

## 8. Il principio buona fede e tutela dell'affidamento

L'art. 5, co. 1, del Codice, in linea con la giurisprudenza sia dell'Adunanza plenaria che delle Sezioni Unite, e con il modello generale stabilito dalla l. n. 241 del 1990 (art. 1, co. 2-*bis*), introduce una norma specifica sull'obbligo reciproco di correttezza (per P.A. e operatore economico) che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza precontrattuale.

Il comma 2 recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'**Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato con le **sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021**. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi e inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega), la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso **comportamenti**, presenta un **collegamento forte con l'esercizio del potere** e, pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alla "controversie risarcitorie". Sotto tale profilo, l'espressa menzione delle "controversie risarcitorie" nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento. Sarebbe, tuttavia, opportuno che le incertezze in punto di giurisdizione (come chiaramente emergente dal conflitto

interpretativo delineatosi fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) vengano risolte con una norma *ad hoc*, che espliciti che, almeno in materia di procedure di evidenza pubblica e in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva, quest'ultima include anche il danno da lesione dell'affidamento, laddove esso matura in un contesto procedimentale e il comportamento "scorretto" imputato all'amministrazione presenta collegamenti, anche indiretti o mediati con l'esercizio del potere.

Il comma 3 disciplina le **"condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato**. La norma, nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, recepisce nella sostanza i principi espressi **dall'Adunanza plenaria n. 20 del 2021**, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, co. 1, della legge- delega, che prevede l'adeguamento della disciplina vigente *"ai principi espressi dalla giurisprudenza (...) delle giurisdizioni superiori, interne e internazionali"*.

Si precisa, infine, che il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della P.A. ha avuto **sulle scelte contrattuali dell'operatore economico**. Sul piano del *quantum*, il riferimento è quindi al c.d. "interesse negativo", ossia secondo gli insegnamenti tradizionali che si ricavano dalla giurisprudenza in materia di responsabilità precontrattuale, ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa. Tali danni devono essere effettivi e provati.

Il comma 4, riprendendo alcuni spunti già delineati dall'**Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato con la **sentenza n. 2 del 2017** (in materia di ottemperanza per equivalente in caso di impossibilità di ottenere in forma specifica l'aggiudicazione di un appalto), dà un fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita. La norma, oltre a coordinarsi con la coeva modifica dell'art. 124 c.p.a. (dove appunto si disciplina sotto il profilo processuale l'azione di rivalsa dell'amministrazione contro l'aggiudicatario originario), trova giustificazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che in materia di appalti la responsabilità della P.A. è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo: si veda il caso esaminato dalla

citata sentenza dell'**Ad. plen. 2 del 2017**, in cui l'aggiudicazione poi rivelatasi illegittima era stata disposta in esecuzione di una sentenza di primo grado poi riformata in appello, in accoglimento del ricorso dell'originario (legittimo) aggiudicatario. Da qui la necessità – specie in un contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente – di esplicitare un rimedio (l'azione di rivalsa appunto) che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto.

## **9. I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale e i rapporti con gli enti del terzo settore**

L'art. 6 del Codice recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito 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. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo.

Il fondamento costituzionale di un tale modello si rinviene nell'art. 118, co. 4 Cost., in quanto esso costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale coinvolgendo la società civile nello svolgimento di funzioni amministrative, e nell'art. 2 Cost., configurando altresì uno strumento di attuazione dei doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista su cui si fonda la nostra Costituzione. Occorre pertanto consentire un bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà orizzontale, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori parimenti protetti dalla Costituzione (cfr. **Corte cost. n. 218/2021**, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti gravante sui concessionari).

Il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni. A tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi

debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato). In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici.

Si supera così il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 con cui il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal codice del Terzo settore, affermando che “in considerazione della primazia del diritto euro unitario la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro – unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni”. Il superamento del rapporto di conflittualità tra il codice del Terzo settore e il codice dei contratti pubblici era, peraltro già stato messo in evidenza dal **parere n. 802 del 3 maggio 2022 del Consiglio di Stato**, secondo cui *“La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell’ambito di disciplina”*.

La norma recepisce anche la normativa comunitaria (Considerando 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24; art. 10, lett. h), della stessa direttiva, intitolato “Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi”; art. 77 della direttiva citata, intitolato “Appalti riservati per determinati servizi”), e la recente giurisprudenza europea, secondo cui:

- *“L’articolo 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività”* (Corte di giustizia dell’Unione europea,

- sez. VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani);**
- *“L’articolo 10, lett. h), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che rientrano nella deroga da esso prevista all’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici l’assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabolario comune per gli appalti pubblici)] 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, comprendente, oltre al servizio di trasporto, l’assistenza prestata a pazienti in un’ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento a detto trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto” (Corte di giust. U.E., sez. III, sent. 21 marzo 2019, C-465/17. Pres. Vilaras, Est. Šváby, Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona – Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S c. Stadt Solingen);*
  - *“Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. 2) Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un’autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell’Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni. 3) Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad as-*

*sociazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime"* (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. V, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio - CASTA e altri contro Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea - ASL TO4, Regione Piemonte*).

In merito alla nozione di enti del Terzo settore, l'art. 4 del d.lgs. n. 117 del 2017 definisce questi ultimi come "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, e iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

Anche la Corte di giustizia (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, *Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani*) ha precisato che la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro" che possono beneficiare di affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24, deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri, non rientrando pertanto in siffatta nozione le cooperative sociali che, distribuendo utili ai soci, non possono definirsi "senza scopo di lucro". Deve in particolare trattarsi di organizzazioni o associazioni che abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non abbiano finalità commerciali e che reinvestano eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59).



Il modello in questione è coerente, infine, con il modello del partenariato pubblico – pubblico di cui all'art. 7 del nuovo, fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni. La co-amministrazione pubblico-privato proposta non si basa infatti sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, 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 a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico (secondo le indicazioni della **Corte costituzionale, sent. n. 131/2020**).

## 10. Il principio di auto-organizzazione amministrativa

L'art. 7 del Codice recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: **a)** auto-produzione, **b)** esternalizzazione; **c)** cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n.50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'**ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019** della sez. V del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da *Corte di giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.*

La disposizione è in linea con quanto previsto in altri Stati membri dell'U.E. Ad esempio, nell'ordinamento francese, l'art. 1 del Code della commande publique sancisce: "*Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique*".

La disposizione si ricollega ai **principi della fiducia e del risultato**, che orientano la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta

tra mercato e autoproduzione, così recuperando, in coerenza anche con alcune indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentenza n. 131/2020) l' "**amministrazione del fare**", per troppo tempo sacrificata in base a visioni nazionali prive di fondamento unionale, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "**far fare agli altri**".

Va evidenziato che in base alla normativa introdotta, la **parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è solo tendenziale** in quanto 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). In coerenza con il principio della fiducia di cui all'art. 2, si è però **semplificata la motivazione** attraverso la previsione secondo cui, in caso di prestazioni strumentali, l'affidamento *in house* si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici. In via generale, viene escluso l'**obbligo di dimostrare la situazione di "fallimento del mercato"** e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto, mentre rimane la valutazione della congruità economica dell'offerta.

Nell'ottica del superamento dell'atteggiamento fortemente restrittivo nei confronti dell'*in house*, si spiega anche la **scelta di non riproporre il particolare procedimento di iscrizione nel registro ANAC**, previsto dall'art. 192 dell'abrogato d.lgs. n. 50/2016.

E invero, sebbene l'iscrizione nel registro ANAC avesse formalmente una funzione dichiarativa, non vi è dubbio che, come chiarito dal **Consiglio di Stato con il parere n. 282 del 2017**, il procedimento nel suo complesso presentasse comunque una natura "ibrida", mostrando diversi ed evidenti profili di autoritativa. Ciò in quanto, il diniego di iscrizione eventualmente adottato dall'ANAC aveva effetti costitutivi (nel citato parere viene espressamente qualificato come provvedimento amministrativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo), il che, alla fine, equiparava il meccanismo in esame a una procedura di segnalazione, nel quale la domanda di iscrizione svolgeva funzioni analoghe alla presentazione di una s.c.i.a.

L'idea sottesa all'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 era, quindi, quella che l'*in house* avesse comunque bisogno di un titolo abilitativo, la cui formazione è "controllata" dall'ANAC, e questo appariva sproporzionato rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti (queste ultime già assicurate dagli obblighi di pubblicazione).



Il comma 1 dell'art. 7 perimetra il campo di applicazione del principio di auto-organizzazione e fa riferimento non solo ai lavori e ai servizi ma anche ai beni, in modo da coprire l'intero panorama dei contratti pubblici e superare alcuni dubbi interpretativi suscitati dalla limitazione ai soli servizi della formulazione dell'art. 192 co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il comma 2 disciplina **la motivazione per il ricorso** all'*in house*, chiarendo, al primo periodo, che il ricorso a tale modello gestionale è accomunato all'affidamento mediante il ricorso al mercato dall'applicazione dei medesimi principi indicati agli artt. 1, 2 e 3 (principio del risultato, principio della fiducia, principio dell'accesso al mercato).

Il secondo e terzo periodo del comma 2 rispettivamente prevedono:

- una **semplificazione della motivazione** rispetto all'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, tenuto conto che il principio di libera amministrazione determina il superamento dell'onere di motivazione rafforzata, fondato sulla natura eccezionale e derogatoria dell'*in house*;
- una **motivazione ancorata più a ragioni economiche e sociali** (le ricadute positive sul piano sociale rientrano tra le esternalità da valutare ai fini della scelta del modello gestionale) che a ragioni giuridico-formali.

Più nel dettaglio, sono previsti **due livelli di complessità della motivazione**, a seconda dell'oggetto dell'affidamento:

- i)** per i **servizi all'utenza** è necessario che vengano evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego (in un'ottica non solo di minore spesa ma di spesa efficiente) delle risorse. Si tratta di obiettivi che devono comunque essere perseguiti qualunque sia la forma di gestione prescelta (art. 2 direttiva 2014/23);
- ii)** per i **servizi strumentali alla pubblica amministrazione** è sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla **riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi** di raffronto, sul modello dell'art. 10 d.l. 31 maggio 2021 n. 77 relativo alle convenzioni aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società *in house*. Ai fini della legittimità dell'affidamento *in house* occorrerà, quindi, una motivazione incentrata prevalentemente su ragioni di convenienza economica, anche con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo. Più nello specifico, in linea con quanto previsto dal d.l. n. 77 del 2021, si è fatto riferimento agli stan-

dard della società Consip S.p.a.. Si ricorda, a tal proposito, che Consip è una società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che opera – secondo gli indirizzi strategici definiti dall'azionista – al servizio esclusivo della pubblica amministrazione, intervenendo con strumenti e metodologie per la digitalizzazione degli acquisti pubblici. Essa trova il suo fondamento normativo, anche nella funzione di *benchmark* svolta dalle convenzioni quadro dalla stessa stipulate, nell'art. 29 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Accanto agli standard Consip sono indicati altri parametri a cui è possibile fare riferimento tenuto conto della tipologia di prestazione e, in mancanza, agli standard di mercato: si tratta di parametri accomunati dalla predeterminazione e dell'oggettività.

Il comma 3 contiene un coordinamento con il d.lgs. n. 201/2022, cui è demandata la disciplina dell'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale di livello locale. Il rinvio è da intendersi, in particolare, all'art. 17 del citato decreto legislativo, in base al quale la scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* del SIEG deve essere sorretta da una “qualificata motivazione” che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, illustrando i benefici per la collettività con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità del servizio.

Il comma 4 disciplina gli **accordi tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico**. La disposizione contiene una riformulazione semplificata della previsione attualmente contenuta dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 50/2016, rispetto al quale tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, che ha subordinato la cooperazione tra amministrazioni tramite accordi (che possono essere conclusi senza gara) alle condizioni indicate nel nuovo articolato. In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che le amministrazioni che partecipano all'accordo possono avere competenze diverse e perseguire finalità pubbliche diverse, purché la reciproca collaborazione consenta a ciascuna di realizzare il proprio obiettivo. Elemento determinante è l'assenza di una logica di scambio, che in questi accordi deve mancare a favore dello svolgimento in comune di attività dirette a soddisfare interessi pubblici, anche non coincidenti ma rientranti nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante all'accordo.

## 11. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e l'obbligo di rinegoziazione dei contratti pubblici in caso di sopravvenienze. Rapporti con l'istituto della revisione dei prezzi

L'art. 9 del nuovo codice introduce una significativa innovazione che trova ancoraggio nelle finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega (il riferimento è, in particolare, all'art. 1, co. 2, lettere *a*), *g*), *m*), *ll*) e attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine *hardship* e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta), da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali.

Nell'elaborazione della disposizione l'analisi delle scelte maturate in ambito internazionale o unionale (il riferimento è, precipuamente, alla disciplina contenuta nei Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti), come pure di quelle emergenti da progetti avviati anche in ambito nazionale che non hanno, tuttavia, trovato concretizzazione (disegno di legge delega n. 1151/2019), ha costituito una base per approfondimenti e riflessioni necessariamente calibrati sulla differente natura dei rapporti interessati e dei sottesi interessi incisi.

A venire in rilievo, infatti, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale *etc.*) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di *hardship*.

L'articolo, dunque, mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporane-

amente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un **rimedio manutentivo del contratto**, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.

Il comma 1 della disposizione, nell'introdurre un generale rimedio di natura legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali, ha un duplice contenuto: definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte.

Per quanto attiene al primo aspetto, coerentemente con la portata generale della previsione, la disposizione reca riferimento a eventi che integrano determinati requisiti:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;
- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile.

La disposizione deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante equilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale. È necessario, poi, che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa.

Solo ove risultino integrati tutti i requisiti indicati nel primo comma della disposizione viene riconosciuto alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova, il **diritto alla rinegoziazione** (*rectius*, considerata la previsione dell'art. 120, co. 8, che prevede una tutela in forma specifica, alla modifica del rapporto contrattuale)

Nel richiedere la rinegoziazione la parte svantaggiata deve conformarsi al generale principio di buona fede, con un contegno che dovrà essere guardato anche nella considerazione della particolare qualifi-

cazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica.

Di particolare rilievo è, anche, la previsione contenuta nel comma 3, che, recependo un orientamento giurisprudenziale, avallato anche Corte di Cassazione (sez. III, n. 16315/2017), volte a equiparare, nell'ottica della causa in concreto del contratto, impossibilità sopravvenuta e inutilità sopravvenuta della prestazione, prevede che, nel caso in cui le sopravvenienze rendono la prestazioni inutile o inutilizzabile (si pensi a molti contratti commerciali a fronte delle misure limitative imposte per prevenire la diffusione del Covid-19), la parte "colpita" ha diritto a una proporzionale riduzione del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale (1464 c.c.).

L'art. 9 si inquadra in un contesto di crescente attenzione al tema della rinegoziazione dei contratti pubblici, da parte sia della giurisprudenza che del legislatore, in ordine non solo al mantenimento dell'equilibrio contrattuale in essere, ma anche alle garanzie di tutela della concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche: queste, infatti, potrebbero trovare spazi elusivi dell'obbligo di aggiudicazione ad evidenza pubblica proprio in ragione della modifica delle clausole di contratti già aggiudicati e in corso di esecuzione.

Rinegoziare in termini sostanziali un contratto di appalto in fase di esecuzione, infatti, significa non solo cambiare le regole di un rapporto obbligatorio che già lega l'amministrazione a un contraente privato, ma anche eludere i termini dell'aggiudicazione ad evidenza pubblica, nella misura in cui le modifiche comportino lo stravolgimento dei termini dell'offerta, del bando e/o degli altri atti di gara originari.

Tale circostanza può finanche rappresentare un'elusione indiretta dell'obbligo di aggiudicazione con evidenza pubblica in sé, nel caso in cui dette modifiche abbiano ad oggetto prestazioni diverse e ulteriori, di per sé tanto rilevanti poter essere oggetto di un diverso e autonomo contratto, da aggiudicarsi tramite l'esperimento di una differente procedura ad evidenza pubblica.

In dottrina si è rilevata la formazione di due approcci da parte del giudice europeo sulla questione. Un primo indirizzo, infatti, ha valorizzato, come criterio dirimente in ordine alla natura anticoncorrenziale della modifica contrattuale, l'incidenza di questa come stravolgimento dell'originario equilibrio economico tra le prestazioni in contratto, attraverso il c.d. *scope of the contract test*.

Un secondo approccio, più recente, si è invece incentrato sul c.d. *scope of the competition test*: una modifica contrattuale risulta, in altri

termini, essenziale e quindi non ammissibile se, secondo un giudizio di prognosi postuma, la sua adozione risulti incompatibile con i termini dell'aggiudicazione del contratto originario.

Quest'ultima impostazione esclude tutte le modifiche contrattuali che, se fatte oggetto di originarie clausole contrattuali e/o previsioni degli atti di gara, avrebbero in qualche modo alterato sia i criteri di aggiudicazione, sia i criteri di partecipazione stessa alla procedura di aggiudicazione da parte dei concorrenti privati.

La natura pro-concorrenziale del richiamato criterio consente, ad ogni modo, di ampliare il novero delle modifiche ammissibili attraverso la chiara indicazione della relativa facoltà di rinegoziazione negli atti di gara originari, a riprova della centralità ivi assunta dal principio di imparzialità nell'aggiudicazione e dal relativo criterio di pubblicità preventiva delle particolari condizioni contrattuali, estese anche alle vicende dell'esecuzione delle prestazioni.

A livello normativo, gli assesti della giurisprudenza appena ricordati hanno trovato espresso riconoscimento normativo in alcuni articoli delle direttive comunitarie del 2014: si tratta, in particolare, dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE, in tema di concessioni, dell'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, in tema di appalti e dall'art. 89 della direttiva 2014/25/UE, in tema di settori speciali.

Al livello dell'ordinamento italiano, tale disciplina era stata trasfusa nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in particolare, per i contratti di appalto, nell'art 106.

L'art. 106 d.lgs. n. 50/2016, con riferimento ai contratti di appalto e agli accordi quadro, tipizzava le cause ammissibili di modifica del contratto. Una complessiva logica di sistema, all'interno dell'eterogeneo quadro delle relative previsioni, sembra riscontrabile nell'individuazione di un generale principio per cui l'esercizio della facoltà di rinegoziazione del contratto dipende dalla conservazione del contenuto qualificante dell'originario rapporto sinallagmatico, tanto in ordine all'equilibrio economico della relazione tra le parti, quanto in ordine all'ampiezza del confronto competitivo così come posto alla base dell'originaria aggiudicazione.

Si rinviene, infatti, alla lett. *a*), e nella successiva previsione di chiusura di cui alla lett. *e*), del primo comma dell'art. 106, quello che appare come il criterio generale della materia: è possibile procedere alla rinegoziazione dei contratti di appalto, che siano in corso di esecuzione, a patto che le modifiche apportate non abbiano l'effetto di alterare la natura generale del contratto.



Una prima ipotesi di modifica legittima, che prescinde da un riferimento diretto al valore monetario delle relative modifiche contrattuali, era contemplata nel caso in cui la relativa facoltà sia stata prevista nei documenti iniziali di gara attraverso “clausole chiare, precise e inequivocabili”, come ad esempio è il caso delle frequenti clausole di revisione prezzi.

Una seconda ipotesi, prevista dalla lett. *b)* dell’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, contemplava il caso delle prestazioni supplementari, rispetto all’oggetto principale del contratto, che si siano rese necessarie nel corso dell’esecuzione contrattuale.

Qui l’ammissibilità della modifica, comunque condizionata nei settori ordinari a un’incidenza non superiore, per ciascuna modifica, al 50% del valore del contratto iniziale, era subordinata al verificarsi di due condizioni: da una parte, l’impossibilità tecnica o economica di affidare a terzi l’esecuzione della prestazione supplementare, ad esempio in ragione della necessità di utilizzare macchinari interoperabili già utilizzati in sede di esecuzione del contratto principale; dall’altra, la circostanza per cui un affidamento delle prestazioni supplementari a terzi possa comportare “notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi” a carico della stazione appaltante.

Alla lettera *c)* del citato decreto, poi, il legislatore introduceva la disciplina delle tradizionali “varianti in corso d’opera”, ossia di quelle particolari modificazioni dell’oggetto contrattuale così come definito in sede di aggiudicazione e stipula originari, in ragione di circostanze impreviste e imprevedibili per la stazione appaltante. Anche qui era previsto il limite quantitativo del 50%, per ciascuna variante, del prezzo concordato per la prestazione originaria, ma nell’ambito oggettivo di applicazione della fattispecie veniva espressamente ricompresa anche il *jus superveniens*, icasticamente identificato non solo al livello propriamente normativo, ma anche con riferimento agli atti amministrativi e in particolare a quelli a contenuto regolatorio. Chiaramente, anche rispetto a tale eventualità valeva il limite oggettivo generale per l’ammissibilità delle modifiche, consistente nella conservazione della natura generale del contratto originario, come peraltro ricordato dallo stesso legislatore con una previsione sostanzialmente ultronea.

Il nuovo codice appalti (d.lgs. n. 36/2023), ispirato al principio del risultato amministrativo e alla concezione “strumentale” della concorrenza (non fine da perseguire in ogni caso, ma mezzo per il perseguimento del miglior risultato) apre alla possibilità di rinegoziare i contratti pubblici, per fronteggiare situazioni eccezionali, derivanti

da cause esogene all'ordinaria fluttuazione economica, al fine di conservare l'equilibrio originario del contratto. La norma è collocata nei principi generali (art. 9) ed è poi richiamata nell'art. 120.

Da notare, in particolare, che l'art. 120 (che nei primi commi riproduce in buona parte l'art. 106 del vigente codice), consente le modifiche del contratto:

- 1) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili;
- 2) se sopravviene la necessità di acquisire prestazioni supplementari e un cambiamento del contraente risulterebbe impraticabile per ragioni oggettive o fonte per la stazione appaltante di notevoli disagi (e sempre che l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale);
- 3) in caso di varianti in corso d'opera (e sempre che l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale).

Il comma 5 prevede che sono comunque sempre ammesse modifiche non sostanziali, che sono quelle che soddisfano la duplice condizione di: **a)** non alterare l'equilibrio economico originario (*contract test*); **b)** non alterare la concorrenza (*competition test*), nel senso che introducono condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, non avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure di attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione.

La **parte più innovativa** è quella contenuta nel comma 8, secondo cui sono sempre ammesse le **modifiche ai sensi dell'art. 9** (cioè quelle consensuali, all'esito della rinegoziazione, per ripristinare l'equilibrio economico del contratto, inciso in maniera rilevante da circostanze imprevedibili, estranee alla normale alea contrattuale e all'ordinaria fluttuazione di mercato (shock esogeno): in questo caso, non è richiamata la condizione c.d. del *competition test*, e, quindi, non sono precluse modifiche che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere nuovi candidati o di accettare un'offerta diversa o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione.

L'art. 120, co. 8, in particolare stabilisce che il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Se queste non sono previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo al RUP, che

provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nei casi in cui non si pervenga al nuovo accordo in un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

L'obbligo di rinegoziazione si sostanzia, quindi, in presenza dei presupposti di cui all'art. 9, in un vero e proprio obbligo a contrarre (non solo a trattare), come dimostra la previsione di un rimedio in forma specifica che, in mancanza di accordo, consente al giudice di intervenire, modificandolo, sul contratto, per ripristinare l'originario equilibrio alterato dalle sopravvenienze.

Dalla rinegoziazione (consensuale) del contratto va distinta la revisione prezzi, che è un istituto espressione di potere autoritativo della stazione appaltante.

La qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale comporta che il privato contraente potrà avvalersi solo dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo. Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione - su istanza di parte - di un procedimento amministrativo nel quale l'Amministrazione dovrà svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che dovrà sfociare nell'adozione del provvedimento che riconosce il diritto al compenso revisionale e ne stabilisce anche l'importo. In caso di inerzia da parte della stazione appaltante, a fronte della specifica richiesta dell'appaltatore, quest'ultimo potrà impugnare il silenzio inadempimento prestato dall'Amministrazione, ma non potrà demandare in via diretta al giudice l'accertamento del diritto, non potendo questi sostituirsi all'amministrazione rispetto a un obbligo di provvedere gravante su di essa.

Il fatto che art. 1664 c.c. non sia direttamente applicabile ai contratti pubblici non implica affatto l'automaticità della revisione prezzi, ancorata pur sempre a un sopravvenuto squilibrio del rapporto contrattuale, dovendo la *ratio* della revisione prezzi ravvisarsi nell'esigenza di coniugare l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica con quella di garantire che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle Amministrazioni pubbliche non subiscano con il tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata

in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni.

La posizione soggettiva dell'appaltatore rispetto alla facoltà dell'Amministrazione di procedere alla revisione dei prezzi è tutelabile dinanzi al g.a. quando attenga all'an della revisione, in quanto correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni attinenti a preminenti interessi pubblicistici, mentre acquista natura e consistenza di diritto soggettivo (oggi comunque devoluto alla giurisdizione esclusiva del g.a.) quando l'Amministrazione non abbia negato di dover procedere alla revisione dei prezzi, ma abbia contrapposto all'appaltatore un sistema di calcolo diverso.

La giurisdizione del g.o. residua quando: **a)** il diritto alla revisione derivi da apposita clausola contrattuale (che esaurisca ogni discrezionalità sia sull'an che sul quantum); **b)** l'Amministrazione abbia già esercitato il potere discrezionale a lei spettante adottando un provvedimento attributivo e il privato agisca per ottenere il pagamento del riconosciuto compenso revisionale.

La giurisdizione sulla rinegoziazione consensuale spetta invece al g.o., perché attiene all'esecuzione del contratto, a meno che un problema di rinegoziazione si ponga prima della conclusione del contratto (nella fase tra stipula e aggiudicazione). In questi casi è stata riconosciuta giurisdizione del g.a.

## **12. I principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**

L'art. 10 codifica il principio di tassatività delle cause di esclusione, riferendolo ai requisiti di moralità di cui agli artt. 94 e 95. Si prevede, in particolare, che le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto il bando e le lettere di invito (principio di etero-integrazione) e che le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte (co. 2).

Al tempo stesso, il comma 3 stabilisce che, 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 rispetto all'oggetto del contratto, tenendo presente l'**interesse pubblico più ampio numero di potenziale concorrenti** e fa-

vorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scale funzionali alla riduzione delle spesa pubblica, **l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.**

La scelta del codice è, quindi, piuttosto chiara: **a)** i requisiti di moralità sono tassativi e sono previsti dalla legge (con nullità delle clausole in contrasto); **b)** i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali possono, invece, essere stabiliti discrezionalmente dalla stazione appaltante, purché proporzionati e attinenti all'oggetto del contratto, cercando comunque di favorire, nei limiti del possibile, la massima partecipazione alla gare, in particolare di micro, piccole e medie imprese. La violazione dei limiti della discrezionalità amministrativa determina l'annullabilità (e non la nullità) delle clausole (escludenti) che stabiliscono requisiti di capacità (economico-finanziaria o tecnico-professionale) sproporzionati e non attinenti all'oggetto del contratto.

Rispetto al sistema previgente si prevede, quindi, che il principio di tassatività (e la conseguente sanzione della nullità) è circoscritto ai **requisiti di moralità** e non si estende ai requisiti di capacità. Non si fa più menzione delle clausole che prevedono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o dichiarativi non espressamente previsti dalla legge. Nel **codice previgente** l'originario ambito di applicazione del principio di tassatività era riferito proprio a questa tipologia di clausole. Si deve, infatti, rammentare che il principio di tassatività era stato introdotto (mediante novellazione dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016) dall'art. 4, co. 2, d.l. n. 70/2011 contestualmente all'introduzione del c.d. "soccorso istruttorio". La *ratio* era essenzialmente quella – nell'ottica di ridurre il formalismo eccessivo che caratterizzava le procedure di gara – di superare la prassi, avallata anche dalla giurisprudenza, di inserire nel bando, a pena di esclusione, adempimenti formali o documentali non espressamente previsti dalla legge. In tale ottica, la riforma del 2011 aveva, quindi, previsto, da un lato, il divieto di richiedere adempimenti formali o documentali privi di base normativa espressa, e, dall'altro lato, per quelli previsti dalla legge, l'obbligo della stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, di invitare il concorrente a regolarizzare o integrare la domanda di partecipazione, mediante appunto, il soccorso istruttorio.

L'originario ambito applicativo del principio di tassatività si era, tuttavia, notevolmente ampliato per effetto dell'interpretazione accolta dall'**Ad. plen. n. 22/2020**, che lo aveva applicato a una clausola che

subordinava l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, di altra attestazione SOA propria della impresa ausiliata. La clausola in questione, come la dottrina più attenta non aveva mancato di evidenziare, in realtà non si limitava a prevedere un adempimento formale o documentale, ma prescriveva un requisito di capacità tecnico-professionale (essere comunque in possesso di un'attestazione SOA) per partecipare alla gara.

La stessa Plenaria, peraltro, pur concludendo per la nullità della clausola in questione, richiamava la distinzione, pacifica in giurisprudenza, tra clausole sottoposte al principio di tassatività e clausole, espressione invece di discrezionalità, che fissano i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale. Si legge, infatti, in motivazione che *“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 ostacolano la partecipazione alla gara, come è avvenuto nel presente caso per l'avvalimento dell'attestazione SOA, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza”*.

La distinzione tra clausole che prevedono cause di esclusione atipiche e clausole escludenti sui requisiti di capacità è, peraltro, foriera anche di conseguenze in punto di tutela giurisdizionale: le prime, infatti, sono affette da nullità parziale e si considera *tamquam non esset* (con la conseguenza che rispetto ad esse non sussiste neppure un onere di impugnazione, potendo essere “disapplicate” dal giudice); le seconde sono, invece, annullabili, secondo i principi affermati dall'Ad. plen. con le sentenze 1/2013 e 4/2018, e sono sottoposte all'onere di immediata impugnazione.

Le predette incertezze interpretative svaniscono con il nuovo codice che, molto chiaramente, riferisce ora il principio di tassatività (e la conseguente nullità parziale) alle clausole che introducono requisiti di moralità ulteriori rispetto a quelli previsti dagli artt. 94 e 95, e ribadisce la discrezionalità (non illimitata) della stazione appaltante nel prevedere i requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, professionale.