

c.p.c., a causa di «diverse posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'ammissibilità in via generale dell'istituto della rinuncia abdicativa nel nostro ordinamento, alla luce delle antitetiche interpretazioni fornite dell'art. 827 c.c., quale mera disposizione di chiusura ovvero base giuridica dell'istituto, della positivizzazione di talune ipotesi di rinuncia, da alcuni ritenute di natura abdicativa, da altri ammissibili solo

in quanto comportanti l'estinzione di diritti reali minori o della quota di proprietà, con conseguente riespansione della piena proprietà che non rimarrebbe "acefala" (artt. 1104, 1070, 963 c.c.) ovvero di fattispecie di rinuncia traslativa (art. 1350 n. 5 e 2643 n. 5 c.c.), nonché dei differenti orientamenti sulla nullità o meno dei negozi aventi ad oggetto tale rinuncia ex artt. 1418, 1343 e/o 1344 c.c.».

**BIBLIOGRAFIA:** (1) Relazione allo schema definitivo del codice dei contratti pubblici, pagg. 22 e 23; (2) L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; (3) M. GIUSTINIANI, P. FONTANA, *Le gare pubbliche*, Napoli, 2025.

## Articolo 9

### Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

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

2. *Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.*

3. *Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.*

4. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono 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 delle interferenze da sopravvenienze.*

5. *In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120.*

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA:** 1. Il fondamento e la ratio della rinegoziazione: il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale quale ulteriore tassello verso il risultato. **II IL COMMENTO:** 1. Viene sfatato il mito della sanctity of contract - 2. Le condizioni per accedere alla rinegoziazione - 3. I limiti della rinegoziazione: contract test e competition test. **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. La natura della posizione soggettiva in capo alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza: interesse legittimo o diritto soggettivo? Conseguenze sul piano della giurisdizione - 2. I rimedi esperibili: vincolo de contractando o vincolo de contrahendo? 3. Gli effetti della sopravvenienza di un nuovo CCNL di settore.

#### I INTRODUZIONE ALLA NORMA

##### 1. Il fondamento e la ratio della rinegoziazione: il principio di conservazione

##### dell'equilibrio contrattuale quale ulteriore tassello verso il risultato

L'esigenza di rinegoziazione, già affiorata in alcune pronunce della Corte di Cassazione (cfr. Cass.

I, 20 aprile 1994, n. 3775), rinviene il proprio fondamento nella **portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva** del contratto *ex art.* 1375 c.c., ponendosi quale cammino necessitato di adattamento del programma negoziale alle circostanze ed esigenze sopravvenute che ne alterino l'equilibrio.

Si è così preso atto che, in un'ottica evolutiva e costituzionalmente orientata, i **principi di buona fede e di leale collaborazione** non riguardano soltanto il versante privatistico dell'azione delle Amministrazioni pubbliche, avendo oramai assunto il **rango di parametri per la valutazione della stessa legittimità dell'attività autoritativo-pubblicistica**. Infatti, proprio con riferimento al profilo amministrativo, la legislazione più recente e gli indirizzi giurisprudenziali mostrano i segni della progressiva sussunzione dei canoni di buona fede e di leale cooperazione quali parametri di legittimità dell'*agere* pubblico (F. CARINGELLA (1)).

Tale evoluzione trova conferma nell'**art. 1, comma 2bis, L. 241/1990**, che riflette la concezione secondo cui il procedimento amministrativo, lungi dal fondarsi sull'assoluta unilateralità del potere, costituisce un momento di coordinamento e di composizione di opposti interessi pubblici e privati (cfr. *Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20*). A ulteriore riprova di quanto rilevato, il Supremo Consesso (*Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21*) ha enunciato il seguente principio di diritto: «*Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi*».

L'art. 9 del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023), quindi, ponendosi in linea di continuità con le citate coordinate normative e giurisprudenziali, introduce una **disciplina generale** per la gestione di **sopravvenienze straordinarie e imprevedibili**, tali da determinare una sostanziale **perturbazione dell'equilibrio contrattuale**. Il tutto con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale (pandemia da Covid-19 e conflitto Russo-Ucraino) in cui si è innestata l'approvazione di questo terzo codice dei contratti pubblici. Tale disposizione, dunque, mira a fronteggiare l'eventualità in cui, nel corso dell'esecuzione del contratto, si verificano delle sopravvenienze idonee ad alterare l'equilibrio originario del regolamento negoziale o a far venire meno - in parte o temporaneamente - l'interesse del creditore alla prestazione.

Viene così introdotto una sorta di "tagliando" o anche **rimedio manutentivo del contratto**, in grado di conformare il comportamento delle parti in vista del **raggiungimento del risultato** (si consideri infatti che, non essendo il principio di cui al presente articolo menzionato nella legge delega, è stato rilevato come la sua legittimità si fondi proprio sulla sua funzionalizzazione rispetto al principio del risultato. In termini, da ultimo, V. ROSSI, (2), 30). Sotto tale profilo, quindi, rileva l'attenzione inedita che il nuovo codice riserva al "diritto civile dei contratti pubblici", in ossequio a una lettura innovativa che mette al centro non il procedimento *ex se*, ma il **ciclo di vita complessivo del contratto**. Ciò è reso evidente dalla nuova costruzione del codice nel cui ambito il diritto dei contratti pubblici da branca del diritto della concorrenza assurge a **capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale**. In tale contesto normativo, quindi, l'obiettivo non è la gara, ma la stipulazione e l'esecuzione di un contratto che assicuri prestazioni utili con il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo (*Cons. St. III, 26 marzo 2024, n. 2866*; Id., *29 dicembre 2023, n. 11322*; *Tar Parma I, 29 aprile 2024, n. 98*).

In questo senso, la giurisprudenza evidenzia che la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai **criteri di efficacia ed economicità** che, in presenza di particolari circostanze, **possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto** (*Tar Piemonte II, 20 febbraio 2023, n. 180*).

## II IL COMMENTO

### 1. Viene sfatato il mito della *sanctity of contract*

L'art. 9 sfata il mito della intangibilità del contratto scaturito dalla gara (cd. **principio di invariabilità** o *sanctity of contract*; si veda F. CARINGELLA (3) 971), uniformando il nostro sistema al modello francese (art. 1195 del codice civile francese sulla *révision pour imprévision*) e a quello tedesco (art. 313 BGB). E tanto in linea con il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale **l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto** e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (cfr. *Corte Giust. UE. VIII, 7 settembre 2016, C-549/14*).

In tale contesto, quindi, si inserisce l'art. 9, comma 1, che positivizza il **principio di doverosità della rinegoziazione**, quale precipitato del canone

costituzionale di solidarietà sociale e di quello di buona fede oggettiva. Pertanto, in presenza di **sopravvenute circostanze straordinarie e imprevedibili** e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, spetta alla parte svantaggiata il **diritto alla rinegoziazione** secondo buona fede delle condizioni contrattuali.

Costituiscono un'applicazione del suddetto principio le previsioni di cui ai successivi **artt. 60** (che prevede l'obbligo di inserire nei documenti di gara le clausole di revisione prezzi) e **120** (che prevede casi autorizzati di modifica non sostanziale del contratto).

In tema di concessioni, si vedano, invece, gli **artt. 189 e 192**, rispettivamente in materia di modifica e di revisione.

## **2. Le condizioni per accedere alla rinegoziazione**

L'art. 9, muovendo proprio dall'esito economicamente inefficiente che deriverebbe dalla tutela demolitoria di cui all'art. 1467 c.c., vara un **rimedio di carattere manutentivo** del contratto, maggiormente in linea con l'interesse dei contraenti. La tutela caducatoria, infatti, rivela la sua inadeguatezza, quante volte venga in rilievo un **contratto c.d. ad alta relazionalità**, il quale comporta l'instaurazione di una relazione molto intensa e articolata tra le parti, ciascuna delle quali organizza la propria sfera in funzione del compimento di quella determinata operazione, investendovi, in modo tendenzialmente irreversibile, tempo, denaro e mezzi.

La disposizione - da leggersi in combinazione con le regole procedurali dettate dall'art. 120, comma 8 - subordina l'azionabilità di siffatto rimedio al ricorrere di eventi, oltre che straordinari e imprevedibili, estranei al normale ciclo economico e tradottisi in un rischio non volontariamente assunto dalla parte svantaggiata.

In dettaglio, quindi, il comma 1, nel definire le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della disposizione, richiede che:

a) si tratti di **eventi straordinari e imprevedibili**;

b) i **rischi** concretizzati da tali eventi **non siano stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi**;

c) tali eventi determinino un'**alterazione rilevante dell'originario equilibrio** del contratto e **non siano riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato**.

Come anticipato, le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione devono essere estranee anche al normale ciclo economico, **integrando**

**uno shock esogeno, eccezionale e imprevedibile**. Di qui la necessità di un'interpretazione restrittiva della disciplina in esame, la quale, peraltro, richiede un **rilevante squilibrio tra le prestazioni dedotte nel programma negoziale**, da valutarsi in base alle circostanze del caso concreto e allo specifico contenuto del contratto.

Il comma 2 dell'art. 9 dispone che la rinegoziazione si limita a ristabilire l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo agli atti alla base della costituzione del rapporto negoziale, senza alterarne la sostanza economica (sul punto si veda *infra*).

Il comma 3 reca, invece, una disciplina per l'ipotesi in cui le sopravvenienze incidano sull'**utilità o utilizzabilità della prestazione** per uno dei contraenti, dando ulteriore prova della preferenza mostrata dal Legislatore per il **rimedio manutentivo**. In particolare, l'evento sopravvenuto, rendendo la prestazione inidonea a soddisfare l'interesse del creditore *ex art. 1174 c.c.*, fonda il **diritto di quest'ultimo a una riduzione proporzionale del prezzo**, secondo le regole dell'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 c.c.

La disposizione in commento incentiva, inoltre, la gestione negoziale delle sopravvenienze attraverso la **previsione di clausole di rinegoziazione**, specie quando il contratto risulti particolarmente esposto, per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze (comma 4). Nel caso in cui tali clausole siano state inserite nei documenti di gara e siano state oggetto di un confronto concorrenziale, le stesse **inciderebbero sul rapporto negoziale a prescindere dall'entità dalla modifica**. E ciò in forza della lettura coordinata del comma 4 dell'art. 9 con l'art. 120, comma 1, lett. a), secondo cui i contratti possono essere modificati se le modifiche, "*a prescindere dal loro valore monetario*", siano state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali.

Come si vedrà *infra*, l'inserimento nel testo contrattuale delle clausole di rinegoziazione svolge un **ruolo decisivo**, oltre che ai fini della qualificazione della posizione soggettiva vantata dalla parte pregiudicata dalla sopravvenienza, anche e soprattutto **nell'individuazione del rimedio azionabile** a fronte della violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

## **3. I limiti della rinegoziazione: contract test e competition test**

La previsione di cui al comma 2 dell'art. 9 precisa, inoltre, che la rinegoziazione persegue l'**esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto**, avuto riguardo al bando e al

provvedimento di aggiudicazione e senza alterarne la sostanza economica. In altri termini, mentre **nella rinegoziazione privatistica, i contraenti godono di ampia libertà**, dovendo procedere secondo un giudizio di prognosi postuma, nell'ambito dei contratti pubblici, invece, **l'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti non può stravolgere l'assetto negoziale fissato dalla disciplina di gara**.

Di qui l'ammissibilità delle **sole modifiche proporzionate non sostanziali o snaturanti compatibili, oltre che con il contract test** (cd. "scope of the contract" che implica la compatibilità con la causa contrattuale e la struttura della fattispecie; vedi artt. 60, comma 2; 120, comma 1), escludendosi la radicale modifica snaturante dei termini essenziali dell'operazione (*Corte Giust. UE X, 7 dicembre 2023, C-441/22*), **anche con il competition test** ("the scope of the competition", che impone la non alterazione della sostanza economica del contratto oggetto dell'affidamento e, quindi, la non elusione delle regole di evidenza pubblica). In particolare, sotto tale profilo, si richiede, come chiarito dall'art. 120, comma 6, la non alterazione, sulla base di un giudizio di prognosi postuma, dei parametri che hanno attratto i competitori e inciso sulla formulazione delle offerte (*Corte Giust. III, 19 giugno 2008, Pressetext, C-454/06*); in definitiva, occorre mettersi nei panni di un'amministrazione virtuale e verificare, attraverso la celebrazione di una gara ipotetica, se sarebbe stata premiata un'altra offerta o avrebbe vinto un altro soggetto ove la disciplina di gara avesse inglobato le modifiche.

### III LE QUESTIONI APERTE

#### 1. La natura della posizione soggettiva in capo alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza: interesse legittimo o diritto soggettivo? Conseguenze sul piano della giurisdizione

Come anticipato, la portata innovativa della disposizione consiste nell'aver previsto il "diritto" alla rinegoziazione, la cui natura appare però controversa.

Una prima ricostruzione propende per la qualificazione della posizione soggettiva della parte svantaggiata dalla sopravvenienza in termini di **interesse legittimo pretensivo** che rinviene la propria causa nella procedura di gara e che implica un **potere discrezionale** (almeno sotto il profilo della discrezionalità tecnica) **della P.A. sia sull'an che sul quantum**. Questa natura amministrativa trova conferma nella **procedimentalizzazione** di cui al **comma 8 dell'art. 120**.

Ne consegue, pertanto, che in caso di inerzia o diniego della stazione appaltante, l'appaltatore potrà agire innanzi al giudice amministrativo avverso il **silenzio inadempimento** (v. artt. 17, comma 3, e 18, comma 5) o con il **ricorso di annullamento** (art. 29 c.p.a.) (si richiama *Cons. St., Ad. plen., 6 agosto 2021, n. 14* sulla revisione prezzi; cfr. *Cons. St. III, 25 luglio 2023, n. 7291*).

Deve, tuttavia, ritenersi preferibile la tesi che, valorizzando il riferimento letterale al "diritto" alla rinegoziazione, opta per la natura di **diritto soggettivo** di tale situazione giuridica. Siffatta ricostruzione è corroborata dall'ulteriore duplice rilievo che, da un lato, il vincolo trova la sua fonte nel **principio civilistico di buona fede solidaristica** di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e 2 Cost., ossia in una norma di relazione integrativa del contratto in fase esecutiva; e, dall'altro, che il vincolo ha **carattere reciproco**, in quanto sussiste anche in capo al contraente privato, soggetto nei cui confronti non può che vantarsi una posizione di diritto soggettivo (F. CARINGELLA, (3) 972).

In definitiva, la rinegoziazione (al pari delle revisioni e delle modifiche *ex artt. 60, 120, 189 e 192*), vista alla luce del vincolo del contratto e della competizione, **non è frutto di un provvedimento di secondo grado**, che incide sull'esito amministrativo della gara, ma **esplicazione di autonomia negoziale** in sede di gestione del rapporto contrattuale (si veda, in materia, *Cons. St. V, 15 marzo 2024, n. 2513*).

Il problema è risolto in radice, a favore della tesi del **diritto soggettivo**, in caso di **inserimento della clausola di rinegoziazione** nel testo contrattuale ai sensi del **comma 4** della disposizione in esame.

#### 2. I rimedi esperibili: vincolo *de contractando* o vincolo *de contrahendo*?

Si pone a questo punto il problema del **tipo di tutela** derivante dalla violazione dell'obbligo (legale o convenzionale) di rinegoziazione *ex art. 9*.

Si impone, al riguardo, un **case by case approach**, volto a distinguere il caso in cui venga in rilievo un obbligo di mezzi da quello in cui venga suggerito un obbligo di risultato.

Sarà configurabile un mero **vincolo *de contractando*** (obbligo di contrattare) quante volte dall'interpretazione del contratto e dal tenore delle eventuali clausole impositive della rinegoziazione non si ricavi la chiara fissazione dei canoni di ripartizione del rischio e dei criteri per il **ripristino dell'equilibrio contrattuale colpito dalla sopravvenienza**. In tali ipotesi, infatti, la determinazione dell'oggetto contrattuale richiede l'**infungibile espli-**

**cazione dell'autonomia negoziale**, non demandabile a un intervento giudiziale ispirato a una schietta metodica surrogatoria. Ne deriva che, non potendosi il giudice sostituire alle parti nei loro calcoli di convenienza, la soluzione rimediabile consisterà nella sola **tutela risarcitoria** per violazione dell'obbligo di avviare e condurre le trattative in conformità ai canoni di buona fede, diligenza e divieto di abuso. L'integrazione del contratto mediante le clausole atipiche della buona fede e dell'equità si porrebbe, d'altronde, in chiara discrasia con il principio di autonomia di cui all'art. 8.

In definitiva, in tali ipotesi, non verrà in rilievo un obbligo di contrarre ("*pactum de contrahendo*"), ma di contrattare ("*pactum de contractando*"), con conseguente esperibilità dei soli rimedi risarcitorio e risolutorio, in omaggio al principio generale secondo cui *the courts don't make the contracts for the parties*.

E' ragionevole ritenere, invece, che venga in rilievo un **vincolo de contrahendo** (obbligo di contrarre) quante volte **il contratto indichi parametri specifici da cui ricavare riferimenti certi, oggettivi e puntuali** (ad esempio, listini prezzo, tariffari, tabelle sul costo del lavoro, contratti collettivi) che rendano l'oggetto del contratto determinabile in base all'interpretazione della volontà delle parti volta a fissare il criterio di riallocazione. Di qui, la praticabilità, sul piano rimediabile, della tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c., con l'adozione di una **sentenza costitutiva** (modificativa, non novativa), **determinativa del nuovo contenuto del contratto**.

Deve, quindi, ammettersi la praticabilità di interventi giudiziari correttivi, caratterizzati da un taglio ortopedico finalizzato a una **sentenza di carattere sostitutivo-costitutivo**, ove **il programma negoziale**, alla luce dei canoni ermeneutici di cui al codice civile, **preveda già i criteri di ripartizione della scommessa** e, quindi, fornisca al giudice i termini per il relativo riequilibrio, in guisa da legittimare una correzione giudiziale non esterna, ma interna al contratto. In siffatto contesto, quindi, l'intervento non risulta correttivo della volontà pattizia in quanto si limita a colmare le lacune convenzionali in conformità al regolamento negoziale. In presenza di indicazioni puntuali, infatti, l'adeguamento del contenuto contrattuale, determinato dall'obbligo di rinegoziare, **non contraddice, ma asseconda, l'autonomia privata** nella misura in cui adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate. **Non si tratta di integrazione, ma di interpretazione del contratto**; non manipolazione, ma esplicitazione della volontà pattizia (F. CARINGELLA, (3) 974).

È da soggiungere che tale scenario, in linea con le indicazioni della **giurisprudenza emersa in epoca Covid** (*Trib. Firenze. III, 28 settembre 2022*) e **con le indicazioni dell'Ufficio Studi della Cassazione** (*Relazione tematica dell'Ufficio Massimario della Corte di cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020*), implica un'indagine che inquadri la clausola di rinegoziazione nell'affresco complessivo dell'operazione negoziale e ricavi, quindi, la volontà delle parti non solo dal testo della clausola atomisticamente intesa, ma dall'utilizzo di tutti i canoni ermeneutici, con specifico riferimento al **principio di buona fede ex art. 1366 c.c.**

Può non essere inutile rilevare che, per i contratti pubblici, l'esistenza di **capitolati, tariffari, prezzari e prassi amministrative** consentirà con maggiore facilità di ricavare i termini ragionevoli di ripristino dell'equilibrio ai quali le parti abbiano implicitamente rinviato, pur in assenza di una specifica enunciazione nel testo della clausola. Ulteriore elemento di favore per il rimedio della tutela specifica è il rilievo per cui, in materia di contratti pubblici, è escluso ogni intervento sostanziale snaturante in quanto, per motivi collegati alla *ratio* dell'evidenza pubblica e alle sottese dinamiche competitive, l'azione manipolativa deve limitarsi alle misure strettamente indispensabili per il ripristino dell'originario sinallagma (si veda *supra*). Se si aggiunge che la pronuncia *ex art. 2932 c.c.* incontra, *in subiecta materia*, l'ulteriore **limite finanziario del quadro economico originario dell'affidamento** (cd. *clausola d'invarianza finanziaria*), ce n'è abbastanza per profetizzare che la via della sentenza integrativa dovrebbe essere quella ordinaria, in perfetta coerenza con il principio di conservazione e con la direttiva del risultato amministrativo.

Va aggiunto che, alla luce della lettera dell'art. 120, comma 8, **l'accesso al giudice è subordinato al fallimento del tentativo di rinegoziazione**. Resta ferma la responsabilità per violazione dell'obbligo di rinegoziazione a cui è da aggiungere il rimedio della risoluzione.

### **3. Gli effetti della sopravvenienza di un nuovo CCNL di settore**

Di grande attualità è, poi, il dibattito giurisprudenziale sugli **effetti della sopravvenienza in corso di gara di un nuovo CCNL di settore** prima della stipula del contratto di appalto, segnatamente con riferimento alle conseguenze che tale sopravvenienza determina ai fini dell'equilibrio dell'offerta formulata sulla scorta del CCNL previgente.

L'indirizzo avallato dalla giurisprudenza prevalente è nel senso di ritenere che, in sede di verifica di anomalia, devono senz'altro essere considerati gli incre-



menti retributivi di cui al nuovo CCNL nelle more adottato, concludendo, nelle ipotesi in cui il CCNL sopraggiunga alla formulazione dell'offerta e sia diverso da quello preso in considerazione dall'amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera, per l'**annullamento dell'aggiudicazione** e per il **conseguente obbligo della stazione appaltante di riesaminare l'attendibilità economica dell'offerta** alla luce della contrattazione collettiva nazionale attualmente vigente (cfr. *Cons. St. V, 15 gennaio 2024, n. 453*).

Il rinnovo del CCNL di settore e la previsione in questo contenuta di aumenti retributivi applicabili nel corso dell'appalto oggetto della procedura di gara, per un verso, comportano la **sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto**, per altro verso, **impongono alla stazione appaltante di tenere conto**, nel corso del procedimento di **verifica della congruità dell'offerta, anche dei nuovi livelli retributivi previsti**, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare; e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi (tenendo conto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lettera *d*) e comma 6, ossia che in relazione al mancato rispetto dei minimi retributivi contrattuali non sono ammesse giustificazioni) (così *Cons. St. V, 12 novembre 2024, n. 9042*; conf., altresì, *Tar Veneto I, 20 marzo 2025, n. 375*. Si veda, inoltre, *Cons. St., VII, 26 giugno 2024, n. 5659*, secondo cui: «L'appello principale deve essere accolto, con il conseguente obbligo, per la stazione appaltante, di riesaminare (per l'ennesima e ultima volta) l'attendibilità economica dell'offerta, presentata da Rangers s.r.l., alla luce della nuova contrattazione collettiva attualmente applicabile (e, dunque, considerando anche il rinnovo del CCNL del febbraio 2024), procedendo alla sua esclusione laddove l'offerta risulti economicamente insostenibile» nonché *Cons. St. V, 7 luglio 2023, n. 6652*; *Cons. St. III, 3 maggio 2022, n. 3460*).

A ciò si aggiunga come l'aumento derivante dal periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro applicabili al settore **non può essere considerato un evento imprevedibile** ma una normale evenienza di cui l'imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell'offerta presentata in gara (così *Cons. St. VII, 21 febbraio 2025, n. 1470*).

Così ricostruito l'orientamento ormai consolidatosi in giurisprudenza, va però dato atto di una diversa soluzione (*Tar Napoli. I, 13 giugno 2024 n. 3735*), la quale, pur muovendo dalle stesse premesse dell'indirizzo sopra richiamato, giunge, tuttavia, a conclusioni opposte. Secondo tale prospettiva, quindi, **la stipula di un nuovo contratto collettivo nazionale di settore obbliga al riequilibrio delle condizioni contrattuali**, sia in corso di esecuzione sia prima della stipula del contratto, trattandosi di **sopravvenienze normative espressamente indicate come condizioni legittimanti** dall'art. 106 D.Lgs. 50/2016 e, oggi, dagli artt. 9 e 120 D.Lgs. 36/2023.

In dettaglio, in forza delle disposizioni citate, **i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento**, ove la necessità di modifica è determinata da **circostanze impreviste o imprevedibili** per l'amministrazione aggiudicatrice, tra le quali «la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti» (art. 106, co. 1, lett. *c*), n. 2). È da ritenersi che in quest'ambito **vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro**, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono.

In definitiva, la sopravvenienza del nuovo CCNL non ricade sulla legittimità dell'aggiudicazione disposta, ma va a incidere sulla fase esecutiva del contratto di appalto comportando la rinegoziazione delle condizioni del contratto medesimo, in applicazione dei principi sanciti dagli artt. 9 e 120 del nuovo codice dei contratti pubblici.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) F. CARINGELLA, Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, 2023; (2) V. ROSSI, La revisione dei prezzi negli appalti pubblici, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025; (3) F. CARINGELLA, Manuale ragionato di diritto amministrativo, parte generale, Roma, 2024.

## Articolo 10

### **Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**

*1. 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.*

2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purchè sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA:** 1. Le origini del principio di tassatività. **II IL COMMENTO:** 1. L'analisi della disposizione. **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e i requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 D.Lgs. 36/2023 - 2. Il sopralluogo obbligatorio quale causa di esclusione dalla procedura - 3. Nullità della clausola della *lex specialis* che impedisce la partecipazione agli operatori che hanno un contenzioso con la stazione appaltante. - 4. Principio di tassatività e cause di esclusione extracodicistiche.

## I INTRODUZIONE ALLA NORMA

### 1. Le origini del principio di tassatività

L'art. 10 del D.Lgs. 36/2023 enuncia il **principio di tassatività delle cause di esclusione**, dal quale discende l'esigenza di **riordinare e tipizzare** nel testo del nuovo codice dei contratti pubblici **tutti i motivi di esclusione dalle gare**.

Il principio in esame rappresenta, invero, il risultato di un **articolato percorso giurisprudenziale** - prima ancora che normativo - che fonda le sue radici (anche) nel doveroso rispetto delle previsioni sovranazionali.

Procediamo con ordine.

Precedentemente all'entrata in vigore della recente disciplina in materia, la giurisprudenza amministrativa sviluppatasi negli anni affermava il principio secondo cui i **requisiti** che gli operatori economici dovevano possedere a pena di esclusione fossero non soltanto quelli di **ordine generale** previsti dall'**art. 80, D.Lgs. 50/2016** ma anche quelli **speciali indicati dalle stazioni appaltanti**. Tali requisiti, come già affermato anteriormente alla plenaria n. 8 del 2015, dovevano essere presenti **in capo al concorrente alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda e permanere per l'intera durata della procedura**, ossia fino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso (posizione, questa, come detto ribadita dal **Cons. St. Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8**, secondo cui: «*Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualifica-*

*ti), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la Stazione Appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A. (...). E tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, è appena il caso di rilevarlo, non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore 'operatore economico (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica (...)*».

Negli stessi termini, più di recente, **Cons. St. Ad. plen., 24 aprile 2024, n. 7**, a tenore del quale: «*In conformità a tali inderogabili principi di collaborazione e buona fede, poiché i requisiti di parte-*

*cipazione devono sussistere per tutta la durata della gara sino alla stipula del contratto, nonché poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, discende, de plano, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo (C.d.S., Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; 25 febbraio 2014, n. 10; Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231; Sez. III, 10 novembre 2021, n. 7482)...Tale regola è desumibile anche dall'art. 80, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che: "Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5"»).*

Tale impostazione risultava, peraltro, coerente con quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE, la quale, pur ribadendo la tendenziale **tassatività delle cause di esclusione previste dal diritto europeo in tema di requisiti di ordine morale e di sicurezza pubblica**, precisava che **non fosse impedito a ciascuno Stato membro di prevedere altre misure restrittive per garantire la trasparenza delle procedure**, sempre che queste fossero **compatibili con il principio di proporzionalità** (*Corte Giust. UE Grande sez., 16 dicembre 2008, in causa C-231/07*).

L'art. 83, comma 8, D.Lgs. 50/2016, con il manifesto obiettivo di **porre un argine alla "deriva escludente"** cui avrebbero potuto esporsi le stazioni appaltanti con il **proliferare di requisiti speciali non previsti espressamente dalla legge**, ha stabilito (in **continuità** con quanto già previsto dall'art. 46, comma 1bis del previgente Codice, D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 4, comma 2, D.L. n. 70/2011) che: *«I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*.

Veniva, così, affermato il **principio di tassatività delle cause di esclusione**, riconoscendosi alle amministrazioni aggiudicatrici la "sola" **facoltà di prevedere cause escludenti previste** oltre che nel codice in "altre disposizioni di legge vigenti".

Chiamata ad esprimersi sulla portata intertemporale di tale principio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ne ha evidenziato l'**inidoneità a spiegare effetti retroattivi**, chiarendo, altresì, che il principio di tassatività non circoscrive l'estromissione dalla gara ai casi di espressa comminatoria dell'esclusione, esigendo, piuttosto, che la medesima sia riservata alla violazione di "adempimenti doverosi" o "norme di divieto" fissate in via legislativa (si veda *Cons. St. Ad. plen., 15 febbraio 2019, n. 9*).

A distanza di alcuni anni, la Plenaria ha (ulteriormente) affermato che - in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, cit. - *«la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolino la partecipazione alla gara»* (cf. *Cons. St. Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22*).

È con queste premesse che anche il nuovo codice degli appalti ha inserito - nella Parte I, dedicata ai principi generali - in specie nell'art. 10, il principio di tassatività delle cause di esclusione, il quale, come precisato dal Consiglio di Stato (*sez. IV, 28 agosto 2024, n. 7196*), *«riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara»* (nello stesso senso, *Tar Lecce II, 10 giugno 2025, n. 1039*).

## II IL COMMENTO

### 1. L'analisi della disposizione

Il **primo comma** dell'art. 10, cit. stabilisce il principio generale - apparentemente tautologico - per cui possono contrattare con la P.A. solo quegli operatori economici che non ricadano nelle cause di esclusione espressamente stabilite dal Codice.

In sede di Conferenza Unificata era stata sollevata la proposta di emendare il comma 1 mediante l'introduzione di un generico riferimento a cause di esclusione previste da "altre disposizioni di legge vigenti". Il Legislatore - però - non ha accolto la proposta in quanto l'inserimento di tale locuzione potrebbe porsi in contrasto con l'**esigenza di tipizzazione** (in sede codicistica), che rappresenta un **corollario del principio di tassatività** introdotto dalla disposizione in esame (F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, (1), 28).

Il **comma 2** della disposizione in esame, invece, entra più nello specifico, sancendo il principio di **tassatività delle cause di esclusione**, con un duplice risvolto.

In primo luogo, il Legislatore dimostra una preferenza per **riordinare e codificare** (anche *pro futuro* e **in chiave programmatica**), all'interno del codice dei contratti pubblici, **tutti i motivi di esclusione dalle gare pubbliche**, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica.



In secondo luogo, la disposizione ripropone - questa volta **in chiave precettiva** - il **divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con le singole *lex specialis*** delle procedure di gara.

È **precluso**, dunque, alle stazioni appaltanti **richiedere**, ai fini della ammissione alla gara, **adempimenti o prescrizioni privi di una base normativa direttamente riconducibile al codice**.

Accanto al **principio** di tassatività la previsione di legge individua quello di **eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito**, in quanto a esso inevitabilmente correlata.

Infatti, ove venga in rilievo un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia omissso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "*a pena di esclusione*" (cfr. *Cons. St. Ad. plen., 25 febbraio 2014, cit.*, secondo cui: «*In caso di legge di gara silente sul punto, la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla eterointegrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente*»). Come ribadito anche nella Relazione illustrativa dello schema del nuovo codice, è, infatti, necessario che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nella *lex specialis*, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati (Relazione allo schema definitivo del codice dei contratti pubblici, (2), 26).

A presidio del principio di tassatività, poi, il comma 2 stabilisce la **nullità delle clausole ulteriori di esclusione** che si pongano in contrasto con quelle previste dal codice e con il divieto per le stazioni appaltanti di introdurre di nuove.

La disposizione, nel prevedere testualmente che dette clausole si "*considerano non apposte*", recepisce l'orientamento espresso dalla innanzi già citata plenaria n. 22/2020 secondo cui la clausola escludente del bando violativa del principio di tassatività (art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016), in quanto affetta da nullità, è disapplicabile.

Il Legislatore chiarisce, così, che si tratta di una **nullità parziale**, limitata alla sola clausola "ulteriormente escludente" ex art. 1419, comma 2, c.c., che non si estende all'intero atto; inoltre, la nullità della clausola rende **illegittimi gli atti applicativi adottati autoritativamente dall'amministrazione appaltante** che promanano da essa, i quali diventano pertanto annullabili secondo le regole ordinarie,

con conseguenziale obbligo per la commissione di gara di disapplicarla.

I **precipitati processuali** di tale impostazione sono - dunque - i seguenti:

le clausole escludenti *contra legem* si devono intendere come "*non apposte*" a tutti gli effetti di legge, **non trovando applicazione la disciplina dei termini processuali** prevista in materia di nullità dall'**art. 31 c.p.a.**;

i **successivi atti del procedimento** che si basano su tali clausole nulle, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, conservano il loro carattere autoritativo e, quindi, sono soggetti al **termine di impugnazione previsto dall'art. 120 c.p.a.**

L'articolo 10 del nuovo codice si chiude (**comma 3**) con una disposizione che consente alle stazioni appaltanti di introdurre, ai fini della partecipazione, **requisiti speciali** di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale.

La norma richiede, inoltre, che ciò avvenga tenendo in debita considerazione il **principio di massima partecipazione** alle gare e favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese:

La disposizione, nel richiedere il possesso di specifici requisiti, mira a dettare criteri di selezione che consentano di individuare gli operatori economici in possesso delle capacità giuridiche, economiche, tecniche e professionali necessarie per la corretta esecuzione del contratto. Tuttavia, stante l'esigenza del **bilanciamento** tra il predetto interesse e quello alla massima partecipazione, si prevede che tra i requisiti richiesti e l'oggetto del contratto sussista una **correlazione in termini di pertinenza e proporzionalità** (secondo *Cons. St. III, 12 febbraio 2020, n. 1076*: «*Le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti soggettivi delle concorrenti, quindi, devono essere congrue, adeguate, ragionevoli e proporzionate rispetto alla tipologia e all'oggetto specifico dell'appalto*»).

### III LE QUESTIONI APERTE

#### 1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e i requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 D.Lgs. 36/2023

Come anticipato nella Parte I, §1, il **comma 3** dell'**art. 10** attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di introdurre, ai fini della partecipazione, **requisiti speciali** di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale.

Si tratta di una previsione che deve essere letta in **combinato disposto con il successivo art. 100**, a mente del quale: «*Sono requisiti di ordine speciale: a) l'idoneità professionale; b) la capacità eco-*

nomica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali»

La lettura congiunta delle due previsioni del codice (artt. 10, comma 3 e 100, commi 1 e 12, ancor più in particolare) ha, invero, sollevato non pochi dubbi interpretativi in merito alla **possibilità da parte della stazione appaltante di inserire all'interno di un bando di gara requisiti speciali di partecipazione ulteriori rispetto a quelli** innanzi indicati (**di cui all'art. 100, comma 1, cit.**).

Sul tema si individua una diversità di posizioni tra **ANAC e giurisprudenza amministrativa**.

La prima, infatti, ha richiamato il **principio di tassatività dei requisiti speciali di partecipazione alle gare d'appalto**, desumibile dall'**art. 100, cit., in specie** dal suo comma 12, così finendo per sostenere come: «*La previsione di un requisito ulteriore e più stringente rispetto a quelli espressamente previsti dalla normativa* (nel caso oggetto di attenzione da parte dell'Autorità il riferimento era all'art. 100, comma 11, D.Lgs. n. 36, cit.), *come nel caso di specie, si ponga in contrasto con il principio di tassatività e con l'esigenza di garantire una leale concorrenza tra gli operatori economici*» (**ANAC, parere 30 luglio 2024, n. 395**).

La più recente **giurisprudenza amministrativa**, invece, afferma che: «*La stazione appaltante ha (quindi) piena discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale, anche se più stringenti rispetto a quelli normativamente stabiliti... pienamente in linea con quanto previsto dall'art. 10, comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023... e purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito*». In altri termini la stazione appaltante deve «*esercitare la propria discrezionalità nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità*» (così, *Cons. St. IV, 1° febbraio 2024, n. 1048*, il quale ha ritenuto che: «*La facoltà di prevedere specifici requisiti di capacità professionale, riconosciuta dall'art. 10, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), al pari di quanto statuito dal precedente art. 83, comma 2, D. Lgs. 50/2016, è attuazione del principio affermato dalla Corte di giustizia (17 settembre 2002, in causa C-513/99) e trasfuso della direttiva 2014/24/UE secondo cui: "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (art. 58, paragrafo 4). A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi di quelli sanciti a livello normativo, purché la loro previsione sia corre-*

*lata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito e, dunque, rispetti i limiti della congruità e della proporzionalità*». Negli stessi termini, cfr. *Cons. St. V, 13 agosto 2024, n. 7113*.

Nello stesso senso, ancora, *Tar Palermo I, 23 febbraio 2024, n. 703* ha ribadito che: «*La stazione appaltante può -nei limiti di ragionevolezza e non eccessiva onerosità- discrezionalmente dare un contenuto specifico ad eventuali limitazioni alla partecipazione ai sensi dell'art. 44, comma 3, D.Lgs. 36/23. Il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del D.Lgs. n. 36 del 2023 non risulta, infatti, applicabile alle prescrizioni della lex specialis di gara dirette a definire i requisiti di partecipazione alla procedura che risultino attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto*». In continuità con un consolidato orientamento giurisprudenziale, **il Tar Palermo**, con la sentenza qui in esame, **ha ribadito il rapporto di correlazione e di complementarità tra il principio di tassatività delle cause di esclusione e il potere discrezionale della Stazione appaltante nello stabilire i requisiti di partecipazione**. In linea generale, dunque, alla Stazione appaltante è sì preclusa la possibilità di introdurre all'interno della *lex specialis* clausole che impongano ai concorrenti adempimenti o prescrizioni che non trovano addentellati nelle norme disciplinanti le cause di esclusione, ma resta comunque fermo che il principio di tassatività delle clausole di esclusione deve coordinarsi con il potere della Stazione appaltante di stabilire all'interno della *lex specialis* le condizioni più utili al perseguimento degli interessi pubblici. Trattasi, del resto, di **principio da tempo corroborato dalla giurisprudenza comunitaria**. Già nel 2002, con la nota sentenza del 17 settembre 2002, causa C-513/99, la Corte di Giustizia UE stabilì che, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Principio, questo, in seguito integralmente recepito dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE. Ne consegue, dunque, la perfetta armonia del *decisum* del Tar Palermo rispetto alla ormai più che cristallizzata impostazione sia normativa sia giurisprudenziale secondo cui la pubblica amministrazione deve perseguire l'interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati *standard* qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara (in tal senso *Cons. Stato, IV, 1° febbraio 2024, cit.*). Ciò vieppiù nelle ipotesi in cui, come quella oggetto della sentenza del Tar Palermo n. 703/

2024, si discuta di procedure ad evidenza pubblica volte all'affidamento di **appalto integrato**, in relazione alle quali, ai sensi del comma 3 dell'art. 44 del D.Lgs. n. 36 del 2023, «*gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione*»).

In **senso critico** rispetto alla ricostruzione della giurisprudenza amministrativa, invero, occorre capire **come tale orientamento possa sposarsi con le previsioni di cui ai commi 11 e 12 dell'art. 100, cit.**, da cui si evince la **tassatività dei requisiti ivi previsti**; ai posteriori l'ardua sentenza.

Ad ogni modo, al di là dell'effettiva perimetrazione del potere della stazione di indicare requisiti di ordine speciale - richiamando esclusivamente quelli di cui all'art. 100, cit. ovvero inserendone degli ulteriori nell'esercizio del proprio potere discrezionale, sia pure nel doveroso rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza - quel che è certo è che l'eventuale **violazione dell'art. 10, comma 3 non** determina la medesima sanzione di **nullità** prevista espressamente, invece, per il comma 2 limitatamente alle clausole che istituiscono cause di esclusione ulteriori e diverse da quelle previste ai successivi artt. 94 e 95. Ciò in quanto il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del codice e la "sanzione" di nullità ivi prevista, anche sulla base di quanto affermato dalla recente giurisprudenza, sarebbero applicabili soltanto ai requisiti c.d. morali e non anche alle prescrizioni della *lex specialis* di gara dirette a definire requisiti di partecipazione alla procedura che risultino attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, giacché la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara, a condizione appunto che tali requisiti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e che comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (v. *Tar Palermo I, 23 febbraio 2024, cit., nonché, da ultimo, anche Tar Roma II, 26 giugno 2025, n. 12690, il quale ha escluso che la previsione, a pena di esclusione, dell'obbligo di allegare all'offerta il progetto di assorbimento configuri una violazione del principio di tassatività*. In termini, anche *Tar Napoli V, 14 luglio 2025, n. 5288*).

Può (quindi) sostenersi che l'**art. 10, comma 2, cit.** introduce una **disciplina speciale**, in quanto tale **non suscettibile di interpretazione analogica**. Ciò anche in considerazione di quanto disposto dall'art. 21septies della L. 241/1990 e del principio, ivi enun-

ciato, per cui i provvedimenti amministrativi sono nulli solo nei casi ivi espressamente elencati, ossia quando sono privi degli elementi essenziali, sono viziati da difetto assoluto di attribuzione, sono stati adottati in violazione o elusione del giudicato, nonché - ed è questo il caso previsto dall'art. 10, comma 2 del nuovo codice - negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Da quanto sopra consegue, pertanto, che ove siano previsti **requisiti speciali di partecipazione illegittimi**, la relativa **clausola non sarà nulla** (in quanto tale sanzione opera solo ai sensi dell'art. 10, comma 2, cit.), ma si darà luogo unicamente ad una **illegittimità (parziale) del bando**, che deve essere contestata entro il **termine decadenziale di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione ai sensi degli artt. 84 e 85 del codice**. Tanto, in applicazione della regola per cui l'obbligo di impugnazione immediata sussiste solo per le clausole escludenti che determinano la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale (F. FICHERA, (3); Sull'immediata impugnazione delle cd. clausole escludenti del bando di gara si veda, da ultimo, *Cons. St. V, 31 gennaio 2025 n 766*).

## **2. Il sopralluogo obbligatorio quale causa di esclusione dalla procedura**

Caso applicativo oggetto di contrasto giurisprudenziale afferisce alla valutazione della **necessità di espletamento del sopralluogo ai fini della corretta partecipazione alla gara**.

Con la **pronuncia n. 3738 del 2023 la Sezione III del Tar Sicilia, Sez. distaccata di Catania**, ha considerato pienamente **legittima la scelta della stazione appaltante di correlare la presentazione della domanda di partecipazione alla gara a pena di esclusione al previo e tempestivo svolgimento del sopralluogo**. A sostegno la Corte richiama l'art. 92, comma 1, D.Lgs. 36/2023, ove si legge che: «*Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati*», nonché il successivo comma 2, lett. a) del medesimo articolo di legge, secondo cui: «*I termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: a) se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della*