



Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi

- > Aggiornato al Decreto Correttivo
(D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)

Accesso GRATUITO per un anno



Codice dei CONTRATTI PUBBLICI
www.codicedeicontrattipubblici.it

**Codice dei contratti pubblici commentato con la
giurisprudenza e la prassi**

**Aggiornato al Decreto Correttivo d.lgs. 31 dicembre
2024, n. 209**

A cura di Ornella Cutajar e Alessandro Massari

Con la collaborazione di Carla Ragionieri

REGIONE TOSCANA



Consiglio Regionale



Biblioteca della Toscana
Pietro Leopoldo

Il Presidente del Consiglio regionale della Toscana ha il piacere di invitarLa all'iniziativa

Tutto quello che avreste voluto sapere sui contratti pubblici (ma non avete mai osato chiedere)

Presentazione in anteprima del volume

**Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi
di Ornella Cutajar e Alessandro Massari, Maggioli, 2025 - in uscita**

giovedì 20 marzo 2025, ore 14.30

Biblioteca della Toscana Pietro Leopoldo
Palazzo Cerretani, piazza dell'Unità italiana 1, Firenze



Saluti

Antonio Mazzeo

Presidente del Consiglio regionale della Toscana

Intervengono

Ornella Cutajar e Alessandro Massari

autori del volume e avvocati

Laura Cantinelli e Giorgia Granata

avvocati

Modera

Ilaria Biagiotti

avvocata

Con la collaborazione di Carla Ragionieri, assistente per il servizio internet Maggioli: www.codicedicontrattipubblici.it.

L'iniziativa sarà l'occasione per fare il punto sulle recenti novità normative legate ai contratti pubblici (come il Decreto legislativo del 31/12/2024 n. 209) e per offrire nuovi elementi di riflessione. Con un'impostazione pratica e originale si affronteranno questi risolti alla luce dei provvedimenti ANAC, dei pareri del IMT e della più aggiornata giurisprudenza.

www.consiglio.regione.toscana.it/biblioteca

L'iniziativa si può seguire anche in streaming dalla pagina Facebook del Consiglio regionale della Toscana e dal canale YouTube della Biblioteca

L'accesso sarà consentito, previa esibizione di valido documento di identità, nei limiti dei posti previsti ai sensi della normativa in materia di sicurezza

Stampato dalla tipografia del Consiglio regionale della Toscana



#BibliotecaDellaToscana

La presentazione con slides

(a cura di Carla Ragionieri)

Gli interventi di

Ilaria Biagiotti, Laura Cantinelli

e

Giorgia Granata

Malfunzionamento delle piattaforme digitali e principio di autoresponsabilità dell'operatore economico

Ipotesi specifica:

- Procedura di gara avviata tramite richiesta di offerta sulla piattaforma MEPA
 - Una società non presenta regolare offerta nel termine di scadenza per la presentazione delle offerte.****
- Dopo il termine di scadenza la società chiede la riapertura dei termini perché si sarebbero verificati dei malfunzionamenti sulla piattaforma MEPA nei giorni antecedenti alla scadenza ma prima della scadenza non si era attivata per chiedere proroga dei termini**
- Risulta invece che gli altri concorrenti abbiano presentato offerta proprio nei giorni indicati dalla società.**

L'articolo 25, comma 2, terzo periodo del Codice dei contratti pubblici (D.lgs 36 del 2023) prevede la sospensione e la proroga in caso di comprovato malfunzionamento:

“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento”.

**L'articolo 92, comma 2 del d.lgs. 36 del 2023
prevede che le stazioni appaltanti possono prorogare i termini
di presentazione delle offerte in misura adeguata e
proporzionale in tre determinate ipotesi specifiche.**

Le prime due ipotesi di possibile proroga sono le seguenti e il Decreto Correttivo (D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209) non ha apportato modifiche:

- se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute

(articolo 92, comma 2, lettera a)

- se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara

(articolo 92, comma 2, lettera b)

La terza ipotesi di proroga prevista dall'articolo 92, comma 2, lettera c) del d.lgs. 36 del 2023 si ha nei casi di cui all'articolo 25, comma 2, terzo periodo (comprovato malfunzionamento)

Qui si segnala la modifica apportata dal Decreto Correttivo che, in particolare, ha aggiunto un onere di tempestiva pubblicità in caso di proroga del termine

**Articolo 92, comma 2,
lettera c) testo originario**

**Articolo 92, comma 2, lettera c) testo con
la modifica apportata dal Decreto
Correttivo (D.lgs. 209 del 2024)**

**Nei casi di cui
all'articolo 25, comma 2,
terzo periodo**

**Nei casi di cui all'articolo 25, comma 2,
terzo periodo. In tali casi, la stazione
appaltante dà tempestiva pubblicità
dell'avviso relativo alla proroga sul
proprio sito istituzionale**

Quesito:

Sulla richiesta di riapertura dei termini nella nostra fattispecie come si deve comportare la stazione appaltante?

La risposta
(MIT, Parere 27 febbraio 2025, n. 3263 che richiama la
sentenza del Tar Sicilia-Catania n. 2038 del 2024)
Vediamo cosa afferma....

Una riapertura dei termini legittima dipende da due condizioni

Il malfunzionamento della piattaforma digitale deve essere
imputabile alla stazione appaltante

Sussiste un'incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio
dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del sistema
oppure per negligenza dell'operatore economico)

**Ipotesi in cui non può essere disposta una riapertura
dei termini**

**In caso di comprovata negligenza dell'operatore
economico**

Quando si ha comprovata negligenza dell'operatore economico?

Disciplina di gara

Contiene delle regole chiare e precise su come attivarsi

Operatore economico

Non si attiva con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza di presentazione dell'offerta

MIT, Parere 27 febbraio 2025, n. 3263

**Oggetto: Richiesta di Parere sulla Riapertura dei Termini di Gara - Procedura
MEPA**

Quesito:

Con la presente si sottopone alla Vostra attenzione il seguente quesito relativo alla procedura di gara avviata tramite Richiesta di Offerta (RDO) sulla piattaforma MEPA in data 14 dicembre 2024, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei distributori automatici. La società OMISSIS non ha presentato regolare offerta nei termini di scadenza del 20 dicembre 2024, Successivamente, il 10 gennaio 2025 mediante lettera del proprio legale ha richiesto la riapertura dei termini di gara, sostenendo che tra il 19 e il 27 dicembre 2024 si sarebbero verificati malfunzionamenti sulla piattaforma MEPA. Si evidenzia che: - sono stati riscontrati possibili rallentamenti (non malfunzionamenti) tra il 19 e il 27 dicembre ma gli altri operatori hanno regolarmente presentato le loro offerte. - La società non ha presentato alcuna richiesta tempestiva di proroga o segnalazione di problematiche. - L'art. 25, comma 2, del D. Lgs. 36/2023 prevede la proroga solo in caso di comprovato malfunzionamento. Alla luce di quanto sopra, si chiede se, in base alla normativa vigente e alla giurisprudenza di settore (richiamando i pareri ANAC n. 367/2023, n. 451/2024 e la sentenza TAR Sicilia n. 2038/2024), sia legittimo non accogliere la richiesta di riapertura dei termini di gara da società OMISSIS.

Risposta aggiornata:

Relativamente alla questione sottoposta, in base alla normativa vigente e tenuto conto della giurisprudenza sull'argomento si ricava che ai fini di una legittima riapertura dei termini di gara occorre che il malfunzionamento della piattaforma sia comprovato. In merito, si ricorda che il TAR Palermo, nella sentenza 2038/2024 anche da voi citata, ha chiarito che

“in sintesi il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta, già previsto dall'articolo 79, comma 5-bis, D.lgs. n. 50 del 2016 ed ora dall'art. 25, comma 2, terzo periodo, del D.lgs. 31.03.2023 n. 36 opera soltanto se (e nella misura in cui) ricorra almeno una delle due seguenti situazioni:

- a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante;**
- b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del sistema oppure per negligenza dell'operatore economico).**

Viceversa, il ridetto meccanismo di sospensione e proroga non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale – benché reso edotto ex ante (grazie a regole chiare e precise contenute nella lex specialis) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo – non si è invece attivato per tempo” (TAR Sicilia, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383)”. Come anche da voi richiamato, Anac con il parere n. 451/2024 ha indicato che in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale, la stazione appaltante non è tenuta a prorogare i termini di presentazione delle offerte. Al fine di verificare eventuali malfunzionamenti, si suggerisce di richiedere al gestore della piattaforma, ovvero Consip, i file di log di sistema in modo da accertare le operazioni realmente effettuate e le problematiche verificatesi. Si rimettono alla stazione appaltante le necessarie valutazioni in merito al caso sottoposto

In tema di ripartizione del cd rischio tecnologico tra stazione appaltante e concorrenti assume prioritaria importanza il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico

Il principio di autoresponsabilità costituisce “espressione del principio generale di massima partecipazione alle pubbliche gare e alle procedure comparative, deve infatti essere adeguatamente contemperato con il principio di *par condicio* dei concorrenti e di autoresponsabilità dei partecipanti, come più volte affermato dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato sez. III, 24 novembre 2016 n. 4931), per cui in presenza di una chiara disposizione della *lex specialis* ciascun concorrente sopporta le conseguenze di eventuali errori e omissioni commessi nella presentazione della documentazione”

(Tar Lazio-Roma, Sez. V bis, 27 giugno 2024, n. 13005).

Tar Abruzzo L'Aquila, sez. I, 20 luglio 2023 n. 404

La puntuale indicazione nei documenti di gara della tipologia dei file ammessi rende non possibile l'ingenerarsi di una situazione di legittimo affidamento in capo al concorrente che usi nelle gare telematiche una tipologia di file diversa da quella espressamente (e puntualmente) prevista dalla legge di gara e senza che la Stazione appaltante sia stata investita di una espressa domanda (cui abbia risposto) nel caso in cui una tipologia di file diversa risultasse essere stata caricata, e ciò in accordo a quanto stabilito da condivisibile giurisprudenza secondo cui “in disparte il caso in cui il concorrente non sia riuscito a finalizzare la partecipazione alla gara a causa di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore (ex multis: Cons. St., sez. III, 29 luglio 2020 n. 4811), in giurisprudenza è stato già affermato che le forme informatico-telematiche richiedono l'osservanza diligente delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, talché sono posti a carico dell'offerente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma elettronica (T.A.R. Campania, sez. VIII, 18 settembre 2020 n. 3882; T.A.R. Puglia, sez. II, 17 dicembre 2018 n. 1609). Infatti, come rimarcato in un precedente della Sezione (T.A.R. Puglia, sez. II, 17 dicembre 2018 n. 1609), è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità.” (TAR Puglia – Bari, Sez. II, sentenza n. 786/2021).

Tar Sicilia-Catania, Sez. V, 28 febbraio 2025, n. 792

La fattispecie

Procedura di gara	Procedura aperta indetta dal Comune per l'individuazione di un soggetto attuatore del servizio di accoglienza
Documento richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione	Organigramma del personale con esperienza in servizi di accoglienza costituiva un documento facente parte dell'offerta tecnica
I numerosi tentativi della Commissione di aprire la busta telematica dell'operatore economico	Ha effettuato più di un tentativo per aprire il documento contestato, facendosi all'uopo coadiuvare dal personale informatico a supporto, nonché utilizzando diversi software di uso comune per la verifica e l'apertura dei file pdf firmati digitalmente.

<p>I tentativi di apertura del documento tramite un diverso applicativo</p>	<p>Essendo risultati infruttuosi i tentativi di apertura del documento con i predetti software (senza che la verifica e la lettura di tutti gli altri documenti di gara avesse comportato errori di sorta), la Commissione ha effettuato un ulteriore (vano) tentativo attraverso un diverso applicativo (quello disponibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato)</p>
<p>Ulteriori controlli per verificare eventuale malfunzionamento</p>	<p>Tramite il gestore della piattaforma, il quale ha tuttavia escluso il malfunzionamento della stessa, confermando l'ipotesi di danneggiamento del documento informatico</p>
<p>Le predette operazioni risultano tutte indicate nei verbali di tre sedute riservate</p>	<p>I</p> <p>Il cui contenuto, peraltro, ha una sua valenza probatoria ed una indubbia “fidefacienza”, fino a querela di falso (cfr. giurisprudenza consolidata, tra le tante: Cons. Stato, sez. VII, 14 agosto 2024, n. 7135; 3 giugno 2024, n. 4969; TAR Sicilia – Catania, sez. I, 26 febbraio 684; T.A.R. Lazio- Roma, sez.I quater, 10 febbraio 2025, n. 2979).</p>

Le conclusioni del Tar

Occorre una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara

In relazione alle suindicate caratteristiche delle procedure telematiche, e nell'ottica di garantire i citati fondamentali valori di celerità e certezza dell'attività amministrativa, in tema di ripartizione del cd. "rischio tecnologico" tra stazione appaltante e concorrenti, è stata affermata *"l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara"* (Cons. Stato, Sez. III, n. 3329/2014).

**La ripartizione del rischio tecnologico
Ricadono sulla stazione appaltante i rischi collegati
al malfunzionamento o all'inadeguatezza del sistema
informatico utilizzato**

**E sul concorrente tutti gli altri rischi che attengono:
alla tempestività ed alla completezza della
trasmissione,
a quelli dovuti a temporanei sovraccarichi della rete**

**(TAR Lombardia, Sez. I, 20 marzo 2023, n. 704 e
TAR Lazio, 17 febbraio 2022, n. 1932).**

L'illeggibilità del file è ascrivibile alla responsabilità del concorrente secondo le regole dell'ordinaria diligenza.

Dunque, è compito dei concorrenti, prima di effettuare la trasmissione della propria offerta, accertarne – secondo le regole dell'ordinaria diligenza – l'integrità e la leggibilità, proprio in considerazione del possibile verificarsi di inconvenienti legati al deterioramento dei documenti digitali trasmessi, con la conseguenza che l'illeggibilità dei file è ascrivibile alla responsabilità del concorrente, che è chiamato a risponderne.

(TAR Lazio, Roma, I-quater, 30 gennaio 2020, n. 1322).

L'ordinaria diligenza

Un ulteriore caso in cui non risulta integrata

Tar Lazio-Roma, Sez. III, 18 febbraio 2025, n. 3640

La giurisprudenza amministrativa, ancorché con riferimento a ipotesi di rallentamento della piattaforma con incidenza sulle operazioni di caricamento della documentazione, ha affermato che relativamente alle gare telematiche si innesca una *“dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev’essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità”*

**Le variabili che deve aver presente preventivare e dominare
l'operatore economico
l'esperienza e abilità informatica dell'utente,
la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali
il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea
congestione del traffico,**

“sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e ‘dominare’ quando si accinge all’effettuazione di un’operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l’amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni”

(cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 448 del 24 gennaio 2022; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 7352 del 24 novembre 2020)”.

**Nella fattispecie oggetto della sentenza del Tar Lazio-Roma,
una procedura aperta telematica suddivisa in tre lotti
risultano invece mancanti**

Il motivo:

il caricamento di un'offerta che implicava numerose operazioni su tre lotti di gara risulta effettuato a ridosso del termine di scadenza

La mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte di Alfa è dovuta:

- alla non corretta comprensione della legge di gara e del funzionamento della piattaforma di e-procurement*
- unitamente alla scelta, poi rivelatasi pregiudizievole per gli interessi della società ricorrente, di completare una significativa quantità di operazioni telematiche (peraltro, su tutti e tre i lotti di gara) a ridosso del prorogato termine di scadenza previsto per la presentazione delle domande.*

L'ordinaria diligenza dell'operatore economico
Un caso in cui risulta integrata
Consiglio di Stato, Sez. VII, 1 luglio 2024, n. 5789
La disciplina di gara

Oggetto della gara telematica	Gara per l'affidamento dell'appalto integrato relativo ai lavori di realizzazione di un edificio aule presso il campus universitario
Disciplinare: richiesta a pena di esclusione	Caricare sulla piattaforma con un limite di capienza di 100 MB soltanto una <u>bozza di progetto</u>, «dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo da sottoporre all'approvazione degli organi della Stazione appaltante».
Limite di capienza della busta telematica	100 MB
Successiva modifica del disciplinare a pena di esclusione	Sostituzione integrale della richiesta ai partecipanti, che devono quindi depositare, a pena di esclusione, nella busta "B", un "progetto definitivo" con relativi elaborati
Limite di capienza con la modifica intervenuta	Sempre 100 MB
Termine di scadenza per la presentazione dell'offerta	10 marzo 2023 h. 18

Osservazioni della stessa sentenza del Consiglio di Stato

La stazione appaltante non ha previsto l'aumento della capienza di MB in *upload*, che sarebbe stato necessario o, quanto meno, opportuno in dipendenza della disposta modifica del disciplinare, consistente nella richiesta di allegare un vero e proprio progetto definitivo: il limite della capienza è, infatti, rimasto fissato in 100 MB

La tempistica degli adempimenti dell'operatore economico RTI ricorrente

Orario di inizio dell'upload dell'offerta	4 ore prima del termine di scadenza: 13.59
Segnalazione al RUP di insufficienza della capienza di 100 MB	Tempestiva
Orario di apertura del ticket sulla piattaforma	10 marzo 2023 h. 17.34
Riscontro all'operatore economico con comunicazione di risoluzione del tecnico di «omissis» sullo stesso portale	10 marzo 2023, h. 18.19 (dopo la scadenza del termine) Nessun riscontro da parte del RUP
Data e orario di trasmissione dell'offerta	Tempestiva: 10 marzo 2023 h. 17.59
Modalità di trasmissione stante l'incapienza della busta	Il R.T.I. – dopo avere segnalato al RUP l'impossibilità ad inoltrare per intero l'offerta tecnica e richiesto un intervento tecnico – in assenza di positivo riscontro, ha generato, a mezzo WeTransfer, un link (contenente 3 elementi per un peso totale di 200 MB) sì da consentire all'amministrazione di scaricare l'intero contenuto della Busta B – Offerta Tecnica

Le osservazioni nella stessa sentenza del Consiglio di Stato

Risulta evidente la diligenza in questo caso dell'operatore economico, dal momento che nella fattispecie l'operatore economico ha agito seguendo il principio di autoresponsabilità non si tratta nemmeno di un malfunzionamento del sistema ma di un'incapienza della busta che la stazione appaltante ha omesso di aumentare una volta deciso di chiedere il progetto definitivo e non solo una bozza

I due quesiti posti sulla revisione prezzi

Il primo quesito:

Secondo il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023) negli affidamenti di servizi e forniture la revisione prezzi si applica anche ai contratti di durata inferiore a 12 mesi?

**La normativa europea: art. 72 Direttiva 2014/24/UE; art. 89
Direttiva 2014/25/UE**

Articolo 72, primo comma lettera a)

1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

La ratio a fondamento

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Il sistema normativo ne ha affermato il carattere imperativo

Consiglio di Stato, V Sezione, 25 maggio 2023, n. 5146

“L'art. 6, comma 4, l. n. 537 del 1993, come sostituito dall'art. 44, comma 1, l. n. 724 del 1994 (..) prevedeva che *«Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6»*. La disposizione, che ha trovato seguito nell'analogia previsione dell'art. 115 d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr., oggi, il regime di cui all'art. 106, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 e all'art. 60 d.lgs. n. 36 del 2023), ha per consolidata giurisprudenza natura imperativa, inserendosi automaticamente nella disciplina del rapporto fra le parti anche con prevalenza sulla regolamentazione pattizia.

(cfr. Cons. Stato, V, 17 luglio 2019, n. 5021; III, 9 maggio 2012, n. 2682; V, 22 dicembre 2014, n. 6275; recentemente, Id., V, 16 febbraio 2023, n. 1626)

.....e un duplice scopo:

da un lato, “*tutelare l’interesse pubblico a che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col 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” (Cons. Stato, V, 2 novembre 2009, n. 6709);*

dall’altro “*evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto”*

(Cons. Stato, III, 9 gennaio 2017, n. 25)”.

.....attenzione però, nel sistema previgente il riequilibrio contrattuale non esentava l'operatore economico dall'alea contrattuale

Consiglio di Stat, Sez. III, 10 febbraio 2025, n. 1014

a) la *ratio* dell'istituto della revisione prezzi è quella di evitare, anche "a tutela dell'interesse dell'impresa", che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati e imprevedibili nel corso del tempo, tali da sconvolgere in maniera significativa l'equilibrio finanziario sulla base del quale è intervenuta la stipulazione del contratto (Cons. Stato, Sez. III, n. 1074 del 2015, n. 25 del 2017; n. 4827 del 2018; id., Sez. V, n. 2052 del 2014 e Sez. VI, n. 2295 del 2015).

Tuttavia, nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi (cfr. in tal senso T.A.R. Napoli, Sez. I, n. 2306 del 2014; T.A.R. Milano, Sez. I, n. 435 del 2021. Come si legge in Cons. Stato Sez. III, n. 1980 del 2019 *“Risulterebbe singolare un'interpretazione che esentasse del tutto, in via eccezionale, l'appaltatore dall'alea contrattuale, sottomettendo in via automatica ad ogni variazione di prezzo solo le stazioni appaltanti pubbliche, pur destinate a far fronte ai propri impegni contrattuali con le risorse finanziarie provenienti dalla collettività”*);

.... b) si tratta quindi di un rimedio temperato di riequilibrio del sinallagma funzionale, capace di assolvere all'esigenza di assicurare continuità al rapporto contrattuale in corso di svolgimento, soprattutto nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse, senza che, però, per il suo tramite possa giungersi ad una rideterminazione del prezzo originario del servizio o della fornitura e senza che dalla disposizione di legge possa neppure desumersi l'obbligo della stazione appaltante di adottare sempre e comunque una clausola di revisione ancorata ai costi effettivamente e realmente sostenuti dall'appaltatore, posto che ciò confliggerebbe con l'elemento del rischio d'impresa che connota il paradigma negoziale del contratto di appalto, esentandosi del tutto e in via eccezionale l'appaltatore dall'alea contrattuale (Cons. Stato, Sez. III, n. 1980 del 2019 e Sez. V, n. 935 del 2010).

.....

...E la stessa giurisprudenza aveva evidenziato come il meccanismo revisionale così introdotto costituisca una deroga al meccanismo civilistico posto dall'articolo 1664 c.c.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11635

“la periodicità della revisione non implica affatto che si debba azzerare o neutralizzare l'alea riconosciuta dal codice civile per i contratti commutativi di durata, come confermata dalla disciplina di cui all'art. 1664 c.c. (applicabile in via generale a tutti gli appalti, con esclusione dei contratti pubblici secondo il principio di specialità) che impone alle parti di provare la sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, e che accorda la revisione solo per la differenza che ecceda il decimo del prezzo complessivo convenuto, di modo che –osserva il Collegio– risulterebbe ben singolare una interpretazione che esentasse del tutto, in via eccezionale, l'appaltatore dall'alea contrattuale, sottomettendo in via automatica ad ogni variazione di prezzo solo le stazioni appaltanti pubbliche, pur destinate a far fronte ai propri impegni contrattuali con le risorse finanziarie provenienti dalla collettività” (Cons. Stato, Sez. III, 25/03/2019, n. 1980).

Il criterio direttivo nella Legge Delega n. 78 del 2022:

Articolo 1, comma 2 lettera g)

Previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa.

Dalla Relazione Illustrativa del d.lgs. 36 del 2023

“In esecuzione di tale criterio di delega è stato reso obbligatorio, con il **comma 1**, l’inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi”

“Tra i possibili meccanismi di funzionamento della revisione (sostanzialmente riassumibili sotto le due categorie dei sistemi di compensazione e di quelli di indicizzazione) si è scelto, al **comma 2**, un modello di **indicizzazione**, per alcuni profili ispirato a quello esistente nell’ordinamento francese, allo scopo di facilitare e rendere più rapida e “sicura” l’applicazione della revisione”.

Si supera in questo modo il criterio della compensazione ex post

D.lgs. 50 del 2016, Articolo 106, comma 1 lettera a)

**D.lgs. 36 del 2023, Articolo 60, commi 1 e 2
(ante Decreto Correttivo)**

Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro (...).

1. Nei documenti iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi.

2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazioni alle prestazioni da eseguire.

Una prima riflessione: il sistema revisionale diventa automatico e permanente

Una seconda riflessione: la clausola revisionale non può alterare la natura generale del contratto

Consiglio di Stato, Sez. III, 27 giugno 2024, n. 5690

La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* applicabile, era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti, nei quali fosse possibile una revisione “*senza una nuova procedura di affidamento*”, a condizione che tale revisione non apportasse “*modifiche che avrebbero l’effetto di alterare la natura generale del contratto o dell’accordo quadro*”. La norma del 2016, infatti, si raccorda al diritto dell’Unione europea che, a tutela della concorrenza, limita i meccanismi di revisione dei prezzi degli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica (art. 72 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Corte di Giustizia 19 giugno 2008, C454/06, 17 settembre 2016, C-549/14, 19 aprile 2018, causa C-152/17).

Trattandosi di norma derogatoria del principio della gara, non ne è consentita un’interpretazione analogica ed estensiva

Un'ulteriore riflessione: le clausole di revisione prezzi sono riferite alle prestazioni oggetto del contratto, è una precisazione che delimita l'ambito oggettivo di applicazione.

**D.lgs. 36 del 2023, Articolo 60, comma 1
(testo originario)**

**D.lgs. 36 del 2023, Articolo 60, comma 1
(con le modifiche del Decreto Correttivo
evidenziate in grassetto)**

Nei documenti iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi.

Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto.

I limiti e le condizioni per l'attivazione delle clausole di revisione prezzi

(articolo 60, comma 2 del d.lgs. 36 del 2023 (post correttivo))

Limiti	Le clausole di revisione prezzi non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro
Quando si attivano	al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire, che determinano variazioni distinte se si tratta di opere o di servizi e forniture
Variazione del costo dell'opera	in aumento o in diminuzione, superiore al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento applicata alle prestazioni da eseguire
Variazione del costo della fornitura o del servizio	in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire.

L'articolo 60 del d.lgs. 36 del 2023 e la revisione prezzi negli affidamenti di servizi e forniture

Articolo 60 ante correttivo	Articolo 60 con le modifiche apportate dall'articolo 23 del d.lgs. 209 del 2024
-----	<p>Introduzione del comma 2-bis:</p> <p>2-bis. Per gli appalti di servizi e forniture, resta ferma la facoltà di inserire nel contratto, oltre alle clausole di cui al comma 1, meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto all'indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti. In tale ipotesi, l'incremento di prezzo riconosciuto in virtù dei meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto non è considerato nel calcolo della variazione del costo del servizio o della fornitura rilevante, ai sensi del comma 2, lettera b), ai fini dell'attivazione delle clausole di revisione prezzi.</p>
<p>Comma 3</p> <p>Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:</p> <ul style="list-style-type: none">a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.	<p>Modifica del comma 3</p> <p>3. Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:</p> <ul style="list-style-type: none">a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione; individuati ai sensi del comma 4-quater;b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici, anche disaggregati, dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie

	<p style="text-align: center;">Introduzione del comma 4-bis</p> <p style="text-align: center;">Gli indici di prezzo di cui al comma 3, lettera b), sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale.</p>
	<p style="text-align: center;">Introduzione del comma 4-ter</p> <p style="text-align: center;">4-ter.</p> <p>In relazione agli appalti di servizi e forniture che, in ragione dei settori di riferimento, dispongono di specifici indici di determinazione della variazione del prezzo, resta ferma la possibilità di fare riferimento ai medesimi indici anche in sostituzione di quelli previsti dal comma 3, lettera b). Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano agli appalti di servizi e forniture il cui prezzo è determinato sulla base di una indicizzazione.</p>
	<p style="text-align: center;">Introduzione del comma 4-quater</p> <p>L'allegato II.2 bis disciplina le modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi, tenuto conto della natura e del settore merceologico dell'appalto, e degli indici disponibili e ne specifica le modalità di corresponsione, anche in considerazione dell'eventuale ricorso al subappalto.</p> <p>La revisione dei prezzi che riguardano i servizi e le forniture è la Sezione III, Revisione prezzi per i contratti di servizi e forniture)</p>

Sintesi

Per i contratti di servizi e forniture (come per i lavori) è obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione prezzi nei documenti di gara iniziali

Resta ferma la facoltà di inserire nel contratto meccanismi ordinari di adeguamento prezzi all'indice inflattivo convenzionalmente individuato dalle parti

Le clausole di revisione prezzi si attivano mediante meccanismi automatici al verificarsi, nel corso dell'esecuzione della prestazione, di una variazione del costo della fornitura o dei servizi, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo del contratto.

Al di sotto di tali soglie le clausole revisionali non si attivano

L'importo da riconoscere: l'80 per cento del valore eccedente la variazione del costo del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire

si utilizzano gli indici, **anche disaggregati**, dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie (come specificato all'articolo 10 dell'Allegato II-2 bis, Sez. III dello stesso d.lgs 36 del 2023)

gli indici di prezzo vengono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia.

Indici di prezzo al consumo (NIC)-Febbraio 2025

Nel mese di febbraio 2025, l'indice nazionale dei prezzi al consumo per l'intera collettività (NIC), al lordo dei tabacchi, aumenta dello 0,2% rispetto a gennaio 2025 e dell'1,6% rispetto a febbraio 2024 (da +1,5% del mese precedente); la stima preliminare era +1,7%.

La dinamica tendenziale dell'indice generale risente dell'accelerazione dei prezzi dei Beni energetici regolamentati (da +27,5% a +31,4%), del marcato ridimensionamento della flessione di quelli dei Beni energetici non regolamentati (da -3,0% a -1,9%) e dell'aumento del ritmo di crescita dei prezzi dei Beni alimentari non lavorati (da +2,2% a +2,9%) e lavorati (da +1,7% a +1,9%). Di contro, si assiste a una decelerazione dei prezzi dei Servizi relativi ai trasporti (da +2,5% a +1,9%), dei Servizi relativi alle comunicazioni (da +1,1% a +0,5%) e di quelli dei Servizi ricreativi, culturali e per la cura della persona (da +3,3% a +3,1%).

Nel mese di febbraio l'"inflazione di fondo", al netto degli energetici e degli alimentari freschi, si riduce, così come quella al netto dei soli beni energetici (entrambe le variazioni tendenziali passano da +1,8% a +1,7%).

La dinamica tendenziale dei prezzi dei beni evidenzia una nuova accelerazione (da +0,7% a +1,1%), mentre quella dei servizi rallenta (da +2,6% a +2,4%). Il differenziale inflazionistico tra il comparto dei servizi e quello dei beni scende quindi a +1,3 punti percentuali (dai +1,9 di gennaio 2025).

Il tasso tendenziale di variazione dei prezzi dei Beni alimentari, per la cura della casa e della persona aumenta (da +1,7% a +2,0%), mentre quello dei prodotti ad alta frequenza d'acquisto diminuisce (da +2,0% a +1,9%). L'aumento congiunturale dell'indice generale è dovuto prevalentemente ai prezzi degli Energetici regolamentati (+0,8%) e non regolamentati (+0,7%), ma anche a quelli dei Beni non durevoli (+0,4%) e dei Servizi relativi all'abitazione (+0,3%); i prezzi dei Tabacchi (+2,5%) risentono anche dell'aumento delle accise. Gli effetti dei suddetti aumenti sono stati solo in parte compensati dalla diminuzione dei prezzi dei Servizi relativi ai trasporti e dei Beni durevoli (entrambi a -0,2%).

L'inflazione acquisita per il 2025 è pari a +1,1% per l'indice generale e a +0,6% per la componente di fondo.

L'indice armonizzato dei prezzi al consumo (IPCA) a febbraio 2025 aumenta dello 0,1% su base mensile e dell'1,7% su base annua (stabile rispetto a gennaio 2025), confermando la stima preliminare.

L'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI), al netto dei tabacchi, cresce dello 0,2% rispetto a gennaio e dell'1,5% rispetto a febbraio 2024.

Indici anche disaggregati

La ratio

**Consiglio di Stato, Commissione speciale, Adunanza del 27 novembre 2024 (con data di spedizione del 2 dicembre 2024),
Parere n. 1463/2024 sullo schema del Decreto Correttivo:**

“la plausibile ratio di tale previsione è rinvenuta nell’esigenza di prendere in considerazione le ipotesi in cui un servizio o una fornitura rientrano in diverse categorie, individuate secondo il sistema unico europeo di classificazione (CPV)”

Nella Gazzetta Ufficiale non è stato specificato se l’inciso “anche disaggregati” faccia riferimento anche alle retribuzioni contrattuali orarie

La risposta al primo quesito nell'Allegato II. 2 Bis

Articolo 1, comma 3

Nel caso di appalti di servizi o forniture, la revisione prezzi si applica ai contratti di durata, il cui oggetto non consiste in una prestazione ad esecuzione istantanea

Contratti ad esecuzione istantanea

il contratto i cui effetti si esauriscono in maniera istantanea

il momento dell'esecuzione coincide con il momento di conclusione del contratto (contratto ad esecuzione immediata)

quando l'esecuzione avviene in un momento successivo (contratto ad esecuzione differita).

Contratti di durata

A esecuzione continuativa

**Le prestazioni sono continuate
nel tempo**

A esecuzione periodica

**La prestazione viene ripetuta
nel tempo (ad esempio
somministrazione, una fornitura
di computer ogni anno)**

**Gli esempi di contratti di durata nelle fattispecie oggetto della
giurisprudenza**

**Affidamento del servizio di manutenzione di autovetture e fornitura di
pezzi di ricambio per 36 mesi (Tar Lazio-Roma, Sez. II Ter, 11 marzo
2025, n. 5240)**

**Affidamento di fornitura di sistemi diagnostici, adeguamento e
ristrutturazione locali dei laboratori e fornitura arredi e trasporto
campioni biologici per cinque anni (Tar Lazio-Roma, Sez. III Quater, 27
gennaio 2025, n. 1626)**

**Affidamento del multiservizio tecnologico, comprensivo della fornitura dei
vettori energetici, relativo agli immobili in proprietà o nella disponibilità
di una serie di aziende ospedaliere per la durata di 9 anni (Consiglio di
Stato, Sez. III, 10 febbraio 2025, n. 1014)**

**Appalto di lavori di adeguamento delle barriere stradali per 240 giorni
(Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2025 n. 1030)**

Il secondo quesito

Negli affidamenti di servizi e forniture come si stabilisce la frequenza della revisione prezzi?

La risposta al secondo quesito nell'Allegato II.2 bis

(articolo 12, comma 1)

Articolo 12 – (Verifica della variazione del prezzo dei contratti, modalità e termini di pagamento della revisione prezzi)

1. Le stazioni appaltanti verificano la variazione del prezzo dei contratti di servizi e forniture con la cadenza stabilita dall'articolo 3, comma 1. La variazione è calcolata come differenza tra il valore dell'indice o del sistema ponderato di indici, individuati, ai sensi dell'articolo 11, al **momento della rilevazione e il corrispondente valore al mese del provvedimento di aggiudicazione**. I documenti iniziali di gara prevedono che, in caso di sospensione o proroga dei termini di aggiudicazione nelle ipotesi di cui all'articolo 1, commi 3, 4 e 5 dell'Allegato I.3., il valore di riferimento per il calcolo della variazione è quello relativo al mese di scadenza del termine massimo per l'aggiudicazione, come individuato dall'articolo 1, commi 1 e 2 del predetto Allegato.

La cadenza stabilita dall'articolo 3, comma 1:

Le stazioni appaltanti monitorano l'andamento degli indici di cui all'articolo 60 del codice con la frequenza indicata nei documenti di gara iniziali, comunque non superiore a quella di aggiornamento degli indici revisionali applicati all'appalto, al fine di valutare se sussistono le condizioni per l'attivazione delle clausole di revisione prezzi.

L'articolo 16 dell'Allegato II 2 bis

La norma transitoria che stabilisce la decorrenza di applicabilità

Le disposizioni di cui al presente Allegato si applicano:

- a) alle procedure di affidamento di contratti di lavori avviate a decorrere dalla data di pubblicazione del provvedimento di cui all'articolo 60, comma 4, primo periodo, del codice;**
- b) alle procedure di affidamento di contratti di servizi e forniture avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente Allegato**

I profili processuali: la questione della giurisdizione

**Le controversie in tema di revisione
prezzi sono devolute in via esclusiva al
Giudice amministrativo?**

La risposta è affermativa, salvo che la contestazione riguardi l'adempimento di una prestazione già puntualmente prevista dal contratto:

Tar Lazio-Roma, Sez. II Bis, 9 settembre 2024, n. 16164

come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza:

- l'istanza con la quale l'impresa richiede il riconoscimento della revisione dei prezzi costituisce l'atto di avvio di un procedimento amministrativo che sfocia in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato nel termine decadenziale di legge (Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2015 n. 5375, Consiglio di Stato sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4207; sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465; sez. V, 3 agosto 2012 n. 4444; Corte di Cassazione, SS.UU. 30 ottobre 2014, n. 23067);
- ne consegue che la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo, quanto alla richiesta di effettuare la revisione in base ai risultati dell'istruttoria (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275 e 24 gennaio 2013 n. 465), in presenza di una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008, n. 26298), che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso sia al risparmio di spesa, sia alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato. [...]. Alla stregua di tali considerazioni, la determinazione della revisione prezzi viene effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi (Consiglio di Stato, sez. III, 9/1/2017, n. 25 cit.) secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, che sottende l'esercizio di un potere autoritativo di carattere discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equordinazione con l'amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa;
- è, pertanto, da escludere che la pretesa vantata dall'appaltatore abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo; infatti, le citate disposizioni prescrivono che la determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi. Di conseguenza, la posizione del privato contraente si articolerà nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all'an della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo con riguardo al quantum, ma solo una volta che sarà intervenuto il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale.

... Tale costruzione, ormai del tutto ininfluyente ai fini del riparto di giurisdizione, per effetto dell'art. 133, lett. e), punto 2) cpa, che assoggetta l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mantiene inalterata la sua rilevanza con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive del contraente dell'amministrazione (a conferma **Tar Lazio-Roma, Sez. II Ter, 11 marzo 2025, n. 5246**).

- 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 (Cons. Stato n. 1069/24 e n. 7756/22) rimanendo, pertanto, assoggettato alle relative preclusioni quale quella, di cui si è dato atto in precedenza, derivante dalla natura meramente confermativa dell'atto impugnato nel presente giudizio.

Cassazione Civile, SS UU., Ord. n. 3935/2022; Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 5651/2022)

“le controversie in tema di revisione dei prezzi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo sia che la contestazione riguardi la spettanza della stessa revisione, sia che afferisca alla determinazione dell’esatto suo importo come quantificato dal concreto provvedimento applicativo (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 2157/2022), essendo ormai superato il tradizionale orientamento interpretativo secondo cui al Giudice Amministrativo spettavano le sole controversie relative all’*an* della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al Giudice Ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso. Si individua una sola eccezione a tale regola generale *“nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l’espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata compiutamente (come obbligo) in ordine all’an ed al quantum del corrispettivo revisionato, giacché in tale evenienza la controversia incardinata dall’appaltatore ai fini della percezione del compenso revisionale ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale e, quindi, comporta l’accertamento dell’esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell’ambito della giurisdizione ordinaria”*.

Il Decreto Correttivo e l'affermazione del principio del favor participationis

I requisiti di ordine speciale

Il fatturato e i servizi analoghi come requisiti speciali che possono essere chiesti dalle stazioni appaltanti negli appalti di servizi e forniture:

Novità del correttivo:

Periodo di riferimento utile, che viene ampliato sia per la prova del requisito di capacità economico-finanziaria sia per il requisito di capacità tecnica professionale in attuazione dei principi del *favor participationis* e di proporzionalità.

L'articolo 100, comma 11 nel testo originario

Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici due requisiti specifici: **per la capacità economica e finanziaria:** un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura.

Il comma precisa che in caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto.

per la capacità tecnica e professionale: aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

Il successivo comma 12 prevede inoltre che “salvo quanto previsto dall'[articolo 102](#) o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti dal presente articolo”.

Le stazioni appaltanti non possono quindi chiedere requisiti diversi rispetto a quelli previsti dal comma 11, che ha un valore tassativo.

Il primo elemento di discontinuità rispetto al d.lgs. 50 del 2016.

A differenza dell'articolo 83, comma 4 del d.lgs. 50 del 2016, che prevede diversi indici di affidabilità, tra cui il fatturato minimo annuo, l'articolo 100, comma 11 del d.lgs. 36 del 2023 prevede un solo indice di affidabilità, il fatturato globale nel triennio:

Indice di affidabilità

**Articolo 100, comma 11 del
d.lgs. 36 del 2023:**

**fatturato globale nel
triennio**

**Articolo 83, comma 4 del d.lgs.
50 del 2016: Le stazioni
appaltanti, nel bando di gara,
possono richiedere:**

**a) che gli operatori economici
abbiano un fatturato minimo
annuo, compreso un
determinato fatturato minimo
nel settore di attività oggetto
dell'appalto;**

**b) che gli operatori economici
forniscano informazioni
riguardo ai loro conti annuali
che evidenzino in particolare i
rapporti tra attività e
passività;**

**c) un livello adeguato di
copertura assicurativa contro i
rischi professionali.**

Il secondo elemento di discontinuità rispetto al d.lgs. 50 del 2016: il limite quantitativo.

L'articolo 100, comma 11 del d.lgs. 36 del 2023 prevede che il fatturato non deve essere superiore al doppio del valore stimato dell'appalto e non è parametrato al fatturato minimo annuo con relativo onere motivazionale, così come era invece previsto dall'articolo 83, comma 5 del d.lgs. 50 del 2016, ponendosi invece in linea di continuità rispetto al D.lgs. 163 del 2006:.....

**Articolo 100, comma 11 del
d.lgs. 36 del 2023:
fatturato globale non
superiore al doppio del
valore stimato dell'appalto
ottenuto nel triennio
precedente**

**Articolo 83, comma 5 del d.lgs. 50
del 2016**

**Il fatturato minimo annuo richiesto
ai sensi del comma 4, lettera a)
compreso un determinato fatturato
minimo nel settore di attività oggetto
dell'appalto non può comunque
superare il doppio del valore stimato
dell'appalto, calcolato in relazione al
periodo di riferimento dello stesso,
salvo in circostanze adeguatamente
motivate relative ai rischi specifici
connessi alla natura dei servizi e
forniture, oggetto di affidamento. La
stazione appaltante, ove richieda un
fatturato minimo annuo, ne indica le
ragioni nei documenti di gara.**

**Articolo 41, comma 1, lettera c) del
d.lgs. 163 del 2006**

**1. Negli appalti di forniture o servizi,
la dimostrazione della capacità
finanziaria ed economica delle
imprese concorrenti può essere
fornita mediante uno o più dei
seguenti documenti:**

(..)

**c) dichiarazione, sottoscritta in
conformità alle disposizioni del s.p.r.
28 dicembre 2000, n. 445,
concernente il fatturato globale
d'impresa e l'importo relativo ai
servizi o forniture nel settore oggetto
della gara, realizzati negli ultimi tre
esercizi.**

**La maturazione del fatturato globale nel triennio precedente
all'indizione della procedura:**

Come si determina l'anno che compone il triennio utile?

**Si fa riferimento all'anno solare, che coincide con l'esercizio finanziario,
quindi il requisito deve essere maturato nei tre anni solari antecedenti
all'indizione della procedura.**

E' possibile richiedere come requisito speciale di partecipazione il pareggio di bilancio nell'ultimo triennio?....

Parere MIT 6 dicembre 2024, n. 3146

Quesito:

Con riferimento al DLgs 36/2023, per appalto di servizi di durata triennale di valore superiore a € 3.500.000,00, con l'incidenza della manodopera pari a quasi il 100% del valore dell'appalto, è possibile richiedere come requisito speciale di partecipazione il pareggio di bilancio nell'ultimo triennio? In caso affermativo, è applicabile anche per ognuno degli operatori economici costituenti un raggruppamento?

Risposta:

La risposta è negativa. Si consiglia di dare applicazione all'art. 100, c. 11 del Codice dei contratti pubblici che recita: "Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati". Si segnala inoltre che il c. 12 della stessa norma prevede: "Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti dal presente articolo".

Il requisito della capacità tecnico-professionale: i servizi analoghi

Il requisito della capacità tecnico professionale che può essere chiesto ai sensi dell'articolo 100, comma 11 del d.lgs. 36 del 2023 si pone in attuazione dell'articolo 58, paragrafo 4 della Direttiva 2014/24/UE, che prevede espressamente che “Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza”.

Cosa si intende per contratti di servizi analoghi? ANAC, Delibera 28 novembre 2024, n. 545:

“Per orientamento consolidato della giurisprudenza, (v. Cons. Stato, 15 febbraio 2024, n. 1510), «la nozione di servizi analoghi consente la spendibilità dei servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo. Più in particolare è necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti. Al fine di verificare la sussistenza del requisito di capacità tecnico professionale, la verifica delle attività pregresse va fatta in concreto, tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni, nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti”.

Tar Lazio-Roma, IV Sez., 2 dicembre 2024, n. 21558:

L'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia (..) ha avuto modo di chiarire come il concetto di “*servizi analoghi*” vada inteso non come identità ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste:

- «*Per “servizi “analoghi” non si intende servizi “identici”, essendo necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti» (Cons. St., sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953);*

- «*un servizio può essere considerato analogo a quello posto in gara se rientra nel medesimo settore imprenditoriale o professionale, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la necessaria capacità tecnica.*

I servizi analoghi designano una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi in gara, dialetticamente opposti ai servizi identici connotati invece dall'essere categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione» (T.a.r. Sicilia - Palermo, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 3076)» (T.a.r. Campania - Napoli, sez. IV, 5 aprile 2024, n. 2228);

- «la locuzione "servizi analoghi" non si identifica con "servizi identici" essendo necessario, al fine di contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e quelle oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando» (Cons. St., sez. V, 15 settembre 2023, n. 8356)

- «È indirizzo consolidato che l'interpretazione della lex specialis di gara deve essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale, e ciò in omaggio al pacifico insegnamento della giurisprudenza che impone, in caso di dubbi esegetici, la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara. Ne consegue che i concetti di "servizio analogo" va inteso non come identità, ma come mera similitudine tra prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di "affidabilità". All'opposto, la nozione di "servizi identici" individua una 'categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato (Cons. St., sez. V, 23 novembre 2016, n. 4908).» (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2023, n. 564)».

Cosa si intende per “data di indizione della procedura di gara” per poter individuare il periodo di riferimento quale arco temporale di esecuzione dei contratti analoghi?

Tar Campania-Salerno, Sez. I, 30 luglio 2024, n. 1602:

L’art. 100, comma 11, ultimo periodo, prevede che “le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”.

Orbene, per “*data dell’indizione della gara*” deve intendersi la data di pubblicazione del bando, non potendosi aver riguardo, come invece preteso dalla stazione appaltante, alla determina (..), considerato che il citato provvedimento riveste, in coerenza con il *nomen iuris* utilizzato, natura di determina a contrarre (atto endoprocedimentale che esaurisce i propri effetti nell’ambito interno all’amministrazione, con il quale si persegue lo scopo fondamentale di assumere i connessi impegni di spesa in conformità alle regole che presidiano la corretta gestione delle risorse finanziarie degli enti pubblici), con la quale l’amministrazione si è limitata a determinarsi nel senso di “*indire una gara d’appalto per l’affidamento del servizio*”, senza tuttavia concretamente indirla; tanto anche considerato che “*tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi o avvisi di gara, salve le eccezioni di legge*” (art. 83, comma 1, d. lgs. n. 36/2023).

In cosa si differenzia il triennio utile in questo caso rispetto al triennio utile ai fini della capacità economico-finanziaria?

La norma si riferisce espressamente al triennio antecedente alla “data di indizione della procedura di gara”, che, quindi, non coincide necessariamente con l’esercizio finanziario e quindi con l’anno solare.

In particolare “mentre in relazione ai requisiti di capacità economico finanziaria il triennio va riferito alla nozione di "esercizio" (inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare), nel caso del requisito della capacità tecnica e professionale *“il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente alla data di pubblicazione del bando”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2306; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 22 dicembre 2021, n. 1925)”
(Tar Campania-Salerno, Sez. I, 30 luglio 2024, n. 1602).

Tabella riassuntiva delle modifiche apportate dal Decreto Correttivo al comma 11:

	Articolo 100, comma 11 nel testo originario	Articolo 100, comma 11 nel testo modificato dall'articolo 34 del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209
Requisito di capacità economica-finanziaria (fatturato globale) previsto dal primo periodo del comma	Deve essere maturato nel triennio precedente	Deve essere maturato nei migliori tre anni degli ultimi cinque anni precedenti
Requisito di capacità tecnico-professionale (servizi analoghi) previsto dal terzo periodo del comma	Deve essere maturato nel precedente triennio rispetto alla data di indizione della procedura di gara	Deve essere maturato negli ultimi dieci anni dalla data di indizione della procedura di gara

Sulla *Ratio* di tali modifiche si è espresso il Consiglio di Stato, nel Parere n. 1463 Commissione speciale, Adunanza del 27 novembre 2024 (con data di spedizione del 2 dicembre 2024):

La modifica, che in sostanza allarga le maglie dei requisiti richiedibili per partecipare alle procedure di affidamento, è evidentemente ispirata – come dichiara la stessa relazione illustrativa – al *favor participationis*, in asserita armonia con il principio affermato all’articolo 10, comma 3, del Codice, secondo il quale i requisiti introdotti dalle stazioni appaltanti devono essere “*attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto, tenendo presente l’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti*”.

**Con l'entrata in vigore del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209,
per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e
forniture le Stazioni Appaltanti potranno richiedere i seguenti
requisiti:**

**Per la capacità economica e finanziaria: un fatturato globale
non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto,
maturato “nei migliori tre anni degli ultimi cinque anni
precedenti.”**

**Per la capacità tecnica e professionale: contratti analoghi a
quello in affidamento anche a favore di soggetti privati
eseguiti “negli ultimi dieci anni” dalla data di indizione della
procedura di gara.**

Ne deriva che per la capacità economica e finanziaria il riferimento temporale si estende a 5 anni e l'operatore economico potrà scegliere nel quinquennio il triennio migliore per poter soddisfare il requisito.

Per la capacità tecnica e professionale i gli operatori economici potranno invece comprovare la regolare esecuzione di servizi analoghi entro gli ultimi 10 anni dalla data di indizione della procedura di gara.

Il D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 non apporta modifiche al comma 12 dell'art. 100, per cui rimane fermo che i periodi di riferimento così modificati sono tassativi.

Le modifiche del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 valorizzano l'applicazione di due principi fondamentali del Codice dei Contratti pubblici:

- il principio del *favor participationis*

- il principio di proporzionalità.

ANAC, Parere di precontenzioso 25 febbraio 2025, n. 67

ANAC ritiene che

“nell’ambito dell’esercizio del potere discrezionale di verifica dei requisiti dichiarati dai concorrenti in sede di gara, l’Amministrazione possa valutare i requisiti stessi in relazione alle prescrizioni della lex specialis e, dunque, alla corrispondenza effettiva e concreta delle capacità dichiarate dai concorrenti alle esigenze che essa persegue, al fine di garantire l’adeguatezza del concorrente scelto come aggiudicatario e scongiurare il rischio che il contratto venga eseguito da un soggetto inaffidabile e/o privo delle capacità ritenute necessarie dalla Stazione appaltante per la soddisfazione dell’interesse pubblico e del risultato anelato;

“tale processo valutativo, espressione della discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, vada esercitato alla luce dei principi generali della disciplina codicistica, in particolare dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023, sopra richiamati, tesi a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle Stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica”.