



26 GENNAIO 2024 ore 10:30

**PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA  
FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023**

**RELATORE: ING. CRISTIAN PROSIA**

**ASMEL Associazione per la  
Sussidiarietà e la  
Modernizzazione degli Enti  
Locali**

[www.asmel.eu](http://www.asmel.eu)

800165654

[webinar@asmel.eu](mailto:webinar@asmel.eu)



# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## LA STRUTTURA DEL CODICE – I PRINCIPI

Una delle novità del nuovo codice appalti risiede nella definizione dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione. Il tutto è contenuto al **primo Libro**. In particolare modo i principi sono descritti nei **primi 21 articoli del Codice**

### PARTE I - DEI PRINCIPI

#### Art. 1 – Principio del risultato

- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo

#### Art. 2 – Principio della fiducia

- L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici

#### Art. 3 – Principio dell'accesso al mercato

- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità

#### Art. 5 – Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

- Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

#### Art. 6 – Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore

#### Art. 7 – Principio di auto-organizzazione amministrativa

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## LA STRUTTURA DEL CODICE – I PRINCIPI

Una delle novità del nuovo codice appalti risiede nella definizione dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione. Il tutto è contenuto al **primo Libro**. In particolar modo i principi sono descritti nei **primi 21 articoli del Codice**

### PARTE I - DEI PRINCIPI

#### Art. 8 – Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito

- Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge

#### Art. 9 – Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

- Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali

#### Art. 10 – Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

- I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice

#### Art. 11 – Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti

- Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro

### PARTE II - DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

#### Art. 20 – Principi e diritti digitali

- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale

#### Art. 21 – Principi in materia di trasparenza

- Fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, a fini di trasparenza i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici sono indicati nell'articolo 28 e sono pubblicati secondo quanto stabilito dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## IL RISULTATO

### Art. 1

#### Principio del risultato



1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **perseguono il risultato dell'affidamento del contratto** e della sua esecuzione con la **massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo**, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.
2. La **concorrenza** tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La **trasparenza** è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.
3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio **del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità**. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.
4. Il principio del risultato costituisce **criterio prioritario** per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:
  - a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
  - b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.
5. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## LA FIDUCIA

Art. 2

### Principio della fiducia



1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della **reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici**.
2. Il principio della fiducia **favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale** dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.
3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce **colpa grave** la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.
4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la **copertura assicurativa dei rischi per il personale**, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui **all'articolo 15, comma 7\***.

\* Piani di formazione del personale (RUP)

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 - CONTESTO

PROPONENTE

Centro Assistenza Ecologica S.r.l.



STAZIONE APPALTANTE

I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo

FATTISPECIE \*

Nel caso di specie il disciplinare di gara prevedeva, ai fini della partecipazione, **l'obbligo per ciascun concorrente di effettuare il sopralluogo entro un termine stabilito**, con allegazione del relativo attestato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione. Il ricorrente - che non aveva adempiuto all'obbligo - dopo la scadenza formulava alcune richieste di chiarimenti. **La stazione appaltante negava la possibilità di effettuare il sopralluogo, considerando la richiesta «ampiamente tardiva»** rispetto ai termini di scadenza del sopralluogo, e ancora di più rispetto alla data di indizione della procedura di gara". Secondo il ricorrente invece, il termine fissato dalla stazione appaltante era **"troppo esiguo"** e introduttivo di un requisito di partecipazione non previsto dal D.Lgs. 36/2023.



VIOLAZIONI

- del principio di **accesso al mercato**, del principio di **tassatività delle cause di esclusione**, dei principi di **adeguatezza e proporzionalità**;
- degli artt. **3, 4, e 10 del d.lgs. n. 36/2023**;
- dell'**allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023**;
- del principio del **favor participationis**;

\* «Servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri»

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 - CONTESTO

### Il Disciplinare di gara

L'art. 10 del disciplinare ha previsto che "per la partecipazione alla RDO, ciascun concorrente è tenuto all'effettuazione di un **sopralluogo obbligatorio**, entro il giorno **03.11.2023** compreso, escluso il sabato e i giorni festivi", da eseguirsi "presso i seguenti presidi: P.O. Piemonte; P.O. Casazza", con l'espressa precisazione per cui "la data del sopralluogo dovrà essere preventivamente concordata con il personale dell'ufficio tecnico", "confermata tramite pec", prevedendosi "al termine del sopralluogo" il necessario rilascio di "un attestato di sopralluogo che dovrà essere **allegato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione**".

L'art. 8 del capitolato tecnico ha precisato che "preliminarmente all'invio dell'istanza di partecipazione gli Operatori economici dovranno effettuare un sopralluogo obbligatorio, **pena esclusione**, presso le strutture oggetto del servizio e secondo le modalità indicate nel Disciplinare di Gara".

L'art. 5 del capitolato tecnico ha inoltre previsto, con specifico riferimento ai "requisiti del personale", che "la dotazione minima organica e requisiti tecnici (quantitativi e qualitativi), richiesti per il personale che dovrà espletare il Servizio oggetto del presente Capitolato Tecnico, deve essere la seguente: n. 1 **ingegnere ambientale** per le specifiche attività previste e anche con funzione di coordinamento delle attività tecniche (con iscrizione all'Albo Professionale e comprovata esperienza nel settore oggetto dell'appalto), inquadramento A3(...)".

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 - CONTESTO

#### Quesiti dell'Appaltatore \*

*«se il requisito di iscrizione della singola unità di dotazione minima organica nell'albo professionale "ingegnere ambientale" possa ritenersi soddisfatto dall'iscrizione in altro albo professionale analogo con particolare riferimento all'impiego di 1 unità di "ingegnere biomedico"»*

*"rispetto alle previsioni recate dall'art. 5 requisiti del personale del capitolato tecnico, quali siano gli inquadramenti simili a quello previsto dal bando e relativo all'inquadramento del personale all'interno del CCNL per studi professionali o similari"*

#### Richiesta di sopralluogo dell'Appaltatore

Nella successiva data dell'**11.11.2023**, viene trasmesso alla stazione appaltante una richiesta di "una data per lo svolgimento del sopralluogo", sin lì non ancora effettuato in quanto "il dipendente che avrebbe dovuto svolgere tale attività è stato sinora impossibilitato per motivi di salute"

\*(le richieste sono stata inviate in data 7.11.2023, termine finale per poter presentare richieste di chiarimenti)

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 - CONTESTO

Atti sono stati impugnati per i seguenti motivi:

- 1) *Violazione e falsa applicazione del principio di accesso al mercato; violazione e falsa applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione e falsa applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di soccorso procedimentale; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza;*
- 2) *Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4 e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti.*



La ricorrente deduce che il **termine** previsto dall'art. 10 del disciplinare di gara per effettuare il sopralluogo sia **troppo esiguo**

Viene inoltre evidenziato che la necessità del sopralluogo **non fosse stata prevista nell'indagine di mercato** pubblicata il 22.08.2023 ledendo i principi l'allegato II.1. del d.lgs. 36/2023



L'illegittimità dei provvedimenti che prescrivono, con riferimento ai "requisiti del personale" (art. 5 capitolato), la necessità che sia impiegato un ingegnere ambientale e **precludano, conseguentemente, la possibilità che ad occuparsi del servizio sia un "ingegnere biomedico e clinico"**, il quale avrebbe una qualificazione maggiore del primo con riguardo alle attività di specie

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – SOPRALLUOGO

1

Spiega il TAR che se da un lato grava sulla stazione appaltante **l'obbligo di indicare in modo chiaro e percepibile i requisiti** previsti ai fini della partecipazione a una gara, dall'altro il soggetto che decide di prendervi parte opera quale soggetto **professionalmente qualificato** e attua la diligenza che da lui è normativamente esigibile. Ne discende che, mentre la stazione appaltante ha l'onere di chiarire nella disciplina di gara l'effettiva portata e natura dei requisiti richiesti, spetta all'operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità, quale precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza, assumere una condotta confacente alla diligenza che viene richiesta a chi riveste una determinata qualifica professionale.



Contravvenendo a questi canoni che informano il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico che partecipa a una gara, la ricorrente ha manifestato le proprie esigenze all'amministrazione resistente, ben otto giorni dopo il termine perentorio previsto nel disciplinare di gara per l'espletamento del sopralluogo nonché quattro giorni dopo la scadenza per presentare richieste di chiarimenti. Così operando, la ricorrente non ha consentito alla stazione appaltante di **"valutare eventuali differimenti dei termini"**, i quali, tenendo conto della ratio dell'**art. 92, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023 \***, avrebbero dovuto avere a presupposto di la richiesta di "informazioni supplementari significative" comunicate all'ente **"in tempo utile"**.

\* Art. 92. (Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte)

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – SOPRALLUOGO

2

Non può essere accolta nemmeno la correlata censura con la quale viene dedotto che, prevedendo l'espletamento del sopralluogo a pena di esclusione, la stazione appaltante abbia introdotto un requisito di partecipazione non attinente né all'offerta economica né a quella tecnica. Nuovamente richiamando il disposto dell'art. 92, co. 1, d. lgs. n. 36/2023, non può negarsi che l'amministrazione abbia ritenuto il predetto sopralluogo "**indispensabile ai fini della formulazione dell'offerta**", e che tale valutazione, frutto della propria discrezionalità, non risulti illogica.



Sul punto il TAR specifica appunto che il nuovo d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia **libertà di iniziativa e di autoresponsabilità** delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica). Ai sensi **dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023**, tra l'altro, "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto".

La richiesta di svolgere il predetto sopralluogo ha costituito un requisito "**attinente**" e "**proporzionato**" all'oggetto del contratto, rappresentando l'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza dalla stazione appaltante. **Inoltre l'amministrazione non era tenuta a "disapplicare" una disposizione della lex specialis per consentire la rimessione in termini**, ai fini della partecipazione in gara, della società che ricorre in giudizio. Non può negarsi, infatti, che a fronte della condotta negligente della ricorrente, il soccorso procedimentale avrebbe leso il principio della parità delle parti, concretizzando evidentemente un pregiudizio per gli altri partecipanti alla procedura di affidamento.

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – SOPRALLUOGO



La giurisprudenza amministrativa ha attribuito **all'obbligo di sopralluogo un ruolo sostanziale**, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare **un'offerta consapevole** e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso **strumentale** a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica. Secondo la giurisprudenza inoltre, **il mancato compimento del sopralluogo non comporta effetti espulsivi automatici qualora, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza non impedisca in alcun modo il perseguimento dei risultati** verso cui è diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento può dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara. Nel caso di specie invece risultava evidente l'indispensabilità del sopralluogo, quale adempimento necessario ai fini della presentazione dell'offerta.

Il TAR ha escluso che l'amministrazione abbia l'onere di indicare tale adempimento già in sede di avviso relativo all'indagine di mercato. Ed infatti, **l'obbligo del sopralluogo non può farsi rientrare tra gli elementi necessari elencati dall'art. 2 dell'Allegato II.1 del D. Leg.vo 36/2023**. La stazione appaltante, dunque, può anticipare l'adempimento dell'obbligo del sopralluogo dalla fase della gara in senso stretto a quella precedente della selezione dei concorrenti da invitare, espletata attraverso l'avviso di indagine di mercato, ma non è obbligata a farlo.

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – REQUISITI PERSONALE

«Dal rilievo dell'infondatezza del primo motivo di ricorso discende, in attuazione dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015, l'assorbimento della seconda censura dedotta dalla ricorrente». [...] Il requisito previsto dalla lex specialis in ordine alla categoria professionale richiesta per lo svolgimento del servizio oggetto di affidamento **non sia "manifestamente irragionevole e illogico"**.

La Stazione Appaltante, nella nota di riscontro alla richiesta di chiarimento relativa alle qualifiche del personale indirizzata alla società ricorrente, ribadisce come le figure professionali richieste fossero state rese pubbliche già con la nota del 22.08.2023 con la quale la Stazione Appaltante aveva avviato l'indagine di mercato

**La ricorrente, ove interessata a partecipare alla futura gara, avrebbe potuto dotarsi per tempo di tale figura professionale**, in vista della successiva pubblicazione del bando di gara, **palesando così scarsa diligenza** e non tenendo adeguatamente conto dei requisiti futuri già previsti dall'avviso.



## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – REQUISITI PERSONALE



### Il TAR evidenzia

Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione individuare le qualifiche professionali ritenute più adeguate per lo svolgimento del servizio, in un'ottica protesa al **miglior risultato possibile** per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'affidamento, e pertanto deve escludersi che la mera potenziale "compatibilità" delle prerogative dell'ingegnere biomedico con quelle dell'ingegnere civile e ambientale sia sufficiente per ritenere che, come asserito dalla parte ricorrente, si sia concretizzata anche da questo punto di vista una violazione del favor participationis.

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – CONCLUSIONI

1

FISSAZIONE DEI  
TERMINI PER LA  
PRESENTAZIONE  
DELLE OFFERTE



Ai sensi dell'art. 92, comma 1, D. Leg.vo 36/2023, le stazioni appaltanti - fermi quelli minimi - fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte **adeguati** alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte

Ai sensi dell'art. 92, comma 2, lett. a) stabilisce che tali termini sono **prorogati** in misura adeguata e proporzionale se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative

2

OBBLIGO DI  
DILIGENZA DEL  
CONCORRENTE



In proposito il TAR Sicilia-Catania 12/12/2023, n. 3738 ha ricordato che, se da un lato grava sulla stazione appaltante **l'obbligo di indicare in modo chiaro e percepibile i requisiti** previsti ai fini della partecipazione a una gara, dall'altro il soggetto che decide di prendervi parte opera quale soggetto professionalmente qualificato e attua la diligenza che da lui è normativamente esigibile

Spetta all'operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità, quale precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza, **assumere una condotta confacente** alla diligenza che viene richiesta a chi riveste una determinata qualifica professionale [...] Così operando, **non aveva consentito alla stazione appaltante di valutare eventuali differimenti dei termini**, i quali, tenendo conto della ratio dell'art. 92, D. Leg.vo 36/2023, comma 2, lett. a), avrebbero dovuto avere a presupposto la richiesta di "informazioni supplementari significative" comunicate all'ente "in tempo utile"

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## TAR Sicilia – SENTENZA n.3738 del 12 dicembre 2023 – CONCLUSIONI

3

**AUTONOMIA E  
DISCREZIONALITÀ  
DELLA S.A.**



Il Codice del 2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di **autoresponsabilità** delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) [...] Il TAR inoltre ricorda che, ai sensi dell'art. 10, comma 3, del D. Leg.vo 36/2023, tra l'altro, "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre **requisiti speciali**, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto"

4

**PRINCIPIO DI  
RISULTATO E DI  
FIDUCIA**



In tale contesto, il TAR ha evidenziato quanto previsto dall'art. 1 del D. Leg.vo 36/2023 che riporta "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" e comporta che **l'amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile (il più "virtuoso") in "difesa" dell'interesse pubblico**. Il miglior risultato possibile viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità.

In tale contesto, il TAR ha evidenziato quanto previsto dall'art. 2 del D. Leg.vo 36/2023, è finalizzato a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che **ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica** (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività ("**fiducia**" **ma non unilaterale o incondizionata bensì reciproca**). È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Lazio – Sentenza 3 gennaio 2024, n. 140 - CONTESTO

PROPONENTE

IMPERIAL S.R.L.



STAZIONE APPALTANTE

Comune di Fonte Nuova

#### PREMESSE NELLA SENTENZA

- ➔ La clausola che prescrive l'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo **sarebbe nulla perché violativa del principio di tassatività**, dei principi di massima partecipazione e di divieto di aggravamento del procedimento e dell'art. 92 d. lgs. n. 36/23 il quale si limiterebbe a prevedere la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo tale che gli operatori interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte, senza, dunque, che ne derivino effetti espulsivi automatici
- ➔ La clausola del bando dovrebbe essere **interpretata restrittivamente** nel senso di consentire il soccorso istruttorio in casi, come quello in esame, in cui il sopralluogo sarebbe stato realmente effettuato anche se non con la modalità "assistita" prescritta dalla stazione appaltante e, comunque, nell'ipotesi in esame il sopralluogo non sarebbe essenziale ai fini della formulazione dell'offerta anche perché i relativi elementi di fatto sarebbero presenti nel progetto definitivo posto dalla stazione appaltante a base di gara

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Lazio – Sentenza 3 gennaio 2024, n. 140 – DEDUZIONI (1/2)



**Non può essere utilmente invocato l'art. 92** comma 1 d. lgs. n. 36/23, secondo cui *“le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”*



L'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23 presenta una **disciplina simile** a quella del previgente art. **79 d. lgs. n. 50/16** il quale, secondo il giudice di appello, non era idoneo a costituire il supporto normativo legittimante l'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo e ciò *«per la formulazione dell'art. 79, comma 2, che fa sì riferimento alle ipotesi in cui gli operatori interessati **possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte**”, senza effetti espulsivi automatici»* (Cons. Stato n. 575/21)

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### TAR Lazio – Sentenza 3 gennaio 2024, n. 140 – DEDUZIONI (2/2)



Nessuna prescrizione del codice o, comunque, di altra legge riconosce alla stazione appaltante la possibilità di imporre il sopralluogo a pena di esclusione ne deriva che **il paragrafo 10 del disciplinare di gara che tale conseguenza prevede è nullo per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10** commi 1 e 2 \* d. lgs. n. 36/23 secondo cui:

1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.
2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”;

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### CONCLUSIONI

La sentenza del TAR Sicilia n. 3738 del 12 dicembre 2023 e del TAR Lazio n. 140 del 3 gennaio 2024 non sono in contraddizione ma anzi, in particolare per l'analisi in questione, ribadiscono entrambe la sussistenza dei principi del D.lgs. 36/2023 di:



**AUTONOMIA E  
DISCREZIONALITÀ  
DELLA S.A.**



**PRINCIPIO DI  
RISULTATO E DI  
FIDUCIA**

Dal genus al pratico

Principi sono molto generici aleatori e la giurisprudenza cerca, con le sentenze di specie, di rendere «concreti» questi principi. Ogni sentenza fa storia a se

## PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

### La funzione ordinante e nomofilattica del principio del risultato alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali \*

L'iter argomentativo (della Sentenza 3 gennaio 2024, n. 140 TAR Lazio), per come "costruito", non persuade.

È vero che la sentenza non risolve la questione, facendo applicazione del principio del risultato ed è vero che le circostanze di fatto che sono alla base delle **due pronunce sono profondamente diverse** (nella vicenda definita dal T.A.R. Sicilia il sopralluogo non era stato effettuato, mentre nel caso deciso dal T.A.R. Lazio il sopralluogo era stato svolto, anche se con modalità diverse da quelle «assistite» prescritte dalla stazione appaltante, circostanza quest'ultima ritenuta dal T.A.R. «meritevole di adeguata considerazione»), ma cionondimeno:

- i) l'art. 92, comma 2, introduce un concetto – quale quello dell'indispensabilità (ndr. «ove indispensabile alla formulazione dell'offerta») – che non era presente nel testo dell'art. 79, comma 2;
- ii) lo stesso Bando Tipo Anac n. 1/2023 – cui le stazioni appaltanti sono tenute a uniformarsi nella predisposizione della documentazione di gara, salvo motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe (cfr. art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023) – pur riconoscendo il carattere facoltativo del sopralluogo, stabilisce che, quando esso assume carattere obbligatorio, la mancata effettuazione «è causa di esclusione dalla procedura di gara» (cfr. punto 11);
- iii) negare sic et simpliciter che il sopralluogo possa assumere, nel singolo caso concreto, valenza sostanziale ai fini di una migliore formulazione dell'offerta **equivale, nei fatti, a «mortificare» quell'iniziativa e quell'autonomia decisionale dei funzionari pubblici che il principio della fiducia favorisce e valorizza**, specie con riferimento «alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato» (cfr. art. 2, comma 2).

**Avv. Chiara Pagliaroli**

\* <https://www.appaltiecontratti.it/2024/01/23/la-funzione-ordinante-e-nomofilattica-del-principio-del-risultato-alla-luce-delle-prime-applicazioni-giurisprudenziali/>

# PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA AI SENSI DEL D.LGS. 36/2023

## CONCLUSIONI

“super principio” “stella polare del corpus normativo”

L'art. 4 cita: “Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 (risultato, fiducia ed accesso al mercato)”.

Il principio del risultato sta quindi “influenando” sulla definizione delle controversie pendenti, ivi incluse quelle soggette alla disciplina contenuta nel previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).



T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, nella pronuncia n. 18735 resa in data 11 dicembre 2023



III Sezione del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 11322 del 29 dicembre 2023



## Quesiti

E' POSSIBILE CONFRONTARE IL PRINCIPIO DEL RISULTATO COSÌ COME PREVISTO NEL VECCHIO E NEL NUOVOCODICE?

Una delle novità principali del D.lgs. 36/2023 è l'introduzione del «principio del risultato» **TAR Campania, con la sentenza n. 377 del 15/1/2024 (CAM)**

COME INDICARE NEI PROVVEDIMENTI EMANATI L'OSSERVANZA DEI PRINCIPI GUIDA PER I CONTRATTI PUBBLICI? RICHIAMO GENERICO (INDICANDO GLI ARTT. DI RIFERIMENTO) O RICHIAMO PUNTUALE (PRINCIPIO PER PRINCIPIO...)?

Non vi è risposta univoca



**Grazie per l'attenzione**