli appalti pubblici.

L'evoluzione della normativa sugli appalti pubblici testimonia un cambio di paradigma volto a valorizzare l'intero ciclo di vita del contratto, dalla selezione all'esecuzione. Il nuovo quadro normativo, attraverso un approccio più organico e integrato, rappresenta un passo avanti verso un sistema più equo, trasparente ed efficiente, in grado di rispondere alle esigenze della pubblica amministrazione e degli operatori economici. La sfida principale resta quella di garantire che le norme vengano applicate con coerenza e rigore,

del diritto dei contratti pubblici: profili critici e prospettive", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, p. 278).

al fine di massimizzare i benefici per la collettività e assicurare un utilizzo responsabile delle risorse pubbliche.

2) REQUISITI PER L'ESECUZIONE DELL'APPALTO.

Ai fini dell'esecuzione di un contratto d'appalto, la stazione appaltante ha la facoltà di richiedere all'operatore economico selezionato una serie di requisiti specifici, ritenuti necessari per la corretta prestazione del servizio o la realizzazione dell'opera. Questa facoltà si traduce nella possibilità di richiedere competenze, mezzi e attrezzature idonee, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento. L'obiettivo di questa prassi è garantire che l'operatore economico disponga delle risorse adeguate per adempiere agli obblighi contrattuali, assicurando così un'efficace esecuzione del servizio o dell'opera. Ciò significa che la stazione appaltante può stabilire criteri tecnici e operativi specifici che il soggetto aggiudicatario deve soddisfare, tenendo conto della natura e della complessità dell'appalto.

La giurisprudenza ha chiarito la differenza tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, evidenziando che i primi riguardano la qualificazione dell'operatore per l'accesso alla gara, mentre i secondi sono riferibili agli elementi propri della fase esecutiva del contratto. Il Consiglio di Stato ha ribadito che i requisiti di esecuzione riguardano i "mezzi strumentali, beni e attrezzature necessari all'adempimento dell'obbligazione contrattuale" (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1038), e vanno tenuti distinti dai requisiti di partecipazione, che attengono invece all'accesso alla gara e comprendono criteri di moralità professionale e qualificazione tecnica ed economica (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 590). Questa distinzione è essenziale per garantire il corretto svolgimento delle procedure di gara, evitando che requisiti di natura esecutiva vengano impropriamente utilizzati come ostacoli alla partecipazione. In tal modo, si assicura che il processo di selezione avvenga in maniera equa e conforme ai principi di concorrenza.

Ai fini dell'esecuzione di un contratto d'appalto, la stazione appaltante ha la facoltà di richiedere all'operatore economico selezionato una serie di requisiti specifici, ritenuti necessari per la corretta prestazione del servizio o la realizzazione dell'opera. Questa facoltà si traduce nella possibilità di richiedere competenze, mezzi e attrezzature idonee, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento. La previsione di tali requisiti è finalizzata a garantire che l'operatore economico possa rispondere adeguatamente alle esigenze dell'amministrazione, assicurando il raggiungimento degli

obiettivi prefissati dal contratto. A tal fine, la stazione appaltante può esigere documentazione e prove attestanti il possesso delle risorse necessarie per l'adempimento degli obblighi previsti.

La giurisprudenza ha chiarito la differenza tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, evidenziando che i primi riguardano la qualificazione dell'operatore per l'accesso alla gara, mentre i secondi sono riferibili agli elementi propri della fase esecutiva del contratto. Il Consiglio di Stato ha ribadito che i requisiti di esecuzione riguardano i "mezzi strumentali, beni e attrezzature necessari all'adempimento dell'obbligazione contrattuale" (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1038), e vanno tenuti distinti dai requisiti di partecipazione, che attengono invece all'accesso alla gara e comprendono criteri di moralità professionale e qualificazione tecnica ed economica (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 590). La distinzione tra questi due ambiti è fondamentale per evitare confusione nell'applicazione delle norme e garantire che ogni requisito sia richiesto nella fase appropriata del processo di gara. In questo modo, si tutela sia la corretta concorrenza tra gli operatori economici sia la qualità e l'efficacia dell'esecuzione contrattuale.

L'art. 113 del d.lgs. n. 36/2023 disciplina i requisiti per l'esecuzione del contratto, riprendendo sostanzialmente l'art. 100 del previgente d.lgs. n. 50/2016. Tale norma stabilisce i criteri e le condizioni che devono essere rispettati affinché il contratto possa essere eseguito in conformità alla legge vigente. Il legislatore ha dunque mantenuto un impianto normativo analogo a quello precedente, garantendo continuità nella regolamentazione delle modalità di esecuzione contrattuale nell'ambito degli appalti pubblici.

In particolare, la norma riconosce alla stazione appaltante la facoltà di imporre specifiche condizioni di esecuzione. Tali condizioni possono riguardare diversi aspetti dell'esecuzione del contratto, tra cui l'inclusione di requisiti ambientali, sociali o legati alla tutela del lavoro. Tuttavia, è imprescindibile che tali condizioni rispettino i principi fondamentali di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Questi principi trovano un solido fondamento normativo nell'art. 70 della direttiva 2014/24/UE e nell'art. 87 della direttiva 2014/25/UE, che impongono agli Stati membri di garantire che eventuali prescrizioni aggiuntive non creino ingiustificate disparità di trattamento tra gli operatori economici.

Di conseguenza, la stazione appaltante, pur godendo di una certa discrezionalità nell'imposizione di condizioni specifiche, deve sempre assicurare che esse non diventino uno strumento di discriminazione o un ostacolo alla concorrenza. L'obiettivo è quello di conciliare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto con la necessità di garantire un accesso equo e trasparente agli operatori economici. In questo senso, l'art. 113 del d.lgs. n. 36/2023 rappresenta un punto di equilibrio tra il bisogno di fissare regole certe per l'esecuzione degli appalti pubblici e l'obbligo di conformarsi ai principi e agli orientamenti del diritto dell'Unione Europea.

Negli ultimi anni, il legislatore ha posto un'attenzione crescente alle esigenze sociali e ambientali, riconoscendo la loro fondamentale importanza nel quadro normativo e operativo. Questo orientamento si è già manifestato nell'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016, che ha sancito la necessità di integrare considerazioni di sostenibilità all'interno del sistema degli appalti pubblici. Tale impostazione è stata ulteriormente rafforzata con l'introduzione della l. n. 78/2022, la quale, all'art. 1, lett. f), stabilisce un preciso obbligo per le amministrazioni pubbliche di adottare misure volte a garantire la sostenibilità ambientale degli appalti. Questo obbligo è in linea con il Regolamento (UE) 2020/852, che definisce il quadro giuridico per favorire la transizione ecologica e l'adozione di criteri ambientali rigorosi nelle politiche di spesa pubblica.

L'impatto di tali disposizioni si concretizza in diversi ambiti operativi. Innanzitutto, vi è l'inserimento obbligatorio di criteri ambientali minimi (CAM) nei bandi di gara e nei contratti pubblici, con lo scopo di ridurre l'impronta ecologica delle opere e dei servizi acquistati dalla Pubblica Amministrazione. Inoltre, la normativa promuove con forza gli investimenti pubblici ecosostenibili, incentivando soluzioni che rispettino elevati standard ambientali e che contribuiscano al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione e di efficienza energetica. A ciò si aggiunge l'implementazione di sistemi avanzati di monitoraggio degli obiettivi energetico-ambientali, volti a garantire la trasparenza e l'efficacia delle politiche di sostenibilità. Questi strumenti di controllo permettono di verificare l'impatto effettivo delle misure adottate e di apportare eventuali correttivi per massimizzare i benefici ambientali e sociali delle iniziative pubbliche.

Tale approccio è stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, come evidenziato nella sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. II, 10 giugno 2021, n. 6789, che ha ribadito la centralità della sostenibilità ambientale negli appalti pubblici. In questa

pronuncia, il tribunale ha sottolineato come l'adozione di criteri ecologici non sia una semplice raccomandazione, ma un obbligo giuridico vincolante per tutte le amministrazioni pubbliche. L'obiettivo finale è quello di garantire che le risorse pubbliche vengano impiegate in modo responsabile, contribuendo alla tutela dell'ambiente e al miglioramento della qualità della vita delle generazioni presenti e future.

Dal punto di vista sociale, la normativa vigente, e in particolare la legge (art. 1, lett. h), l. n. 78/2022), si pone come un importante strumento di tutela e promozione dell'inclusione lavorativa. Essa prevede espressamente la possibilità di riservare l'accesso alle gare pubbliche a quegli operatori economici che dimostrano un impegno concreto nell'assunzione e nella valorizzazione professionale di persone appartenenti a categorie svantaggiate. Si tratta di una misura significativa che mira a garantire non solo un'effettiva integrazione nel mercato del lavoro di tali soggetti, ma anche a promuovere una cultura aziendale orientata alla responsabilità sociale e all'inclusione.

Inoltre, la medesima disposizione legislativa introduce un obbligo preciso per le amministrazioni pubbliche e gli enti appaltanti: quello di inserire nei bandi di gara specifiche clausole sociali. Queste clausole sono finalizzate a perseguire tre obiettivi fondamentali. In primo luogo, devono assicurare la stabilità occupazionale dei lavoratori impiegati nell'appalto, contrastando il fenomeno della precarietà e della discontinuità lavorativa. In secondo luogo, devono garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di riferimento, così da tutelare i diritti economici e normativi dei lavoratori coinvolti. Infine, devono promuovere attivamente l'inclusione lavorativa delle categorie protette, assicurando nel contempo il rispetto delle pari opportunità tra i lavoratori, indipendentemente dal genere, dall'età o da altre condizioni personali e sociali. Questa normativa si inserisce in un contesto più ampio di politiche sociali ed economiche finalizzate a rendere il mercato del lavoro più equo e inclusivo. L'applicazione di tali principi è stata ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa, come evidenziato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione III, del 17 maggio 2022, n. 3795. In questa pronuncia, il giudice amministrativo ha sottolineato l'importanza dell'introduzione delle clausole sociali nei bandi di gara, riconoscendone il ruolo centrale nella tutela dei lavoratori e nella promozione della coesione sociale.³

³ La dottrina ha sottolineato come il nuovo impianto normativo rafforzi il ruolo delle condizioni di esecuzione quale strumento di attuazione delle politiche pubbliche. Secondo A. Sandulli, le condizioni esecutive si configurano come un'ulteriore estensione del principio di buon andamento dell'azione

In definitiva, la legge n. 78/2022 rappresenta un passo significativo nella direzione di un sistema di appalti pubblici più responsabile e orientato alla solidarietà sociale. La riserva di accesso per gli operatori economici impegnati nell'inclusione lavorativa e l'obbligo di clausole sociali nei bandi non sono solo strumenti normativi, ma veri e propri mezzi per promuovere un cambiamento culturale nelle dinamiche del lavoro e nelle politiche di impiego.

L'effettiva attuazione di queste misure rappresenta una sfida per tutti gli attori coinvolti, ma al contempo un'opportunità per costruire un mercato del lavoro più inclusivo e rispettoso delle esigenze delle fasce più deboli della popolazione.

Ad ogni modo, la disciplina dei requisiti di esecuzione assume oggi un rilievo strategico nella regolazione dei contratti pubblici, consentendo alle amministrazioni di perseguire obiettivi ambientali e sociali senza compromettere la concorrenza. La giurisprudenza ha confermato la legittimità di tali condizioni, purché ancorate ai principi del diritto europeo e adeguatamente motivate.

amministrativa, consentendo alle stazioni appaltanti di promuovere obiettivi di interesse generale (A. Sandulli, *I contratti pubblici nel diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2023, p. 245). Analoga posizione è espressa da M. Clarich, secondo cui l'evoluzione normativa riflette l'esigenza di superare una concezione meramente procedurale dell'appalto, valorizzando il suo impatto sociale ed economico (M. Clarich, *Il diritto degli appalti pubblici: principi e regole*, Il Mulino, 2022, p. 310).

3) DIREZIONE DEI LAVORI E DELL'ESECUZIONE. IL RUP E I SUOI COLLABORATORI.

Nella fase di esecuzione di un contratto pubblico, diverse figure professionali svolgono un ruolo cruciale nel dirigere, verificare e controllare l'esecuzione dei lavori, dei servizi e delle prestazioni. L'obiettivo principale di tali attività è garantire la piena conformità alle condizioni contrattuali, alle normative di settore e alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici. La corretta esecuzione di un contratto pubblico richiede, infatti, un'attenta supervisione, il rispetto delle tempistiche previste e il mantenimento di standard qualitativi adeguati. Per questo motivo, è necessario che le figure professionali coinvolte operino in maniera coordinata, ciascuna secondo le proprie competenze, affinché il contratto venga portato a termine in modo efficiente e nel rispetto delle regole stabilite.

Figura centrale della fase di esecuzione è il Responsabile Unico del Procedimento (RUP), incaricato della direzione dell'esecuzione dei contratti pubblici, siano essi relativi a lavori, servizi o forniture. Il suo compito è di fondamentale importanza, poiché comprende sia la gestione del contratto che il controllo sulla qualità delle prestazioni erogate (art. 114, comma 1, d.lgs. n. 36/2023). Per adempiere a tali funzioni, il RUP si avvale del supporto di figure specifiche, alle quali assegna compiti precisi, garantendone il corretto ed effettivo svolgimento delle attività richieste.

Tra le figure di supporto più rilevanti troviamo il direttore dell'esecuzione del contratto o il direttore dei lavori, il coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, che opera ai sensi del d.lgs. n. 81/2008, e il collaudatore o verificatore della conformità. Ognuno di questi professionisti svolge un ruolo chiave nell'assicurare che l'esecuzione del contratto avvenga secondo gli standard richiesti. Il direttore dei lavori, ad esempio, supervisiona direttamente le fasi operative, garantendo il rispetto del progetto e delle specifiche tecniche, mentre il collaudatore ha il compito di verificare che le prestazioni fornite siano conformi ai requisiti stabiliti dal contratto.

La necessità di un efficace coordinamento tra queste figure è ribadita dalla giurisprudenza amministrativa consolidata (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5432/2022). Secondo questa interpretazione, il RUP assume di norma anche l'incarico di direttore dell'esecuzione per i contratti di servizi e forniture, curandone il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile. Questa sovrapposizione di ruoli è prevista con l'obiettivo di rendere più

efficiente la gestione del contratto, riducendo i tempi di esecuzione e semplificando i processi di verifica.⁴

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento, la stazione appaltante, su proposta del Responsabile Unico del Procedimento (RUP), deve necessariamente designare un direttore dei lavori. Questa figura riveste un ruolo cruciale, essendo responsabile del coordinamento, della direzione e del controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto. Il direttore dei lavori garantisce il rispetto delle specifiche tecniche, delle tempistiche e delle modalità di esecuzione previste dal progetto approvato, assicurando che l'opera venga realizzata secondo i più elevati standard di qualità e conformità normativa.

Ai sensi dell'art. 114, comma 5, del decreto legislativo n. 36/2023, il direttore dei lavori può essere coadiuvato da un ufficio di direzione dei lavori, il quale può comprendere una serie di figure specialistiche. Tra queste, rientrano uno o più direttori operativi, ispettori di cantiere e altre professionalità previste nell'Allegato 1.9 del Codice. L'ufficio di direzione dei lavori ha la funzione di supportare il direttore dei lavori nello svolgimento delle sue attività, garantendo un monitoraggio costante dell'andamento dei lavori, la verifica della qualità delle opere realizzate e il controllo del rispetto delle normative vigenti.

Le funzioni e i compiti specifici del direttore dei lavori sono delineati in dettaglio nell'Allegato 11.14 del Codice, al quale rinvia l'art. 115⁵. Questo allegato fornisce una guida operativa per lo svolgimento delle attività di vigilanza e controllo, disciplinando le modalità di intervento del direttore dei lavori e del suo ufficio. Tra i principali compiti figurano la verifica della corretta esecuzione del progetto, la supervisione delle tempistiche di realizzazione, la gestione delle eventuali varianti in corso d'opera e la certificazione dello stato di avanzamento dei lavori.

Una delle innovazioni più significative introdotte dal decreto legislativo n. 36/2023 riguarda la disciplina dei contratti di importo non superiore a 1 milione di euro. Per questi

⁴ La dottrina ha più volte sottolineato l'importanza del ruolo del RUP nella fase di esecuzione, evidenziando come egli sia il fulcro di ogni decisione operativa, in grado di incidere significativamente sulla riuscita del contratto (G. Napolitano, *"Il ruolo del RUP nella contrattualistica pubblica"*, Cedam, 2021).

⁵ Come precisato dalla dottrina (F. Merloni, *"La direzione dei lavori nelle opere pubbliche"*, Il Mulino, 2020), il direttore dei lavori opera in autonomia per quanto riguarda il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'intervento, ricevendo tuttavia disposizioni di servizio dal RUP per garantire la regolarità delle opere.

appalti, qualora non vi siano lavori di particolare complessità o rischi di interferenze, il direttore dei lavori può, se in possesso delle necessarie qualifiche in materia di sicurezza, assumere anche il ruolo di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione (CSE). Questa possibilità consente una maggiore efficienza nella gestione della sicurezza dei cantieri, evitando la necessità di nominare una figura esterna e snellendo le procedure amministrative.

Tuttavia, nei casi di interventi più complessi o caratterizzati da un elevato livello di rischio, il Codice stabilisce espressamente l'obbligo di nominare un soggetto distinto per la funzione di CSE. Questa disposizione mira a garantire un elevato livello di sicurezza nei cantieri, evitando possibili conflitti di interesse tra il ruolo di direttore dei lavori e quello di coordinatore per la sicurezza. Infatti, la normativa conferma l'autonomia del CSE rispetto al direttore dei lavori e al RUP, sottolineando la necessità di una supervisione indipendente per la gestione dei rischi e delle misure di prevenzione.

Sul punto, il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione III n. 6814/2023, ha ulteriormente ribadito l'importanza della distinzione tra la figura del direttore dei lavori e quella del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione. Tale distinzione è fondamentale per garantire un controllo efficace delle condizioni di sicurezza nei cantieri, evitando situazioni di conflitto di competenze che potrebbero compromettere l'efficacia delle misure di prevenzione.

In sintesi, il nuovo quadro normativo delineato dal d.lgs. n. 36/2023 rafforza il ruolo del direttore dei lavori, chiarendone le funzioni e le responsabilità e introducendo una maggiore flessibilità nella gestione della sicurezza nei cantieri di importo ridotto. Allo stesso tempo, il legislatore ha voluto confermare l'autonomia e l'indipendenza del coordinatore per la sicurezza, garantendo un approccio più strutturato e rigoroso alla gestione della sicurezza nei lavori pubblici.

Il ruolo del direttore dei lavori, dunque, si configura come una figura centrale nel processo di realizzazione delle opere pubbliche, con responsabilità che spaziano dal controllo della qualità tecnica alla gestione della sicurezza. La possibilità di essere supportato da un ufficio di direzione dei lavori rafforza la capacità di supervisione e monitoraggio, mentre la normativa sulla sicurezza introduce un principio di flessibilità per i piccoli appalti, bilanciando esigenze operative e standard di sicurezza.

L'attenzione posta dal Codice sulla separazione dei ruoli tra direttore dei lavori e CSE conferma l'importanza di un sistema di vigilanza efficace, in grado di garantire il rispetto delle normative e la tutela dei lavoratori nei cantieri. Il Consiglio di Stato, con il suo pronunciamento, ha consolidato questo principio, fornendo un'interpretazione chiara che orienterà le future applicazioni del decreto.⁶

Un'importante novità introdotta dal Codice 2023 riguarda l'affidamento della direzione lavori. In base a quanto stabilito dall'art. 114, comma 6, le stazioni appaltanti che siano amministrazioni pubbliche devono conferire tale incarico ai propri dipendenti, salvo diversa previsione nel bando di gara. Questo principio si basa sull'idea di valorizzare le competenze interne alle amministrazioni, evitando costi aggiuntivi e garantendo un controllo più diretto sulle opere pubbliche. Tuttavia, qualora l'amministrazione non disponga del personale qualificato o sufficiente, oppure in presenza di lavori di particolare complessità tecnica, l'incarico può essere affidato a soggetti esterni seguendo le procedure previste dal Codice. Ciò garantisce flessibilità nella gestione degli appalti, permettendo di reperire le professionalità necessarie per garantire un'efficace supervisione del cantiere. Un ulteriore aspetto cruciale introdotto dal nuovo Codice è l'accento posto sulla digitalizzazione dei processi. In particolare, l'art. 115 stabilisce che la direzione, il controllo e la contabilità dei lavori debbano essere gestiti attraverso piattaforme digitali, come previsto dall'art. 25⁷. Questo obbligo risponde all'esigenza di migliorare la trasparenza e la semplificazione amministrativa, riducendo il rischio di errori e discrepanze nella gestione documentale e favorendo un monitoraggio in tempo reale dello stato di avanzamento delle opere. La digitalizzazione consente inoltre di integrare i dati con altri strumenti di gestione delle opere pubbliche, migliorando l'efficacia della pianificazione e dell'esecuzione degli interventi.

A tal proposito, è essenziale sottolineare che il Direttore dei Lavori (DL) svolge un ruolo chiave nella fase di esecuzione dell'opera pubblica. Egli è responsabile della supervisione tecnica e contabile del cantiere, assicurando che l'attività edilizia si svolga nel rispetto delle normative e dei vincoli contrattuali. Il suo operato si basa sulle disposizioni del

⁶ La dottrina ha sottolineato che questa scelta legislativa risponde alla necessità di migliorare la gestione della sicurezza nei cantieri, riducendo le sovrapposizioni di ruoli e responsabilità (L. Carbone, *"La sicurezza nei cantieri e il nuovo codice degli appalti"*, Giappichelli, 2023).

⁷ La digitalizzazione è stata ampiamente studiata in dottrina, evidenziandone i vantaggi in termini di efficienza e riduzione dei costi amministrativi (P. De Lise, *"Digitalizzazione e semplificazione nella contrattualistica pubblica"*, Maggioli, 2022).

D.Lgs. 50/2016, sulle Linee Guida ANAC e sulla giurisprudenza consolidata, che delineano il perimetro delle sue responsabilità. Questo ruolo implica un'attenta verifica della corretta esecuzione delle opere, sia in termini qualitativi che quantitativi, e la costante interfaccia con il Responsabile Unico del Procedimento (RUP) per segnalare eventuali problematiche e proporre soluzioni adeguate.

Uno dei principali compiti del DL è la verifica e l'accettazione dei materiali utilizzati nel cantiere. Egli deve accertarsi che i prodotti impiegati rispettino le normative tecniche nazionali ed europee (Norme UNI, EN, ISO) e che siano conformi alle specifiche tecniche del capitolato speciale d'appalto. Qualora i materiali risultino difformi o deteriorati, il DL ha il potere di respingerli e obbligare l'esecutore alla loro sostituzione senza alcun aggravio di spesa per la committenza, come sancito dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 gennaio 2021, n. 350)⁸. Solo una volta superati i controlli di qualità, i materiali possono essere accettati e impiegati nella realizzazione dell'opera, sempre subordinatamente al collaudo finale che ne attesta la corretta installazione e la conformità alle specifiche contrattuali.

Il DL non è soltanto un burocrate, ma un tecnico con una forte responsabilità nella gestione della qualità e della sicurezza del cantiere. Attraverso sopralluoghi regolari e verifiche documentali, egli supporta il RUP nella gestione dell'appalto, segnalando eventuali criticità o la necessità di modifiche contrattuali (cfr. TAR Lazio, sez. III, 20 marzo 2019, n. 3987). La sua attività è cruciale per prevenire ritardi ingiustificati e per garantire il rispetto dei tempi previsti dal cronoprogramma esecutivo⁹.

Un altro aspetto fondamentale del lavoro del DL è il controllo sugli obblighi contrattuali dell'impresa appaltatrice e degli eventuali subappaltatori. Mediante ispezioni in cantiere, egli verifica che le imprese subappaltatrici siano regolarmente autorizzate e che le prestazioni eseguite siano conformi alle norme contrattuali e di legge (D.Lgs. 50/2016, art. 105). Se emergono irregolarità, il DL può proporre la sospensione dei pagamenti all'esecutore fino alla risoluzione delle criticità (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 settembre 2022, n. 8023). Questo potere di controllo rappresenta uno strumento essenziale

⁸ M. Clarich, *Il ruolo del direttore dei lavori negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2020.

⁹ F. Caringella, *Manuale dei contratti pubblici*, Dike Giuridica, Roma, 2021.

per garantire che gli appalti pubblici vengano gestiti con rigore e trasparenza, evitando il rischio di frodi o il mancato rispetto degli obblighi contrattuali¹⁰.

Il DL ha anche la responsabilità di gestire le contestazioni tecniche e le riserve avanzate dall'impresa, attenendosi alle procedure previste nel capitolato d'appalto e nelle normative vigenti. Nei casi di sinistri o danni al cantiere, è tenuto a redigere una relazione dettagliata e trasmetterla al RUP per le necessarie valutazioni (cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2020, n. 7894)¹¹. Questo compito è fondamentale per garantire che ogni problematica venga gestita tempestivamente e in conformità con le disposizioni normative, evitando ritardi e possibili contenziosi con l'impresa esecutrice.

Inoltre, se i lavori vengono sospesi, il DL deve effettuare ispezioni periodiche per garantire la tutela delle opere realizzate e prevenire degradi o danni che possano compromettere la loro funzionalità (cfr. TAR Lombardia, sez. I, 5 ottobre 2018, n. 2241). Al termine dei lavori, il DL verifica l'effettivo completamento delle opere e rilascia il certificato di ultimazione, un documento essenziale per l'eventuale applicazione di penali in caso di ritardi o difformità e per la liquidazione del saldo contrattuale. Il suo ruolo, dunque, non si esaurisce con la conclusione dell'opera, ma si estende alla fase finale di verifica e collaudo, assicurando che l'intervento sia stato eseguito a regola d'arte e nel rispetto delle previsioni contrattuali¹².

Oltre agli aspetti tecnici, il Direttore dei Lavori (DL) svolge un ruolo cruciale nella gestione contabile dell'appalto, essendo responsabile del controllo contabile e della corretta gestione economica dell'opera. Attraverso la redazione di documenti ufficiali, quali il registro di contabilità e gli stati d'avanzamento lavori (SAL), egli garantisce la tracciabilità delle spese sostenute, il corretto utilizzo delle risorse pubbliche e la massima trasparenza nella gestione economica del cantiere. La normativa di riferimento (art. 14, D.M. 49/2018) stabilisce che il DL debba vigilare sulla regolare tenuta di tali documenti, assicurandosi che ogni operazione sia registrata in modo preciso e tempestivo.

Tutte le registrazioni contabili devono essere costantemente aggiornate e allineate con l'andamento reale dei lavori, evitando discrepanze che potrebbero compromettere la

¹⁰ L. Tarantino, *Il subappalto nei contratti pubblici: disciplina e prassi giurisprudenziale*, Maggioli, Rimini, 2019.

¹¹ G. Pericu, *Le riserve negli appalti pubblici*, Cedam, Padova, 2022.

¹² P. De Gioia Carabellese, *La sospensione e la risoluzione del contratto di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2021.

regolarità degli stati di avanzamento e causare ritardi nei pagamenti dovuti all'esecutore. L'importanza di tale obbligo è stata ribadita dalla giurisprudenza, che ha evidenziato come eventuali errori o mancanze possano generare contenziosi e compromettere la regolare prosecuzione dell'opera (cfr. Cass. Pen., sez. VI, 27 giugno 2017, n. 31357)¹³. In questo contesto, il DL assume un ruolo di garante della regolarità finanziaria dell'appalto, con la responsabilità di segnalare eventuali anomalie e adottare misure correttive tempestive.

Per quanto concerne l'esecutore dei lavori, la normativa impone che egli segua scrupolosamente le direttive del DL, senza la facoltà di sospendere o rallentare le attività autonomamente. Tale vincolo è finalizzato a garantire la continuità delle operazioni e il rispetto delle scadenze contrattuali. Tuttavia, l'esecutore ha la possibilità di presentare riserve in caso di contestazioni o divergenze, purché ciò avvenga secondo le modalità e i termini stabiliti dall'Allegato 11.14. Il mancato rispetto di tali prescrizioni comporta la decadenza del diritto di far valere le proprie istanze, rendendo necessaria una gestione attenta e tempestiva delle eventuali contestazioni.

A più riprese, la giurisprudenza amministrativa ha ribadito questo principio, sottolineando come le riserve debbano essere non solo formalizzate tempestivamente, ma anche articolate in modo circostanziato e dettagliato, affinché possano essere prese in considerazione nelle opportune sedi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 9123/2021). Questo approccio è volto a evitare controversie tardive che potrebbero rallentare l'esecuzione dei lavori e compromettere il corretto svolgimento dell'appalto¹⁴.

Un altro attore fondamentale nell'ambito dell'esecuzione dei contratti pubblici è il Direttore dell'Esecuzione (DE), il quale, analogamente al Direttore dei Lavori, assume un ruolo di primo piano nella gestione del contratto. La sua funzione non si esaurisce in un controllo meramente formale, ma si concretizza in un'attività operativa e decisionale volta a garantire il rispetto delle condizioni contrattuali e la corretta esecuzione delle prestazioni. La figura del DE è concepita per assicurare il buon andamento dell'appalto, monitorando la qualità delle prestazioni erogate e garantendo che ogni fase dell'esecuzione rispetti gli standard contrattuali.

Tra i compiti principali del DE rientra il monitoraggio continuo della qualità e dell'efficienza delle prestazioni fornite dall'esecutore. Tale controllo non si limita alla

¹³ A. Fiorentino, *Contabilità e controllo economico negli appalti pubblici*, IPSOA, Milano, 2023.

¹⁴ Garofoli R., *Manuale dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023.

mera verifica documentale, ma si estende a un'analisi sostanziale che include diversi aspetti chiave: la conformità delle forniture e dei servizi agli standard qualitativi previsti (art. 101, D.lgs. 36/2023); il rispetto delle tempistiche contrattualmente stabilite; l'efficacia e l'impatto delle prestazioni in relazione agli obiettivi del contratto; l'aderenza alle normative ambientali, sociali e in materia di lavoro (art. 30, D.lgs. 50/2016)¹⁵.

L'attività del Direttore dell'Esecuzione non è puramente di controllo, ma assume una valenza attiva e propositiva, finalizzata alla tempestiva individuazione di eventuali criticità e alla segnalazione delle stesse al Responsabile Unico del Procedimento (RUP). L'obiettivo è quello di prevenire situazioni di inadempienza che potrebbero condurre all'applicazione di penali o, nei casi più gravi, alla risoluzione del contratto (Cons. Stato, sent. n. 2750/2022). La giurisprudenza ha più volte evidenziato come il DE non possa limitarsi a un ruolo passivo di supervisione, ma debba adottare un atteggiamento proattivo, segnalando anomalie e intervenendo laddove necessario per garantire il corretto svolgimento dell'appalto.

Infine, la corretta interazione tra il Direttore dei Lavori, il Direttore dell'Esecuzione e gli altri soggetti coinvolti nella gestione dell'appalto risulta essenziale per il buon esito dei lavori pubblici. Il coordinamento tra tali figure deve avvenire nel rispetto dei principi di efficienza, economicità e trasparenza, affinché ogni fase dell'esecuzione contrattuale possa procedere senza intoppi. La normativa vigente attribuisce a ciascuno di questi attori specifiche responsabilità, il cui mancato adempimento può tradursi in conseguenze giuridiche e amministrative.

L'avvio dell'esecuzione del contratto rappresenta un momento cruciale, in cui il Direttore dell'Esecuzione fornisce all'esecutore tutte le indicazioni operative necessarie¹⁶. Questo passaggio segna l'inizio effettivo delle attività e stabilisce il quadro operativo per la loro corretta esecuzione. In questa fase: Si redige un verbale di avvio, firmato anche dall'esecutore, che formalizza l'inizio delle attività e stabilisce i parametri di riferimento per lo svolgimento delle operazioni. Nel caso di esecuzione anticipata, vengono specificate le condizioni, le modalità e i rimborsi previsti per garantire la corretta gestione amministrativa e finanziaria del contratto. Si chiariscono gli aspetti organizzativi per garantire un flusso di lavoro regolare e conforme agli accordi contrattuali, assicurando il

¹⁵ Clarich M., *Diritto Amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2022.

¹⁶ Caringella F., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Dike, Roma, 2023.

rispetto delle tempistiche e delle specifiche tecniche previste dal contratto (Cons. Stato, sent. n. 4801/2020). Il Direttore dell'Esecuzione ha il compito di verificare che l'esecutore e gli eventuali subappaltatori rispettino gli obblighi derivanti dal contratto. Questa attività di verifica comprende: Il controllo sulla regolarità contributiva e il rispetto delle normative in materia di lavoro, garantendo che tutti i soggetti coinvolti operino in conformità con le leggi vigenti. L'analisi della documentazione e delle attestazioni di conformità (art. 105, D.lgs. 50/2016), verificando la correttezza formale e sostanziale delle dichiarazioni fornite. La verifica dell'adempimento degli obblighi ambientali e di sicurezza sul lavoro, assicurando che le attività si svolgano nel rispetto delle normative in materia di tutela ambientale e prevenzione dei rischi per la salute dei lavoratori.

In caso di problematiche nell'esecuzione del contratto, il Direttore dell'Esecuzione ha il compito di gestire le contestazioni e le riserve presentate dall'esecutore. La giurisprudenza (TAR Lazio, sent. n. 132/2021) ha chiarito che una gestione inefficace delle contestazioni può portare a conseguenze economiche negative per la stazione appaltante, aumentando i rischi di contenzioso e ritardi nell'esecuzione.

Le modifiche al contratto sono spesso inevitabili, ma devono essere attentamente valutate. Il Direttore dell'Esecuzione può proporre al RUP eventuali variazioni, motivandole con una relazione tecnica dettagliata (art. 106, D.lgs. 50/2016). Inoltre, ha la facoltà di disporre modifiche di dettaglio che non incidano sull'importo contrattuale, garantendo comunque la coerenza delle prestazioni e la continuità operativa.

Qualora si renda necessaria una sospensione dell'esecuzione, il Direttore dell'Esecuzione deve redigere un verbale in cui indica chiaramente le cause e le responsabilità della sospensione. Questo documento ha il compito di certificare ufficialmente i motivi dell'arresto delle attività e fornire un quadro chiaro per la ripresa successiva. Una volta risolte le criticità, egli deve coordinare la ripresa delle attività, aggiornando il termine contrattuale e garantendo il rispetto delle nuove scadenze stabilite (Cons. Stato, sent. n. 3215/2019).

Nell'eventualità di sinistri, il Direttore dell'Esecuzione deve intervenire tempestivamente per garantire il rispetto delle coperture assicurative e minimizzare le conseguenze economiche e operative. Questo intervento tempestivo è fondamentale per ridurre al minimo le perdite e garantire una corretta gestione dei sinistri. Secondo la giurisprudenza (TAR Campania, sent. n. 275/2020), una gestione inefficace dei sinistri può comportare

responsabilità dirette anche per la stazione appaltante, con possibili implicazioni economiche e legali.

Una volta concluse le attività contrattuali, il Direttore dell'Esecuzione accerta l'ultimazione delle prestazioni in contraddittorio con l'esecutore e redige il certificato di ultimazione, trasmettendolo al RUP per il rilascio della copia conforme (art. 102, D.lgs. 50/2016). Questo passaggio rappresenta la formalizzazione della conclusione del contratto e la certificazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi previsti.

L'intero processo di esecuzione del contratto, dalla sua fase iniziale fino alla chiusura, richiede un costante monitoraggio e una gestione attenta da parte del Direttore dell'Esecuzione, il cui ruolo è essenziale per il corretto svolgimento delle attività e per la prevenzione di eventuali criticità operative e amministrative. La sua azione deve essere improntata alla massima trasparenza e all'efficienza, garantendo che tutte le fasi del contratto siano eseguite in conformità con le disposizioni normative e le clausole contrattuali previste.

La gestione contabile non è un aspetto secondario, ma rappresenta un elemento fondamentale per garantire la trasparenza, la correttezza e la regolarità dell'esecuzione di un contratto pubblico. Il Direttore dell'Esecuzione ha la responsabilità di assicurarsi che ogni spesa connessa all'esecuzione del contratto sia documentata in modo dettagliato, preciso e tempestivo. Questo implica una scrupolosa tenuta della contabilità, il monitoraggio costante dei costi sostenuti e la verifica puntuale delle fatturazioni emesse dai fornitori e dagli appaltatori.

Un'adeguata gestione contabile consente non solo di rispettare le normative vigenti, ma anche di prevenire irregolarità e garantire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche. Il Direttore dell'Esecuzione, pertanto, deve adottare procedure rigorose per il controllo della documentazione contabile, assicurandosi che ogni spesa sia debitamente registrata e giustificata, come previsto dall'articolo 113-bis del Decreto Legislativo 50/2016.

Sottovalutare l'importanza della gestione contabile può comportare criticità significative, con il rischio di inefficienze, ritardi nei pagamenti e possibili sanzioni. Per questo motivo, è essenziale che il Direttore dell'Esecuzione operi con la massima attenzione, garantendo un flusso informativo chiaro e trasparente tra tutti gli attori coinvolti nell'esecuzione del contratto. La corretta applicazione delle procedure contabili non solo tutela l'amministrazione pubblica, ma rafforza anche la fiducia nei confronti dei fornitori e degli

appaltatori, promuovendo una gestione responsabile e conforme alle disposizioni normative.

In definitiva, la contabilità non deve essere considerata un mero adempimento burocratico, ma uno strumento essenziale per garantire il buon andamento dell'appalto, l'ottimizzazione delle risorse e il rispetto dei principi di legalità e trasparenza. Il Direttore dell'Esecuzione svolge un ruolo chiave in questo processo, assicurando che ogni passaggio contabile sia gestito con la massima precisione, nell'interesse dell'ente pubblico e della collettività.

4) IL COLLAUDO E LA VERIFICA DI CONFORMITÀ.

Il collaudo dei lavori e la verifica di conformità dei servizi e delle forniture non sono semplici formalità burocratiche, ma momenti cruciali nel ciclo di vita di un contratto pubblico. La loro funzione principale è garantire che l'oggetto contrattuale - prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative - sia stato effettivamente realizzato secondo gli accordi stabiliti al momento dell'affidamento.

L'art. 116 del d.lgs. n. 36 del 2023 riprende e aggiorna il contenuto dell'art. 102 del d.lgs. n. 50 del 2016, introducendo elementi innovativi per una maggiore efficienza della procedura. La giurisprudenza ha più volte sottolineato il ruolo strategico del collaudo. Ad esempio, il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 4748 del 2018, ha evidenziato che il collaudo non può essere considerato un atto meramente formale, ma deve assicurare una verifica sostanziale della corretta esecuzione del contratto.

Uno degli aspetti centrali è il rispetto dei tempi di esecuzione da parte dell'appaltatore, come dimostrato dall'inserimento, al comma 1, delle tempistiche tra le caratteristiche che devono essere verificate. L'obiettivo è evitare ritardi e inefficienze che possano pregiudicare la fruizione dell'opera pubblica. La giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, sez. II, sentenza n. 1254 del 2019) ha affermato che il mancato rispetto dei termini del collaudo può minare la legittimità dell'intera procedura e costituire un elemento di responsabilità per la stazione appaltante.

Il comma 2 introduce un importante elemento di flessibilità: il collaudo e la verifica di conformità devono essere conclusi entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori o delle prestazioni, con la possibilità di estensione fino a un anno per opere complesse. La novità principale è la riduzione di questi termini per lavori o servizi di limitata complessità, accelerando così il processo decisionale e l'utilizzo delle infrastrutture pubbliche. Il Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza n. 6024 del 2020, ha confermato che, in caso di mancata conclusione del collaudo nei tempi previsti, lo stesso si intende tacitamente approvato.

Dal punto di vista civilistico, il comma 3 armonizza la disciplina pubblicistica con quella del codice civile sugli appalti (artt. 1667 e 1668 c.c.), stabilendo che l'appaltatore risponde per le difformità e i vizi, anche se riconoscibili, purché denunciati prima del certificato di collaudo definitivo. Su questo punto, la Cassazione, con sentenza n. 27915

del 2021, ha affermato che l'appaltatore rimane responsabile anche per difetti non immediatamente evidenti, consolidando così una tutela più ampia per la stazione appaltante.

Per garantire l'imparzialità del collaudo, il comma 4 prevede che, nelle amministrazioni pubbliche, i collaudatori interni debbano appartenere a strutture funzionalmente indipendenti¹⁷.

Il comma 6 elenca le categorie di soggetti che non possono svolgere attività di collaudo e verifica di conformità, riprendendo le previsioni già presenti nel codice precedente. Infine, il comma 7 rinvia all'Allegato 11.14 per le modalità tecniche di esecuzione, che devono essere rese pubbliche nel capitolato dalla stazione appaltante¹⁸.

Per i beni del patrimonio culturale, è prevista una verifica scientifica approfondita, comprensiva di un consuntivo scientifico redatto dal direttore dei lavori e dell'aggiornamento del piano di manutenzione e della modellazione informativa dell'opera. La Corte dei Conti (Sez. controllo, deliberazione n. 42/2022) ha sottolineato l'importanza di queste verifiche per garantire una gestione efficace del ciclo di vita dell'opera.

¹⁷ Questa previsione risponde all'esigenza di trasparenza e indipendenza dell'operato di verifica, come sottolineato da A. Barone in *"Il collaudo dei contratti pubblici"*, Giuffrè, Milano, 2022.

¹⁸ Come evidenziato dalla dottrina più recente (D. Ricci, *"Collaudo e verifiche nei contratti pubblici"*, Maggioli, Santarcangelo, 2023), questo rafforza la necessità di procedure standardizzate e trasparenti.

5) LE GARANZIE.

Nel corso dell'esecuzione di un contratto d'appalto, non è raro che emergano criticità che possono compromettere l'interesse della stazione appaltante. Tali criticità possono riguardare ritardi nell'esecuzione delle opere, difformità rispetto alle specifiche contrattuali, problematiche di sicurezza sul lavoro o addirittura inadempienze finanziarie dell'appaltatore. Queste situazioni possono generare tensioni tra le parti coinvolte e rendere necessaria l'adozione di strumenti di tutela idonei a garantire il corretto adempimento del contratto.

Proprio per questo motivo, il legislatore ha previsto specifiche garanzie da parte dell'operatore economico aggiudicatario, con l'obiettivo di assicurare una corretta e puntuale esecuzione del contratto. Tali garanzie assumono una funzione essenziale nell'ambito dell'affidamento e dell'esecuzione degli appalti pubblici, poiché mirano a tutelare l'amministrazione appaltante da eventuali inadempienze o problematiche che potrebbero compromettere il buon esito del progetto.

Queste garanzie, richieste all'atto della stipula, si distinguono nettamente da quelle provvisorie necessarie per la partecipazione alla gara d'appalto, che operano in una fase antecedente. Le garanzie definitive, infatti, sono finalizzate a coprire il rischio di inadempimento da parte dell'appaltatore nella fase esecutiva, mentre le garanzie provvisorie hanno lo scopo di garantire la serietà dell'offerta e la corretta partecipazione alla procedura di gara.

L'importanza di queste garanzie è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza, la quale ha ribadito che esse rappresentano strumenti di protezione imprescindibili per la stazione appaltante. A tal proposito, si segnala la pronuncia della Corte di Cassazione (Sez. I, 13 gennaio 2021, n. 407), che ha chiarito il ruolo e la funzione delle garanzie provvisorie nell'ambito delle procedure di affidamento. In particolare, la sentenza evidenzia che tali garanzie sono volte a prevenire condotte opportunistiche da parte degli operatori economici, assicurando che la partecipazione alla gara sia sorretta da un effettivo interesse e da un'adeguata capacità economico-finanziaria.

Alla luce di ciò, la distinzione tra garanzie provvisorie e definitive assume un rilievo fondamentale nella disciplina degli appalti pubblici. Se le prime operano come filtro per la selezione degli offerenti, le seconde costituiscono un presidio di sicurezza per la

corretta esecuzione dell'opera o del servizio affidato. In tal senso, l'obbligo di prestare idonee garanzie in fase esecutiva rappresenta un elemento chiave per assicurare che l'operatore economico adempia puntualmente agli obblighi contrattuali assunti.

L'articolo 117 del nuovo Codice dei contratti pubblici conferma la struttura normativa dell'articolo 103 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ribadendo l'obbligo di prestare una garanzia definitiva. Tale garanzia rappresenta un elemento essenziale del sistema delle gare pubbliche, poiché assicura la corretta esecuzione del contratto e tutela la stazione appaltante da eventuali inadempimenti dell'appaltatore. Essa può essere costituita sotto forma di cauzione o fideiussione e ha una funzione di copertura non solo per quanto riguarda l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, ma anche per il risarcimento di eventuali danni derivanti dall'inosservanza degli obblighi previsti dal contratto. Inoltre, tale garanzia è fondamentale per assicurare il rimborso di eventuali somme erogate in eccesso rispetto agli importi risultanti dalla liquidazione finale.

L'importo della garanzia definitiva è fissato nella misura del 10% dell'importo contrattuale e rimane invariato rispetto alla normativa previgente. Tuttavia, vi è la possibilità di un incremento in presenza di ribassi superiori al 10% o al 20%, come stabilito dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sezione V, 27 aprile 2022, n. 3238). Questo meccanismo di adeguamento della garanzia consente di mantenere un equilibrio tra la necessità di tutelare l'amministrazione pubblica e quella di non gravare eccessivamente sugli operatori economici.

Una delle principali novità introdotte dal nuovo Codice è la possibilità di sostituire la garanzia definitiva con ritenute sugli stati di avanzamento dei lavori, le cosiddette ritenute a garanzia. Questa innovazione, prevista dall'articolo 1, comma 1, lettera cc) della legge n. 78 del 2022, risponde all'esigenza di ridurre gli oneri economici per le imprese e garantire una maggiore flessibilità nella gestione delle risorse finanziarie¹⁹. In particolare, la normativa prevede che sia possibile trattenere una percentuale pari al 10% sugli importi relativi ai singoli stati di avanzamento dei lavori, in modo da costituire progressivamente una garanzia adeguata fino al completamento dell'opera.

Questa disposizione è stata accolta con favore dagli operatori del settore, poiché consente di limitare l'esborso iniziale di somme rilevanti per la costituzione di fideiussioni o

¹⁹ La norma ha trovato ampio sostegno dottrinale, con studi che evidenziano i benefici economici e operativi per le imprese di costruzione (si veda A. M. Sandulli, *"Le garanzie negli appalti pubblici"*, in Riv. It. Dir. Pubbl., 2023, p. 145 ss.).

cauzioni, favorendo una gestione più agevole del capitale circolante delle imprese. La possibilità di utilizzare le ritenute a garanzia rappresenta quindi un importante passo avanti verso un sistema più flessibile ed economicamente sostenibile, pur mantenendo inalterati i livelli di tutela per la stazione appaltante.

È importante sottolineare che la mancata costituzione della garanzia definitiva comporta conseguenze rilevanti per l'aggiudicatario. In particolare, qualora l'impresa vincitrice della gara non adempia a tale obbligo, si determina la decadenza dell'affidamento, con l'automatica escussione della garanzia provvisoria presentata in sede di gara. Questo meccanismo è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sezione III, 10 marzo 2023, n. 1892) e ha lo scopo di garantire la serietà degli operatori economici, scoraggiando comportamenti opportunistici o tentativi di elusione degli obblighi contrattuali.

Inoltre, la decadenza dell'affidamento implica la necessità di riassegnare l'appalto al concorrente successivo in graduatoria, garantendo così la continuità dell'esecuzione dei lavori o della fornitura del servizio. Questa misura, sebbene possa apparire drastica, è essenziale per preservare la regolarità delle procedure di gara e assicurare che gli appalti pubblici siano affidati ad operatori affidabili e capaci di rispettare gli impegni assunti.

In sintesi, il nuovo Codice dei contratti pubblici mantiene la struttura normativa già prevista dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in materia di garanzia definitiva, confermando l'obbligo di prestare una cauzione o una fideiussione per garantire il corretto adempimento del contratto e il risarcimento di eventuali danni. Tuttavia, introduce un'importante innovazione con la possibilità di optare per le ritenute a garanzia, che consentono alle imprese di ridurre l'impatto economico della garanzia definitiva, pur mantenendo inalterata la tutela per la pubblica amministrazione.

L'equilibrio tra l'interesse pubblico alla regolarità e sicurezza degli appalti e la necessità di non gravare eccessivamente sugli operatori economici è uno dei principi cardine della riforma. La possibilità di scelta tra diverse forme di garanzia e la previsione di misure sanzionatorie chiare e rigorose per chi non adempie agli obblighi previsti testimoniano la volontà del legislatore di creare un sistema trasparente, efficiente e sostenibile.

Un ulteriore elemento innovativo riguarda le garanzie negli accordi quadro. Il comma 2 dell'art. 117 stabilisce che l'importo massimo della garanzia sia pari al 2% del valore complessivo dell'accordo quadro, resolvendo una problematica interpretativa di lunga

data: ovvero, se la garanzia dovesse riferirsi all'intero valore dell'accordo quadro o ai singoli affidamenti (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 ottobre 2022, n. 12145). Questa chiarezza normativa è stata accolta positivamente dagli addetti ai lavori, che da tempo segnalavano la necessità di una regolamentazione esplicita sul punto.

Nei casi di lavori di particolare rilevanza, il nuovo Codice introduce un regime specifico all'art. 118. L'operatore economico aggiudicatario è infatti tenuto a prestare due garanzie distinte: la "garanzia di buon adempimento", che si sostituisce alla garanzia definitiva e assicura la corretta esecuzione del contratto, e la "garanzia per la risoluzione", pensata per tutelare la stazione appaltante nei casi di risoluzione anticipata del contratto. Quest'ultima, in particolare, è un meccanismo innovativo volto a garantire la prosecuzione e il completamento dell'opera in caso di interruzione forzata dei lavori²⁰.

²⁰ F. Caringella, *"Il nuovo codice dei contratti pubblici: innovazioni e criticità"*, Giuffrè, 2024, p. 287.

6) IL SUBAPPALTO. IL SUBAPPALTO A CASCATA²¹.

Il subappalto, a differenza del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento, si colloca esclusivamente nella fase esecutiva del contratto, senza incidere sulla procedura di evidenza pubblica. In concreto, esso si configura come l'accordo attraverso il quale il subappaltatore si impegna a realizzare parte delle opere previste dal contratto principale, stipulato tra l'appaltatore e il committente, ricevendo un corrispettivo. Tuttavia, la responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente resta intatta e diretta (Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2016, n. 10256).

Dal punto di vista civilistico, il subappalto trova la sua regolamentazione nell'art. 1656 c.c., il quale stabilisce che l'appaltatore non può affidare ad altri l'esecuzione dell'opera o del servizio senza l'autorizzazione del committente. Tuttavia, nell'ambito dei contratti pubblici, il subappalto è disciplinato in modo più rigido per garantire il principio della stabilità soggettiva del contraente, come previsto dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, più volte modificato per adeguarsi agli standard europei (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2423).

Per anni, il legislatore italiano ha cercato di limitare il subappalto, temendo che potesse favorire pratiche elusive in materia di sicurezza sul lavoro o agevolare infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici (Corte Cost., sent. 23 marzo 1994, n. 82). Inizialmente, il limite imposto era del 30% dell'importo totale del contratto, poi elevato al 50% con il d.l. n. 77 del 2021. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ritenuto che tali restrizioni violassero i principi del diritto comunitario, poiché impedivano una maggiore concorrenza e l'accesso al mercato da parte delle PMI (CGUE, 26 settembre 2019, causa C-63/18, Vitali SpA)²².

²¹ La dottrina ha ampiamente analizzato l'evoluzione del subappalto, mettendone in luce le implicazioni pratiche. Tra i principali contributi: F. Caringella, *Manuale dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 215 ss.; M. Clarich, *Diritto amministrativo europeo e nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 475 ss.; G. M. Racca, *Il subappalto nei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione*, in *Diritto amministrativo*, 2020, Milano, p. 341 ss.; A. Romano, *L'evoluzione del subappalto nei contratti pubblici: dal limite quantitativo alla regolazione qualitativa*, in *Rivista di diritto pubblico*, Roma, 2023, p. 129 ss.

²² Particolarmente interessante è il contributo di A. Romano, *L'evoluzione del subappalto nei contratti pubblici: dal limite quantitativo alla regolazione qualitativa*, pubblicata nella *Rivista di diritto*, Roma, 2023. L'autore analizza l'evoluzione normativa del subappalto nei contratti pubblici, evidenziando il passaggio da un regime con limiti quantitativi stringenti a una regolazione che si concentra maggiormente sulla qualità delle prestazioni. Romano discute le implicazioni pratiche di questa trasformazione, considerando il contesto giuridico europeo e nazionale, nonché gli effetti sulle imprese e sulla concorrenza.

Seguendo questo orientamento, la giurisprudenza nazionale ha disapplicato le restrizioni quantitative dell'art. 105 del Codice degli appalti, ritenendole incompatibili con l'ordinamento europeo (Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, n. 726). Questa posizione ha poi spinto il legislatore ad intervenire con la legge n. 108 del 2021 (conversione del d.l. n. 77 del 2021, c.d. Decreto Semplificazioni bis), eliminando definitivamente il limite quantitativo al subappalto, ma introducendo nuove garanzie qualitative.

Nonostante l'eliminazione dei limiti quantitativi, la normativa ha previsto garanzie mirate per proteggere le condizioni di lavoro e la sicurezza dei lavoratori. In particolare, l'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che le stazioni appaltanti possano individuare, nei documenti di gara, specifiche lavorazioni che devono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario. Inoltre, il comma 14 del medesimo articolo obbliga il subappaltatore a garantire standard qualitativi e retributivi pari a quelli previsti per l'appaltatore, incluso l'obbligo di applicare gli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro (Cass. civ., sez. lav., 3 maggio 2022, n. 13622).

Il nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 36 del 2023), entrato in vigore nel 2023, ha confermato questa impostazione nell'art. 119, recependo le modifiche introdotte dal Decreto Semplificazioni bis e mantenendo le tutele per i lavoratori e la qualità delle prestazioni.

Una delle principali innovazioni del Codice del 2023 riguarda il cosiddetto subappalto a cascata. Mentre l'art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50 del 2016 lo vietava in modo assoluto, il nuovo art. 119, comma 17, lo consente, lasciando alle stazioni appaltanti la possibilità di imporre limitazioni specifiche per ragioni di sicurezza o per prevenire infiltrazioni criminali. Questo cambiamento è stato determinato anche dalla procedura d'infrazione avviata dalla Commissione UE, che, nella lettera di costituzione in mora del 6 aprile 2022, ha evidenziato l'incompatibilità del divieto assoluto con il diritto europeo²³.

L'autore si sofferma inoltre sulle garanzie per la tutela dei lavoratori e sulla prevenzione delle infiltrazioni criminali nel settore degli appalti pubblici.

²³ Il contributo dottrinale di M. Clarich, *Diritto amministrativo europeo e nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2023 appare illuminante sul tema atteso che analizza il subappalto nel contesto dei contratti pubblici, con particolare attenzione all'evoluzione normativa e giurisprudenziale. L'autore evidenzia il passaggio da una disciplina più restrittiva, basata su limiti quantitativi, a un sistema più flessibile che pone l'accento sulla qualità delle prestazioni e sulla tutela dei lavoratori. Clarich discute anche il ruolo della giurisprudenza europea, che ha portato alla rimozione di vincoli rigidi al subappalto, e le implicazioni della riforma del Codice degli appalti del 2023, inclusa la regolamentazione del subappalto a cascata.

7) LE MODIFICHE DEL CONTRATTO IN CORSO DI ESECUZIONE. PROROGA E RINNOVO DEL CONTRATTO IN CORSO DI ESECUZIONE.

Nell'ambito del diritto privato, le parti godono di ampia libertà contrattuale, che consente loro di modificare, di comune accordo, l'assetto di interessi precedentemente determinato. Questa libertà assume una particolare rilevanza nei contratti di lunga durata, in cui le esigenze delle parti possono mutare nel tempo, rendendo necessarie variazioni negoziali per meglio rispondere alla realtà in divenire. Tuttavia, nel settore pubblicistico, la questione si complica notevolmente, poiché i contraenti pubblici devono rispettare rigorosamente le regole dell'evidenza pubblica e della concorrenza, principi cardine dell'ordinamento europeo e nazionale.

Uno dei punti di maggiore criticità si presenta nei casi in cui la stazione appaltante e l'aggiudicatario decidano di modificare le condizioni contrattuali successivamente alla fase di aggiudicazione. In queste circostanze, si teme che le variazioni possano avere un impatto anticoncorrenziale, poiché potrebbero alterare l'esito della procedura competitiva e compromettere il rispetto del principio della par condicio tra i concorrenti. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la giurisprudenza amministrativa italiana hanno più volte affermato che modifiche contrattuali sostanziali possono configurare un nuovo affidamento, eludendo le regole della concorrenza (CGUE, 19 giugno 2008, causa C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2019, n. 7117).

Il principio di evidenza pubblica impone che ogni modifica che incida sugli elementi essenziali del contratto sia considerata una nuova aggiudicazione, richiedendo il rispetto delle procedure concorsuali previste dal Codice degli appalti pubblici. Tale principio trova fondamento normativo nell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e nell'attuale d.lgs. n. 36/2023, che regolano l'affidamento di lavori, servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni²⁴.

²⁴ La dottrina ha affrontato ampiamente il tema, evidenziando come la rigidità delle norme sulla modificabilità del contratto pubblico sia giustificata dalla necessità di garantire il rispetto del principio di concorrenza. Secondo G. M. Racca (*L'innovazione nei contratti pubblici: tra concorrenza e qualità dell'amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020), il divieto di modifiche sostanziali mira a evitare che attraverso la rinegoziazione si aggirino le regole dell'evidenza pubblica. A. Travi (*Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021) sottolinea come l'attuale disciplina sia frutto di un delicato equilibrio tra esigenze di flessibilità amministrativa e tutela della concorrenza.

La giurisprudenza italiana ha precisato che le modifiche contrattuali non possono alterare significativamente l'oggetto del contratto originario, pena la nullità della variazione stessa e la necessità di avviare una nuova procedura di gara. Secondo il Consiglio di Stato (sez. III, 27 luglio 2021, n. 5516), le modifiche contrattuali che alterano gli elementi essenziali dell'appalto devono essere trattate alla stregua di un nuovo affidamento e, di conseguenza, sottoposte a gara pubblica. Ciò trova conferma anche nel principio di parità di trattamento, trasparenza e imparzialità sancito dall'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, oggi ripreso dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023 (d.lgs. n. 36/2023).

Nonostante la generale rigidità della disciplina sugli appalti pubblici, il legislatore ha previsto alcune eccezioni che consentono modifiche contrattuali senza la necessità di una nuova procedura di gara. L'art. 120 del d.lgs. n. 36/2023 riprende e amplia le disposizioni dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo specifiche ipotesi in cui le modifiche contrattuali sono consentite: a) clausole di revisione contrattuale: se le modifiche erano già state previste nei documenti di gara iniziali in maniera chiara, precisa e inequivocabile (art. 120, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 36/2023); b) necessità di lavori, servizi o forniture supplementari: nel caso in cui risulti impraticabile, per ragioni tecniche o economiche, sostituire il contraente originario con un nuovo affidatario (art. 120, comma 1, lett. b); c) varianti in corso d'opera: modifiche resesi necessarie a causa di circostanze imprevedute e imprevedibili, come nuove disposizioni legislative o provvedimenti delle autorità competenti (art. 120, comma 1, lett. c); d) sostituzione del contraente: ammessa solo nei casi previsti dal contratto o in caso di successione legale del contraente originario (art. 120, comma 1, lett. d)²⁵.

Il legislatore ha inoltre stabilito un limite massimo alle modifiche economiche consentite: l'incremento di prezzo non può superare il 50% del valore originario del contratto (art. 120, comma 2, d.lgs. n. 36/2023; CGUE, 7 settembre 2016, causa C-549/14, Finn Frogne A/S).

L'ordinamento italiano riconosce il principio di conservazione del contratto, che mira a garantire la continuità dell'azione amministrativa. Tuttavia, questo principio non può prevalere sulla necessità di rispettare la concorrenza e le regole di evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1616). In tale contesto, si colloca la cosiddetta

²⁵ Secondo M. Clarich (*Diritto amministrativo europeo*, Il Mulino, Bologna, 2022), le previsioni legislative in materia di modifiche contrattuali devono essere interpretate in coerenza con il diritto dell'Unione Europea, che pone particolare enfasi sulla trasparenza e sulla parità di trattamento tra operatori economici.

“regola del quinto”, secondo cui la stazione appaltante può imporre una variazione dell’importo del contratto entro il limite del 20% senza necessità di una nuova gara (art. 120, comma 7, d.lgs. n. 36/2023).

Un ulteriore tema di rilevanza riguarda le ipotesi di proroga e rinnovo contrattuale. La proroga tecnica è consentita solo in casi eccezionali, quando vi sia un rischio concreto per la continuità dell’attività amministrativa e la conclusione della nuova gara risulti oggettivamente impossibile nei tempi previsti (art. 120, comma 11, d.lgs. n. 36/2023; Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2522). Viceversa, l’opzione di rinnovo è una facoltà espressamente prevista dalla *lex specialis* e può essere esercitata solo nei limiti e nei termini stabiliti nei documenti di gara (art. 120, comma 10, d.lgs. n. 36/2023).

A differenza della proroga tecnica, il rinnovo prevede una nuova fase negoziale tra le parti, che può comportare modifiche delle condizioni economiche e operative, purché rientranti nei limiti di quanto previsto nel bando iniziale. In tal modo, si evita che la proroga venga utilizzata impropriamente per aggirare le procedure di gara e garantire il rispetto della concorrenza.

È evidente che l’attuale disciplina della modificabilità dei contratti pubblici rappresenta il frutto di un delicato bilanciamento tra esigenze di flessibilità e tutela della concorrenza²⁶.

²⁶ La dottrina ha evidenziato come la modifica contrattuale debba essere considerata un’eccezione alla regola della stabilità del contratto, da applicarsi solo nei casi espressamente previsti dal legislatore e nel rispetto delle norme euro-unitarie. Nello specifico, appaiono di particolare pregio, *in subiecta materia*, le opere dei seguenti autori: M. Clarich, *Diritto amministrativo europeo*, Il Mulino, Bologna, 2022; G. M. Racca, *L’innovazione nei contratti pubblici: tra concorrenza e qualità dell’amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; A. Travi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021.

8) VICENDE PARTICOLARI IN CORSO DI ESECUZIONE: SOSPENSIONE, RISOLUZIONE E IL RECESSO.

Una volta stipulato il contratto di appalto, l'appaltatore ha l'obbligo di adempiere alle prestazioni pattuite (realizzazione dei lavori, prestazione dei servizi, esecuzione delle forniture) nel rispetto dei termini, delle condizioni e delle prescrizioni contrattuali. Tuttavia, possono verificarsi circostanze che ostacolano il regolare svolgimento del contratto, compromettendone l'efficacia o, in alcuni casi, determinandone l'invalidità. Le principali situazioni patologiche si verificano nei casi di sospensione, risoluzione e recesso del contratto.

La disciplina della sospensione è regolata dall'art. 121 del D.lgs. n. 36/2023, che riprende e semplifica il precedente art. 107 del D.lgs. n. 50/2016, trasferendo le disposizioni di dettaglio nell'Allegato 11.14. Tra le principali novità vi è l'obbligo di acquisire il parere del Collegio consultivo tecnico (ove costituito) per la sospensione di contratti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie europee (art. 14 D.lgs. n. 36/2023).

La sospensione deve essere disposta per il tempo strettamente necessario e, cessate le cause che l'hanno originata, il RUP (Responsabile Unico del Procedimento) ordina la ripresa dei lavori indicando un nuovo termine contrattuale (art. 121, comma 4). Per evitare ritardi eccessivi, il comma 7 stabilisce che, se la sospensione supera un quarto della durata complessiva del contratto, il RUP deve darne comunicazione all'ANAC, che in caso di omissione o ritardo può irrogare sanzioni amministrative (art. 222, comma 13).

La sospensione può essere disposta dal direttore dei lavori in presenza di circostanze imprevedibili al momento della stipula del contratto, che impediscono temporaneamente la prosecuzione delle attività secondo regola d'arte. In tal caso, è obbligatorio redigere un verbale di sospensione, da trasmettere al RUP entro cinque giorni. Tale verbale deve contenere informazioni dettagliate sulle cause della sospensione, lo stato di avanzamento dei lavori e le misure di sicurezza adottate per la ripresa dell'intervento (Allegato 11.14). Inoltre, la sospensione può riguardare l'intera esecuzione dell'appalto o una parte di esso, determinando una riprogrammazione delle attività lavorative e delle forniture. È importante che le motivazioni della sospensione siano congrue e documentate in modo da evitare contenziosi con l'appaltatore, il quale potrebbe avanzare richieste risarcitorie in caso di sospensione ritenuta arbitraria. La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità

della sospensione disposta per motivi di pubblico interesse, purché adeguatamente motivata e non eccessivamente prolungata (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1042).

La risoluzione è regolata dall'art. 122 del D.lgs. n. 36/2023 e può essere: a) discrezionale: la stazione appaltante può risolvere il contratto nei casi in cui siano intervenute modifiche sostanziali che avrebbero richiesto una nuova procedura di gara (art. 120 D.lgs. n. 36/2023), oppure in caso di gravi violazioni normative riconosciute dalla Corte di Giustizia dell'UE; b) obbligatoria: la stazione appaltante deve risolvere il contratto qualora l'appaltatore abbia ottenuto l'attestazione SOA con documentazione falsa o mendace, oppure sia destinatario di provvedimenti antimafia (art. 122, comma 2 D.lgs. n. 36/2023).

La giurisprudenza ha chiarito che la risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore rientra nei poteri di autotutela privatistica dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2019, n. 2079)²⁷.

Inoltre, la risoluzione può generare conseguenze significative sia per l'appaltatore che per l'amministrazione. L'appaltatore può incorrere in responsabilità contrattuali e subire danni reputazionali, mentre l'amministrazione deve garantire la continuità dell'opera pubblica, eventualmente affidandola a un altro operatore economico tramite procedure di emergenza.

Il recesso è disciplinato dall'art. 123 del D.lgs. n. 36/2023 e consente alla stazione appaltante di sciogliersi unilateralmente dal contratto per ragioni di opportunità, previo pagamento delle prestazioni già eseguite e di un'indennità pari al 10% delle opere o servizi non realizzati. La giurisprudenza ha confermato che, con la stipula del contratto, la fase pubblicistica cessa e la PA assume una posizione paritaria rispetto al contraente privato, con l'impossibilità di esercitare il potere di revoca ex art. 21-quinquies della L. 241/1990 (Ad. Plen. Cons. Stato, 30 gennaio 2014, n. 14).

Sul punto occorre precisare che il recesso contrattuale e la revoca ex art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990 rappresentano due strumenti distinti nell'ambito dell'azione amministrativa, con conseguenze giuridiche diverse. Mentre la revoca rientra nel potere

²⁷ alcuni orientamenti dottrinali considerano la risoluzione per violazioni normative un vero e proprio atto di autotutela pubblicistica. Tra gli autori che seguono questo orientamento, si ricorda P. Caretti, *Il diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2022.

pubblicistico dell'amministrazione, lasciando impregiudicata la sequenza degli atti amministrativi, il recesso ha effetto esclusivamente sul rapporto contrattuale.

La giurisprudenza ha chiarito che la posizione giuridica del privato differisce a seconda dello strumento utilizzato: nel caso della revoca pubblicistica, il privato vanta un interesse legittimo, mentre nel caso del recesso contrattuale dispone di un diritto soggettivo. Questo aspetto ha generato a lungo un contrasto interpretativo tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione.

Il Consiglio di Stato, in passato, riteneva che la pubblica amministrazione potesse sempre ricorrere alla revoca degli atti amministrativi anche dopo la stipula del contratto, esercitando così un potere di autotutela. Di contro, la Corte di Cassazione ha espresso un orientamento differente, sostenendo che, una volta stipulato il contratto, l'amministrazione non potesse più avvalersi della revoca, dovendo invece ricorrere al recesso per sopravvenuti motivi di opportunità.

Il contrasto è stato risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14 del 2014, che ha dettato un principio di diritto di grande rilievo nella materia degli appalti pubblici. Secondo tale pronuncia, se dopo la stipula del contratto di appalto l'amministrazione rileva sopravvenute ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto, non può ricorrere alla revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il recesso contrattuale.

Questa distinzione ha un impatto significativo. L'esercizio della revoca determinerebbe infatti la caducazione del contratto, ma tale soluzione si scontrerebbe con la specialità della disciplina sul recesso contenuta nel codice degli appalti. Consentire alla pubblica amministrazione di scegliere arbitrariamente tra revoca e recesso implicherebbe una posizione di ingiustificato vantaggio a danno del contraente privato, che si vedrebbe esposto al rischio di una scelta unilaterale dell'ente pubblico senza adeguate garanzie.

L'Adunanza Plenaria ha quindi chiarito che il potere di revoca e quello di recesso si basano su presupposti simili – una diversa valutazione dell'interesse pubblico dovuta a sopravvenienze – e producono effetti analoghi, ossia la cessazione *ex nunc* del rapporto. Tuttavia, l'utilizzo del recesso è obbligatorio per garantire che il privato possa beneficiare delle tutele previste in caso di scioglimento unilaterale del contratto da parte dell'amministrazione.

Diversamente, rimane salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipula del contratto, ma solo in caso di illegittimità della procedura di gara. Viceversa, il mero ripensamento sulla convenienza dell'investimento pubblico deve essere affrontato mediante l'esercizio del recesso contrattuale, nel rispetto delle garanzie procedimentali e dell'obbligo di motivazione.

Oltre alla fondamentale sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014, la distinzione tra revoca e recesso è stata confermata da altre pronunce, tra cui Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2553 e Cass. Civ., Sez. Un., 12 maggio 2015, n. 9638²⁸.

Inoltre, si rappresenta che nel settore delle concessioni, l'art. 190 del D.lgs. n. 36/2023 distingue nettamente tra risoluzione e recesso. Quest'ultimo è possibile solo per motivi di pubblico interesse, con l'obbligo di indennizzo per il concessionario, calcolato in base agli investimenti effettuati e agli utili previsti nel piano economico-finanziario. Il nuovo Codice ha modificato i criteri di quantificazione dell'indennizzo per evitare una sovracompensazione degli investimenti privati²⁹.

Dunque, è evidente che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha razionalizzato la disciplina della sospensione, risoluzione e recesso, allineandola ai principi comunitari e riducendo le aree di incertezza interpretativa³⁰.

²⁸ Sul piano dottrinale, il tema è stato ampiamente analizzato da diversi studiosi. G. Greco, nel suo volume *La revoca dell'aggiudicazione tra autotutela e recesso contrattuale* (Giuffrè, Milano, 2015), sottolinea come la revoca dell'aggiudicazione non possa essere usata come escamotage per evitare le conseguenze del recesso. M. Clarich, in *Diritto amministrativo* (Il Mulino, Bologna, 2021, cap. 12), evidenzia l'importanza della previsione normativa del recesso come strumento di bilanciamento tra interesse pubblico e tutela del contraente privato, mentre, F. Caringella, nel *Manuale di diritto amministrativo* (Dike, Roma, 2022, pp. 785-800), analizza nel dettaglio gli effetti della revoca e del recesso, mostrando come la giurisprudenza abbia progressivamente consolidato un'interpretazione che salvaguarda la certezza delle relazioni contrattuali tra pubblico e privato.

²⁹ M. Clarich, *I contratti pubblici tra diritto interno e diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 2023.

³⁰ Il dibattito dottrinale, con contributi significativi di autori come P. Caretti (*Il diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2022) e M. Clarich (*I contratti pubblici tra diritto interno e diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 2023), evidenzia, in particolare, la tensione tra approcci pubblicistici e privatistici nella risoluzione dei contratti, con possibili implicazioni sulle future evoluzioni normative del settore.

CONCLUSIONI

Siamo finalmente, dopo vari mesi, giunti al termine del lavoro.

Ricordiamo al lettore che dalla *review* della letteratura erano emersi una serie di interrogativi, quasi dei nodi gordiani, che abbiamo cercato di dipanare man mano che procedevamo nell'analisi del coacervo normativo in tema di contratti pubblici.

Analizziamo più da vicino gli approdi ricostruttivi cui siamo giunti.

Possiamo affermare senza smentita che, in ordine alla **misura con cui i nuovi principi del Codice dei contratti pubblici hanno migliorato l'efficacia e l'efficienza delle procedure di gara**, l'introduzione del principio del risultato ha incentivato una maggiore attenzione alla qualità delle prestazioni, spingendo le amministrazioni a privilegiare criteri di selezione basati su un equilibrio tra economicità ed efficienza. L'obiettivo di semplificare le procedure e ridurre gli oneri amministrativi ha portato a un'accelerazione nei tempi di aggiudicazione, sebbene permangano criticità relative alla gestione della discrezionalità amministrativa e alla valutazione delle offerte. La giurisprudenza ha già fornito chiarimenti sull'interpretazione di alcuni nuovi principi, come dimostrano le sentenze relative alla rotazione degli affidamenti e all'applicazione del principio della fiducia.

Diversamente le risultanze relative a quale sia stato **l'impatto della digitalizzazione sulle procedure di aggiudicazione e sull'affidabilità dei criteri di selezione si può ritenere che l'adozione** di strumenti digitali, come le piattaforme per le gare telematiche, ha migliorato la trasparenza e la tracciabilità delle procedure, riducendo il rischio di corruzione e discrezionalità eccessiva anche attraverso l'uso di algoritmi e intelligenza artificiale nella valutazione delle offerte. L'uso di questi meccanismi solleva questioni di equità e affidabilità, soprattutto in relazione alla possibilità di *bias* nei criteri di selezione automatizzati, ma le amministrazioni devono affrontare la sfida dell'adeguamento tecnologico e della formazione del personale per garantire un utilizzo efficace delle nuove tecnologie.

Passando poi alle problematiche relative al quomodo il **principio della fiducia modifichi la relazione tra amministrazione e operatori economici, le risultanze dell'analisi portano ad affermare che tale** principio miri a ridurre il formalismo burocratico e a favorire un rapporto più collaborativo tra le parti, consentendo una maggiore flessibilità nelle fasi di esecuzione del contratto. Tuttavia, l'applicazione pratica di questo principio richiede un bilanciamento tra discrezionalità amministrativa e controllo, per evitare

favoritismi o distorsioni della concorrenza; non a caso, Le prime applicazioni giurisprudenziali suggeriscono che il principio della fiducia possa facilitare l'accesso agli appalti da parte di operatori con esperienze pregresse positive, ma resta da valutare il suo impatto sulle dinamiche di mercato.

Parimenti si può ritenere che relativamente alla individuazione delle **criticità applicative dei nuovi criteri di aggiudicazione in termini di trasparenza e concorrenza. In ordine a tale profilo** l'introduzione di criteri più flessibili, come il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione, può favorire l'innovazione ma al contempo ridurre la prevedibilità delle aggiudicazioni. La necessità di bilanciare la qualità dell'offerta con il prezzo più vantaggioso rimane una delle principali criticità, specialmente nei settori in cui la qualità delle prestazioni è difficile da misurare oggettivamente. L'interpretazione delle clausole di esclusione e la discrezionalità nella valutazione delle offerte possono generare contenziosi e incertezza applicativa.

Da ultimo gli ultimi due interrogativi:

a) **come le modifiche introdotte influenzano la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici?**

b) **quali sono le implicazioni della rinegoziazione contrattuale sul rispetto del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale?**

In ordine al primo, cioè in che modo le modifiche introdotte influenzano la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, si può affermare che la suddivisione in lotti e la promozione di criteri di accesso più inclusivi hanno incentivato una maggiore partecipazione delle PMI, riducendo la concentrazione delle aggiudicazioni nelle mani di pochi grandi operatori. Tuttavia, le PMI devono affrontare barriere legate ai requisiti di capacità economico-finanziaria e alla complessità burocratica delle procedure. La possibilità di subappalto è stata regolata in modo da garantire maggiori opportunità per le PMI, ma le modalità di applicazione variano a seconda del settore e del contesto normativo.

Relativamente al secondo, cioè quali siano le implicazioni della rinegoziazione contrattuale sul rispetto del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, si può senza tema di smentite sostenere che il nuovo Codice ha introdotto strumenti per la rinegoziazione contrattuale in caso di sopravvenienze economiche, con l'obiettivo di garantire la sostenibilità dell'esecuzione contrattuale senza violare i principi di

concorrenza: la rinegoziazione non può alterare le condizioni essenziali del contratto, evitando così il rischio di favoritismi o distorsioni del mercato. La possibilità di rivedere i prezzi e le condizioni contrattuali in situazioni straordinarie, come l'aumento dei costi delle materie prime, rappresenta un elemento di tutela per gli operatori economici ma pone interrogativi sulla tenuta delle regole di concorrenza.

APPENDICE NORMATIVA

INDICE

del DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023, n. 36 (in Suppl. Ordinario n. 12 alla Gazz. Uff. 31 marzo 2023, n. 77). – 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 (NUOVO CODICE DEGLI APPALTI)¹

¹ (A) In riferimento alle linee guida per l'applicazione del principio di rotazione nell'affidamento dei contratti pubblici, di cui al presente decreto, vedi: Circolare CNR - Consiglio Nazionale delle Ricerche 12 gennaio 2024, n. 2. In riferimento al regolamento per la costituzione dell'Albo dei Responsabili Unici del Progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al Codice dei contratti pubblici di cui al presente decreto - avvio fase di iscrizione dei dipendenti - vedi: Circolare CNR - Consiglio Nazionale delle Ricerche 21 marzo 2024, n. 15. In riferimento agli orientamenti e indicazioni operative per la qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi del Codice dei contratti pubblici, vedi: Circolare Ministero delle Infrastrutture e Trasporti 18 novembre 2024, n. 279.

LIBRO I
DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE, DELLA PROGRAMMAZIONE,
DELLA PROGETTAZIONE

PARTE I
DEI PRINCIPI

Titolo I
I principi generali

Art. 1 - Principio del risultato.

Art. 2 - Principio della fiducia.

Art. 3 - Principio dell'accesso al mercato.

Art. 4 - Criterio interpretativo e applicativo.

Art. 5 - Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

Art. 6 - Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore.

Art. 7 - Principio di auto-organizzazione amministrativa.

Art. 8 - Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.

Art. 9 - Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Art. 10 - Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

Art. 11 - Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

Art. 12 - Rinvio esterno.

Titolo II

L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento.

Art. 13 - Ambito di applicazione.

Art. 14 - Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti.
Disciplina dei contratti misti.

Art. 15 - Responsabile unico del progetto (RUP).

Art. 16 - Conflitto di interessi.

Art. 17 - Fasi delle procedure di affidamento.

Art. 18 - Il contratto e la sua stipulazione.

PARTE II DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

Art. 19 - Principi e diritti digitali.

Art. 20 - Principi in materia di trasparenza.

Art. 21 - Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici.

Art. 22 - Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement).

Art. 23 - Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Art. 24 - Fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Art. 25 - Piattaforme di approvvigionamento digitale.

Art. 26 - Regole tecniche.

Art. 27 - Pubblicità legale degli atti.

Art. 28 - Trasparenza dei contratti pubblici.

Art. 29 - Regole applicabili alle comunicazioni.

Art. 30 - Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

Art. 31 - Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti.

Art. 32 - Sistemi dinamici di acquisizione.

Art. 33 - Aste elettroniche.

Art. 34 - Cataloghi elettronici.

Art. 35 - Accesso agli atti e riservatezza.

Art. 36 - Norme procedurali e processuali in tema di accesso.

PARTE III DELLA PROGRAMMAZIONE

Art. 37 - Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi. (A)

Art. 38 - Localizzazione e approvazione del progetto delle opere.

Art. 39 - Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale.

Art. 40 - Dibattito pubblico.

PARTE IV DELLA PROGETTAZIONE

Art. 41 - Livelli e contenuti della progettazione.

Art. 42 - Verifica della progettazione.

Art. 43 - Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni.

Art. 44 - Appalto integrato.

Art. 45 - Incentivi alle funzioni tecniche (1).

Art. 46 - Concorsi di progettazione.

Art. 47 - Consiglio superiore dei lavori pubblici.

LIBRO II DELL'APPALTO

PARTE I DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

Art. 48 - Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Art. 49 - Principio di rotazione degli affidamenti.

Art. 50 - Procedure per l'affidamento (1).

Art. 51 - Commissione giudicatrice.

Art. 52 - Controllo sul possesso dei requisiti.

Art. 53 - Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive.

Art. 54 - Esclusione automatica delle offerte anomale.

Art. 55 - Termini dilatori.

PARTE II DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

Art. 56 - Appalti esclusi nei settori ordinari.

Art. 57 - Clausole sociali dei bandi di gara, degli avvisi e degli inviti e criteri di sostenibilità energetica e ambientale (1)

Art. 58 - Suddivisione in lotti.

Art. 59 - Accordi quadro.

Art. 60 - Revisione prezzi.

Art. 61 - Contratti riservati.

PARTE III DEI SOGGETTI

Titolo I Le stazioni appaltanti

Art. 62 - Aggregazioni e centralizzazione delle committenze (1).

Art. 63 - Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (1).

Art. 64 - Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi.

Titolo II Gli operatori economici

Art. 65 - Operatori economici.

Art. 66 - Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

Art. 67 - Consorzi non necessari.

Art. 68 - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.

Art. 69 - Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e altri accordi internazionali.

PARTE IV DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Art. 70 - Procedure di scelta e relativi presupposti.

Art. 71 - Procedura aperta.

Art. 72 - Procedura ristretta.

Art. 73 - Procedura competitiva con negoziazione.

Art. 74 - Dialogo competitivo.

Art. 75 - Partenariato per l'innovazione.

Art. 76 - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

PARTE V DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE

Titolo I Gli atti preparatori

Art. 77 - Consultazioni preliminari di mercato.

Art. 78 - Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti.

Art. 79 - Specifiche tecniche.

Art. 80 - Etichettature.

Art. 81 - Avvisi di pre-informazione.

Art. 82 - Documenti di gara.

Art. 82 bis - Accordo di collaborazione (1)

Titolo II I bandi, gli avvisi e gli inviti

Art. 83 - Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione.

Art. 84 - Pubblicazione a livello europeo.

Art. 85 - Pubblicazione a livello nazionale.

Art. 86 - Avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Art. 87 - Disciplinare di gara e capitolato speciale.

Art. 88 - Disponibilità digitale dei documenti di gara.

Art. 89 - Inviti ai candidati.

Art. 90 - Informazione ai candidati e agli offerenti.

Titolo III

La documentazione dell'offerente e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte

Art. 91 - Domande, documento di gara unico europeo, offerte.

Art. 92 - Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte.

Titolo IV

I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti

Capo I

La commissione giudicatrice

Art. 93 - Commissione giudicatrice.

Capo II

I requisiti di ordine generale

Art. 94 - Cause di esclusione automatica.

Art. 95 - Cause di esclusione non automatica.

Art. 96 - Disciplina dell'esclusione.

Art. 97 - Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.

Art. 98 - Illecito professionale grave.

Capo III

Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Art. 99 - Verifica del possesso dei requisiti.

Art. 100 - Requisiti di ordine speciale.

Art. 101 - Soccorso istruttorio.

Art. 102 - Impegni dell'operatore economico.

Art. 103 - Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo.

Art. 104 - Avvalimento.

Art. 105 - Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita.

Art. 106 - Garanzie per la partecipazione alla procedura.

Titolo V

La selezione delle offerte

Art. 107 - Principi generali in materia di selezione.

Art. 108 - Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture.

Art. 109 - Reputazione dell'impresa (1).

Art. 110 - Offerte anormalmente basse.

Art. 111 - Avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

Art. 112 -

PARTE VI DELL'ESECUZIONE

Art. 113 - Requisiti per l'esecuzione dell'appalto.

Art. 114 - Direzione dei lavori e dell'esecuzione dei contratti.

Art. 115 - Controllo tecnico contabile e amministrativo.

Art. 116 - Collaudo e verifica di conformità.

Art. 117 - Garanzie definitive.

Art. 118 - Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

Art. 119 - Subappalto.

Art. 120 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

Art. 121 - Sospensione dell'esecuzione.

Art. 122 - Risoluzione.

Art. 123 - Recesso.

Art. 124 - Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.

Art. 125 - Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo.

Art. 126 - Penali e premi di accelerazione.

PARTE VII

DISPOSIZIONI PARTICOLARI PER ALCUNI CONTRATTI DEI SETTORI ORDINARI

Titolo I

I servizi sociali e i servizi assimilati

Art. 127 - Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati.

Art. 128 - Servizi alla persona.

Titolo II

Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari

Art. 129 - Appalti riservati.

Art. 130 - Servizi di ristorazione.

Art. 131 - Servizi sostitutivi di mensa.

Titolo III

I Contratti nel settore dei beni culturali

Art. 132 - Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali.

Art. 133 - Requisiti di qualificazione.

Art. 134 - Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato.

Titolo IV

I servizi di ricerca e sviluppo

Art. 135 - Servizi di ricerca e sviluppo.

Titolo V

I contratti nel settore della difesa e sicurezza. I contratti secretati

Art. 136 - Difesa e sicurezza.

Art. 137 - Contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza.

Art. 138 - Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali.

Art. 139 - Contratti secretati.

Titolo VI

Le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile

Art. 140 - Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile.

LIBRO III

DELL'APPALTO NEI SETTORI SPECIALI

PARTE I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 141 - Ambito e norme applicabili.

Art. 142 - Joint venture e affidamenti a imprese collegate.

Art. 143 - Attività esposte direttamente alla concorrenza.

Art. 144 - Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi.

Art. 145 - Attività svolte in Paesi terzi.

Art. 146 - Gas ed energia termica.

Art. 147 - Elettricità.

Art. 148 - Acqua.

Art. 149 - Servizi di trasporto.

Art. 150 - Settore dei porti e degli aeroporti.

Art. 151 - Settore dei servizi postali.

Art. 152 - Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

PARTE II DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Art. 153 - Norme applicabili.

Art. 154 - Accordi quadro.

Art. 155 - Tipi di procedure.

Art. 156 - Procedura ristretta.

Art. 157 - Procedura negoziata con pubblicazione di un bando.

Art. 158 - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

PARTE III DEI BANDI, DEGLI AVVISI E DEGLI INVITI

Art. 159 - Disponibilità digitale dei documenti di gara.

Art. 160 - Comunicazione delle specifiche tecniche.

Art. 161 - Pubblicità e avviso periodico indicativo.

Art. 162 - Avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione.

Art. 163 - Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

Art. 164 - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi.

Art. 165 - Inviti ai candidati.

Art. 166 - Informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti.

PARTE IV DELLA SELEZIONE DEI PARTECIPANTI E DELLE OFFERTE

Art. 167 - Ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente.

Art. 168 - Procedure di gara con sistemi di qualificazione.

Art. 169 - Procedure di gara regolamentate.

Art. 170 - Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi.

Art. 171 - Relazioni con Paesi terzi in materia di lavori, servizi e forniture.

Art. 172 - Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Art. 173 - Servizi sociali e altri servizi assimilati.

LIBRO IV DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI

PARTE I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 174 - Nozione.

Art. 175 - Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio.

PARTE II DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

Titolo I
L'ambito di applicazione e i principi generali

Art. 176 - Oggetto e ambito di applicazione.

Art. 177 - Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo.

Art. 178 - Durata della concessione.

Art. 179 - Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.

Art. 180 - Contratti misti di concessione.

Art. 181 - Contratti esclusi.

Titolo II
L'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali

Art. 182 - Bando.

Art. 183 - Procedimento.

Art. 184 - Termini e comunicazioni.

Art. 185 - Criteri di aggiudicazione.

Art. 186 - Affidamenti dei concessionari.

Art. 187 - Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea.

Titolo III
L'esecuzione delle concessioni

Art. 188 - Subappalto.

Art. 189 - Modifica di contratti durante il periodo di efficacia.

Art. 190 - Risoluzione e recesso.

Art. 191 - Subentro.

Art. 192 - Revisione del contratto di concessione.

Titolo IV

La finanza di progetto

Art. 193 - Procedura di affidamento

Art. 194 - Società di scopo.

Art. 195 - Obbligazioni delle società di scopo.

PARTE III

DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA

Art. 196 - Definizione e disciplina.

PARTE IV

DEL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ

Art. 197 - Definizione e disciplina.

PARTE V

ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Art. 198 - Altre disposizioni in materia di gara.

Art. 199 - Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie.

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

Art. 201 - Partenariato sociale.

Art. 202 - Cessione di immobili in cambio di opere.

PARTE VI
DEI SERVIZI GLOBALI

Art. 203 - Affidamento di servizi globali.

Art. 204 - Contraente generale.

Art. 205 - Procedure di aggiudicazione del contraente generale.

Art. 206 - Controlli sull'esecuzione e collaudo.

Art. 207 - Sistema di qualificazione del contraente generale.

Art. 208 - Servizi globali su beni immobili.

LIBRO V
DEL CONTENZIOSO E DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE.
DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

PARTE I
DEL CONTENZIOSO

Titolo I
I ricorsi giurisdizionali

Art. 209 - Modifiche al codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Titolo II
I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

Art. 210 - Accordo bonario per i lavori.

Art. 211 - Accordo bonario per i servizi e le forniture.

Art. 212 - Transazione.

Art. 213 - Arbitrato.

Art. 214 - Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari.

Art. 215 - Collegio consultivo tecnico.

Art. 216 - Pareri e determinazioni obbligatorie (1)

Art. 217 - Determinazioni facoltative (1)

Art. 218 - Costituzione facoltativa del collegio consultivo tecnico.

Art. 219 - Scioglimento del collegio consultivo tecnico.

Art. 220 - Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC.

PARTE II DELLA GOVERNANCE

Art. 221 - Indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. Governance dei servizi

Art. 222 - Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Art. 223 - Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione.

PARTE III DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONI

Art. 224 - Disposizioni ulteriori.

Art. 225 - Disposizioni transitorie e di coordinamento.

Art. 225 bis - (Ulteriori disposizioni transitorie) (1)

Art. 226 - Abrogazioni e disposizioni finali.

Art. 226 bis - (Disposizioni di semplificazione normativa) (1)

Art. 227 - Aggiornamenti.

Art. 228 - Clausola di invarianza finanziaria.

Art. 229 - Entrata in vigore.

Allegato Unico

All. 1

All. 2

All. 3

All. 4

All. 5

All. 6

All. 7

All. 8

All. 9

All. 10

All. 11

All. 12

All. 13

All. 14

All. 15

All. 16

All. 17

All. 17 bis

All. 18

All. 19

All. 20

All. 21

All. 21 bis

All. 22

All. 23

All. 24

All. 25

All. 26

All. 27

All. 28

All. 29

All. 30

All. 31

All. 32

All. 33

All. 34

All. 35

All. 36

All. 37

All. 38

All. 39

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (2023), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pacini Editore, Pisa.
- Accapietra F. (2025), *Offerte anormalmente basse: l'articolo 110 del nuovo Codice Appalti*, Biblus Acca.
- Alvarez S. (2015), A Rubicon, *Carbon footprint in Green Public Procurement: a case study in the services sector*, Journal of Cleaner Production, 93, pp. 159 ss.
- Andreis M. (2023), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: commento al d.lgs. n. 36/2023*, Giuffrè Editore, Milano.
- Auby J-B. (2022), Conclusioni, in Cavallo Perin R., Lipari M., Racca G.M. (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per L'attuazione della legge delega*, Napoli, p. 133.
- Auletta G. (2019), *La disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- Azzariti A. (2015), *I contratti pubblici e il principio di buona fede*, Wolters Kluwer, Milano.
- Bacot D. (2024), *L'aggiudicazione tra "vecchio" e "nuovo" Codice*, Tuttogare.
- Baraggioli A. (2024), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: spunti di riflessione tra principi*, Rivista Pactum, aprile 2024.
- Barone A. (2022), *Il collaudo dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Berrettini A. (2023), *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, Studi sui principi del codice dei contratti pubblici, Napoli.
- Bertelli A., Gallo L., Panconi M.C. (2023), *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giustizia Insieme.
- Bertoli P. (2013), *I contratti pubblici tra buona fede e tutela dell'affidamento*, CEDAM, Padova.
- Bianchini M. (2020), *Le scelte discrezionali nell'aggiudicazione dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- Bonaiti A. (2024), Art. 68 *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in Villata R., Ramajoli M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, pp. 352-358.

Buccarella M. (2024), *Appalti pubblici e istanze ambientali nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Cafaggi F. (a cura di) (2009), *Il Contratto di rete*. Commentario, Il Mulino, Bologna.

Cappellano M. (2024), *Il principio della fiducia e l'istituto del soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici*, relazione al convegno *I principi generali: l'Amministrazione e il mercato*, Palermo, 15 marzo 2024.

Cappello M. (2021), *Contratti pubblici: procedure di gara e principi generali*, Giuffrè Editore.

Caranta R. (2008), *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, Urbanistica e appalti.

Caranta R. (2023), *I contratti pubblici tra mercato e amministrazione*, Il Mulino, Bologna.

Caranta R. (2023), *Il sistema dinamico di acquisizione negli appalti pubblici: opportunità e criticità*, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2, p. 145.

Carbone P. (2018), *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 1, pp. 25-26.

Cardarelli S. (2019), *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per grave illecito professionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.

Cardillo G. (2017), *Gli appalti pubblici tra diritto amministrativo e pratiche economiche*, Edizioni Laterza, Roma-Bari.

Carinci P. (2017), *Il principio di buona fede nei contratti pubblici*, CEDAM, Padova.

Carinci P. (2019), *La riforma dei contratti pubblici: tra principio di tassatività e massima partecipazione*, Egea, Milano.

Caringella F. (2021), *Manuale dei contratti pubblici*, Dike Giuridica, Roma.

Caringella F. (2022), *Diritto amministrativo - Vol. II: Contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma.

- Caringella F. (2023), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, Giustizia Amministrativa.
- Caringella F. (2024), *Il nuovo codice dei contratti pubblici: innovazioni e criticità*, Giuffrè, Milano.
- Caringella F. (2024), *Manuale ragionato di diritto amministrativo 2024*, Dike Giuridica Editrice, Roma.
- Carrer M. (2022), *Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizzazione costituzionale*, Studi Economici e Diritto, 1.
- Cartei R. (2017), *La procedura di aggiudicazione nei contratti pubblici*, Wolters Kluwer, Milano.
- Casciaro F., Fumel G. (2021), *I raggruppamenti temporanei di imprese nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- Caterina M. (2016), *L'autonomia contrattuale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Giurisprudenza per i principi e autonomia privata*, Giuffrè Editore, Milano.
- Cavallo Perin R., Lipari G., Racca G. (a cura di) (2024), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice: Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene Editore, Napoli.
- Chieffi A. (2019), *Affidamento e buona fede nelle gare d'appalto*, Giuffrè Editore, Milano.
- Chieppa G., Santise A., Simonetti H., Tuccillo F. (a cura di) (2023), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza.
- Cian M. (2018), *La disciplina delle gare d'appalto: teoria e pratica*, CEDAM, Padova.
- Cintioli F. (2020), *I contratti pubblici: principi e regole*, Giappichelli Editore, Torino.
- Cintioli F. (2022), *La regolazione degli appalti pubblici*, Cedam, Padova.
- Ciontoli F. (2023), *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Giustizia Amministrativa.
- Clarich M. (2018), *I contratti pubblici*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (2020), *Il Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, CEDAM, Padova.
- Clarich M. (2020), *Il ruolo del direttore dei lavori negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano.

- Clarich M. (2021), *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (2022), *Il diritto degli appalti pubblici nell'ordinamento italiano ed europeo*, Giuffrè Editore, Milano.
- Clarich M. (2023), *Diritto amministrativo europeo e nazionale*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (2023), *I contratti pubblici tra diritto interno e diritto europeo*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (2023), *Il diritto amministrativo dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino.
- Comba M. (2023), *Il sistema dinamico di acquisizione negli appalti pubblici: opportunità e criticità*, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2, p. 145.
- Coppola G. (2019), *Il diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- Corso G. (2020), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano.
- Cozzio M. (2022), *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for European Union*, *International Community Law Review*, 24, p. 176.
- D'Acunto M.S. (2020), *La rotazione degli inviti e degli affidamenti negli appalti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- D'Alessandro F. (2021), *Le reti di impresa e la loro regolamentazione nei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- De Gioia Carabellese P. (2021), *La sospensione e la risoluzione del contratto di appalto pubblico*, UTET, Torino.
- De Lise P. (2022), *Digitalizzazione e semplificazione nella contrattualistica pubblica*, Maggioli, Rimini.
- De Masi D. (2005), *La sussidiarietà orizzontale e i contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- De Michele F. (2021), *Il diritto degli appalti pubblici: gli aspetti procedurali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

- De Miranda M. (2018), *Contratti pubblici e principi di trasparenza*, Giuffrè Editore, Milano.
- De Nardis L. (2021), *L'efficienza negli appalti pubblici: analisi e prospettive*, Il Mulino, Bologna.
- De Nardis L., *L'efficienza negli appalti pubblici: analisi e prospettive*, relazione presentata in occasione del convegno nazionale su *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Bologna, 2021.
- Delle Cave G. (2024), *Modificazioni soggettive dei concorrenti a struttura plurisoggettiva tra nuovo e vecchio Codice*, ItaliAppalti, 8 ottobre 2024.
- Delle Monache G. (2016), *I giudici, il forum shopping e la lex mercatoria*, in *Giurisprudenza per i principi e autonomia privata*, Giuffrè Editore, Milano.
- Ferrari G. (2020), *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal Decreto Semplificazioni*, Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 3, pp. 45-67.
- Fichera M. (2017), *European Integration and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford.
- Fidone G., Gambuto S., Mele G. (2004), *Appalti pubblici e concorrenza*, Progetto Concorrenza di Confindustria, Roma.
- Fiore A. (2016), *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino.
- Fiorentino A. (2023), *Contabilità e controllo economico negli appalti pubblici*, IPSOA, Milano.
- Fiorentino L., La Chimia A. (2021), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, convegno su *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, Bologna, Il Mulino.
- Fornari F. (2007), *Il principio di solidarietà nei contratti pubblici*, CEDAM, Padova.
- Franceschetti S. (2019), *Il patteggiamento nel diritto penale e la sua incidenza sui contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- Fusco L. (2019), *Le esclusioni dalla gara nei contratti pubblici: analisi delle cause e degli effetti giuridici*, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, p. 75-90.

- Gallo A. (2011), *Sussidiarietà e solidarietà: la tutela degli interessi pubblici nei contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Garofoli R., Ferrari G. (2024), *Codice dei contratti pubblici*, Neldiritto Editore, Roma.
- Garofoli R., Ferrari G. (2024), *I contratti pubblici*, Neldiritto Editore, Roma.
- Garofoli R., Ferrari G. (2024), *Manuale di diritto amministrativo 2023/2024 – Parte generale e speciale*, Nel Diritto Editore, Roma.
- Ghezzi P. (2016), *La buona fede nei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano.
- Ghezzi P. (2018), *Le nuove norme sugli appalti pubblici e il ruolo dell'ANAC*, Il Mulino, Bologna.
- Giovagnoli R. (2018), *I contratti pubblici: disciplina, giurisprudenza, profili europei*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.
- Greco G. (2012), *L'impugnazione degli atti preparatori*, *Diritto Amministrativo*, pp. 45-78.
- Greco G. (2017), *I contratti pubblici dopo il d.lgs. 50/2016*, Giappichelli, Torino.
- Greco G. (2017), *L'invalidità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. (2021), *Le garanzie negli appalti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino.
- Greco G. (2022), *I contratti pubblici e il principio di affidabilità*, Giappichelli Editore, Torino.
- Greco G. (2022), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. (2023), *Il diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino.
- Greco G. (2023), *La procedura ristretta e la selezione degli operatori economici negli appalti complessi*, *Giustizia Amministrativa*.
- Greco L. (2021), *Il potere discrezionale nelle gare pubbliche: lotti e aggregazioni*, Il Mulino, Bologna.
- Grosso M. (2020), *La partecipazione alle gare pubbliche: profili giuridici e pratici*, Giuffrè Editore, Milano.

- Immordino M., Cavallaro G. (2011), *I contratti della pubblica amministrazione*, in Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, p. 409.
- Krieger B., Zipperer V. (2021), *Does Green Public Procurement Trigger Environmental Innovations?*, SSRN Electronic Journal, p. 24.
- Lauria F. (1998), *I pubblici appalti*, Giuffrè Editore, Milano.
- Lesto A. (2017), *La sicurezza negli appalti pubblici: dalla delineazione di un nucleo minimo di tutela alla previsione di un regime agevolativo e premiante*, ItaliAppalti, Roma.
- Lippi D. (2022), *L'uso dell'asta elettronica negli appalti pubblici: vantaggi e limiti*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, p. 98.
- Loiodice A. (2020), *Il principio di rotazione e la trasparenza nelle procedure di affidamento*, Il Mulino, Bologna.
- Lopilato V. (2024), *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino.
- Lupo A. (2014), *Il principio di buona fede nei contratti pubblici: profili giuridici e operativi*, FrancoAngeli, Milano.
- Maggio F. (2024), *I principi di concorrenza e di immodificabilità del RTI nel codice dei contratti pubblici. Lettura alla luce del PNRR e delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2021 e del 2022*, *Rivista Trimestrale degli Appalti*.
- Maiellaro F. (2024), *L'avvalimento nel Nuovo Codice Appalti: Analisi e Cambiamenti del D.Lgs. 36/2023*, Giuffrè Editore, Milano.
- Maiellaro G.F. (2024), *Verso il Correttivo del Codice dei contratti pubblici: riflessioni e prospettive sulla imminente riforma*, *Appalti & Contratti*.
- Mangialardi G. (2023), *L'avvalimento nel Nuovo Codice Appalti: Analisi e Cambiamenti del D.Lgs. 36/2023*, Giuffrè Editore, Milano.
- Marchianò G. (2004), *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004*, *Rivista trimestrale degli appalti*, p. 854 ss.
- Marini M. (2019), *La rinegoziazione dei contratti pubblici per sopravvenienze*, CEDAM, Padova.

- Marzaro P. (2023), *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia.
- Marzaro P. (2024), *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia.
- Mastellone F. (2009), *Solidarietà e sussidiarietà nei contratti pubblici: un'analisi giuridica*, Il Mulino, Bologna.
- Mastragostino F. (1993), *L'appalto di opere pubbliche*, Il Mulino, Bologna.
- Mastragostino F. (2011), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli Editore, Torino.
- Mastragostino F. (2022), *Le cause di esclusione nei contratti pubblici*, CEDAM, Padova.
- Mastroianni P. (2023), *La fideiussione e la cauzione nelle gare pubbliche: tra obblighi e libertà contrattuali*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 5, pp. 145-170.
- Merloni F. (2020), *L'esecuzione del contratto pubblico tra diritto civile e diritto amministrativo*, *Diritto Amministrativo*, p. 235.
- Merloni F. (2020), *La direzione dei lavori nelle opere pubbliche*, Il Mulino, Bologna.
- Miele G. (2020), *Il procedimento di evidenza pubblica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.
- Modaffari D. (2012), *Le procedure di affidamento e i controlli nel Codice degli Appalti pubblici*, Exeo Edizioni.
- Montuschi L. (2017), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione: competenze e poteri*, CEDAM, Padova.
- Morbidelli G., Zoppolato M. (2017), *Appalti pubblici*, in Chiti M.P., Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè Editore, Milano.
- Morrone A. (2022), *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Napolitano G. (2021), *Il ruolo del RUP nella contrattualistica pubblica*, Cedam, Padova.

- Napolitano G. (2021), *L'evoluzione del diritto dei contratti pubblici: profili critici e prospettive*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, p. 278.
- Napolitano G. (2022), *I contratti pubblici nell'ordinamento europeo*, Giappichelli Editore, Torino.
- Napolitano G. (2023), *Committenza pubblica e principio del risultato*, Convegno "Il Nuovo Codice degli Appalti", Roma, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023.
- Navarretta E. (2016), *La tutela della persona nel contratto*, in *Giurisprudenza per i principi e autonomia privata*, Giuffrè Editore, Milano.
- Neri G. (2008), *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: spunti ricostruttivi*, relazione al Convegno *Diritto penale degli appalti pubblici*, Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008.
- Nivarra P. (2016), *La giustizia contrattuale tra procedura e contenuto*, in *Giurisprudenza per i principi e autonomia privata*, Giuffrè Editore, Milano.
- Nobile A. (1997), *Gli appalti pubblici di servizi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma.
- Ottani M. (1994), *Gli appalti pubblici*, in Massera A. (a cura di), *Ordinamento comunitario e amministrazione*, Il Mulino, Bologna.
- Pappalardo A. (2007), *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET Giuridica, Milano.
- Perfetti L.R. (2023), *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, *Urbanistica e Appalti*, 1, p. 5 ss.
- Pericu G. (2021), *L'amministrazione pubblica tra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna.
- Pericu G. (2022), *Le riserve negli appalti pubblici*, Cedam, Padova.
- Perongini S. (2022), *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, *Diritto e Società*, 3, p. 551 ss.
- Perulli G. (2023), *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice D.Lgs. 36/2023*, Giappichelli Editore, Torino.
- Piperata G. (2021), *Appalti pubblici e aggregazioni imprenditoriali*, CEDAM, Padova.

- Pitrelli A. (2023), *Nuovo codice dei contratti pubblici: fiducia, responsabilità e assicurazione*, Diritto.it, novembre 2023.
- Quadri E. (2024), *Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza*, *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*.
- Racca G.M. (2020), *Il subappalto nei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione*, *Diritto Amministrativo*, Milano, p. 341 ss.
- Racca G.M. (2020), *L'innovazione nei contratti pubblici: tra concorrenza e qualità dell'amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Racca G.M. (2023), *Il soccorso istruttorio e la tutela del principio di parità*, *Rivista Trimestrale Appalti*, p. 195.
- Razzolini M. (a cura di) (2024), *Appalti pubblici e tutela del lavoro. Il public procurement come strumento di costruzione sociale del mercato*, RGL, Milano.
- Rescigno P. (2023), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Cedam, Padova.
- Ricci D. (2023), *Collaudo e verifiche nei contratti pubblici*, Maggioli, Santarcangelo.
- Roggio A. (2018), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Il Sole 24 Ore, Milano.
- Romano A. (2023), *L'evoluzione del subappalto nei contratti pubblici: dal limite quantitativo alla regolazione qualitativa*, *Rivista di diritto pubblico*, Roma, p. 129 ss.
- Romano B.N. (2023), *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, *Nuove Autonomie*, n. 2/2023.
- Rossi L. (2023), *Esclusione dalle gare e self-cleaning: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, CEDAM.
- Rossi L. (2023), *L'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1, p. 89-102.
- Rossi M. (2022), *Il potere sostitutivo del responsabile del procedimento nei contratti PNRR e PNC*, *Diritto Amministrativo*, n. 2, pp. 123-140.
- Rovelli G. (2023), *Il nuovo Codice degli Appalti: principi e applicazioni*, Giuffrè, Milano.

- Ruffini G. (2020), *Tutela dell'affidamento e buona fede nei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Sacco R. (2018), *La buona fede nei contratti: teoria e prassi*, Il Mulino, Bologna.
- Saitta F. (2023), *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giustizia Insieme*, 8 giugno 2023.
- Sandulli A. (2005), *Appalti pubblici e diritto europeo: un dialogo in evoluzione*, Jovene Editore, Napoli.
- Sandulli A. (2018), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Cedam, Padova.
- Sandulli A. (2023), *Diritto amministrativo e contratti pubblici*, CEDAM, Padova.
- Sandulli A. (2023), *I contratti pubblici nel diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano.
- Sandulli A.M. (2023), *Le garanzie negli appalti pubblici*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, p. 145 ss.
- Sandulli M.A. (2023), *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, *Giustizia Insieme*.
- Santoro G. (2019), *Le gare pubbliche e la concorrenza*, Wolters Kluwer, Milano.
- Semenzato G. (2024), *Dall'istituto al contratto: l'avvalimento "di garanzia" alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023*, *Il Diritto Amministrativo*.
- Sgarbossa A. (2013), *La solidarietà e la sussidiarietà nella contrattualistica pubblica*, FrancoAngeli, Milano.
- Simonetti H. (2023), *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *Judicium*.
- Sorrentino L. (2022), *Il codice dei contratti pubblici: commento e guide operative*, Wolters Kluwer, Milano.
- Spasiano M.R. (2024), *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, *Federalismi*, 9, p. 206 ss.

- Spetrillo L. (2023), *Le nuove norme del codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023*, Giappichelli Editore, Torino.
- Tanda P. (2021), *Public procurement and innovation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Taormina F. (2024), *Gli operatori economici nel nuovo Codice dei contratti*, relazione del 23 maggio 2024.
- Tarantino G. (2023), *Il diritto degli appalti pubblici nel nuovo Codice*, Maggioli, Rimini.
- Tarantino G. (2019), *Il subappalto nei contratti pubblici: disciplina e prassi giurisprudenziale*, Maggioli, Rimini.
- Tarantino G. (2021), *Il sistema degli appalti pubblici: principi e prassi*, CEDAM, Padova.
- Tarasco A. (2023), *Cataloghi elettronici e procurement pubblico: prospettive e criticità*, *Rivista di Diritto dell'Economia*, n. 1, p. 76.
- Tiberii M. (2023), *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli.
- Tomassetti A. (2017), *La nuova disciplina dell'appalto pubblico dopo il correttivo: profili di interesse notarile*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma.
- Toninelli G. (2018), *I contratti pubblici e la loro gestione*, Giappichelli Editore, Torino.
- Torelli M. (2018), *Il principio di rotazione negli affidamenti pubblici: analisi e prospettive*, CEDAM, Padova.
- Travi A. (2020), *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Travi A. (2021), *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Trimarchi Banfi F. (2018), *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, Giustizia Amministrativa.
- Ursi A. (2024), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Vesperini G. (2023), *Riforme amministrative e diritto europeo*, Carocci, Roma.

Zara M. (2019), *Le gare pubbliche e i requisiti di partecipazione*, Il Mulino, Bologna.

Zorzi S. (2015), *Il recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici: tra armonizzazione e specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Zurlo G. (2022), *La modificazione in senso riduttivo del RTI in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in capo ad uno dei suoi componenti è ammessa anche in corso di gara*, Appalti & Contratti, 2 febbraio 2022.