

2 dicembre 2025

FOCUS GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 14/11/2025, n. 8928

Project financing ex art. 193 D. Lgs. 36/2023. La delibera di approvazione del progetto di fattibilità del promotore costituisce l'atto finale della procedura di valutazione. Impugnazione immediata in presenza di vizi di legittimità. Natura immediatamente lesiva.

La deliberazione con cui l'ente concedente approva il progetto di fattibilità del promotore e ne dichiara il pubblico interesse non è un atto meramente endoprocedimentale, ma un "provvedimento espresso" che "conclude la procedura di valutazione" (ex art. 193, co. 2). Tale atto, che consolida la posizione di vantaggio del promotore (incluso il diritto di prelazione), ha natura immediatamente lesiva per gli altri operatori del settore che contestino *in radice* la scelta della finanza di progetto o la fattibilità della proposta.

Questo è quanto affermato dal **Consiglio di Stato** con la sentenza in commento

La questione trae origine dall'impugnazione di una delibera adottata dalla S.A., con la quale era stata indetta una procedura di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, utilizzando la formula della finanza di progetto e contestuale assegnazione del diritto di prelazione al promotore, ai sensi dell'art. 193 del D. Lgs. 36/2023, dei servizi meglio descritti in seno alla legge di gara.

Tale delibera, impugnata da un operatore non partecipante alla gara, era ritenuta illegittima, in quanto, secondo la prospettazione del ricorrente, il ricorso alla finanza di progetto risultava incompatibile con la concessione di servizi messa a gara, in quanto il *project financing* e la prelazione sarebbero stati utilizzati dalla S.A., "per preconstituire una posizione di vantaggio sugli altri operatori, in un ambito che nulla avrebbe di innovativo o di preminente interesse generale, e che, pertanto, non sarebbe riconducibile all'ambito tipico del *project financing*."

Resistevano al ricorso sia la S.A. che il promotore del progetto di fattibilità, i quali eccepivano l'irricevibilità del ricorso **per mancata impugnazione della determina di approvazione del progetto di fattibilità, che per il suo contenuto** (dichiarazione dell'interesse pubblico e fattibilità della proposta di finanza di progetto; individuazione del soggetto promotore; indicazione della procedura di gara, come da proposta del soggetto promotore; inserimento dell'intervento negli strumenti di programmazione dell'ente), **andava intesa come atto immediatamente lesivo, con conseguente onere di impugnarla immediatamente nei termini di legge.**

Istruita la causa, il **Giudice di Primo Grado**, pur rigettando l'eccezione di parte resistente, riteneva comunque inammissibile il ricorso proposto per carenza di interesse in considerazione del fatto che il ricorrente, non avendo partecipato alla gara, non aveva titolo per impugnare l'atto in contestazione.

Avverso la sentenza di primo grado, il ricorrente ha proposto appello innanzi alla **V Sez. del Consiglio di Stato**, contestando in rito la statuizione di inammissibilità del ricorso e nel merito riproponendo gli stessi motivi posti a base del ricorso di primo grado.

Hanno resistito al gravame sia la S.A. che la controinteressata, i quali hanno riproposto, mediante appello incidentale, l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione della determina di approvazione del progetto di fattibilità, quale atto immediatamente lesivo.

Posta la causa in decisione, il **Consiglio di Stato** si è così determinato.

Il Supremo Consesso ritiene utile esaminare **l'articolo 193 del Codice dei Contratti, il quale**, in tema di *project financing*, introduce una procedura cosiddetta bifasica, caratterizzata da una prima fase, in cui viene selezionato il progetto da porre a base di gara, e una seconda fase, in cui si svolge la procedura ad evidenza pubblica, con diritto di prelazione per l'operatore.

In particolare, in relazione alla prima delle due fasi, il Consiglio di Stato, richiama, ai fini della decisione l'art. 193, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui:<< *L'ente concedente valuta entro novanta giorni dalla presentazione della proposta, la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente, la proposta è respinta. **L'ente concedente conclude la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.**>>.*

La disposizione, dunque, esalta la funzione della suindicata fase, *richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto* (cfr. Tar Lazio, sez. I-quater, 11 maggio 2017, n. 5702)".

L'art. 193, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, diversamente dal previgente codice dei contratti (D. Lgs. 50/2016), configura la delibera di approvazione del progetto come un **"provvedimento espresso"** che **"conclude la procedura di valutazione"** e che deve essere **"pubblicato sul sito istituzionale"**.

Trattasi dunque di un **provvedimento finale** suscettibile di impugnazione nei termini di legge, ove ritenuto immediatamente lesivo, in quanto consolida la posizione di vantaggio del promotore (incluso il diritto di prelazione), da parte degli apri operatori del settore che contestino in radice la scelta di progetto o la fattibilità del progetto.

Orbene, nel caso di specie, il **Consiglio di Stato** ha stabilito che la **vera lesione** per gli altri operatori di mercato **non era**, dunque, **il bando di gara** impugnato dalla ricorrente, **ma la Delibera con cui l'Amministrazione aveva approvato il progetto del promotore e aveva deciso di indire la gara con il meccanismo della finanza di progetto** (incluso il diritto di prelazione).

In conclusione, per il **Consiglio di Stato**, in riforma parziale della sentenza, dichiara, comunque inammissibili le doglianze di parte appellante, non sotto il profilo della carenza di interesse, ma sotto il profilo della mancata impugnazione della delibera di approvazione della proposta di progetto, essendo, questo un atto lesivo delle posizioni di coloro che criticano in radice la scelta dell'ente concedente di affidare la concessione di un determinato servizio mediante la procedura di finanza di progetto.

* * *

TAR Campania Napoli sez. V 17/11/2025 n. 7450

Avvalimento. La sostituzione dell'Impresa ausiliaria per carenza dei requisiti è ammissibile. (Art. 104, co. 6, D. Lgs. 36/2023) - Limiti. Sostituzione dell'impresa ausiliaria su invito della S.A. in sede di soccorso istruttorio. Successiva esclusione dell'O.E – Illegittimità sotto il profilo della contraddittorietà e per violazione dei principi della buona fede e affidamento (Art. 5 D. Lgs. 36/2023).

Viola i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5 D.Lgs. 36/2023) la condotta della stazione appaltante che, dopo aver rilevato la carenza di requisiti dell'impresa ausiliaria ed aver esplicitamente invitato il concorrente a procedere alla sua sostituzione (ingenerando un affidamento qualificato sulla correttezza di tale iter), disponga successivamente l'esclusione del concorrente stesso (che aveva tempestivamente adempiuto all'invito) sostenendo tardivamente l'inammissibilità della sostituzione per colpa nella scelta originaria dell'ausiliaria. Tale comportamento contraddittorio (*contra factum proprium*) è illegittimo.

Questo è quanto affermato dal **Tar Campania** con la sentenza in esame

Il contenzioso trae origine dall'impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedura di gara, disposto dalla S.A. in base al rilievo che, ai sensi dell'**art. 104, comma 6, del codice degli appalti**, la sostituzione dell'ausiliaria *"sarebbe consentita solo in caso di motivi di esclusione "non imputabili" al concorrente o sopravvenuti"*, mentre nel caso di specie, secondo parte resistente, l'errore sulla scelta dell'ausiliaria (priva di requisiti ab origine) era imputabile a negligenza dell'operatore, e quindi non sanabile.

Avverso il provvedimento di esclusione l'O.E. proponeva ricorso innanzi a **TAR Campania**, evidenziando, in punto di fatto, che la sostituzione dell'ausiliaria era avvenuta a seguito dell'invito rivolto dalla stessa S.A. avendo rilevato la carenza del requisito specifico in capo all'ausiliaria (fatturato insufficiente per coprire l'importo cumulativo richiesto dalla lex specialis). A seguito del suddetto invito, la ricorrente evidenziava di aver ottemperato prontamente, stipulando un nuovo contratto di avvalimento con una diversa ausiliaria in possesso dei requisiti.

Istruita la causa, il **TAR** ha accolto il ricorso. adducendo le seguenti argomentazioni di diritto.

Ai sensi dell'**art. 106, comma 6, ultimo periodo, del Codice dei Contratti** *"La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione"*.

Per il **G.A.** trattasi di una disposizione che pone un rimedio di portata generale, volto a salvaguardare la massima partecipazione alle gare ed a evitare esclusioni per vizi sanabili che non attengono direttamente alla sfera del concorrente, ma a quella di un soggetto terzo, quale è l'impresa ausiliaria. La norma citata *"...pur derogando al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente,"* giustifica la sostituzione in virtù della superiore esigenza di non penalizzare l'impresa ausiliata per circostanze attinenti alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile.

Coerentemente, con l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui *"l'istituto della sostituzione della impresa ausiliaria, già disciplinato dall'art. 89, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 ed attualmente governato dall'art. 104, comma 6, del D. Lgs. n. 36/2023, non prevede alcun limite alla sostituzione dell'ausiliaria, tenuto conto della ratio dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese"*. (sul punto Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6294/2025; n. 6965/2024; sez. V, n. 368/2022; T.A.R. Calabria, n. 15/2025; T.A.R. Lazio,

Roma, n. 12991/2025), il **G.A** ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione per violazione e falsa applicazione dell'art. 104 del Codice dei Contratti.

Per il **G.A.** l'illegittimità del provvedimento oggetto di ricorso scaturisce, altresì, dalla *modus operandi* della S.A., la quale "...dopo aver rilevato la carenza, ha esplicitamente invitato la ricorrente a sostituire l'ausiliaria, indicando così una via percorribile per la sanatoria; tale comportamento ha ingenerato nell'operatore economico un affidamento qualificato sulla correttezza della procedura indicata, l'aver poi escluso la ricorrente, dopo che questa si era diligentemente conformata all'invito, costituisce un'azione manifestamente contraddittoria e contraria ai doveri di leale collaborazione".

Da qui la violazione dei principi di **buona fede** e di **tutela dell'affidamento** (art. 5 D. Lgs. 36/2023)

* * *

TAR Sicilia Catania sez. II 13/11/2025 n. 3238

L'accettazione delle regole di partecipazione ad una gara pubblica, non preclude l'impugnazione della lex specialis, ove ritenuta illegittima.

I requisiti particolari per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 del D. Lgs. seguono il rispetto dei principi cardini del Codice dei Contratti – l'inosservanza legittima l'impugnazione immediata della lex specialis.

Clausole escludenti, volte a rendere impossibile la presentazione di una offerta, legittimano l'impugnazione (anche da parte dell'O.E. che non ha partecipato alla gara).

Non può essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale

Questo è quanto affermato dal **TAR Catania**, riconfermando l'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1) con la sentenza in commento.

La vicenda tra origine dall'impugnazione di un atto deliberativo emesso dalla S.A. con il quale veniva approvata la *Lex specialis* nella parte in cui veniva richiesto un requisito specifico ai fini della partecipazione alla gara e, a pena di esclusione, il possesso di locali destinati ad espletare il servizio oggetto della procedura all'interno dell'area territoriale della S.A.

Per parte ricorrente, il suddetto requisito, pur formalmente collocato tra i requisiti di esecuzione, ai sensi dell'art. 113 del Codice degli appalti, incidevano sulla partecipazione alla procedura, in considerazione dell'esiguità dei siti presenti nell'area di appartenenza della S.A., utili per l'espletamento del servizio, con conseguente compressione della concorrenza e sacrificio del *favor participationis*.

Costituitasi la S.A. eccepiva l'inammissibilità del ricorso: per difetto di interesse all'impugnazione per avere la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara; le clausole contestate non avevano effetto escludenti, si trattava, invero, di condizioni di esecuzione del contratto da aggiudicare e non di requisiti di partecipazione.

Istruiti gli atti di giudizio, la causa veniva posta in decisione.

Preliminarmente, il **TAR**, richiamando il consolidato indirizzo giurisprudenziale, ha ritenuto inammissibile l'eccezione di parte resistente circa il difetto di interesse all'impugnazione in quanto: “***l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che siano, in ipotesi, ritenute illegittime, ...una stazione appaltante non può mai opporre ad un'impresa concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale*** (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438)”.

Fatta questa precisazione, Il **TAR** ha ritenuto utile chiarire un ulteriore aspetto relativo all'immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis*, precisando che sussiste “un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale” (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

Siffatto quadro, per il **Giudice di primo grado** non muta anche se si è in presenza di clausole non afferenti ai requisiti soggettivi di ammissione alla procedura, ma attinenti alla formulazione dell'offerta.

Pertanto, in presenza di clausole volte a rendere impossibile la presentazione della stessa offerta, deve ritenersi legittima la loro impugnazione anche da parte dell'operatore che non ha proposto domanda di partecipazione alla procedura.

Con la sentenza in esame, **G.A.** coglie l'occasione per ribadire che anche nell'ipotesi di requisiti speciali richiesti ai fini dell'esecuzione, come enucleati in seno all'art. **113 del decreto legislativo n. 36/2023**, “...le relative previsioni devono essere rispondenti al principio di proporzionalità, di derivazione eurounitaria, il quale impone un ragionevole equilibrio tra fini perseguiti dall'Amministrazione e requisiti o misure imposte agli operatori economici del mercato, al fine di evitare aggravii e oneri non strettamente necessari al conseguimento del risultato utile, in un'ottica di bilanciamento tra principio del risultato e principio di accesso al mercato.

Alla luce delle superiori argomentazioni il **G.A.** ha ritenuto, nel caso di specie, che “...le previsioni del disciplinare impuginate, nel prescrivere la necessaria disponibilità di locali per la conservazione, lavorazione e archiviazione delle ricette - aventi i requisiti previsti per gli archivi cartacei di cui al D.P.R. n. 151/2011 - nell'ambito del territorio dell'Azienda Provinciale resistente introducano una limitazione la quale – come fondatamente eccepito in ricorso – appare ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, oltretché sproporzionata ed irragionevole”.

Il **TAR** ha, quindi, ritenuto il ricorso meritevole di accoglimento.

* * *

TAR Toscana-Firenze, Sez. II, 05/11/2025, n. 1797

Il requisito del rating di legalità, quale criterio premiale di qualificazione, nei contratti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere accertato con riferimento al momento di scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

La scadenza formale del certificato di *rating di legalità* in un momento intermedio della gara non determina automaticamente la decurtazione del punteggio, a patto che l'operatore economico abbia agito con diligenza, per esempio presentando in modo tempestivo l'istanza di rinnovo.

Questo è quanto affermato dal **TAR Toscana** con la sentenza in commento.

La vicenda trae origine dall'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione di lavori di realizzazione di un'aviorimessa a seguito di una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra i criteri dell'offerta tecnica, la S.A. richiedeva, il possesso del certificato di *rating di legalità*.

Instaurato il giudizio, l'impresa aggiudicataria, proponeva a sua volta ricorso incidentale, lamentando l'assenza del requisito premiale del *rating di legalità* in capo alla impresa ricorrente con conseguente rimodulazione in negativo del punteggio assegnato alla ricorrente, da cui deriverebbe un rafforzamento della sua posizione ai fini dell'aggiudicazione.

Istruita la causa, questa veniva posta in decisione.

Il **G.A.**, pur giudicando infondati sia il ricorso principale che quello incidentale, ha fornito importanti chiarimenti in tema di validità del *rating di legalità* in corso di gara, richiamando le disposizioni vevoli in materia.

In via di premessa, il **G.A.**, con la sentenza in rassegna, ha evidenziato come l'ordinamento dei contratti pubblici ammette che un'offerta possa essere premiata in presenza del *rating di legalità* riconosciuto all'impresa.

Tale requisito, pur non essendo menzionato espressamente dal D. Lgs. n. 36/2023, come invece avveniva nell'abrogato art. 95, comma 7 del D. Lgs. n. 50/2016, rientra nella facoltà della stazione appaltante nel prevedere il possesso di tale certificazione come criterio premiale (cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio Roma, Sez. V, 08/03/2023, n. 3873; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 30/05/2019, n. 2945).

Il **G.A.**, richiamando la giurisprudenza in materia, ha sottolineato che il "*rating di legalità è un indicatore che mira a premiare le aziende virtuose in materia di etica e di contrasto alla corruzione*", trattandosi di uno strumento di qualificazione reputazionale delle imprese, volto a promuovere comportamenti improntati alla legalità, alla trasparenza e alla responsabilità sociale.

Resi i superiori chiarimenti, ai fini della decisione il G.A. offre dei chiarimenti in ordine all'individuazione del momento di verifica del requisito, ritenendo che, la verifica va fatta escludendo rigidi schemi formalistici volti a pretendere il possesso del requisito per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione ovvero "*...alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione*"; per il G.A. il momento di individuazione del possesso del requisito "*...è quello della domanda di partecipazione e non la data, per sua natura variabile, in cui la commissione procede all'apertura delle buste e all'attribuzione del punteggio*" (sul punto. Cons. Stato, III, 6/03/2017, n. 1050; conformi Cons. Stato, sez. V, 13/09/2024, n. 7574; TAR Veneto, Sez. II, 29.01.2025, n. 135).

Ne consegue che, la scadenza formale del certificato *rating di legalità* in un momento intermedio della gara non determina automaticamente la decurtazione del punteggio, a patto che l'operatore economico abbia agito con diligenza, per esempio presentando in modo tempestivo l'istanza di rinnovo".

* * *

TAR Lombardia - Milano, Sez. I, 31/10/2025 n. 3507

Illecito professionale. Criteri di individuazione dell'amministratore di fatto ai fini della configurazione dell'illecito professionale, quale clausola escludente. Art. 98 del Codice dei Contratti. La notizia di reato (notizia criminis) e l'iscrizione nel registro degli indagati non sono sufficienti per integrare un'ipotesi di "grave illecito professionale", in assenza di misure cautelari personali o reali. Art. 98, comma 6, del Codice dei Contratti.

La stazione appaltante deve ricorrere ad elementi sintomatici di gestione per individuare la figura dell'amministratore di fatto.

Ciò che rileva è l'emersione di atti e provvedimenti "qualificati" – misure cautelari personali o reali, rinvii a giudizio, sentenze, decreti penali – espressamente elencati dall'art. 98, comma 6, lett. g) e h) del Codice dei Contratti, che soli consentono alla stazione appaltante di apprezzare la lesione dell'integrità/affidabilità e, ricorrendone tutte le condizioni del comma 2, di disporre l'esclusione. Ne discende che la notizia di reato e l'iscrizione nel registro non bastano a produrre un effetto escludente poiché occorre un supporto probatorio tipico, altrimenti l'esclusione non regge

Questo è quanto affermato dal **TAR Lombardia** con la sentenza in commento.

La questione trae origine dall'impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedura di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, disposta dalla S.A. nei confronti di un RTI concorrente, per aver appreso da informazioni di cronaca che alcuni soci di una delle mandanti del Raggruppamento erano imputati in un processo penale per gravi reati in danno alla Pubblica Amministrazione "...e che, pur incidendo sul possesso ininterrotto dei requisiti morali richiesto dagli articoli 94 e 95 D.lgs. n. 36/2023», tali notizie non sono state comunicate dal concorrente". Da qui l'esclusione dalla procedura di gara per dichiarazioni mendaci e per conseguente mancanza dei requisiti di partecipazione.

In particolare, a base della motivazione di esclusione la S.A. rilevava l'omessa comunicazione di fatti che vedevano il coinvolgimento attivo dell'amministratore di fatto della Società mandante (che pur se allo stato attuale impiegato come dipendente, conserva comunque una evidente posizione di controllo sulla società a gestione familiare) e che nessuna misura di *self cleaning*, in merito alla posizione del soggetto indagato, appartenente alla Società mandante, era stata adottata a seguito delle misure cautelari disposte dalla Procura della Repubblica.

Per la S.A., quindi, la mancata cura di tale doveroso adempimento di comunicazione, integrava la palese violazione degli obblighi di legge oltreché ai doveri di lealtà, buona fede e correttezza, dovendo rappresentare tale circostanza prima che la Stazione appaltante si determinasse.

Istruita la causa, questa veniva posta in decisione.

Il **G.A.** ai fini della decisione, ha ritenuto utile sottolineare che, con riferimento all'illecito professionale, rientrando nella categoria delle cause non automatiche (art. 98 del C. Appalti), il legislatore ha introdotto il principio di tipicità degli illeciti professionali, dei soggetti che possono contagiare - tramite l'illecito commesso - l'impresa stessa, e dei mezzi di prova degli illeciti compiuti.

Tuttavia, il **G.A.** ha rilevato, dopo una disamina attenta dell'art. 98 cit. che, nonostante, la completezza e chiarezza delle disposizioni, in tema di cause di esclusione non automatiche, sia sul piano soggettivo (art.98, comma 1) sia sul piano procedurale (art. 98, comma 2) che sul piano probatorio (art. 98, comma 6), la normativa non definisce tuttavia la nozione di amministratore di fatto.

Siffatta lacuna, per il **G.A.** può essere colmata facendo riferimento alla nozione di amministratore di fatto contenuta nel codice civile che all'art. 2639, comma 1, c.c., secondo cui al «soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile» è equiparato «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione», da cui è possibile affermare che **l'amministratore di fatto è colui che, pur non essendo formalmente investito della qualifica o della funzione di amministratore, «esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.**

Sul piano probatorio, spetta, quindi, alla S.A. attivare gli strumenti istruttori per individuare la figura dell'amministratore di fatto, il cui illecito, si riverbera sull'operatore economico, i quali si concretizzano nella individuazione dei cosiddetti *“elementi sintomatici di gestione”* tali da far ritenere che il soggetto agente, cui desumere la figura dell'amministratore di fatto, è in grado di influenza o guidare l'attività sociale della società stessa.

Orbene, nel caso di specie, il **G.A. ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione**, per aver ritenuto il socio della mandante, un amministratore di fatto, solo per essere stato imputato di reati che hanno avvantaggiato la società mandante, senza verificare se il soggetto a cui addebitare l'illecito era o meno un amministratore di fatto.

Il **G.A.**, con la sentenza, in commento ha fornito un ulteriore chiarimento in ordine alla configurazione del *“grave illecito professionale”*, precisando che; ***“l'iscrizione del legale rappresentante dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara nel registro degli indagati ex art. 335-bis c.p.p. non è, da sola, un mezzo di prova idoneo né un presupposto tipizzato di esclusione poiché l'art. 98 del D. Lgs. n. 36/2023 non la contempla tra le fonti probatorie e lo stesso art. 335-bis c.p.p. esclude che quell'iscrizione possa produrre effetti pregiudizievoli civili o amministrativi per il solo fatto della sua esistenza”***.

Il **G.A.** sottolinea, quindi, che *“ciò che rileva è l'emersione di atti e provvedimenti “qualificati” – misure cautelari personali o reali, rinvii a giudizio, sentenze, decreti penali – espressamente elencati dall'art. 98, comma 6, lett. g) e h), che soli consentono alla stazione appaltante di apprezzare la lesione dell'integrità/affidabilità e, ricorrendone tutte le condizioni del comma 2, di disporre l'esclusione”*.

Per quanto statuito dal **G.A.**, discende **che la notizia di reato e l'iscrizione nel registro non bastano a produrre un effetto escludente poiché occorre un supporto probatorio tipico, altrimenti l'esclusione non regge.**

PARERI MIT SUPPORTO GIURIDICO

[Parere MIT n. 3824 19/11/2025](#)

Project Financing. Preventiva verifica in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla proposta e della necessaria coerenza con la programmazione dell'ente in materia di partenariato pubblico-privato (PPP). La valutazione costi-benefici può essere demandata anche a professionalità esterne all'Ente.

Obbligo di motivazione per l'atto valutativo. Art. 193, comma 4, del Codice dei Contratti, come modificato dal Correttivo Di cui al D. Lgs. n. 209/2024.

Con il parere n. 3824/2025, oggetto di disamina, **il MIT** ha fornito un significativo chiarimento in tema di Verifica dell'interesse pubblico nell'ambito di un *project financing*, in particolare, con riferimento al comma **4 art. 193 del Codice dei Contratti**, si chiede: cosa si intende per preliminare verifica dell'interesse pubblico alla proposta; se l'ente può procedere in autonomia con il responsabile dell'area tecnica per una semplice verifica o sono richieste professionalità specifiche esperte, ad esempio per la valutazione costi-benefici; come si concretizza la verifica ossia con quale atto e quale soggetto o organo si formalizza.

Il **MIT**, esaminata la fattispecie, ha chiarito l'importanza che assume la fase della previa verifica dell'interesse pubblico volta ad accertare se la proposta è rispondente alle esigenze della collettività, tale da giustificare il ricorso alla procedura di project financing.

Il **MIT**, inoltre, specifica, che la verifica può essere effettuata non solo dal Responsabile del procedimento ai sensi della L. n. 241/90, ma anche da professionisti esterni, in presenza di progetti complessi o di rilievo economico significativo, in considerazione che, la valutazione costi-benefici è imprescindibile, e va condotta in modo oggettivo.

In ordine alla forma dell'atto valutativo, il **MIT** ribadisce, inoltre, che la verifica deve formalizzarsi in un atto amministrativo espresso e motivato contenente gli esiti dell'analisi svolta per la successiva valutazione dell'interesse pubblico, anche ai fini dell'inserimento in programmazione.

Parere MIT n. 3798 del 19/11/2025

Contratti pubblici. Le disposizioni in tema di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione trovano applicazione anche in caso di attività strumentali, accessorie o connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento. Obbligo di iscrizione nella White list. Articolo 1, comma 53 della legge n. 190 del 2012.

Con il parere n. 3798/2025, oggetto di disamina, **il MIT** ha fornito un significativo chiarimento in tema di obbligo di iscrizione alla *white list*, relativamente alle attività meglio indicate in seno all'art. 1 della legge n. 190/2012, il cui comma 53 definisce le attività maggiormente esposte ad infiltrazione mafiosa.

In particolare al MIT è stato chiesto se, anche per attività non ricadenti nell'oggetto del contratto di appalto pur essendo ricomprese nella categoria richiesta (OG3), sussista un obbligo di iscrizione all'Anagrafe antimafia.

Il **MIT** ha riscontrato alla suddetta richiesta, ritenendo che *“l'operatore economico è tenuto a richiedere l'iscrizione all'Anagrafe antimafia della prefettura territorialmente competente, anche laddove si tratti di attività strumentali, accessorie o connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento (cfr. comunicato Presidente ANAC 17 gennaio 2023). La stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'operatore economico che partecipa alla gara risulti iscritto.*

Parere MIT n. 3775 del 19/11/2025

Contratti Pubblici. Il principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all'art. 108, comma 12, del Codice dei contratti, trova applicazione solo in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva. Diversamente non opera il principio di invarianza della soglia di anomalia, con conseguente modifica della soglia di anomalia, senza considerare l'impresa esclusa.

Con il parere in esame il **MIT** ha riscontrato ad un quesito in ordine alla possibilità, in una procedura di gara, in cui il primo classificato, oggetto di un provvedimento di aggiudicazione provvisoria, era stato escluso, in sede di verifica dei requisiti, per accertate irregolarità fiscali, di poter ricorrere “allo scorrimento della graduatoria formulando una nuova proposta di aggiudicazione dell'appalto al secondo classificato, applicando il principio dell'invarianza della soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 (nel silenzio della Lettera-invito), oppure il RUP deve riconvocare il Seggio di gara e ricalcolare la soglia di anomalia, non tenendo conto dell'impresa esclusa?”

In merito il **MIT**, ha affermato che “L'art. 108, comma 12, del nuovo codice dei contratti pubblici individua, in continuità con la previsione di cui all'art. 95, comma 15 del previgente codice, il provvedimento di “aggiudicazione” come il momento dal quale opera il principio di invarianza, con la conseguente inoperatività del principio nel caso si sia giunti alla sola proposta di aggiudicazione”. Sul punto viene richiamato il seguente orientamento giurisprudenziale, grazie al quale, secondo la prospettazione del **MIT** **non è la proposta di aggiudicazione a segnare l'operatività del principio di invarianza ovvero di cristallizzazione degli esiti conclusivi della procedura di appalto**. (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 13.06.2024 n. 5319; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332).