



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo II

LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA NELLE GARE D'APPALTO A
SEGUITO DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.
QUALI NOVITÀ SULLA DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE
APPALTANTE?

RELATORE
Chiar.mo Prof.

Aldo Sandulli

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.

Gian Domenico Mosco

CANDIDATA
Teresa Iannella
Matr. 157523

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

Alla mia famiglia.

INDICE

<i>INTRODUZIONE</i>	5
<i>CAPITOLO 1</i>	7
<i>1. IL NUOVO VOLTO DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA</i>	7
<i>1.1. I PILASTRI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI</i> ..	11
<i>1.2. PRINCIPIO DEL RISULTATO: PUNTO DI PARTENZA E DI ARRIVO</i> <i>14</i>	
<i>2. PRINCIPIO DELLA FIDUCIA</i>	25
<i>2.2. FIDUCIA E DISCREZIONALITÀ: DUE FACCE DELLA STESSA</i> <i>MEDAGLIA?</i>	33
<i>CAPITOLO 2</i>	37
<i>2.1. DISCREZIONALITÀ E AUTOMATISMI</i>	37
<i>2.2. I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE: DALLA LEGGE MERLONI AL 2006</i> <i>.....</i>	42
<i>2.3 LE DIRETTIVE COMUNITARIE DEL 2004 E DEL 2014: ALLA RICERCA</i> <i>DELLA FLESSIBILITÀ</i>	49
<i>2.4 IL D.LGS N.50/2016: IL DOPPIO BINARIO</i>	54
<i>2.4.1. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NEL D.LGS 50/2016</i>	56
<i>2.5. SCELTA DEI CRITERI DI VALUTAZIONE: TRA DISCREZIONALITÀ E</i> <i>TECNICISMI</i>	61
<i>3.PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI VALUTAZIONE DELL’OFFERTA</i> . 69	
<i>3.1. CONNESSIONE CON L’OGGETTO DELL’APPALTO</i>	70
<i>3.2. SPECIFICITÀ E QUANTIFICABILITÀ DEI CRITERI</i>	71
<i>3.3. VERIFICABILITÀ DELLE INFORMAZIONI FORNITE</i> <i>DALL’OFFERENTE</i>	72
<i>3.4. OBBLIGO DI PREVIA DEFINIZIONE E PUBBLICAZIONE DEI CRITERI</i> <i>.....</i>	73
<i>3.5. RISPETTO DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE</i>	73
<i>3.6. TETTO ECONOMICO</i>	74
<i>3.7. COSTI DELLA MANODOPERA E ONERI AZIENDALI</i>	75
<i>6. COSTI DEL CICLO DI VITA</i>	76
<i>7.FACOLTÀ DI NON AGGIUDICARE LA GARA</i>	78
<i>CAPITOLO 3</i>	81
<i>1. QUALE SPAZIO PER IL RISULTATO E PER LA FIDUCIA NEI CRITERI</i> <i>DI AGGIUDICAZIONE?</i>	81

2. I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	83
3. L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA	93
3.1. TETTO MASSIMO PER IL PUNTEGGIO ECONOMICO	98
3.2. INDICAZIONE DEL COSTO DI LAVORO E DEGLI ONERI DI SICUREZZA.....	105
3.3. IL PREZZO O COSTO FISSO	106
3.4. CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE	109
3.5. CRITERI PREMIALI.....	116
4. CRITERIO DEL MINOR PREZZO.....	122
5. PRINCIPIO DEL RISULTATO: LA FACOLTÀ DI NON AGGIUDICARE 125	
RIFLESSIONI CONCLUSIVE	131
BIBLIOGRAFIA	134

INTRODUZIONE

Il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 ed entrato in vigore il 1° luglio 2023, rappresenta un concreto cambio di rotta.

Il codice è una leva essenziale per lo sviluppo e la crescita del paese e pensare, riflettere come utilizzarlo davvero quale strumento di sviluppo risulta essenziale.

Il decreto legislativo 36/2023, il terzo codice in meno di 20 anni, mostra sin da subito il suo aspetto innovativo ponendo in apertura i principi del risultato e della fiducia, di cui avremo modo di parlare nel primo capitolo. Brevemente, il principio del risultato introduce uno standard nuovo, la legittimità è tale se si vede la realizzazione dell'opera, ossia il risultato. Sulla scorta del principio del risultato si innesta il nuovo volto della concorrenza, non più imposta bensì regolata. Ad esso si affianca il principio della fiducia, concepito al fine di contrastare il fenomeno della c.d. *burocrazia difensiva*.

Invero, immaginare di consentire una maggiore autonomia assicura una minore complessità dell'azione, riconoscere una libertà del genere significa liberare, accelerare, perseguire il risultato. Se c'è fiducia opera meglio sia il pubblico che il privato. Significativo, a tal proposito, è il comma quarto dell'articolo 1 laddove viene affermato che il risultato costituisce “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola del caso concreto*”.

Abbiamo assistito sino ad ora ad una eccessiva coartazione se non addirittura privazione della discrezionalità amministrativa, abbiamo avuto delle burocrazie che

cercavano la copertura normativa e non il risultato, insomma una stagione di caccia all'errore.

Al contrario, punto focale del nuovo codice diviene la discrezionalità amministrativa, si abbandona l'iper-regolamentazione per dare spazio “*al primato della decisione amministrativa*”¹.

Nel secondo capitolo si cercherà di ripercorrere la storia dei contratti pubblici, dalla legge Merloni sino al 2016, avendo particolare riguardo all'istituto dei criteri di aggiudicazione.

Infine, nel terzo capitolo si avrà modo di effettuare una rilettura dei criteri di aggiudicazione, *in primis* al fine di scalfire quali novità vi sono state per la discrezionalità della stazione appaltante, in secondo luogo, allo scopo di carpire quanto abbiano inciso i novellati principi.

¹ F. CARINGELLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* 19 giugno 2023, in www.giustiziaamministrativa.it.

CAPITOLO 1

1. IL NUOVO VOLTO DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

Il D.lgs. 31 marzo 2023, n.36 incarna il nuovo volto della contrattualistica pubblica.

Il nuovo *Codice dei contratti pubblici*, al pari del D.lgs. n. 50/2016, è volto ad attuare le direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni (direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio); non si è assistito ad un totale stravolgimento della materia, l'obiettivo principale è stato quello di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente, mettendo in luce quanto è stato oggetto del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza).

Il D.lgs. 31 marzo 2023 n.36 ha l'ambizioso obiettivo di riordinare l'intera normativa di settore nell'ottica della rapidità e della semplificazione². Per il tramite del nuovo codice il legislatore ha cercato di rendere la disciplina dei contratti pubblici più aderente alla disciplina di diritto europeo nonché ai principi espressi

² Semplificazione intesa quale ricerca di metodi diversi, più celeri, economici ed efficienti, al fine di raggiungere il medesimo scopo che si sarebbe ottenuto da quel particolare passaggio procedurale, controllo o adempimento, ricercando nuove strade. Semplificazione equivale anche alla riduzione delle tempistiche che può tradursi nell'eliminazione di passaggi procedurali o adempimenti inutili. Sul tema della semplificazione vedi, M. BOMBARDELLI, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001.

dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; per suddette ragioni, tale codice incarna un bilanciamento tra esigenze di natura nazionale ed europea³.

In *primis*, può sin da subito affermarsi che il Codice adottato con il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 mostra considerevoli novità rispetto al testo previgente introdotto con il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Novelle concernenti sia l'impianto normativo, sia lo scenario di fondo. Per quanto attiene l'impianto normativo, il testo, pur presentando di fatto lo stesso numero di articoli del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, diminuisce notevolmente i commi e le parole. Le disposizioni di dettaglio sono relegate in appositi allegati, che sostituiscono ogni altra fonte attuativa. Questo quadro viene completato da una relazione di accompagnamento, la quale dovrebbe rappresentare una sorta di manuale operativo. Essendo così strutturato il Codice si mostra come auto-esecutivo, senza alcun rimando a successivi provvedimenti attuativi. Ne consegue, dunque, che anche sul piano espositivo, il Codice tenta di coadiuvare il lavoro di amministrazioni e operatori economici, accompagnando il loro operato sin dalla fase della programmazione e progettazione fino a giungere a quelle dell'aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto. Nello scenario di fondo, invece, si innestano i nuovi principi del risultato e della fiducia posti in apertura del Codice, che, insieme a quello di accesso al mercato, assurgono a criteri ermeneutici per l'interpretazione e l'applicazione dell'intero corpo normativo⁴.

Difatti, prima, nonché fondamentale, caratteristica dei principi attiene alla loro "posizione" nell'ordinamento giuridico o nel settore di riferimento⁵.

³ A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, pp. 141-161.

⁴ G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3, 2023.

⁵ G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in ww.giustiziaamministrativa.it, 2023.

Difatti, elemento centrale del nuovo codice è, senza dubbio, la codificazione dei principi generali propedeutici all'interpretazione dell'intero codice. I principi presenti all'interno del Codice assolvono un ruolo decisivo, ossia «*tracciare i binari lungo i quali il legislatore stesso conduce poi tutti gli istituti di applicazione e di attuazione di dettaglio delle procedure di evidenza pubblica*»⁶.

Scopo primario del codice è quello di permettere la conclusione di contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità-prezzo. In che modo il codice cerca di realizzare questo pretenzioso obiettivo? Il legislatore ambisce a tale obiettivo, consapevole che l'epoca dell'iper-regolamentazione è ormai tramontata, ha ceduto il passo al primato della decisione amministrativa, tornata in vetta. Ne consegue, che al centro di tale ambizioso progetto si colloca la discrezionalità⁷.

Suddetta materia era sempre stata caratterizzata da una disciplina rigida e molto dettagliata che ha portato a ritardi e inefficienze poiché i pubblici funzionari trovandosi dinanzi ad un accumulo di norme, molte delle quali incompatibili tra loro, preferivano l'inerzia rispetto ad un eventuale potenziale errore⁸. È per tali ragioni che mediante l'adozione del nuovo codice, sostenendo quanto è stato oggetto della normativa emergenziale, si intende dar luogo ad una disciplina molto più flessibile, che, contrariamente ai canoni vigenti in passato, è volta ad aumentare la discrezionalità delle amministrazioni. Difatti l'enunciazione dei principi concorre a conseguire uno spazio di manovra più ampio in seno alle stazioni appaltanti, le

⁶ M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2019.

⁷ F. CARINGELLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* Relazione al convegno sul nuovo codice dei contratti pubblici organizzato dall'AIGA e tenutosi a Cagliari, 9-10 giugno 2023. In www.giustiziaamministrativa.it.

⁸ A.BOSO, *Lavori pubblici*, in *Informazione tecnica on-line*, 2023.

quali dovranno considerare i principi quali criteri di orientamento e supporti motivazionali per l'individuazione delle regole da seguire in concreto nelle attività che le competono⁹. Si assiste, dunque, alla codificazione di regole più generali, che fungano da criteri guida, valorizzando l'agire dei funzionari pubblici, lasciando a costoro la possibilità di svolgere quanto è di loro competenza ossia individuare la regola specifica più aderente al caso concreto. Ne consegue che, il nuovo volto della contrattualistica pubblica si sviluppa nell'ottica della semplificazione delle regole, ottenuta mediante un aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti fiancheggiata da un'*accountability* per gli esiti raggiunti¹⁰. Il nuovo codice è stato elaborato anche al fine di superare alcune procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea, le quali hanno evidenziato l'incompatibilità di alcune previsioni del d.lgs. 50/16 con la normativa europea¹¹. L'iper-regolamentazione ha ceduto il passo ad una disciplina più snella rispetto alla precedente, preordinata alla riduzione delle tempistiche e delle regole e ad un aumento dell'efficienza. In conclusione, si può affermare che è giunto il tempo della discrezionalità, torna a campeggiare il primato della decisione amministrativa¹².

⁹ A. BERTELLI, L. GALLO, M. C. PANCONI, *Le principali novità del nuovo codice dei contratti*, p.5, 1 giugno 2023, in www.anci.it

¹⁰ ASSONIME, Associazione fra le società italiane per azioni, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, 12 dicembre 2023, p.5.

¹¹ C.VOLPE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure ordinarie di efficienza per la nuova competitività sul mercato*, 19 luglio 2023, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹² F. CARINGELLA, *op.cit.*

1.1. I PILASTRI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Occorre subito mettere in evidenza che a differenza del vecchio codice (D.lgs. del 18 aprile 2016, n.50), il quale non contiene una parte introduttiva dedicata esplicitamente ai principi, il nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 31 marzo 2023, n.36) esordisce con la codificazione dei principi, che potremmo sin da subito definire come motore e guida dell'intera materia, ergendosi quali “*norme fondamentali*”¹³. La prima parte del libro primo del codice è interamente dedicata alla codificazione dei principi¹⁴. L'utilizzo dei principi assicura che vi sia esaustività dell'ordinamento giuridico¹⁵. Difatti, un codice non è in grado da solo di regolare ogni aspetto della realtà poiché risulterà sempre in ritardo rispetto ad imprevedibili e frequenti mutamenti. Ciò che un codice può fare è fornire gli strumenti per poter affrontare questa mutevole realtà. Il legislatore, nella consapevolezza di tale soprammenzionata realtà, ha introdotto i principi¹⁶. Il diritto dei contratti pubblici è un diritto precursore rispetto al diritto amministrativo, che permette di scandagliare le tendenze di un ordinamento, spingendosi oltre la disciplina di settore¹⁷. Ciononostante, la disciplina italiana della contrattualistica pubblica si è sempre sviluppata nella direzione di una moltitudine di regole minuziose, lo stile contabilistico ha di frequente accompagnato la legislazione

¹³ “*fondamentali*” nel senso che danno fondamento nonché giustificazione assiologica ad altre norme, vedasi R. GUASTINI, *Intpretare e argomentare*, Milano, 2011.

¹⁴ in un codice i principi vengono talvolta individuati in base alla loro posizione, in tal caso i principi nel codice dei contratti pubblici rivestono una posizione di preminenza. Per approfondimenti vedasi, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (teoria generale e dogmatica), Milano, 1971.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *i principi generali*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, p.287, 6 luglio 2023, in www.altalex.com

¹⁶ B. BRUNO, M. MARIANI, E.TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, 2023.

¹⁷ si pensi alla responsabilità per lesione degli interessi legittimi pretensivi (articolo 13 legge 19 Febbraio 1992, numero 142; art. 2 par. 1, lettera C, direttiva n. 89/665/CEE).

italiana nel settore della contrattualistica pubblica. Difatti, la disciplina italiana era tesa a garantire la neutralità amministrativa ed un inflessibile controllo della spesa: una disciplina rigorosa, la quale però ha comportato tempi lunghi e regole di redazione e contrattazione rigide¹⁸.

Al contrario, nell'attuale assetto normativo, il legislatore ha cercato, tramite la codificazione dei principi generali, di innestare su questo ampio tessuto e alle volte ostico alcune coordinate che valessero da orientamento per le stazioni appaltanti e per l'interprete, vere e proprie chiavi per aiutarli a sciogliere i frequenti dubbi applicativi¹⁹.

Nella realtà odierna si registra un uso sempre più frequente dei principi per molteplici ragioni: avallare una tesi per dare fondamento ad una decisione ed in particolare per giustificare la prevalenza di una regola sull'altra²⁰.

Nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici i principi generali assolvono una funzione ben specifica: completare l'ordinamento, dettando la regola laddove una determinata situazione non sia stata espressamente disciplinata; inoltre, in forza della loro generalità i principi aiutano nell'interpretazione di disposizioni puntuali.

A conferma di ciò è utile citare l'art.4 del codice, rubricato "*criterio interpretativo e applicativo*", il quale dispone che: "*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*".

Difatti, l'art 4 del codice richiama i primi tre principi del codice quali criteri interpretativi e applicativi delle altre disposizioni del codice, dunque, appare

¹⁸ L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato* pp.5-6, 2023.

¹⁹ F. CINTOLI, *Il principio del risultato*, 18 maggio 2023, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁰ G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, 2023, in www.Giustiziaamministrativa.it

indubbio che tali principi rappresentano dei veri e propri pilastri sui quali il codice poggia. Questi ultimi, non indicano una regola specifica di condotta ma risultano volti ad orientare le scelte dei pubblici funzionari, allo scopo di far riemergere la coerenza del sistema²¹. Tale funzione non è la sola che il legislatore ha voluto attribuire ai principi: la loro applicazione sarà anche di ausilio per poter interpretare le norme, per colmare eventuali lacune, e per produrre precetti.

All'interno della Relazione illustrativa al codice viene sin da subito enunciato il fine principale del codice, quest'ultimo non solo racconta la storia delle procedure di gara ma accompagna amministratori e operatori economici, un passo alla volta, sin dalla fase della programmazione e progettazione fino ad arrivare alla fase dell'aggiudicazione ed esecuzione del contratto.

Focalizzando la nostra attenzione sul verbo “*accompagnare*” ci rendiamo conto che l'intento del legislatore è quello di fornire alle stazioni appaltanti degli strumenti per poter operare scelte frutto di un ampio margine di discrezionalità ampliando dunque la libertà di iniziativa e di auto-responsabilità. Le regole stringenti, che hanno caratterizzato la previgente disciplina, cedono il passo ad un codice caratterizzato da norme più flessibili, che permettono alla pubblica amministrazione di operare realmente delle scelte che più si adattano al caso concreto che si presenti di volta in volta.

Funzione primaria di un codice è quella di costruire un sistema normativo. All'interno di questo sistema i principi svolgono, senza dubbio, un ruolo basilare perché rendono accessibile e comprensibile il disegno unitario sotteso al codice

²¹ G. ROVELLI, op. cit.

rispetto alla disorganicità delle sue parti e permettono una più proficua conoscenza di queste, correlandole al tutto²².

Difatti, i principi sono il frutto di scelte politiche -basate su valori- deputati a guidare la dinamica giuridica, rivestendo un ruolo orientativo²³. Siffatti principi generali di un settore simboleggiano valori e criteri di valutazione inerenti all'ordine giuridico svolgendo di fatto una funzione genetica rispetto alle norme²⁴.

Di recente vi era stata una certa insofferenza dovuta ad un utilizzo non consono dei principi, il legislatore, consapevole dei rischi connessi ad un utilizzo inappropriato dei principi, ha voluto affidare alla prima parte del libro primo il compito di codificare solo i principi con funzione ordinante e nomofilattica.

1.2. PRINCIPIO DEL RISULTATO: PUNTO DI PARTENZA E DI ARRIVO

Il principio del risultato è una delle più rilevanti novità del decreto legislativo 36/2023. Quest'ultimo enuncia l'interesse pubblico prevalente da perseguire nell'attività contrattuale pubblica. Interesse pubblico che si sostanzia nell'ottenimento del "risultato" dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e

²² C.GIORDANO, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n.13, in [il dirittoamministrativo.it](http://dirittoamministrativo.it).

²³ G. MONTEDORO, *la funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, 1° giugno 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ G.B. RATTI, *Norme, principi e logica*, Roma, 2009.

prezzo²⁵. Ne consegue che, tale principio mira a favorire la qualità, l'efficienza e l'efficacia nell'assegnazione e nell'esecuzione dei contratti pubblici²⁶. Nello specifico, il principio del risultato richiede che, nell'ambito delle procedure di appalto pubblico, venga posta un'enfasi maggiore sui risultati finali che l'amministrazione pubblica intende ottenere attraverso l'appalto, piuttosto che su dettagli specifici riguardanti i mezzi o i processi utilizzati per raggiungere tali risultati. A ciò consegue un più ampio spazio di manovra per i fornitori nella progettazione e nell'implementazione delle soluzioni che ritengono più idonee per raggiungere gli obiettivi prefissati. Il principio del risultato ambisce alla promozione dell'innovazione, ottimizzazione delle risorse e dell'efficacia dei servizi o dei progetti pubblici, incoraggiando gli operatori economici a proporre soluzioni creative che possano soddisfare al meglio le esigenze dell'amministrazione pubblica e della collettività. L'approccio menzionato può essere particolarmente rilevante in settori quali l'ingegneria, l'edilizia, i servizi di consulenza e altri in cui la scelta delle soluzioni più efficaci può essere fondamentale.

La domanda da porci è: per quale ragione il legislatore ha deciso di introdurre e codificare il principio del risultato all'interno dell'ordinamento?

In primis va chiarito che il legislatore non si è confrontato con un tema a lui ignoto. Tale tematica è stata affrontata da parte di molteplici giuristi, in particolare si potrebbero citare gli scritti di Massimo Severo Giannini²⁷, il quale ha sapientemente utilizzato il concetto di risultato in un'ottica descrittiva, al preciso scopo di traslare

²⁵ L.R. PERFETTI, op, cit.

²⁶ L.CARBONE, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, 27 gennaio 2023, In www.giustiziaamministrativa.it.

²⁷ M.S. GIANNINI, *La funzione del giurista nella società contemporanea*, in "Legalità e giustizia", 1985.

l'attenzione dal momento del provvedimento amministrativo a quello dell'attività amministrativa. Di fondamentale importanza al fine di comprendere la scelta compiuta dal legislatore è il dibattito svoltosi negli anni '90. *Illo tempore* la dottrina²⁸, ritenendo che la scarsa efficienza dell'azione amministrativa fosse una grande problematica, aveva riflettuto sul rilievo del concetto di risultato, ipotizzando che quest'ultimo potesse fungere da parametro per valutare l'operato e misurare la responsabilità dei funzionari pubblici (idea successivamente divenuta diritto positivo). Da un lato tale dibattito, ad opera della dottrina, ha rappresentato, senza dubbio, spunto di riflessione per il legislatore del 2023, dall'altro non di meno le recenti vicende hanno influito sulle scelte effettuate da quest'ultimo. In particolare, vi sono delle ragioni che hanno comportato l'inserimento del principio del risultato all'interno del nuovo codice.

La prima riguarda quell'atteggiamento di ostilità assunto nei confronti della discrezionalità amministrativa da parte del legislatore e della giurisprudenza²⁹.

Difatti, era tanto forte quanto radicata la convinzione per cui la discrezionalità amministrativa dovesse essere limitata e, qualora fosse stato possibile, anche penalizzata. Vi era un concreto pregiudizio nei confronti dell'amministrazione, in particolare verso il potere da quest'ultima esercitabile.

Un chiaro esempio a supporto di quanto detto è rappresentato dalla revisione regolatoria dell'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa (per brevità OEPV). Il diritto comunitario ha sin da sempre affermato che l'OEPV assurge quale

²⁸ G. CAMMAROTA, *Primi appunti sul tema: principio del buon andamento e controlli amministrativi interni*, in Incontri di San Martino "Amministrazione e Costituzione", Bologna, 27-28 ottobre 2000, in www.amministrazioneincammino.it

²⁹ F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, 18 maggio 2023, in ww.giustiziaamministrativa.it.

efficace manifestazione di discrezionalità, propedeutica alla ricerca nonché alla selezione dell'offerta più efficiente. Nonostante le sollecitazioni comunitarie l'Italia ha replicato in modo inusuale. Difatti, l'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nonché le successive interpretazioni di tale istituto lo hanno corredato di una serie di parametri aggiuntivi per valutare le voci tecniche e di parametri numerici che hanno finito per ridurre la facoltà di scelta. Orbene, così facendo hanno finito con il trasformare un'attività tipicamente discrezionale, quale appunto l'OEPV, in un'attività di tipo vincolato.

A ciò si aggiunga che, vi era una certa complessità del dato normativo, dovuta a direttive molto ampie e ad una codificazione nazionale altrettanto ampia. Tale assetto rendeva molto difficile individuare la regola specifica più aderente al caso di specie. Ne consegue che, si era dunque dato luogo ad una forma di discrezionalità del tutto sconosciuta: l'interprete doveva destreggiarsi tra linee guida, disposizioni normative, massime giurisprudenziali, insomma la discrezionalità dell'interprete confuso.

L'esito conseguito è stato il concretizzarsi di quel fenomeno conosciuto quale "burocrazia difensiva", quest'ultimo ha indubbiamente influito sulle scelte compiute ad opera dell'amministrazione, la quale ha sempre optato per un c.d. *porto sicuro*³⁰. Dinanzi ad un bivio l'amministrazione ha sempre finito con il preferire una scelta sicura ma poco lungimirante, spesso coincidente con un appesantimento procedimentale e con un allontanamento dagli scopi che l'interesse pubblico necessitava fossero raggiunti.

³⁰ F. CINTOLI, op. cit.

Al contrario, il principio del risultato opera in un'ottica diametralmente opposta a quella da ultimo enunciata; tale principio ha l'ambizioso obiettivo di porre un freno al fenomeno della burocrazia difensiva e di far riemergere la discrezionalità amministrativa. Ergo rilanciare il concetto di risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto³¹.

A seguito di tali premesse possiamo affermare che il principio del risultato rappresenta indubbiamente una delle più significative novità introdotte dal codice dei contratti pubblici del 2023. A supporto di quanto detto è utile osservare la collocazione topografica di tale principio, il quale viene posto in posizione di preminenza all'art1 del nuovo codice.

Aspetto da non tralasciare è che in questa sede il risultato non resta un qualcosa di astrattamente definito ma viene dotato di specifiche funzioni e contenuto. Al primo comma dell'art 1 viene enunciato l'obiettivo primario che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire: l'affidamento e l'esecuzione del contratto con la massima tempestività avendo modo di assicurare il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo. Risultato che dovrà essere perseguito nell'interesse della collettività e al fine di raggiungere gli obiettivi dell'Unione Europea.

Senza dubbio quanto affermato non è l'unico aspetto da dover tenere presente, poiché tale risultato dovrà essere coniugato con i principi di legalità, trasparenza ed efficienza, principi che vengono richiamati per porre un freno alla discrezionalità delle stazioni appaltanti ed enti concedenti, per circoscriverla entro determinati limiti. Al comma secondo dell'art.1 viene definito il contenuto dei concetti di

³¹ Relazione illustrativa al codice e agli allegati, consultabile presso Camera.it.

trasparenza e concorrenza, ambedue funzionali al raggiungimento del risultato³², colorati di una diversa accezione, alludendo a quest'ultimi come un mezzo tramite il quale raggiungere lo scopo ultimo, non quale fine³³. Tale precisazione, inserita nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici, risulta necessaria, poiché l'evoluzione del contratto di appalto era transitata da una concezione contabilistica ad una dimensione pro-concorrenziale³⁴.

Perché il legislatore ha dovuto chiarire tale concetto? Come è ben noto le direttive europee si sono occupate della materia della contrattualistica pubblica al preciso scopo di garantire il buon funzionamento del mercato interno, e altresì al fine di scongiurare il rischio che le scelte compiute dalle amministrazioni dei singoli stati membri potessero risultare discriminatorie nei confronti delle imprese di nazionalità differente. Sin da tale momento è invalsa l'idea che il diritto comunitario avesse come scopo prioritario la tutela della concorrenza. Tale concezione è stata ben recepita da parte della giurisprudenza e dottrina italiana, le quali hanno attribuito a tale scopo una valenza fin troppo smisurata, finendo dunque per leggere la concorrenza come un fine e non come un mezzo.

Il prodotto di tale pensiero è stato che il risultato -obiettivo al quale tendere- ha ceduto il passo alla concorrenza. Tre sono state le conseguenze: in primo luogo la stazione appaltante è stata considerata come una semplice regolatrice di una gara,

³² G. MONTEDORO, *la funzione nomofilattica ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, 1° giugno 2023, in [www. Giustiziaamministrativa.it](http://www.Giustiziaamministrativa.it).

³³U. REALFONZO, R. BERLOCO, *I principi e le procedure di affidamento*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*. Tomo I, 2023.

³⁴ per approfondimenti si veda G. TULUMELLO, *L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l'influsso del diritto Ue sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione* (anche a margine di Corte cost., n.271/2019), in giuricost.org, 2019, III. Si veda altresì, E. CARUSO, *la funzione sociale dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza?* Napoli, Jovene, 2021.

privandola dunque del suo principale obiettivo *ergo* l'ottenimento di un fine di interesse generale; in secondo luogo, si è creduto che l'ordinamento dovesse semplicemente occuparsi dello spazio ove tale gara doveva svolgersi, luogo identificato quale il procedimento amministrativo, che è stato incrementato sempre più di vincoli procedurali; ultima conseguenza è stata l'accrescersi di un ricco contenzioso ad opera degli operatori economici che lamentavano la lesione dei loro diritti.

Difatti quando all'interprete veniva domandato se fosse più congruo avere maggiori oneri procedurali di sovente la risposta era affermativa e veniva giustificata dicendo che in tal modo si sarebbe tutelata maggiormente la concorrenza. Tali asserzioni lasciavano pensare che qualora la stazione appaltante avesse avuto maggiore libertà di scelta la concorrenza sarebbe pressappoco venuta meno.³⁵

Eppure, la concorrenza non può essere qualificata come uno scopo ultimo, essa è uno strumento servente alla realizzazione del fine. Imporre procedimenti di gara molto più complessi o diminuire la discrezionalità amministrativa non rappresenta la strada giusta per tutelare la concorrenza.

Tale orientamento è avvalorato nella relazione al nuovo codice. Nel commento al primo articolo, richiamando alcuni indirizzi della Corte di giustizia dell'Unione europea, si sostiene che le stesse Direttive non hanno indirizzato la tutela della concorrenza in senso meccanicistico, all'opposto le Direttive europee tendono alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa.

³⁵ F. CINTOLI, *op. cit.*

Anche la giurisprudenza nazionale ha di recente precisato che: *“l’interesse pubblico alla tutela della concorrenza portato dalla normativa sui contratti pubblici è funzionale, comunque, alla tutela dell’interesse dell’amministrazione all’acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è attributaria, come definite nella lex specialis di gara. (...) la natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve infatti far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l’interesse pubblico specifico portato dall’amministrazione aggiudicatrice”*³⁶.

A seguito di codeste considerazioni possiamo asserire che il principio del risultato tenta di emendarsi da quell’affermazione secondo la quale la materia della contrattualistica pubblica ha il preciso scopo di tutelare i diritti degli operatori economici e non quelli della stazione appaltante. Chiaramente non è così, all’opposto, scopo di questa disciplina è la tutela dell’interesse pubblico affinché i contratti vengano affidati ed eseguiti non solo rapidamente ma anche in modo efficace. La concorrenza ovviamente risulta quale componente integrante di tale disegno, e ritenerla quale valore fondante non si traduce in procedure più complesse o minore discrezionalità.

La concorrenza viene dunque tutelata al fine di conseguire il risultato, il miglior risultato possibile nell’eseguire e affidare i contratti, non è di certo funzionale alla

³⁶ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sezione III, sentenze nn. 1076/2020, 4086/2020, 7138/2020, 10673/2022, 5179/2023, in www.sentenzeappalti.it

tutela degli operatori economici che concorrono per ottenere l'affidamento del contratto pubblico.

Risulta utile richiamare nuovamente la relazione illustrativa, grazie alla quale si può affermare che il compito primario della pubblica amministrazione consiste nella cura degli interessi della collettività, compito che non sempre coincide con la sollecitazione pro-concorrenziale degli interessi economici delle imprese a concorrere per avere un contratto. Un riferimento importante all'interno della relazione illustrativa appare laddove viene citata una sentenza della Corte costituzionale³⁷, nella quale si legge: *“la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere sacrificato se vi sono interessi superiori”*. Ad ulteriore sostegno di tale tesi possiamo richiamare la sentenza 218/2021³⁸ che conformemente alla sentenza da ultimo citata, illustra che nel perseguire la tutela della concorrenza non si può prescindere dal rispetto del limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti.

Come detto pocanzi nel comma secondo dell'art.1 viene definito non solo il concetto di concorrenza bensì anche il concetto di trasparenza, entrambi funzionali al raggiungimento del risultato. Anche la trasparenza risulta servente del risultato e assurge quale metodo tramite il quale applicare le regole in modo celere e assicurarne la verificabilità, così da garantire stabilità.

Senza subbio, il comma di maggior interesse, nei limiti della trattazione che si sta svolgendo, è indiscutibilmente il quarto ed ultimo comma dell'art 1 del nuovo codice.

³⁷ Corte costituzionale, sentenza n.131/2020, in www.cortecostituzionale.it.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 218/2020, in www.cortecostituzionale.it.

Nel quarto comma si afferma che il risultato costituisce “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*”. È evidente che tale formula mostra l'esistenza di una gerarchia di interessi protetti. Inoltre, l'esplicito richiamo alla discrezionalità fa sì che questo finalmente si concretizzi. Malgrado ciò, la discrezionalità pur essendo considerata un valore già all'interno del vecchio D.lgs. n.50 del 2016 veniva paralizzata, difatti le amministrazioni finivano per compiere delle scelte meccaniche, del tutto “*automatiche*”.

Oggi la prospettiva di fondo è del tutto mutata, la pubblica amministrazione non vive più di coercizioni, ma può operare la sua scelta tra una molteplicità di modelli procedurali e normativi con un'ampia facoltà di selezionare la regola alla quale auto vincolarsi. Di conseguenza la regola alla quale l'amministrazione decide di auto vincolarsi diviene un parametro di verifica al quale dovranno in seguito attenersi sia le autorità di controllo sia gli organi di tutela giurisdizionale³⁹.

Pertanto, nel quarto comma il risultato assume una diversa connotazione, si transita da una concezione di risultato inteso come metodo ad un risultato recepito quale criterio. Criterio che risulta indispensabile per poter esercitare il potere discrezionale, per poter individuare la regola del caso concreto, per valutare la responsabilità del personale chiamato a svolgere le varie fasi della vita del contratto pubblico e in ultima analisi per svolgere una valutazione circa i risultati ottenuti per poter attribuire gli incentivi previsti dalla contrattazione collettiva. Dunque, il risultato diviene un criterio di valutazione non solo per chi viene incaricato di compiere una scelta, *ergo* di esercitare un potere discrezionale, ma anche per chi

³⁹ F. CINTOLI, op. cit.

sarà chiamato *ex post* a pronunciarsi sulle scelte compiute, sia per quanto concerne il profilo della responsabilità, sia per ciò che attiene l'aggiudicazione di incentivi economici. In questa sede la migliore scelta possibile, ossia il risultato, sarà in ogni caso oggetto di valutazione da parte delle stazioni appaltanti ed enti concedenti, sarà il frutto di scelte discrezionali. In coerenza con tale previsione nell'ultima parte del comma quarto, inerente alla responsabilità del personale, si comprende il chiaro intento di contrapporsi ad ogni forma di burocrazia difensiva⁴⁰, che per lungo tempo è stata la principale causa del mancato ottenimento di risultati nel settore della contrattualistica pubblica. Ergo si cerca di gratificare chi riesce ad ottenere dei risultati, compiendo delle scelte discrezionali, allentando il peso di eventuali errori, che potrebbero essere fonte di responsabilità.

Dunque, è facile comprendere la ragione per cui il principio del risultato è un punto di partenza e di arrivo, perché le stazioni appaltanti e gli enti concedenti quando devono compiere una scelta discrezionale devono tener presente tale principio che per loro rappresenterà non solo un obiettivo al quale tendere ma un esito da raggiungere.

Volendo riprendere le ragioni giustificatrici dell'introduzione di tale principio è facile dedurre che il diritto negli ultimi anni essendo stato caratterizzato dalla burocrazia difensiva, da un attacco alla discrezionalità amministrativa nonché da un'invocazione perenne alla tutela della concorrenza ha realmente bisogno di tale

⁴⁰ Burocrazia difensiva: con tale espressione si indica in ambito amministrativo l'atteggiamento dei pubblici funzionari, i quali applicano in modo ossessivo le procedure formali, ovvero, omettono o demandano le decisioni per il timore di essere chiamati a rispondere del proprio operato.

principio del risultato. Principio che incarna a tutti gli effetti un criterio prioritario per la scelta dell'interprete⁴¹.

2. PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

Il principio della fiducia nel contesto del codice degli appalti fa riferimento al principio secondo il quale l'amministrazione pubblica, quando effettua procedure di appalto per l'acquisizione di beni, servizi o lavori, deve agire in modo trasparente, equo e non discriminatorio nei confronti dei potenziali offerenti. Questo principio mira a creare un ambiente di fiducia per le imprese che partecipano alle gare d'appalto, garantendo che le procedure siano gestite in modo corretto affinché le regole vengano rispettate. In pratica, ciò significa che le autorità pubbliche devono garantire che i bandi di gara siano chiari e accessibili, che le regole siano applicate in modo uniforme a tutti i concorrenti e che non vi siano favoritismi o discriminazioni. Questo principio è fondamentale per promuovere la concorrenza e assicurare che le risorse pubbliche vengano spese in modo efficiente ed efficace. Il principio della fiducia è una componente importante del quadro giuridico che regola gli appalti pubblici e varia da paese a paese, ma l'obiettivo di base è sempre lo stesso: garantire un ambiente di gara equo e aperto che promuova la partecipazione delle imprese e l'ottimizzazione delle risorse pubbliche. La teoria è questa, la pratica è ben altra cosa; "*fiducia*" era una parola del tutto sconosciuta nella materia della contrattualistica pubblica. Tale termine viene per la prima volta utilizzato e

⁴¹ F. CINTOLI, op. cit.

codificato ad opera del D.lgs.31 marzo 2023 n.36 laddove all'articolo secondo il legislatore cita: *“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”*. Ne consegue che, la fiducia della quale si sta parlando non è unilaterale bensì reciproca, essa riguarda non solo l'attività svolta dagli amministratori pubblici ma anche di quanti si interfacciano e lavorano con quest'ultimi, ossia gli operatori economici. Aspetto da non tralasciare è che il legislatore è, senza dubbio, capace di regolare la condotta delle stazioni appaltanti, ma non è in grado di imporre questo sentimento di fiducia agli operatori economici. Inoltre, anche la fiducia dell'amministrazione nei confronti degli operatori economici non è di certo smisurata; difatti se è pur vero che alcuni vincoli sono venuti meno⁴² non si è arrivati al punto di attenuare tutta una serie di oneri che continueranno a gravare sulle imprese che prendono parte alla gara. Oltre alla fiducia che intercorre tra stazioni appaltanti e operatori economici, che è auspicabile che vi sia, esiste certamente la fiducia del legislatore nei confronti di entrambe. Quanto detto appare ancor più chiaro nella Relazione illustrativa del codice, la quale spiega chiaramente che il principio della fiducia segna un brusco cambio di rotta rispetto al passato, il definitivo abbandono della logica fondata sul sospetto⁴³.

Tale principio rappresenta un punto di approdo, una decisione frutto del tempo e dell'esperienza. Difatti l'operato della pubblica amministrazione è stato per lungo tempo caratterizzato da una generale sfiducia, la quale aveva dato luogo a quel

⁴² Esempi di vincoli venuti meno: divieto di subappalto, limiti all'avvalimento e alla ripartizione dei compiti tra i partecipanti a un raggruppamento di imprese.

⁴³ Relazione illustrativa al d.lgs. 31 marzo 2023 n.36, op. cit.

fenomeno chiamato “*paura della firma*”,⁴⁴ la conseguenza di tale sfiducia si è tradotta in un’inattività della pubblica amministrazione, un’inerzia che, senza dubbio, mal si concilia con il fine pubblico.

Allo stato attuale mediante la codificazione del principio della fiducia si mira a rivitalizzare la fiducia e di conseguenza la discrezionalità della pubblica amministrazione⁴⁵, il tutto nell’ottica del conseguimento dell’efficienza, del migliore risultato. Ciò non può tradursi nell’assunto che il legislatore sta “*regalando*” la fiducia a funzionari che non la meritano. All’opposto il legislatore ha specificato una regola molto evidente: durante lo svolgimento di una gara la responsabilità è della stazione appaltante che deve svolgerla assicurando il rispetto della legalità formale, senza mai tralasciare che ogni gara è servente alla realizzazione di opere pubbliche (o ad acquisire servizi e forniture) che siano aderenti agli interessi della collettività. Al fine di raggiungere tale risultato c’è bisogno che la pubblica amministrazione inizi ad esercitare effettivamente i poteri discrezionali che le spettano ponendo fine ad ogni forma di inerzia. Un tale ambizioso obiettivo affonda le radici nella fiducia dell’ordinamento giuridico in merito alle scelte compiute dalla P.A. Se non vi fosse tale fiducia, allora perché attribuire simile potere? Quando viene attribuito un potere, specie un potere di natura discrezionale, si parte dal presupposto che vi è fiducia dell’ordinamento giuridico nei confronti di chi lo eserciterà. Risulta indubbio che la codificazione di

⁴⁴ “*paura della firma*”: espressione utilizzata per indicare una serie di condotte tenute dai pubblici funzionari, di natura omissiva, che impediscono il normale agire dell’amministrazione. Condotte che sarebbero cagionate dal timore del processo contabile e della Corte dei conti in caso di violazioni.

⁴⁵ C.VOLPE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, 19 luglio 2023, in www.Giustiziaamministrativa.it.

questo principio è funzionale ad evitare che vi sia inerzia. Affermare che il legislatore ha fiducia nella pubblica amministrazione e nei cittadini, dunque, mettere nero su bianco questo presupposto culturale e giuridico a livello normativo non solo sarà propedeutico ad evidenziare le capacità della Pubblica amministrazione ma orienterà p.a. e cittadini verso il rispetto della legalità sostanziale incentivando quel senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità ormai perduto da anni. Difatti, nell'art.2 del codice, è possibile rinvenire una concezione teorica secondo la quale non vi possono essere delle relazioni giuridiche *“senza che ci si affidi continuamente gli uni agli altri”*, concezione che rimanda all'art.2 della Costituzione, ossia allo spirito solidaristico, il quale necessita che vi sia fiducia anche in ambito economico.⁴⁶ Nel prosieguo dell'analisi dell'art.2 del codice è possibile scorgere un chiaro collegamento tra quest'ultimo e il principio del risultato, relazione che ben si comprende quando si legge che *“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”*. Alla luce di ciò, si può dedurre che il nuovo codice per il tramite del principio di fiducia tenta di implementare l'esercizio dell'attività discrezionale delle stazioni appaltanti.

A differenza del passato l'amministrazione non si trova dinanzi ad un'attività rigidamente vincolata, il codice codifica un ampio raggio di valutazione e di scelta affinché possano essere raggiunti i risultati prefissati di volta in volta⁴⁷.

⁴⁶ U. REALFONZO, R. BERLOCO, *I principi e le procedure di affidamento*, in Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici. Tomo I, 2023.

⁴⁷ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, 6 luglio 2023, in giornale di diritto amministrativo, pp.292-293.

Gli articoli 1 e 2 del codice letti come se fossero un disegno unitario potremmo interpretarli così: si ha fiducia nella pubblica amministrazione affinché raggiunga il risultato. In un'ottica diversa il risultato potrebbe rappresentare la contropartita, la realizzazione del risultato, ciò che ci si aspetta dai pubblici poteri, viene dunque attribuita una fiducia che è limitata all'ottenimento dello scopo. Difatti, viene demandato alla stazione appaltante il compito di adoperare la discrezionalità e di sciogliere le questioni di natura interpretativa nell'ottica del risultato, ed il legislatore assegna tale incarico affermando la sua fiducia nell'operato di quest'ultima, abbandonando di fatto la cultura del sospetto.

Aspetto sul quale non vi sono dubbi è che il principio della fiducia è volto ad ampliare i poteri valutativi e discrezionali della pubblica amministrazione. Difatti, aspetto sorprendente di siffatta disposizione è il riferimento all'“*iniziativa*” e all'“*autonomia*” decisionale dei funzionari pubblici. Solitamente termini quali iniziativa e autonomia vengono ampiamente utilizzati nell'ambito dell'attività imprenditoriale privata, la cui “*iniziativa economica*” è libera ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost., e si svolge mediante l'esercizio dell'autonomia organizzativa e contrattuale sancita e tutelata dall'art. 1322 c.c., secondo cui “*le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”. Ovviamente il regime giuridico dell'attività di committenza pubblica e di selezione del contraente resta ancorato al tradizionale paradigma pubblicistico della spendita di potere autoritativo e dell'esercizio di discrezionalità amministrativa. Però il fatto che si faccia riferimento all'iniziativa e all'autonomia mette in luce un massiccio spostamento dell'attività amministrativa contrattuale nella scala della discrezionalità, passando dunque da uno degli ultimi gradini in cui si vede

un'attività quasi vincolata ai gradini più alti in cui si assiste ad un'azione con ampi margini di discrezionalità, appena sotto l'alta amministrazione⁴⁸. Quanto detto, si traduce nel superamento di formalismi sterili che talvolta caratterizzano le scelte della pubblica amministrazione⁴⁹.

Per approdare a tale risultato è stato necessario fare i conti con il passato, un passato caratterizzato dalla presenza della burocrazia difensiva, la quale era alimentata anche dal fatto che vi era un debole confine tra colpa grave e colpa lieve rilevante ai fini della responsabilità amministrativa di coloro che sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. Tale fenomeno ha portato a molteplici incertezze interpretative. Il principio di fiducia tenta di eclissare questo fenomeno, come già detto, e per il tramite del terzo comma compie un ulteriore passo in avanti.

Difatti, nel terzo comma al fine di valorizzare la discrezionalità della pubblica amministrazione ed ovviare a problematiche inerenti all'inerzia viene precisato cosa costituisca colpa grave, intendendosi per colpa grave la violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza. Fortemente legato al principio della fiducia è quello della responsabilità e per tale ragione il legislatore è giunto a definire il concetto di “*colpa grave*”, per far sì che risultasse coerente con l'obiettivo sotteso al principio della fiducia. L'art 2 comma 3 non si limita a ciò ma chiarisce anche cosa non costituisca mai colpa grave: la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità

⁴⁸ G. NAPOLITANO, op. cit.

⁴⁹ G. MONTEDORO, *la funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, 1° giugno 2023, in www.Giustiziaamministrativa.it.

competenti. Il tutto ovviamente tenendo conto dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali sancite dall'art.1 della legge n.20/1994⁵⁰.

Ultimo comma di questo innovativo articolo è il quarto che invece prescrive che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottino sia azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, sia azioni per qualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti al fine di incentivare la fiducia nella pubblica amministrazione. Come si evince il quarto comma raffigura una diversa esplicitazione del principio di fiducia, sentimento che il legislatore ha inteso dare a persone non solo qualificate ma anche aggiornate nell'ambito lavorativo di riferimento, e lo si comprende quando la norma si riferisce ai piani di formazione⁵¹. Siffatta disposizione si conclude con una promessa: riqualificare le stazioni appaltanti e valorizzare le capacità dei pubblici funzionari. Ed è proprio in tale promessa che si inseriscono i piani di formazione e le azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale⁵².

Come sopraindicato il principio della fiducia, inteso quale criterio di relazione tra operatori economici e pubbliche amministrazioni, mette in luce una forma dialogica e collaborativa. Una modalità di comunicazione che da una parte consente all'amministrazione procedente di comprendere cosa il mercato ha da offrire per poter raggiungere gli scopi prefissati e d'altra parte consente agli operatori economici non solo di presentare la migliore offerta ma di presentare anche loro stessi.

⁵⁰ S.DOTA, A.DI BARI, Le principali novità del codice dei contratti, (decreto legislativo N. 36/2023) p.10-11, 1° giugno 2023, in www.anci.it.

⁵¹U. REALFONZO, R. BERLOCO, *I principi e le procedure di affidamento*, in Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici. Tomo I, 2023.

⁵² G. NAPOLITANO, op. cit.

Dunque, sulla base di un'interpretazione estensiva di suddetto principio, che vada oltre il superamento della c.d. "*paura della firma*", si comprende come tale codificazione possa essere propedeutica a colmare quell'asimmetria informativa che intercorre tra pubblica amministrazione e operatori economici. In suddetta materia vi sono molti procedimenti nei quali il dialogo assume un ruolo fondamentale, procedimenti nei quali la fiducia potrebbe giovare ad entrambe le parti⁵³.

Dunque, colmare quel divario informativo che intercorre tra P.A. ed operatori economici, in linea di principio l'idea che la pubblica amministrazione debba dialogare nonché confrontarsi con le imprese per delineare le esigenze del caso di specie, analizzando tutte le alternative, per fare in modo di trovare la soluzione più adatta al caso concreto, la soluzione che maggiormente risponde all'interesse pubblico, rappresenta un'esigenza basilare in un sistema efficace di pubblici appalti.

Alla luce di queste considerazioni si comprende che il principio della fiducia non ha solo l'obiettivo di superare la paura della firma ma tenta di far sì che operatori economici e stazioni appaltanti possano interfacciarsi quali dialoganti, interlocutori di mercato, indicativi di domanda ed offerta. Due contraenti invitati ad interfacciarsi e dialogare anche a seguito della stipula del contratto per raggiungere insieme il fine pubblico⁵⁴.

⁵³ un esempio potrebbe essere le procedure innovative quali il dialogo competitivo, ma possiamo annoverare tra questi anche i contratti di partenariato nonché le indagini e le consultazioni preliminari di mercato.

⁵⁴ S.DOTA, A.DI BARI, op. cit.

2.2. FIDUCIA E DISCREZIONALITÀ: DUE FACCE DELLA STESSA MEDAGLIA?

Sulla base di quanto esposto all'interno della relazione illustrativa la codificazione del principio della fiducia rappresenta una vera e propria svolta rispetto al sentimento di sfiducia che si è sempre nutrito nei confronti dell'azione dei pubblici funzionari. Negli ultimi anni si è assistito per un verso ad una stratificazione degli interventi normativi, non sempre coordinati tra loro, i quali hanno generato non poche incertezze, per un altro verso si è assistito ad una normazione estremamente dettagliata, la quale riducendo il raggio d'azione dei pubblici funzionari mortificava l'esercizio del potere discrezionale di questi ultimi. Tale assetto ha generato un vero e proprio clima di terrore, paura di agire giustificata dal fatto che i funzionari pubblici rischiavano facilmente di incorrere in responsabilità amministrativa o erariale. Difatti, tale patologica situazione ha dato luogo ad una generale inefficienza. Come sopramenzionato, la codificazione dei principi cerca di scongiurare tale fenomeno segnando dunque un definitivo cambio di rotta rispetto a quanto accaduto negli ultimi anni. Alla luce di ciò il principio della fiducia deve essere letto nell'ottica che l'ordinamento ha piena fiducia degli organi ai quali ha attribuito un potere discrezionale. In suddetta trattazione si è più volte fatto cenno alla discrezionalità, appare, dunque, opportuno fornire una definizione. Per discrezionalità amministrativa si allude alla facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti al fine di soddisfare l'interesse pubblico stabilito dalla legge, o comunque la facoltà di individuare, in base ad una valutazione di possibilità, il modo migliore per perseguire un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

L'attività discrezionale si sostanzia in un bilanciamento tra più interessi secondari in ordine ad un interesse primario. L'interesse pubblico primario risulta quello che la norma conferisce all'amministrazione titolare del potere⁵⁵. Interessante ai fini della presente trattazione è una delibera dell'ANAC⁵⁶, la quale esplica di quale discrezionalità gode la stazione appaltante. Si chiarisce che quest'ultima vanta un margine di discrezionalità che le permette di fissare requisiti di partecipazione alla gara anche molto stringenti purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e modellati all'oggetto del contratto di appalto. Se mediante tali profili di carattere soggettivo è possibile apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli, tali profili possono essere considerati ai fini della valutazione delle offerte. Si intuisce subito, sulla base di tale definizione, che in un mondo in continua evoluzione, in un settore nel quale ci si raffronta con molteplici variabili, la discrezionalità vanta *“un ruolo perenne in seno all'ordinamento giuridico”*⁵⁷. Difatti l'essenza stessa del diritto amministrativo risiede nella discrezionalità, in quell'adattamento continuo dell'amministrare alla realtà⁵⁸. A supporto di quanto detto, appare utile citare autorevole dottrina, la quale aveva messo in evidenza che una legge che volesse *“prevedere tutte le fattispecie (...) sarebbe una vera jattura”* dovendo, invece, la *“discrezionalità intervenire come volano di guida dei vari pubblici interessi”*⁵⁹. Non può tacersi che, il settore della contrattualistica pubblica implica che il soggetto

⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p.49.

⁵⁶ ANAC, Delibera n.25 del 13 gennaio 2021, in www.anticorruzione.it.

⁵⁷ D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, 1999.

⁵⁸ S. CASSESE, *verso un nuovo diritto amministrativo?* giugno 2022, In *giornale di diritto amministrativo*.

⁵⁹ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970.

incaricato di compiere una ponderazione comparativa, debba raffrontarsi con una realtà molto complessa nella quale gli interessi pubblici rilevanti risultano mutevoli. In *subiecta* materia l'interesse che l'amministrazione cerca di realizzare consiste nella scelta del miglior contraente privato, e di conseguenza nella scelta della migliore offerta possibile.

Ma come può un'amministrazione operare una simile valutazione se le vengono imposti limiti stringenti e norme rigorose? Come può l'amministrazione scegliere se non riceve fiducia? Questi nodi sono stati sciolti proprio con l'adozione del nuovo codice e con la codificazione dell'art 2, perché si è giunti all'esito secondo il quale nutrire fiducia nei confronti dell'amministrazione equivale a concedere maggiore discrezionalità. Per poter raggiungere il "*fine pubblico*", quell'interesse primario citato pocanzi, è necessario adottare modelli flessibili, che permettano ai pubblici funzionari di avere un ampio margine di valutazione, in modo da poter foggare la singola procedura di aggiudicazione rispetto al concreto oggetto di affidamento.

Dunque, è facile comprendere che qualora i funzionari non avessero quest'ampio margine di discrezionalità risulterebbe molto difficile adottare delle soluzioni che risultino adeguate rispetto al singolo caso di specie. Allo stesso modo è facile comprendere quale sia l'obiettivo primario del principio della fiducia: disporre di pubblici funzionari che non solo siano in grado di decidere, ma che non abbiano timore di incorrere in responsabilità quando compiono una scelta. È importante cercare di spiegare perché il principio della fiducia "*favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici*". L'espressione "*autonomia decisionale dei funzionari pubblici*" sembrerebbe alquanto ambigua

poiché per poter esercitare un'autonomia decisionale i pubblici funzionari dovrebbero agire nella sfera del diritto privato. Quando ci si raffronta con un'attività di diritto pubblico sembrerebbe più corretto parlare di competenza piuttosto che di autonomia. Con molta probabilità nelle intenzioni del legislatore vi è una sovrapposizione terminologica tra il concetto di autonomia decisionale e quello di discrezionalità⁶⁰. Questa affermazione sembra essere rinsaldata dalla circostanza che tale autonomia è relativa a “*scelte e valutazioni*”. Premesso ciò, la materia della contrattualistica pubblica è senza dubbio un'attività funzionale al perseguimento della migliore contrattazione che implica il raggiungimento dell'efficienza e nel perseguire tali finalità non si può prescindere dall'utilizzo di un modello flessibile che attribuisca il giusto valore alle scelte discrezionali di un'amministrazione, la quale necessita della fiducia per poter lavorare. Siffatte valutazioni portano alla conclusione secondo la quale fiducia e discrezionalità sono due facce della stessa medaglia, nutrire fiducia si traduce in un atto di stima verso le future attività della stazione appaltante. In questo nuovo scenario, l'affermazione del principio della fiducia ha il proposito di promuovere dunque l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti mediante un'ampliata autonomia decisionale dei funzionari pubblici che implica ciò che la relazione al codice definisce “*rete di protezione*” rispetto al rischio giuridico patrimoniale che accompagna il loro operato⁶¹.

⁶⁰ L.R. PERFETTI, op. cit.

⁶¹ G. RUSSO, *Il principio della fiducia: discrezionalità e tutele*, 2 ottobre 2023, in “il sole 24 ore”.

CAPITOLO 2

2.1. DISCREZIONALITÀ E AUTOMATISMI

La materia della contrattualistica pubblica è caratterizzata da un'incessante ricerca di una concordanza tra distinte necessità: azzerare i fenomeni corruttivi, agevolare

esigenze di natura economica e sociale, predisporre i mezzi più adeguati atti a migliorarsi dinanzi ad un mercato più competitivo ed innovativo⁶².

Sono molteplici gli attori che concorrono a delineare il percorso nonché le regole che governano tale settore: il legislatore, la giurisprudenza, e prima fra tutti l'Unione Europea. Risulta pleonastico affermare che gli interessi ritenuti rilevanti mutano a seconda del contesto storico di riferimento, tale aspetto si rinviene osservando come è cambiata la procedura di gara nel tempo e con essa i criteri di aggiudicazione. In particolare, a quest'ultimi viene assegnato un ruolo cruciale nell'affidamento delle commesse pubbliche.

Risulta opportuno, prima di addentrarci nel vivo di siffatti criteri, chiarire i metodi per regolare l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici.

Vi sono due possibili metodi per regolare l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici⁶³.

Questi due metodi differiscono poiché uno si basa su un approccio flessibile e l'altro si fonda su una disciplina molto più rigida ed automatizzata.

Il primo metodo valorizza la discrezionalità dei pubblici funzionari incaricati di compiere una scelta essendo difatti basato sull'utilizzo di modelli flessibili. Un esempio concreto di tale modello può essere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio che permette all'amministrazione di svolgere una valutazione circa la qualità delle offerte.

Il secondo metodo differisce completamente dal primo, in questo caso il legislatore si sostituisce all'amministrazione, quest'ultima diviene una macchina incaricata di

⁶² P. BUONAGURA, *I criteri di aggiudicazione, in I nuovi appalti pubblici*, 2021, p. 613.

⁶³ G. FIDONE, *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich, commentario al codice dei contratti pubblici, Torino ,2019.

compiere delle mere azioni automatiche. Difatti, tale metodo risulta governato dalla rigidità procedurale.

Esempio concreto è il criterio del prezzo più basso, il quale basandosi su procedure automatizzate finisce con il sottrarre al funzionario pubblico spazi di autonomo apprezzamento.

Questi due approcci hanno accompagnato la materia della contrattualistica pubblica dagli anni 90 sino ad oggi, ciò che è cambiato è la rilevanza nonché l'utilizzo dell'uno o dell'altro a seconda del contesto storico di riferimento.

Difatti, il primo modello, il più flessibile, pur consentendo il raggiungimento di soluzioni più efficienti e qualitativamente migliori, è stato oggetto di critiche poiché fonte di corruzione.

Era radicato il pensiero secondo cui attribuire maggiore potere discrezionale in capo ai pubblici funzionari incentivasse il rischio di corruzione, poiché il funzionario pubblico servendosi di quest'ampia discrezionalità avrebbe potuto sfruttarla per fini personali, a danno del fine pubblico.

Al contrario di ciò, nel secondo modello si sostiene che non vi sia spazio alcuno per il rischio di corruzione, essendo i pubblici funzionari privi di discrezionalità⁶⁴.

Ci troviamo dinanzi a due opzioni antitetiche; ambire all'efficienza la quale presuppone che vi sia l'esistenza di un giusto grado di discrezionalità oppure prediligere il contrasto alla corruzione che ha comportato quale naturale conseguenza la perdita di efficienza nella contrattazione pubblica.

Bisogna sempre tener presente che l'intento di una procedura di aggiudicazione risulta quello di individuare l'offerta migliore.

⁶⁴ G. FIDONE, op. cit.

Nonostante ciò, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, il legislatore italiano si è basato su quel secondo metodo citato pocanzi, attribuendo priorità al contrasto alla corruzione a discapito dell'efficienza. Tale approccio si spiega a causa del contesto storico di riferimento, difatti l'Italia aveva appena visto i fatti di Tangentopoli⁶⁵ e la risposta del legislatore è stata di irrigidire le procedure di aggiudicazione al preciso scopo di combattere la corruzione.

La legge Merloni difatti è stata promulgata in un contesto d'urgenza, a seguito delle inchieste di "*Mani pulite*" che avevano fatto emergere lo scandalo cd. di "*Tangentopoli*", generando la disgregazione di quasi tutti i principali partiti politici rappresentati in Parlamento.

Essendo stati completamente svelati i comportamenti scorretti che avevano contaminato il sistema degli appalti pubblici in Italia fino a quel momento, si percepiva un clima di grande diffidenza e sospetto sia verso gli operatori economici sia nei confronti della pubblica amministrazione.

Dunque, la gara più che sostanzarsi nella selezione della migliore offerta possibile, tentava di impedire il concretizzarsi di fenomeni corruttivi.

È facilmente intuibile che la decisione del legislatore si basò su due presupposti alquanto opinabili: *in primis* si credeva che il rischio di corruzione riguardasse la sola fase dell'assegnazione degli appalti, trascurando di fatto sia la fase di aggiudicazione che la successiva fase di esecuzione del contratto, in secondo luogo era forte la convinzione secondo cui la discrezionalità amministrativa comportasse

⁶⁵ mani pulite, conosciuta anche come Tangentopoli, e il nome che è stato dato ad una serie di inchieste giudiziarie condotte in Italia all'inizio degli anni 90. Hanno preso parte a tali inchieste varie procure, prima fra tutte quella di Milano, che hanno rivelato un sistema fraudolento e corrotto che coinvolgeva politica e imprenditori italiani.

un alto rischio di corruzione, all'opposto si credeva che meccanismi automatici di aggiudicazione potessero sensibilmente ridurre suddetto rischio⁶⁶.

Di conseguenza, il legislatore negli anni '90 del secolo scorso pose in secondo piano la tutela della concorrenza, essendo preoccupato di garantire unicamente il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza. Allo stesso tempo rinunciò all'efficienza in forza di una deliberata strategia anticorruzione e nel fare ciò introdusse vincoli stringenti alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Vincolo che balza all'occhio riguarda i criteri di aggiudicazione: l'amministrazione non aveva alcuna facoltà di scelta essendo vincolata all'utilizzo di un solo criterio ossia quello del prezzo più basso, criterio che *illo tempore* si credeva rappresentasse l'unica strada per poter garantire controllo e trasparenza⁶⁷.

Rigidi sistemi di aggiudicazione e la limitazione della discrezionalità erano dunque concepiti per impedire casi di corruzione, e per lungo tempo il legislatore italiano li ha utilizzati quale scudo per garantire una gestione vincolata delle attività.

Quanto detto si può racchiudere in un'unica metafora: quella del sarto, inteso quale pubblica amministrazione agente, e dell'abito inteso quale appalto. Il legislatore italiano ha preferito adottare modelli standardizzati, simili a taglie predefinite come "*abiti dei grandi magazzini*". Al contrario, il legislatore comunitario immaginava che l'amministrazione potesse agire come un "*sarto*", creando soluzioni personalizzate in base alle specifiche esigenze del committente. In Italia, il legislatore non ha nutrito fiducia nell'abilità del "*sarto*" di saper cucire, *ergo* nella capacità delle stazioni appaltanti di utilizzare la discrezionalità amministrativa

⁶⁶ C.PASUTI, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

⁶⁷ 7 M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, 1401 ss.

senza che questa sfociasse in corruzione⁶⁸. Siffatta scelta implica, senza dubbio, conseguenze sulla qualità del risultato finale, che non sarà mai paragonabile a quello ottenuto tramite un approccio più flessibile ed efficiente come quello del "sarto". In ultima analisi possiamo affermare che l'efficienza con la legge Merloni venne deliberatamente sacrificata in nome di una specifica strategia anticorruzione, un programma che ha influito negativamente sulla qualità complessiva delle opere pubbliche⁶⁹.

2.2. I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE: DALLA LEGGE MERLONI AL 2006

I due approcci soprammenzionati per regolare l'affidamento nonché l'esecuzione dei contratti pubblici, hanno ripercussioni sull'intero assetto della contrattualistica pubblica, in particolare sui criteri di aggiudicazione. Nonostante vi siano due approcci, l'obiettivo di fondo nella materia della contrattualistica pubblica era sempre il medesimo: ricercare l'efficienza ed assicurare che venisse garantita la tutela della concorrenza. Nel perseguire tale ambizioso obiettivo la discrezionalità diviene uno strumento utile per poter alzare l'asticella e raggiungere standard di efficienza più elevati. Un corretto e funzionale utilizzo del potere discrezionale necessita di istituti adeguati a tal fine, primo fra tutti i criteri di aggiudicazione che

⁶⁸ G. FIDONE, op. cit.

⁶⁹ V. BRIGANTE, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Il diritto dell'economia*, issn 1123-3036, anno 64, n.97 (3 2018), pp. 955-991

rappresentano “*il motore primo della spinta verso il raggiungimento di elevati standard qualitativi nel sistema degli appalti*”⁷⁰.

Siffatti criteri rappresentano un aspetto fondamentale delle gare d'appalto pubbliche poiché permettono all'amministrazione procedente di selezionare l'offerta più adatta a raggiungere il fine pubblico. Tradizionalmente nell'ambito delle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici vi sono due criteri: il criterio del minor prezzo ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo criterio la valutazione è incentrata principalmente sull'aspetto economico, l'appalto viene aggiudicato all'operatore economico che presenta il massimo ribasso rispetto al prezzo che è stato disposto a base della gara da parte della stazione appaltante. L'utilizzo del criterio del minor prezzo presuppone che la stazione appaltante debba procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta per accertarsi che il prezzo offerto dall'operatore sia in concreto sostenibile rispetto alle specifiche tecniche richieste, oltre a ciò, dovrà valutare la serietà dell'offerta⁷¹.

Nel secondo criterio, invece, la selezione è il frutto di un bilanciamento tra più voci che riguardano il prezzo e le qualità tecniche del bene, servizio o lavoro da acquistare.

Entrambi i criteri presentano lati positivi e lati negativi⁷².

I vantaggi del criterio del minor prezzo sono principalmente due: in primo luogo l'utilizzo di tale criterio comporta un notevole risparmio di spesa poiché la gara viene aggiudicata a colui che offre il prezzo più basso, in secondo luogo, non

⁷⁰ D. IARIA, I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2019;

⁷¹ C.LAMBERTI, S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti, “sistemi di selezione” e “criteri di aggiudicazione”*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2015, p.880.

⁷² A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018 p.814.

essendovi una fase di valutazione delle offerte tecniche, tale procedura assume i connotati della semplicità, immediatezza nonché rapidità⁷³. Per contro tale procedura basandosi esclusivamente sull'elemento prezzo riduce all'osso l'esercizio della discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. Inoltre, tale procedura non stimola gli operatori economici a presentare delle offerte qualitativamente superiori ed allo stesso tempo non favorisce lo sviluppo di soluzioni innovative.

In un'ottica diametralmente opposta si inserisce il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quale risulta preordinato alla valorizzazione degli aspetti qualitativi, di conseguenza sprona gli operatori economici a presentare delle soluzioni nettamente migliori, fonte di continua innovazione⁷⁴.

Svantaggio di tale criterio è senza dubbio la spendita di tempo, si tratta di una procedura che richiede una mole di lavoro maggiore, sia nella fase di stesura dei documenti di gara sia nella successiva fase di valutazione delle offerte.

Il rapporto tra i due criteri ha subito un'evoluzione nel corso degli anni. Si è partiti da una netta preferenza del solo criterio economico transitando per una fase di equivalenza tra le due procedure, fino ad arrivare al 2016, anno in cui l'ago della bilancia pendeva dal lato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come già descritto nel precedente paragrafo, nella Legge Merloni del 1994 era previsto l'esclusivo utilizzo del criterio del minor prezzo, scopo ultimo era quello di azzerare i margini di discrezionalità⁷⁵ al fine di potenziare l'imparzialità nonché

⁷³ R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, p.639.

⁷⁴ M.LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2007, p.7.

⁷⁵ L'approccio della legge Merloni era ispirato in parte dalle nuove direttive e dunque dall'esigenza di attuare il principio della concorrenza nell'ordinamento interno, ma soprattutto dalla necessità di

la trasparenza delle procedure. Tale scelta, compiuta dal legislatore italiano, fu censurata da parte della corte di giustizia della comunità europea, la quale affermò che la fissazione di un unico criterio di aggiudicazione riduceva i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti e dunque le privava della possibilità di scegliere il criterio più congruo in base alle caratteristiche di ciascun appalto⁷⁶.

A seguito della legge Merloni, c'è stata l'adozione del primo codice dei contratti pubblici, il D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il quale fu adottato in recepimento della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004. Il codice del 2006 introdusse una novità: il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa venivano posti sullo stesso piano, quali procedure tassative ed equivalenti.

L'art 82 del codice si occupava del criterio del prezzo più basso, l'art 83 era dedicato all'offerta economicamente più vantaggiosa. Essendo considerati quali criteri equivalenti la scelta tra i due veniva rimessa esclusivamente ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante. Quest'ultima procedeva, dunque, alla selezione sulla base delle caratteristiche proprie della singola procedura da aggiudicare⁷⁷.

In tal caso, era la legge stessa ad affermare la sussistenza dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in merito alla scelta dei criteri di aggiudicazione. Difatti, nella norma⁷⁸ veniva utilizzata la disgiuntiva "o", la quale,

garantire la trasparenza dell'azione amministrativa che coincideva con la contrazione degli spazi di discrezionalità in seno all'amministrazione ed un irrigidimento delle procedure di gara

⁷⁶ CGUE, 7 ottobre 2004, in C-247/02, commento di G. TACCOGNA, *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Foro Amministrativo. – tar*, 2004.

⁷⁷ V.SCIANCALEPORE, art 94-99, in *Il Codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50*, a cura di F. Garella, M. Mariani, Torino, 2016, p.250.

⁷⁸ La norma alla quale ci si riferisce è l'art. 81 del d.lgs. 163/2006

secondo la tesi sostenuta dall'ANAC, affermava senza dubbio un'effettiva equivalenza tra i due criteri⁷⁹. Il criterio adottato doveva in ogni caso essere adeguato rispetto alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto e di conseguenza doveva essere indicato nel bando di gara, affinché gli operatori economici potessero conoscere le modalità di selezione delle offerte, ma anche per far sì che fosse assicurata una partecipazione maggiore alla gara. Tale assunto, è indicativo della logica sottesa al codice del 2006, una spiccata promozione e tutela della concorrenza.

Il secondo comma dell'articolo 81 concernente l'adeguatezza del criterio adottato rispetto alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, fornisce indicazioni utili al fine di comprendere lo spazio di manovra riservato alla stazione appaltante ed il successivo ambito di controllo assegnato al giudice.

Come osservato, all'amministrazione venivano riservati ampi spazi di discrezionalità pur sempre bilanciati dalla "adeguatezza", il giudice amministrativo poteva valutare la logicità e congruità dei criteri rispetto a quanto statuito dalla *lex specialis*, ma non può sostituire la sua volontà a quella dell'amministrazione⁸⁰.

Come osservato poc'anzi, l'art. 82 disciplinava il criterio del prezzo più basso, diversificando le relative voci in modalità di determinazione (il ribasso e l'offerta a prezzi unitari) e il tipo di contabilizzazione del contratto: a corpo, qualora il prezzo non cambi rispetto alla verifica dell'effettiva quantità della prestazione eseguita, oppure a misura, se il capitolato fissa i prezzi per unità di misura per ogni tipologia di prestazione e il corrispettivo si determina applicando tali prezzi alle quantità

⁷⁹ ANAC, Parere di precontenzioso n.219, 18/12/2013, in www.anticorruzione.it

⁸⁰ Consiglio di Stato, sezione III, 15.04.2013, n.2032 che segue l'orientamento giurisprudenziale consolidato: Consiglio di Stato, sez. V, 19.11.2009 n.7259, sez. V, 16.02.2009, n.837, sez. IV, 08.06.2007, n. 3103, in www.gazzettaamministrativa.it

effettivamente realizzate,⁸¹ oppure ancora in parte a corpo e parte a misura, in tal caso il prezzo più basso deve essere inevitabilmente determinato tramite un'offerta a prezzi unitari. Quali sono state le ragioni giustificatrici che hanno condotto il legislatore interno a porre siffatti criteri sullo stesso piano? *In primis* tale innovazione è avvenuta grazie alle spinte di matrice europea, come vedremo in seguito, la seconda ragione riguarda invece l'asimmetria informativa che intercorre tra i principali attori in gara, *ergo* la stazione appaltante e gli operatori economici. A tal proposito è utile citare alcuni contributi fornitici dalla teoria e dall'analisi economica del diritto⁸².

Difatti, è stato dimostrato che una selezione automatica, che azzeri il potere discrezionale della stazione appaltante, quale appunto il criterio del prezzo più basso, genera delle scelte non efficienti.

Vi sono molteplici studi a supporto di tale tesi. In particolare, va menzionato il premio Nobel George Akerlof e il suo studio sul c.d. "*mercato dei limoni*"⁸³. Quest'ultimo ha dimostrato che qualora non vi sia un'equa distribuzione di informazioni tra le due parti chiamate ad interagire si verifica quel fenomeno conosciuto quale selezione avversa⁸⁴.

Volendo raffrontare tale studio all'argomento qui in oggetto è possibile constatare che una selezione fondata unicamente sul criterio del prezzo più basso, *ergo* su un qualcosa di puramente automatico, conduce ad una scelta inefficiente, poiché la

⁸¹ S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, p.987.

⁸² M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n.19/2015.

⁸³ G. ACKERLOF, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970

⁸⁴ Per "selezione avversa" si ci riferisce ad un fenomeno di distorsione del mercato causato da asimmetrie informative le quali conducono ad un effetto in virtù del quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti che meno possiedono le qualità preferite.

stazione appaltante, la quale possiede meno informazioni rispetto ad un operatore economico, si limita ad analizzare l'elemento relativo al prezzo, trascurando gli aspetti qualitativi. Di conseguenza, dinanzi a tale situazione l'operatore economico dovendo agire a ribasso non offrirà un bene o una lavorazione di qualità superiore al prezzo presentato.

Il contributo della teoria economica non si arresta qui, fornendo ulteriori studi a supporto di tale tesi, quali ad esempio il “*teorema di equivalenza*” dell'altro premio Nobel William Spencer Vickrey.⁸⁵ Quest'ultimo ha dimostrato che il criterio di aggiudicazione da utilizzare per le gare d'appalto non può essere certamente predefinito o automatico, la stazione appaltante è la sola in grado di comprendere quale sia la procedura di aggiudicazione più aderente al caso di specie, valutando le caratteristiche proprie del contratto da appaltare. Qualora ci si trovi dinanzi ad un contratto che ha ad oggetto beni standardizzati risulta preferibile utilizzare il criterio del minor prezzo, al contrario qualora il contratto presenti aspetti particolari allora sarà più congruo utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Prescindendo da valutazioni predefinite, un'analisi di questo tipo può essere effettuata solo da parte della stazione appaltante, la quale mediante l'utilizzo del più appropriato criterio di aggiudicazione mira al raggiungimento del fine pubblico. Dunque, si comprende quanto sia necessaria la predisposizione nonché l'utilizzo di modelli flessibili che permettano alla stazione appaltante di ottenere un ampio margine di valutazione al fine di colmare quell'asimmetria informativa che intercorre tra le parti in causa.

⁸⁵ W.S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1 (Mar. 1961), pp. 8-37. Vickrey ha vinto il Premio Nobel per l'economia nel 1996.

Appare dunque evidente la ragione per cui la scelta del legislatore del '94 di limitare la stazione appaltante all'utilizzo del solo criterio del minor prezzo, nonché la limitazione della discrezionalità amministrativa che ne è conseguita, soprattutto nel caso di contratti complessi, sia stata motivo di inefficienza, avendo precluso la costruzione di procedure di affidamento tarate sul contratto da aggiudicare ed eseguire⁸⁶.

Quanto detto ci fa comprendere quanto sia vero che la discrezionalità vanta un ruolo perenne in seno all'ordinamento giuridico, un ruolo indispensabile per colmare quel divario informativo ed ottenere l'efficienza.

2.3 LE DIRETTIVE COMUNITARIE DEL 2004 E DEL 2014: ALLA RICERCA DELLA FLESSIBILITÀ

Nel settore della contrattualistica pubblica sono di estrema rilevanza le direttive comunitarie del 2004 e le successive del 2014, le quali hanno avuto un ruolo incisivo nel cambiamento della disciplina italiana in materia.

La direttiva 2004/18/CE unificò la disciplina dell'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari. Questa direttiva aveva principalmente due finalità: in primo luogo lo scopo al quale mirava era che gli ordinamenti dei singoli stati membri avessero delle procedure di aggiudicazione più affini tra loro. In secondo luogo, che nel contesto di tali procedure venissero rispettati i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, della parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

⁸⁶ G. FIDONE, op. cit.

L'applicazione di codesti principi fa comprendere quale fosse lo scopo sotteso alla direttiva 2004/18/CE ossia garantire un'apertura degli appalti pubblici nella Comunità europea, affinché gli operatori economici nazionali non fossero preferiti in sede di gara rispetto agli altri⁸⁷. Difatti si cercò di giungere ad un procedimento che avesse quale scopo primario la tutela della *par condicio* tra gli operatori economici, d'altronde il diritto comunitario ha sin dagli albori assegnato alla concorrenza un ruolo fondamentale. Nonostante le intenzioni del legislatore europeo, *illo tempore*, in ambito nazionale l'obiettivo principale coincideva con l'interesse pubblico, inteso in un'accezione contabilistica, quale puro risparmio di spesa. Tale interesse pubblico, visto da una prospettiva comunitaria, appariva riduttivo e non compatibile con i propositi delle politiche di un comune mercato. Come riportato all'inizio del capitolo gli attori che delineano la materia della contrattualistica pubblica sono diversi, tra questi un ruolo cardine è svolto dall'Unione Europea che concorre a delineare regole e principi governanti la gara pubblica.

È anche per siffatta ragione che le fonti nazionali si moltiplicano, emulando le fonti europee, accogliendo nuovi principi⁸⁸.

Per tale motivo il codice nazionale del 2006 abbandona la logica contabilistica per dare spazio ad un procedimento che, oltre a perseguire l'interesse pubblico, è incentrato sulla parità di trattamento degli operatori economici, in pieno regime concorrenziale⁸⁹.

⁸⁷ G. FIDONE, Op. cit.;

⁸⁸ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 251 e ss.,

⁸⁹ Rilevanti, al riguardo, sono le considerazioni espresse dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 novembre 2007, n. 401 secondo la quale "la finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli

Nel 2004 vi fu anche un'altra direttiva, che si occupò della normazione dei settori speciali, precisamente la direttiva 2004/17/CE.

Entrambe le direttive si svilupparono nell'ottica della flessibilità e della tutela della concorrenza. Ancora una volta appare utile prendere le mosse dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale esempio. Tale istituto per la prima volta contemplò la possibilità di derogare al principio di economicità dinanzi a criteri ambientali, nominando per la prima volta i c.d. appalti verdi.

Quanto detto nel precedente paragrafo rispecchia l'idea di fondo delle direttive del 2004. Il legislatore comunitario, infatti, ha proceduto ad introdurre nonché modificare istituti nell'ottica della flessibilità. Come abbiamo avuto modo di vedere codesta flessibilità si colloca “*nella prospettiva dell'efficienza della contrattazione pubblica, fondata sul riconoscimento alle amministrazioni di un'ampia dose di discrezionalità preordinata all'individuazione della migliore offerta*”⁹⁰.

appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18/2004). Si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante «regole dettagliate» volte a garantire «procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea» (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006). La stessa Corte di giustizia delle Comunità europee ha, inoltre, più volte sotto-lineato – sia pure con riferimento a particolari settori, ma con affermazioni di portata generale – che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine essenziale «di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche» (si veda, tra le altre, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99). Ne consegue che tale amministrazione è tenuta ad osservare «il principio di parità di trattamento degli offerenti», nonché l'«obbligo di trasparenza» al fine di garantire il rispetto del «divieto di discriminazione in base alla nazionalità» (sentenza 27 novembre 2001, cit.)”.

⁹⁰ G. FIDONE, *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich, commentario al codice dei contratti pubblici, Torino, 2019

E difatti tale discrezionalità era rinvenibile proprio nell'art 53 della direttiva 2004/18/CE, si trattava di una norma alquanto scarna che si limitava ad elencare le due alternative (OEPV e prezzo più basso) lasciando libera l'amministrazione sia nella relativa scelta tra i due criteri sia in merito alla ponderazione ed importanza dei criteri per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

A seguito del 2004 vi sono state le direttive del 2014, quali sono stati le ragioni per la riforma del 2014? Nel 2014 si avvertì l'esigenza di cambiamento poiché ci si rese conto che una disciplina rigida e dettagliata non era la giusta strada da percorrere, si necessitava di una disciplina per principi, disciplina che, come abbiamo avuto modo di osservare, è giunta ai giorni nostri. In aggiunta, un ulteriore cambio di rotta riguardò gli obiettivi da raggiungere.

Difatti, il legislatore comunitario arricchì l'alveo degli obiettivi ai quali tendere, al fianco della concorrenza emersero interessi ulteriori che andavano ugualmente tutelati; quali interessi sociali, del lavoro, l'ambiente e lo sviluppo sostenibile, l'innovazione e la valorizzazione delle piccole e medie imprese. Dunque, un utilizzo degli appalti in ottica strategica al fine di consentire anche un impiego più congruo della spesa pubblica⁹¹.

La giustificazione di tale intervento si rinviene nel sotteso obiettivo di garantire regimi procedurali omogenei, al fine di agevolare le attività transfrontaliere. Appare chiaro, dunque, che a venire in rilievo è ancora una volta la concorrenza^{92 93}.

⁹¹ Si veda al riguardo il Libro verde della Commissione sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici p. 5.

⁹² in base al considerando 90 della direttiva 2014/24/UE si richiede l'applicazione di criteri oggettivi al fine di procedere ad un competitivo confronto tra le offerte e per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di non discriminazione e di trasparenza.

⁹³ in base al considerando 92 della direttiva 2014/24/UE si richiede la scelta di un criterio adeguato che sia il frutto di un bilanciamento tra elementi qualitativi e quantitativi.

Le direttive alle quali si fa riferimento sono tre: 23/2014, 24/2014,25/2014.

Mediante tali direttive si cercò di perseguire una maggiore efficienza della contrattazione pubblica e lo si è fatto tramite procedure di aggiudicazione più flessibili le quali hanno senza dubbio comportato un ampliamento della discrezionalità in seno alla pubblica amministrazione.⁹⁴

Ulteriore obiettivo perseguito era il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ovverosia nel momento in cui bisognava aggiudicare un appalto la stazione appaltante avrebbe dovuto bilanciare gli interessi di rilievo economico con interessi di natura ambientale, sociale quali ad esempio la promozione delle piccole e medie imprese oppure l'aumento dell'occupazione. Quest'implemento di obiettivi, indubbiamente, ha innalzato il grado di complessità degli appalti poiché nel compiere la valutazione discrezionale la stazione appaltante si è dovuta confrontare con molteplici variabili, innalzando, dunque, quel divario informativo intercorrente tra le due parti in causa.

La novità delle direttive del 2014 è rinvenibile anche nell'articolo 67 della direttiva 2014/24/UE concernente i criteri di aggiudicazione. Difatti, viene enunciato che l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuabile sulla base del prezzo o del costo, modulato avendo riguardo al costo- efficacia, ad esempio al costo del ciclo di vita. Al contempo, sorge una vera e propria gerarchia dei criteri di aggiudicazione, poiché all'offerta economicamente più vantaggiosa, intesa quale

⁹⁴ Si inserisce in tale contesto l'introduzione di istituti quali il partenariato per l'innovazione di cui all'art. 31 della direttiva 2014/24/UE, le consultazioni preliminari di mercato di cui all'art. 40 della medesima direttiva, ovvero il venir meno dell'originario carattere di eccezionalità del dialogo competitivo ad opera della direttiva 2014/24/UE.

risultato di un bilanciamento tra gli aspetti quantitativi e qualitativi, viene assegnata una posizione di preminenza⁹⁵.

In conclusione, è possibile affermare che le direttive del 2014 enunciano due obiettivi principali.

In primis ricercare maggiore efficienza utilizzando procedure di aggiudicazione flessibili tali da implementare la discrezionalità dell'amministrazione, secondo obiettivo risiede nel cosiddetto uso strategico dei contratti pubblici, era dunque forte l'idea per cui i contratti pubblici potessero essere funzionali al raggiungimento di molteplici scopi. È facile intuire che un così pretenzioso obiettivo mal si conciliava con la previgente disciplina, l'uso strategico implica che a venir in gioco siano molte più variabili⁹⁶.

Quanto più un'opera risulta complessa maggiore sarà il divario informativo a discapito dell'amministrazione. Come abbiamo avuto modo di osservare la strada percorribile per sanare questa asimmetria risiede nella predisposizione di modelli flessibili. *Ergo* il primo scopo perseguito dal legislatore comunitario del 2014 diviene un presupposto essenziale per poter raggiungere il secondo scopo rendendosi in questo contesto inevitabile un aumento dei margini di discrezionalità.

2.4 IL D.LGS N.50/2016: IL DOPPIO BINARIO

A seguito delle menzionate direttive del 2014 in ambito nazionale cosa è accaduto?

L'Italia ha dovuto attendere due anni ed ha recepito le soprammenzionate direttive

⁹⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n.8/2019, in www.ildirittoamministrativo.it

⁹⁶ 3 G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Op. cit.

nel 2016 con l'adozione del codice dei contratti pubblici: il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50. Quest'ultimo rappresentava il frutto di due contrapposte tradizioni poiché se da un lato recepiva ed attuava quanto detto dalle direttive europee dall'altro lato era figlio del codice del 2006 dal quale aveva ereditato molteplici disposizioni ed istituti. Il legislatore nazionale appare consapevole del ruolo della discrezionalità, anche sulla scorta del diritto europeo e difatti si occupa di alcuni momenti significativi in cui l'amministrazione gode di un significativo margine di apprezzamento⁹⁷.

Il codice del 2016 interviene da un lato sugli scopi perseguibili dall'altro sulla scelta del criterio di aggiudicazione, sui criteri di valutazione dell'offerta nonché sulle valutazioni delle offerte. Nello specifico interviene in ambiti che l'ordinamento ha assegnato all'amministrazione; i quali possono concernere sia l'interesse pubblico da perseguire sulla base di un bilanciamento di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario⁹⁸, sia valutazioni di natura puramente tecnica⁹⁹.

Dunque, interviene sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica entrambe presenti e serventi per il raggiungimento del fine pubblico. Nel fare ciò il legislatore nazionale con l'adozione del codice del 2016 tenta di implementare la qualità degli appalti pubblici funzionale a raggiungere obiettivi ulteriori; sociali ambientali tecnologici. Molteplici sono gli istituti propedeutici a tal fine primo fra tutti i criteri di aggiudicazione indispensabili per ottenere un certo standard di qualità.

⁹⁷ D. SENZIANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2013;

⁹⁸ M.S GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939;

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993;

2.4.1. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NEL D.LGS 50/2016

L'articolo 95 del codice del 2016 tratta dei criteri di aggiudicazione.

Quest'ultimo costituisce il recepimento dell'articolo 67 della direttiva 2015/24/UE.

Prerogativa che ha contraddistinto le direttive, e di conseguenza il codice del 2016, è l'impiego dei criteri di aggiudicazione quale leva per incentivare lavori pubblici di elevato livello qualitativo.

Difatti, tratto innovativo si rinviene nel secondo comma laddove si enuncia che l'aggiudicazione deve avvenire sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, o sulla base dell'elemento costo e del prezzo, secondo un criterio di comparazione tra costo ed efficacia quale il costo del ciclo della vita¹⁰⁰. In particolare, il costo del ciclo di vita si presta ad una copiosa valutazione implicando che a venire in rilievo siano finanche i costi riguardanti la fase di utilizzo, quale ad esempio i costi di manutenzione.

Si palesa dunque una netta preferenza per l'OEPV ritenuto quale criterio dominante in quanto atto a dirigere l'amministrazione verso uno standard elevato di commesse pubbliche ed allo stesso tempo consono a soddisfare esigenze di natura sociale ed ambientale.

In ogni caso, allo scopo di informare le imprese partecipanti, la scelta del criterio effettuata da parte della stazione appaltante deve essere resa nota dall'inizio del procedimento di gara in modo che venga garantito il rispetto dei principi di

¹⁰⁰ A. BOTTO, S. CASTROVINCI. ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, 2020.

trasparenza e concorrenza. La scelta effettuata dall'amministrazione non è però senza limiti, difatti tale potere discrezionale di cui è titolare la stazione appaltante può essere subordinato ad un debole sindacato da parte del giudice amministrativo qualora siffatta scelta sia connotata da un'evidente irrazionalità o per il travisamento dei presupposti di fatto¹⁰¹.

Altro aspetto innovativo ha riguardato il piano terminologico poiché l'offerta economicamente più vantaggiosa, a partire dall'adozione del codice del 2016, non venne più utilizzata per indicare un solo criterio che valutava congiuntamente aspetti tecnici e qualitativi¹⁰².

L'OEPV si colora di un nuovo significato, differente rispetto alla previgente disciplina. Quest'ultimo diviene l'unico criterio applicabile, fungendo da contenitore, poiché nell'ambito dell'OEPV sono annoverabili diverse tipologie di criteri:

- un criterio che si basa sul prezzo, coincidente con il criterio del prezzo più basso della previgente disciplina
- un ulteriore criterio che si fonda sul costo, seguendo un approccio costo- efficacia quale il costo del ciclo di vita
- un criterio che si basa solo sugli aspetti qualitativi, imponendo un prezzo o costo fisso
- un criterio che si fonda sul miglior rapporto qualità-prezzo coincidente con l'OEPV.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n.8/2019, in www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁰² D. IARIA, I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2019.

Siffatta novità terminologica prende le mosse dalla direttiva 2014/24/UE, in particolare dal considerando numero 89, secondo il quale l'espressione OEPV risulta comprensiva di tutti i criteri di aggiudicazione, poiché in ultima analisi l'amministrazione tra tutte le offerte vincenti dovrebbe optare per la soluzione che ritiene migliore in relazione all'aspetto economico. Difatti, al comma uno dell'articolo 95 viene stabilito: che *“tutti i criteri di aggiudicazione devono ritenersi finalizzati a garantire una concorrenza effettiva”* ed inoltre che questi ultimi non possono attribuire alla stazione appaltante *“un potere di scelta illimitata dell'offerta”*.

Al fine di comprendere pienamente la gerarchia tra suddetti criteri e dunque la preminenza dell'OEPV nella sua accezione di qualità-prezzo è opportuno menzionare una questione dibattuta e risolta dalla giurisprudenza. In particolare, il dubbio sorgeva in merito al comma tre e quattro dell'articolo 95, ossia qualora un contratto avesse ad oggetto servizi caratterizzati da alta intensità di manodopera¹⁰³ ed allo stesso tempo presentasse caratteristiche standardizzate. Vi sono stati molteplici orientamenti ed il nodo della questione è stato in seguito sciolto da parte dell'Adunanza plenaria. L'orientamento prevalente¹⁰⁴ parte dal presupposto che il secondo comma posiziona quale regola generale l'OEPV (individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo o sulla base del prezzo o costo/efficacia) al contrario il terzo comma enuncia una regola speciale nonché inderogabile ossia che nei casi di servizi ad alta intensità di manodopera bisogna utilizzare il criterio del

¹⁰³ Come definiti dall'articolo 50 comma uno del decreto legislativo n. 50/2016, ossia quei contratti nei quali “il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto”

¹⁰⁴ Ex multis: Consiglio di Stato, sezione V, 24.01.2019, n.205, Consiglio di Stato, sezione III, 2.05.2017 n.2014, Tar Liguria, sez II, 21.11.2018, n.908, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30.07.2018, n.1872, in www.giustiziaamministrativa.it.

miglior rapporto qualità prezzo. Invece, per ciò che attiene i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate viene nuovamente in rilievo quanto stabilito nel comma secondo, essendo possibile l'utilizzo del criterio del minor prezzo, purché a supporto di tale decisione vi sia un'adeguata motivazione¹⁰⁵. Tale orientamento prevalente ritiene che il rapporto intercorrente tra i due criteri di aggiudicazione “*è di specie a genere*”, dunque qualora ci si raffronti con servizi ad alta intensità di manodopera va applicato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in base al rapporto qualità/prezzo¹⁰⁶. Un altro orientamento, invece, conferisce al criterio del minor prezzo per servizi con caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett.b), dell’art. 95 “*valenza derogatoria*” rispetto alla ipotesi di servizi ad alta intensità di manodopera¹⁰⁷.

La questione è stata successivamente posta all'attenzione dell'Adunanza plenaria e risolta ad opera di quest'ultima, essa stabilisce che “*si pone un conflitto di norme che richiede di essere risolto con l'individuazione di quella prevalente. Il conflitto così prospettato non può che essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità prezzo previsto dal comma tre rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma quattro è subvalente*”¹⁰⁸.

Come osservato in precedenza i criteri di aggiudicazione nel codice del 2006 coesistevano sullo stesso piano essendo ipotesi equivalenti¹⁰⁹, nel 2016 questo

¹⁰⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 21.05.2019 n.8 punto 17, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, sezione III, 2 maggio 2017, n. 2014, Consiglio di Stato, sezione V, 16 agosto 2018, n.4959, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, sezione III, 13 marzo 2018, n.1609, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁰⁸ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 21.05.2019 n.8, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁰⁹ vi era equi ordinazione tra i due criteri, di conseguenza le stazioni appaltanti potevano scegliere con “responsabile discrezionalità”, vedasi Consiglio di Stato, sezione III, n. 5379/2018, in www.giustiziaamministrativa.it.

aspetto viene modificato. Il criterio del miglior rapporto qualità prezzo assurge quale criterio ordinario di aggiudicazione¹¹⁰, in alcune ipotesi finanche quale unico criterio utilizzabile¹¹¹.

Di conseguenza criterio del minor prezzo svolge un ruolo residuale, essendo da quel momento applicabile nei soli casi previsti dal quarto comma dell'articolo 95¹¹², casi in cui l'aspetto qualitativo non viene in rilievo poiché non rettificabile da parte degli operatori economici.

Configurare il criterio del miglior rapporto qualità prezzo quale criterio prioritario da un punto di vista gerarchico è stata una scelta del legislatore nazionale, difatti in ambito comunitario, in continuità rispetto al passato, ad ambedue i criteri era stato attribuito lo stesso rango.

Si evince dunque l'importanza attribuita alla qualità degli appalti laddove il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rappresenta *“il rilancio di una discrezionalità sana e vigilata, da porre a disposizione di quelle amministrazioni qualificate in modo da renderle capaci di selezionare le offerte con razionalità e attenzione ai profili qualitativi”*¹¹³.

¹¹⁰ L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità a più fasi*, in *Urbanistica appalti*, 2017, p. 24 e ss.;

¹¹¹ si fa riferimento alle ipotesi di cui al terzo comma dell'articolo 95 del Codice dei Contratti pubblici: “sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett.a); b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

¹¹² il comma quattro riconosce la possibilità di procedere ad aggiudicazione mediante il criterio del minor prezzo solo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato

¹¹³ Consiglio di Stato, sezione III, 2 Maggio 2017, n. 2014, in www.giustiziamministrativa.it.

Si stabilisce inevitabilmente una relazione di regola-eccezione tra il criterio precedentemente menzionato e quello del minor prezzo. Mediante siffatta scelta, il legislatore del 2016 ha limitato il notevole margine di discrezionalità che l'amministrazione aveva precedentemente nella scelta dei criteri di aggiudicazione¹¹⁴ ed allo stesso tempo, secondo quanto sostenuto da autorevole dottrina ha ampliato il raggio di valutazione attinente i profili qualitativi, difatti è stato affermato che: *“Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (cioè il rapporto qualità/prezzo) valorizzato dalla riforma del 2016 garantisce meglio la valutazione dell’aspetto qualitativo ed evita che la competizione si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi di discrezionalità della stazione appaltante. Richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e per essa, della commissione di gara”*¹¹⁵.

2.5. SCELTA DEI CRITERI DI VALUTAZIONE: TRA DISCREZIONALITÀ E TECNICISMI

Una volta scelto quale criterio di aggiudicazione utilizzare le stazioni appaltanti hanno il compito di proseguire in merito alla valutazione delle offerte. Al fine di rispettare quanto stabilito dalle Direttive dell'Unione Europea, e recepito ad opera della normativa interna, le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare una serie di regole contenute nella seconda parte dell'articolo 95. L'attività svolta ad opera

¹¹⁴ art. 81, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹¹⁵ considerazioni formulate dalla dottrina, C. DEODATO, *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, 8 maggio 2017, in www.giustiziaamministrativa.it.

dell'amministrazione si sostanzia in una valutazione circa gli aspetti tecnici ed economici che connotano l'offerta, operando dunque un bilanciamento tra la componente costo e la componente qualità¹¹⁶. Siffatta attività di valutazione permette all'amministrazione di selezionare la migliore offerta, poiché la stazione appaltante procede prima all'individuazione del fine pubblico che intende raggiungere e successivamente sulla base di quest'ultimo procede alla disamina degli elementi relativi al costo e di quelli attinenti alla qualità¹¹⁷.

In tale contesto la discrezionalità che ruolo riveste?

Ci troviamo dinanzi ad un momento in cui la discrezionalità assume un ruolo cruciale.

Con l'adozione del codice del 2016 il legislatore non ha voluto azzerare i margini di apprezzamento propri della stazione appaltante, come è accaduto con la legge Merloni, né tantomeno ostacolarne l'utilizzo, ha però fatto in modo di delimitare ed orientare la discrezionalità. Le stazioni appaltanti prima di poter procedere alla valutazione degli elementi del caso di specie devono innanzitutto prefissare gli obiettivi che intendono ottenere, attribuendo ad ogni obiettivo uno specifico peso¹¹⁸.

Ogni obiettivo equivale ad un criterio, ad un elemento di valutazione, che sarà difficile stabilire in astratto *ex ante* a livello legislativo poiché dipenderà dalle fattispecie del caso in oggetto.

¹¹⁶ D. ALBONETTI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, III edizione, 2012.

¹¹⁷ D. SENZIANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, pp. 121/150;

¹¹⁸ 2 Linee guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 21 settembre 2016, n. 1005.

Occorre tener conto che l'attività amministrativa è un'attività vincolata nel fine; dunque, per evitare che i margini di autonomo apprezzamento possano tramutarsi in arbitrio o in privilegio¹¹⁹ è lo stesso articolo 95 al primo comma del codice che prevede “*i criteri di aggiudicazione non conferiscono un potere di scelta illimitata dell’offerta*”.

Alla luce di quanto appena affermato si comprende la ragione per cui il legislatore nazionale nel codice del 2016 predispone una serie di parametri funzionali ad individuare i criteri di valutazione. L'articolo 95 assicurandosi che venissero rispettati non solo i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ma anche che vi fosse un'effettiva concorrenza, affermava che i criteri di valutazione dovevano essere specifici, connessi all'oggetto dell'appalto, oggettivamente quantificabili e verificabili e in ultima analisi dovevano risultare dal bando di gara o dal capitolato d'onori. Rendere noti i criteri di valutazione è essenziale perché consente all'operatore economico di venire a conoscenza di quanto sarà oggetto di valutazione nonché in ordine alla procedura che verrà utilizzata per determinare la migliore offerta.

Come detto, il codice del 2016 pur ispirandosi alle direttive del 2014, risente dell'influenza del codice del 2006. Tale incidenza si rinviene nel sesto comma dell'articolo 95, il quale ponendosi in continuità con l'articolo 83 del vecchio codice elenca una serie di criteri suscettibili di mettere in risalto le potenzialità dell'offerta¹²⁰.

¹¹⁹ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, 2010;

¹²⁰ tra i criteri elencati rientrano la qualità comprendente il pregio tecnico, certificazione e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali e ambientali del prodotto, caratteristiche innovative (lettera a); il marchio di qualità ecologica dell'unione europea, i costi di manutenzione e smaltimento dei prodotti, la compensazione di emissioni di gas a effetto

Difatti, il sesto comma dell'art. 95 stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa, nella sua accezione del rapporto qualità-prezzo, deve essere vagliata "sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali (...)"; si comprende come simili requisiti implicino necessariamente un margine di apprezzamento maggiore da parte dell'amministrazione, trattandosi di fatto di nozioni tecnico scientifiche.

La dottrina più recente concorda nel considerare come aventi portata tecnico-scientifica anche le nozioni che, sebbene basate su un sapere specialistico, non conducono a soluzioni obiettivamente esatte. Ciò implica che l'amministrazione deve compiere scelte di valore, mantenendo comunque una base tecnica. Il ricorso a nozioni tecnico-scientifiche non deve essere considerato come indiscutibile, inevitabile o infallibile¹²¹, ma piuttosto come un momento che richiede nuove forme di integrazione tra scienza, tecnica e diritto¹²².

Carlo Marzuoli fornisce una soluzione coerente basata sull'idea di tecnica come "*potere soggettivamente specialistico*"¹²³. La valutazione tecnica, secondo questa prospettiva, si basa sull'applicazione di criteri con rilevanza conoscitiva, limitati da un lato alle scelte tra interessi e dall'altro ai fenomeni riconoscibili mediante criteri dell'esperienza comune. In sostanza, la valutazione tecnica dell'amministrazione comporta la considerazione di fattori specialistici con un chiaro riferimento ai criteri di valutazione dell'ordinamento giuridico e dell'esperienza comune.

serra associate alle attività produttive (lett. b,c,d); l'organizzazione le qualifiche e l'esperienza del personale utilizzato nell'appalto (lett.e.); il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica e le condizioni di consegna(lett.f e g).

¹²¹ A. CERCHIA, *Pubblica amministrazione e scelta del contraente: metodi multicriteri e offerta economicamente più vantaggiosa*, Napoli, 2007.

¹²² L. VIOLINI, *Le questioni giuridiche controverse nel procedimento amministrativo, sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

¹²³ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

In ultima analisi possiamo asserire che in tale contesto le stazioni appaltanti devono identificare quei “*criteri di valutazione concretamente idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante*”¹²⁴.

In base a quanto detto, l'attività svolta dalle stazioni appaltanti può essere annoverata nella categoria cosiddetta ibrida delle valutazioni tecniche. Un'attività che è attratta da criteri di opportunità e convenienza¹²⁵, essendo la stazione appaltante indirizzata all'individuazione delle condizioni più vantaggiose per affidare l'appalto, perché il fine ultimo è pur sempre il soddisfacimento dell'interesse pubblico, ed allo stesso tempo è orientata da nozioni tecnico scientifiche che vengono menzionate dallo stesso articolo 95 del d.lgs. n.50/2016, ritenute essenziali per aggiudicare l'appalto all'offerta migliore. Il risultato di tale attività finisce con il coincidere con una valutazione ad opera dell'amministrazione, disamina che dipenderà dalle esigenze del caso di specie.

Risulta opportuno precisare che il sesto comma ha ricompreso nell'elenco finanche elementi dal carattere soggettivo, ossia riguardanti l'offerente. Ciò ha dato luogo ad un acceso dibattito sul divieto di commistione tra criteri oggettivi e soggettivi. In ambito comunitario è un principio consolidato quello della distinzione intercorrente tra criteri soggettivi riguardanti l'offerente e criteri oggettivi attinenti all'offerta¹²⁶.

¹²⁴ Linee guida n.2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 21 settembre 2016, n. 1005.

¹²⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

¹²⁶ Corte di giustizia CE, in C-532/06, cit.; Id., in C-315/01, cit. Nella giurisprudenza nazionale, nel senso della cogenza del divieto di commistione tra criteri di selezione degli offerenti e criteri di valutazione delle offerte, v. a titolo esemplificativo TAR Venezia, sez. I, 11 febbraio 2009 n. 340. Cons. Stato, sezione V, 4 marzo 2008 n. 912; Id., 8 marzo 2006 n. 1194, in www.gazzettaamministrativa.it

In particolare, risulta opportuno chiarire che i criteri soggettivi sono funzionali a valutare l' idoneità dell'impresa che intende partecipare alla gara, dunque servono ad accertare la capacità economica, finanziaria e tecnica dell'operatore economico. I criteri oggettivi, invece, sono funzionali all'individuazione dell'offerta migliore tra quelle presentate dagli offerenti ritenuti idonei.

La Corte di giustizia pur avendo riconosciuto che esiste un certo margine di discrezionalità in seno all'amministrazione circa i criteri di aggiudicazione, ha chiarito che una siffatta facoltà *“può riguardare(...)soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa”*¹²⁷, ne consegue che i criteri volti all'individuazione dell'idoneità dell'offerente dovrebbero essere esclusi.

Il divieto di commistione tra criteri soggettivi ed oggettivi rinviene la sua ragion d'essere nell'esigenza di apertura del mercato *“premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese ritenute comunque affidabili, indipendentemente da profili soggettivi che ne caratterizzano l'incidenza operativa, e nel rispetto del canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo”*¹²⁸. Siffatto assunto non è inderogabile poiché può accadere che determinati elementi soggettivi (ad esempio l'esperienza del personale) influiscano in modo determinante sulla qualità complessiva dell'opera. Difatti, l'art 67 della direttiva 2014/24/UE elenca tra i criteri di aggiudicazione altresì l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza qualora possano influire sull'esecuzione della commessa pubblica. Tale norma risulta derogatoria, dunque, rispetto al generale

¹²⁷ Corte di giustizia, CE, in C-19/00, cit., punto 36, in www.astrid-online.it.

¹²⁸ TAR Campania, Napoli, sezione VIII, 10 febbraio 2011 n. 825; Consiglio di Stato, sezione V, 17 gennaio 2018 n. 279, in www.gazzettaamministrativa.it; ANAC, delibera n. 70 del 24 gennaio 2018 e delibera n. 472 del 23 maggio 2018 n.555, in www.anticorruzione.it.

divieto di commistione tra requisiti soggettivi ed oggettivi. In egual modo va riletto quanto forma oggetto del comma 6 dell'art 95 del codice del 2016 che elenca tra gli elementi che possono essere oggetto di valutazione anche caratteristiche soggettive dell'offerente. Tale norma è stata letta dalla giurisprudenza congiuntamente al comma 13 che permette all'amministrazione di determinare criteri premiali atti a superare la distinzione tra criteri di selezione e aggiudicazione¹²⁹.

Inoltre, la separazione che intercorre tra criteri di aggiudicazione e criteri di selezione sussiste al fine di garantire una massima apertura del mercato nonché la *par condicio* tra i concorrenti poiché i requisiti soggettivi garantiscono che vi sia affidabilità degli operatori economici ammessi a partecipare, i quali si troveranno in una posizione di totale parità, affidando il contratto a chi presenta l'offerta oggettivamente migliore. Risulta pur vero che, come visto pocanzi, al comma sei dell'art 95 tra i criteri di valutazione rientrano *“l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato”*, dunque, si tratta di una deroga giustificata dal fatto che per determinate prestazioni siffatti criteri influiscono sulla qualità dell'offerta. Dunque, tale questione va fronteggiata sulla base del singolo caso di specie, valutando *“se vi sia un'effettiva e coerente corrispondenza tra il criterio di valutazione individuato — ancorché di natura soggettiva — e il contenuto qualitativo dell'offerta e quale che sia l'effettiva incidenza di tale criterio rispetto alla scelta della miglior offerta”*¹³⁰.

Si giunge dunque alla conclusione secondo cui l'utilizzo di siffatti criteri soggettivi non può essere ritenuto legittimo qualora non abbia una reale incidenza sulla

¹²⁹ P. CHIRULLI, *Commento all'art. 95*, op.cit., 1247; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, op. cit.

¹³⁰ Consiglio di Stato, sezione III, 27 settembre 2016 n. 3970, in www.gazzettaamministrativa.it.

prestazione, determinando un indebito vantaggio per alcuni concorrenti, in violazione del principio di concorrenza¹³¹.

Sulla questione si è espresso anche il Consiglio di Stato, quest'ultimo da un lato ha confermato la sussistenza di tale divieto, dall'altro ha specificato che *“ne è consentita un'applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando si è dimostrato, caso per caso, che le per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte”*¹³². Anche l'ANAC ha chiarito la sua posizione sulla questione e mediante una delibera¹³³ ha ammesso l'eccezione al divieto di commistione richiamando un'ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato secondo la quale *“il rigoroso limite entro cui è normativamente ammessa una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza, espressa dal comma uno del medesimo articolo 95 decreto legislativo numero 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino una concorrenza effettiva e che secondo quanto invece previsto dal comma due della medesima disposizione siano rispettati i principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento”*¹³⁴.

In conclusione, tutte le operazioni amministrative, compresa la procedura di gara con i suoi singoli momenti, sono orientate verso la piena realizzazione del pubblico interesse, in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dalla Costituzione. Il buon andamento, considerato tradizionalmente come fondamentale per la giurisprudenza costituzionale, rappresenta *vero cardine della vita*

¹³¹ Delibera ANAC n. 1142 del 12 dicembre 2018, in www.anticorruzione.it.

¹³² cfr, Consiglio di Stato, sezione III, 27.09.2016 n.3970, in www.gazzettaamministrativa.it.

¹³³ ANAC, delibera n.261 del 17 marzo 2020, in www.anticorruzione.it.

¹³⁴ Consiglio di Stato, sezione III, 11.03.2019, n.1635, in www.gazzettaamministrativa.it.

*amministrativa e dunque condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale*¹³⁵.

Questo concetto si identifica con la necessità di un funzionamento ottimale della pubblica amministrazione, sia in termini organizzativi che operativi. Di conseguenza, è inevitabile conferire all'amministrazione mezzi giuridici sufficientemente flessibili per garantire il miglior adattamento dell'attività erogata agli obiettivi stabiliti¹³⁶.

3.PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA

Il momento in cui vengono in rilievo i criteri di valutazione dell'offerta, pur essendo connotato da un'ampia dose di discrezionalità della stazione appaltante, è ben delineato all'interno di una cornice. Difatti, se è vero che la stazione appaltante è libera di scegliere i criteri di valutazione nonché la ponderazione di questi ultimi, risulta altrettanto veritiero quanto affermato da parte della giurisprudenza comunitaria, *ergo*: “*tale ponderazione deve consentire una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa*”¹³⁷.

Difatti, il criterio dell'OEPV in base al rapporto qualità-prezzo è il prodotto di una valutazione che comprende elementi quantitativi e qualitativi attenenti sia alla natura che all'oggetto del contratto, selezionati ad opera della stazione appaltante e resi noti nella *lex specialis* di gara. A siffatti elementi l'amministrazione assegna

¹³⁵ Corte costituzionale, sentenza 4 dicembre 1968, n. 123, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

¹³⁷ Corte di giustizia CE, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, in www.giustizia.it.

dei “*pesi*” che incarnano l’importanza di quel singolo elemento rispetto al risultato ultimo dell’appalto nel suo complesso¹³⁸.

Risulta palese l’ampia discrezionalità riservata alla stazione appaltante sia per quanto concerne la scelta dei criteri di valutazione sia per l’importanza attribuibile a siffatti criteri¹³⁹.

Vedremo ora il contenuto di questa cornice che si colora di principi e limiti che necessitano di essere osservati nel momento di elaborazione dei criteri di valutazione delle offerte.

3.1. CONNESSIONE CON L’OGGETTO DELL’APPALTO

L'articolo 95 al comma sei stabilisce che “*i criteri devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto*”, lo stesso comma prescrive anche che “*i criteri devono essere connessi all'oggetto dell'appalto*”.

Tale connessione rappresenta un limite rispetto alle scelte operabili dall'amministrazione.

Siffatto confine, oltre ad essersi consolidato in giurisprudenza in ambito nazionale, era stato individuato sin dal 2004 dalla Corte di giustizia dell'unione europea. Quest'ultima ha dichiarato il principio secondo cui i criteri di valutazione oltre a dover essere connessi all'oggetto dell'appalto non devono obbligatoriamente

¹³⁸ linee guida ANAC n. 2, cit. Sui poteri dell’ANAC dopo il primo decreto correttivo al codice. R. DE NICTOLIS, *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 10 luglio 2017.

¹³⁹ Sulla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella scelta dei criteri da valorizzare, v. Corte di giustizia CE, in C-448/01, cit., punti 35-43, in www.giustizia.it.

implicare un vantaggio di natura economica per il vincitore della gara. La Corte ha affermato quanto detto dapprima nella sentenza *Concordia bus*¹⁴⁰ e successivamente ha ribadito tale concetto in occasione della sentenza *Wienstrom*¹⁴¹. In ambito nazionale è stata l'ANAC a fare chiarezza sulla portata di suddetto principio enunciando nelle linee guida numero 2 una mole di elementi che collegano criteri di valutazione ed oggetto dell'appalto. È stato reso noto che il collegamento con l'oggetto dell'appalto è rinvenibile non solo laddove gli elementi attengano al contenuto sostanziale, bensì tale collegamento riguarda anche ogni elemento che sia ad esso correlato o che attenga alla sua fornitura, alla sua produzione, finanche la fase *ex post* alla vendita quale ad esempio la manutenzione.

3.2. SPECIFICITÀ E QUANTIFICABILITÀ DEI CRITERI

Ulteriore limite posto ai criteri attiene alla loro specificità ed oggettiva quantificabilità.

Tali limiti sono rinvenibili nello stesso articolo 95 al comma primo e sesto¹⁴². Anche in questo caso il legislatore italiano prende le mosse dalla giurisprudenza comunitaria¹⁴³, specificando che suddetti criteri devono essere predeterminati cosicché possa essere effettuato un controllo sulle valutazioni realizzate dalla stazione appaltante. Difatti, la Corte afferma che tali criteri devono essere

¹⁴⁰ Sentenza Corte di giustizia. CE 17 settembre 2002, causa C-513/99, in www.giustizia.it.

¹⁴¹ Sentenza Corte di giustizia CE 4 dicembre 2003, causa C-448/01, in www.giustizia.it.

¹⁴² il comma uno stabilisce che i criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta ed il sesto comma fa riferimento a criteri oggettivi

¹⁴³ Corte di giustizia CE. 20 settembre 1988, causa C-31/87; 18 ottobre 2001, causa C-19/00, in www.giustizia.it.

“*adeguatamente specifici e obiettivamente quantificabili*”¹⁴⁴ e tale concetto è stato ribadito anche ad opera della giurisprudenza interna¹⁴⁵. Quanto detto non si traduce in scelte vincolate¹⁴⁶, bensì conduce a criteri contrassegnati da logicità, dei quali è possibile *ex post* comprenderne e verificarne le valutazioni che hanno condotto alla loro scelta, ricostruendo l’iter logico che ha condotto alla loro adozione.

Per quanto concerne la motivazione dei punteggi è stato chiarito che esiste un rapporto di proporzionalità tra la motivazione dei punteggi e la specificità dei criteri: quanto più elevato è il dettaglio dei criteri minore sarà la motivazione richiesta¹⁴⁷.

3.3. VERIFICABILITÀ DELLE INFORMAZIONI FORNITE DALL’OFFERENTE

Ulteriore tassello per completare la normativa risiede nella verificabilità delle informazioni fornite dall’offerente. In assenza di tale tassello il lavoro svolto ad opera della stazione appaltante risulterebbe vano poiché non si giungerebbe ad una valutazione obiettiva e trasparente. Inoltre, ciò comporterebbe una palese violazione del principio della parità di trattamento e della concorrenza¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Op.cit sentenza Concordia Bus, causa C-513/99

¹⁴⁵ Consiglio di Stato, sezione III, 21 ottobre 2015 n.4812, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁴⁶ Consiglio di Stato, Sezione III, 23 febbraio 2015, n.907, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁴⁷ Consiglio di Stato, sezione V, 18 agosto 2010 n.5844, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁴⁸ Corte di giustizia CE nelle sentenze 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*, in www.giustizia.it.

3.4. OBBLIGO DI PREVIA DEFINIZIONE E PUBBLICAZIONE DEI CRITERI

L'obbligo di pubblicità implica che i criteri siano dapprima definiti e successivamente portati a conoscenza degli operatori nella fase precedente a quella di formulazione delle offerte. In particolare, tale pubblicazione mira a garantire la *par condicio* tra le imprese partecipanti.

La Corte ha dichiarato che sia l'oggetto che i criteri, secondo cui verrà aggiudicato l'appalto, devono essere predeterminati sin dalla fase di avvio della procedura¹⁴⁹, cosicché gli operatori economici possano essere ragionevolmente informati. Quest'ultima ha inoltre dichiarato che l'amministrazione non può adoperare sotto-criteri se non li ha dapprima resi noti ai concorrenti¹⁵⁰.

Il codice del 2016 accoglie con favore quanto riportato in ambito comunitario confermando che il bando di gara deve indicare i criteri di valutazione e la ponderazione relativa a questi ultimi, ed afferma inoltre che per ogni criterio possono prevedersi sub-criteri o sub-pesi o sub-punteggi. Da ciò si deduce che la discrezionalità attribuita all'amministrazione in tale contesto è assai ampia.

3.5. RISPETTO DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Di fondamentale importanza nei criteri di valutazione è il rispetto del principio di non discriminazione, dal quale discendono altrettanti principi: libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali e la susseguente libertà di fornire i servizi e

¹⁴⁹ Corte di giustizia CE, sentenza 10 maggio 2012, Commissione/ Paesi Bassi, causa C-368/10, in www.giustizia.it.

¹⁵⁰ Sentenza 21 luglio 2011, causa C-252/10, in www.giustizia.it.

stabilirsi in tutto il territorio dell'unione. Tale principio riveste un ruolo fondamentale non solo in ambito comunitario¹⁵¹ ma anche in Italia poiché risulta preordinato a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva. La natura discriminatoria dei criteri si evince avendo riguardo alla connessione con l'oggetto dell'appalto.

3.6. TETTO ECONOMICO

A seguito del correttivo di cui al decreto legislativo n. 56/2017 è stato introdotto il nuovo comma 10 *bis* nell'art. 95. Quest'ultimo pone un tetto massimo nella misura del 30% al punteggio economico. Trattasi di una norma alquanto rigida che non ammette eccezioni. Quest'ultima sembra preordinata a garantire una concorrenza effettiva, assicurando difatti un adeguato confronto sugli elementi qualitativi. Parte della giurisprudenza ritiene che siffatto limite serva per scongiurare il rischio che l'OEPV si mascheri in una gara al massimo ribasso¹⁵².

Contrariamente a ciò, la AGCM ha invece dichiarato¹⁵³ che il tetto del 30% al punteggio economico non garantisce un confronto concorrenziale effettivo poiché di fatto non permette una valutazione appropriata della componente economica. In effetti, nella realtà sono molteplici le situazioni in cui non appare ragionevole limitare al 30% la componente relativa al prezzo, specie per quegli affidamenti che avvengono sulla base di un progetto esecutivo. In questi casi il carattere economico

¹⁵¹ Corte di giustizia CE sentenza 22 giugno 1993, Causa C-243/89 Commissione/Danimarca, in www.giustizia.it.

¹⁵² Ex multis: TAR Campania, Napoli, sezione V, 4.02.2019, n.562, Tar Liguria, Genova, sezione II, 17/02/2020, n.125; Consiglio di Stato, sezione V, 18/06/2018, n. 3733, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁵³ AGCM, Atto di segnalazione, 18/08/2017 n.1422, in www.agcm.it

è preponderante rispetto al profilo qualitativo. È per tale ragione che la rigidità di suddetta norma mal si concilia ad un settore nel quale dovrebbe lasciarsi maggiore spazio di manovra in seno all'amministrazione. Difatti, escluso tale limite, l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nella determinazione del punteggio da assegnare ai criteri di valutazione utilizzati per giungere all'offerta economicamente più vantaggiosa, ampio raggio di valutazione che è rinvenibile finanche nella ponderazione di suddetti criteri.

3.7. COSTI DELLA MANODOPERA E ONERI AZIENDALI

Al preciso scopo di rispettare le esigenze di tutela dei lavoratori sia in termini di sicurezza che di retribuzione viene sancito al comma 10 dell'art. 95 l'obbligo di indicare separatamente nell'offerta economica i costi della manodopera e gli oneri aziendali di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro. Vi è stato un acceso dibattito sul mancato rispetto di suddetto obbligo. In particolare, da un lato vi era chi sosteneva che una tale omissione comportava l'esclusione automatica dell'impresa senza poter rimediare mediante l'istituto del soccorso istruttorio. Dall'altro lato si dava luogo ad una soluzione più flessibile secondo la quale alla mancata indicazione poteva rimediarsi mediante soccorso istruttorio. La prima teoria¹⁵⁴ si basa sul comma 10 il quale impone oneri determinati che si tramutano in regole di condotta tramite il principio di eterointegrazione degli atti di gara, ed allo stesso tempo si basa sul dato normativo del comma 9 dell'art. 83 il quale nega la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio qualora vi sia una carenza degli elementi essenziali nell'offerta

¹⁵⁴ Tar Sicilia, sezione III, 5. luglio 2018, n.1552, in www.giustiziaamministrativa.it.

economica¹⁵⁵. Contrariamente a quanto detto, la seconda teoria smentisce quanto sostenuto, affermando che questi costi sono dei veri e propri elementi giustificativi, in quanto tali non incarnano dei caratteri essenziali dell'offerta economica, a ciò consegue che la mancata indicazione di suddetti costi non potrà comportare l'esclusione dalla gara¹⁵⁶.

Tale dibattito è stato successivamente risolto ad opera della Corte di giustizia¹⁵⁷, quest'ultima si è espressa in favore della prima teoria ritenendo che è giusto procedere all'esclusione dell'operatore economico scartando dunque la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio finanche quando l'obbligo di indicazione separata non venga espressamente menzionato nella *lex specialis* di gara, indubbiamente tale esclusione deve pur sempre essere contemplata in una norma nazionale. Questa impostazione è stata successivamente avallata da parte dell'Adunanza plenaria¹⁵⁸.

6. COSTI DEL CICLO DI VITA

Come osservato in precedenza, nel 2016 il criterio dell'OEPV si colora di un più ampio e nuovo significato. All'art. 95 si prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata sulla base dell'elemento costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, qual è il costo del ciclo di vita. Utile al fine di comprendere in cosa consistano i costi del ciclo di vita è il considerando 96 della direttiva 2014/24/UE il quale chiarisce che: “*il concetto di costo del ciclo di vita*

¹⁵⁵ Ufficio studi Adunanza Plenaria n.3 del 2019, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁵⁶ C.g.a., ordinanze del 20.11.2018, nn. 772 e 773, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁵⁷ Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, in www.altalex.com

¹⁵⁸ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze nn. 7 e 8 del 2 aprile 2020, in www.giustiziaamministrativa.it.

(...) abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare i costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati punto i metodi impiegati dalle amministrazioni aggiudicatrici per valutare i costi imputati alle esternalità ambientali dovrebbero essere stabiliti anticipatamente in modo oggettivo e non discriminatorio ed essere accessibile a tutte le parti interessate. Siffatti metodi possono essere stabiliti a livello nazionale, regionale o locale ma, al fine di evitare distorsioni della concorrenza attraverso metodologie ad hoc, dovrebbero rimanere generali nel senso che non dovrebbero essere definiti in modo specifico per una particolare procedura d'appalto”.

Vi sono alcune problematiche legate al costo del ciclo di vita, la prima attiene alla trasparenza ed alla parità di trattamento, in particolare si sostiene che l'applicazione del costo di ciclo di vita potrebbe comportare una lesione del principio di concorrenza. Per evitare una siffatta distorsione c'è bisogno che il costo del ciclo di vita si fondi su metodi comuni¹⁵⁹ al fine di sancire un determinato standard assimilato da parte dell'amministrazione e degli operatori economici.

La seconda problematica riguarda l'evidente asimmetria che intercorre tra piccole e grandi imprese, fonte di distorsione del mercato, difatti in un sistema che si basa sul costo del ciclo di vita c'è bisogno di acquisire una mole di informazioni notevole

¹⁵⁹ Si veda in dottrina R.DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, op.cit., 1357.

e risulta palese la lesione del principio della concorrenza in favore delle grandi imprese.

Nonostante le problematiche prospettabili, si evince che mediante i costi del ciclo di vita l'intento è quello di fornire uno strumento ulteriore all'amministrazione al fine di valutare l'appalto in modo completo. Allo stesso siffatti costi riflettono il percorso europeo sviluppatosi nell'ottica della concorrenza e di un'attenzione maggiore verso la qualità. Dunque, si prosegue verso un ciclo produttivo più virtuoso.

7.FACOLTÀ DI NON AGGIUDICARE LA GARA

Una volta giunti al termine della valutazione delle offerte la stazione appaltante conserva la facoltà di non aggiudicare la gara “*se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*”¹⁶⁰. Siffatta facoltà deve in ogni caso essere preventivamente indicata nel bando di gara o nella lettera d'invito¹⁶¹.

Ulteriore precisazione attiene al soggetto competente ad esercitare suddetta facoltà; infatti, è stato chiarito che siffatta prerogativa “*competete alla stazione appaltante e non alla commissione di gara, e risponde ad un'immanente valutazione*

¹⁶⁰ Art.95 comma 12 d.lgs n.50/2016

¹⁶¹ TAR Veneto, sez. I, 26 maggio 2017 n. 515, ha osservato che “per consolidato insegnamento giurisprudenziale, anche in presenza di una clausola del bando di gara con cui la stazione appaltante si sia riservata la facoltà di non aggiudicare l'appalto, l'esercizio di tale potere di autotutela incontra un limite nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e nella tutela dell'affidamento ingenerato, cui consegue uno stringente obbligo motivazionale in ordine alle concrete ragioni della decisione negativa”, in www.giustiziaamministrativa.it.

*dell'interesse pubblico attuale da parte del committente che prescinde dall'esistenza di vizi di legittimità*¹⁶².

Dunque, tale potere si giustifica sulla base del pubblico interesse che l'amministrazione persegue e difatti non risulta riconducibile all'esercizio del potere di autotutela¹⁶³.

La mancata aggiudicazione non dipende da una rivalutazione dell'interesse pubblico, bensì deriva da un giudizio negativo sulle offerte, le quali seppur conformi e rispettose dei criteri previsti nella *lex specialis* di gara, non risultano idonee a soddisfare gli scopi perseguiti dalla gara stessa¹⁶⁴.

Si tratta di una facoltà riservata alla stazione appaltante, una decisione connotata da ampi margini di discrezionalità. Siffatto potere decisionale viene controbilanciato dalla motivazione, difatti, tale volontà non può essere arbitraria ed allo stesso tempo la stazione appaltante è tenuta a motivare congruamente la “*non convenienza*” o “*l'inidoneità*” dell'offerta¹⁶⁵.

In conclusione, la giurisprudenza ha fornito un ulteriore chiarimento in merito alla disgiuntiva presente nell'articolo 95 comma 12 specificando che: “*la “o” collocata tra conveniente ed idonea ha significato e valore disgiuntivo e non congiuntivo, il che comporta che, al fine di decidere nel senso della non aggiudicazione, non si*

¹⁶² Consiglio di Stato, sezione IV, n. 6725 del 2018, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁶³ Consiglio di Stato, sezione V, 25 novembre 2009, n.1986; Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁶⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2012, n.2848; Consiglio di Stato, Sez. III, 16 ottobre 2012, n.5282; Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2012, n.1766, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁶⁵ Consiglio di Stato, Sezione III, 10 agosto 2016, n.3599. Nel caso in oggetto è stata ritenuta insufficiente una motivazione limitata all'espressione “offerta non conveniente”, risultando non idonea per spiegare l'iter logico seguito dalla stazione appaltante, in www.giustiziaamministrativa.it.

richiede che si presentino entrambe le condizioni: non convenienza e non idoneità delle offerte, essendo invece a tal fine sufficiente la sussistenza di una sola”¹⁶⁶.

Si comprende, dunque, quanto ampio sia il raggio di valutazione riservato all'amministrazione.

¹⁶⁶ Tar Lazio, Roma, sezione I quater, 23 marzo 2012, n.2769, in www.giustiziaamministrativa.it.

CAPITOLO 3

1. QUALE SPAZIO PER IL RISULTATO E PER LA FIDUCIA NEI CRITERI DI AGGIUDICAZIONE?

Come è noto, il recente diritto dei contratti pubblici, adottato con D.lgs. n.36/2023, ha introdotto una serie di principi, i quali dovranno fungere da preambolo alle sue direttive¹⁶⁷. Tali principi prefigurano un quadro destinato a guidare l'azione amministrativa nell'ambito delle attività discrezionali, nel rispetto delle c.d. “*regole del caso*”¹⁶⁸, che le permettano di raggiungere l'obiettivo della conclusione effettiva del contratto, alle condizioni più favorevoli per l'interesse pubblico. Nell'odierna realtà, i suddetti principi palesano l'ambizione del legislatore: ovverosia far sì che la conclusione e l'esecuzione dei contratti non siano in alcun modo ostacolate, data l'importanza decisiva di questo settore nel sistema economico nazionale ed europeo¹⁶⁹. Per soddisfare la soprammenzionata aspirazione, il legislatore intende chiaramente reintrodurre l'uso della discrezionalità, qualificata e supportata da una chiara motivazione, che dia un giudizio altamente appropriato ai casi specifici, tracciando un percorso razionale e verificabile di amministrazione trasparente¹⁷⁰.

Scopo di questo terzo capitolo, dunque, è analizzare la disciplina dell'istituto dei criteri di aggiudicazione, in merito alle novità da ultimo introdotte dal codice del 2023, osservando se la stessa è in linea con i principi enunciati dal legislatore all'art.

¹⁶⁷ Relazione degli articoli e degli allegati al codice, op. cit.

¹⁶⁸ M.SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in Dir. Amm.,2000, p. 131 ss.

¹⁶⁹ U. ALLEGRETTI, *La costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in Costituzionalismo.it, n.2, 2018.

¹⁷⁰ L.MARUOTTI, *Discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in ww.giustizia-amministrativa.it, 2023.

1 e all'art. 2 del codice - principio del risultato e principio della fiducia -, specie alla luce della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in materia (tema su cui ci si soffermerà, cercando di esaminare le novità introdotte dal codice).

In particolare, conviene ricordare che il principio del risultato sviluppa un nuovo modello di amministrazione, non più incentrata su una mera applicazione delle norme, bensì sul conseguimento del risultato; pertanto, in un simile contesto risulta preminente l'adeguamento del contenuto e delle modalità dell'azione rispetto alle esigenze del contratto¹⁷¹.

Similmente, il principio della fiducia valorizza l'autonomia decisionale della pubblica amministrazione, e riconoscere questo sentimento significa ravvisare in quest'ultima professionalità e capacità, necessarie affinché il codice funzioni.

Nella fase della valutazione dell'offerta, come vedremo nel prosieguo della trattazione, suddetti principi svolgono un ruolo significativo. Difatti, scopo primario del terzo capitolo sarà effettuare una disamina dei criteri di aggiudicazione per scorgere quegli spazi dove risultato e fiducia hanno inciso maggiormente, procedendo dapprima ad un'analisi dell'offerta economicamente più vantaggiosa e successivamente del criterio del minor prezzo. In conclusione, si procederà ad esaminare la facoltà di non aggiudicare la gara, comune ad ambedue i criteri di aggiudicazione.

¹⁷¹ CAMMELLI, Amministrazione di risultato, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003.

2. I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Converrà, a questo punto del discorso, volgere lo sguardo alla disciplina in materia di criteri di aggiudicazione, che individua il proprio statuto normativo nell'art. 108, cercando di mettere in luce da un lato le principali novità, dall'altro gli aspetti che si collocano in una prospettiva di discontinuità rispetto alla previgente disciplina.

L'art. 108, nel delineare i criteri di aggiudicazione dei pubblici appalti, conferma l'utilizzabilità di due criteri, ossia quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Partitamente, e conformemente a quanto statuito in passato, la scelta di impiegare l'uno o l'altro criterio non è più rimessa a un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, ma è imperativamente imposta dal legislatore¹⁷².

Se quanto appena affermato avviene negli appalti sopra-soglia, diverse sono le conclusioni cui è possibile pervenire in merito agli affidamenti sottosoglia, giacché ampia è la discrezionalità di cui la stazione appaltante gode in base all'art. 50, comma 4 del nuovo codice. I criteri sopracitati si basano sostanzialmente sui

¹⁷² L. FIORENTINO, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2019, pp.741-746.

considerando 89¹⁷³ e 90¹⁷⁴ e sull'art. 67¹⁷⁵ della direttiva 2014/24/UE. Tali criteri, del resto, erano già previsti dall'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, la cui formulazione, invero, viene in gran parte ripresa¹⁷⁶.

Siffatta indicazione non stupisce, poiché già nel *codex* del 2016 i criteri di aggiudicazione fungevano quale leva per ambire a *standard*, in termini di

¹⁷³ Per completezza nell'esposizione si riporta il considerando 89: “La nozione di criteri di aggiudicazione è fondamentale per la presente direttiva. È pertanto importante che le disposizioni pertinenti siano presentate nel modo più semplice ed efficace possibile. Ciò può essere ottenuto mediante il ricorso al termine «offerta economicamente più vantaggiosa» in quanto concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo». Di conseguenza, dovrebbe essere interpretato conformemente alla giurisprudenza relativa a tali direttive, salvo in presenza di soluzioni chiaramente diverse nella sostanza nella presente direttiva.”

¹⁷⁴Per completezza nell'esposizione si riporta il considerando 90:” L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. È inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto. Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato. Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di derogare all'obbligo di indicare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente giustificati, che devono essere in grado di motivare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare i criteri in ordine decrescente d'importanza”.

¹⁷⁵ Si veda art 67 direttiva 2014/24/UE: “Criteri di aggiudicazione dell'appalto 1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa”.

¹⁷⁶ L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, op. cit.

efficienza, più elevanti nelle gare pubbliche¹⁷⁷. Ciononostante, seppur minime, si rivelano significative le differenze, rispetto all'impostazione normativa precedente, tanto rispetto al previgente *codex*, quanto rispetto alla proposta suffragata dal Consiglio di Stato e sottoposta all'approvazione parlamentare da parte del Governo¹⁷⁸.

Addentrandonci nel vivo della disciplina è possibile affermare che il primo comma dell'art. 108 si colloca in una prospettiva di continuità, atteggiandosi quale mera riproposizione del secondo comma dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale le stazioni appaltanti, *«fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici (...) procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento del prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96»*.

Il primo comma dell'articolo richiamato, nella sua versione definitiva, sembrerebbe non aver fatto altro che individuare quali tipologie di appalti sono suscettibili d'essere ricompresi nell'ambito di applicazione della norma, che distingue tra appalti di lavori, servizi e forniture.

¹⁷⁷ IARIA, MARRONE, *Aggiudicazione dei settori ordinari*, in Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

¹⁷⁸ Peraltro, diverse modifiche sono state introdotte dal Governo dopo aver acquisito i pareri delle competenti Commissioni parlamentari. Cfr. L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, op. cit.

Per quanto riguarda il prezzo delle "*determinate forniture o la remunerazione di servizi specifici*" - si pensi alle prestazioni sanitarie - le stazioni appaltanti, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, devono stabilire, conformemente all'art. 108, comma 1, criteri differenziati in grado di tenere in debito conto le peculiarità di tali appalti. *Niente di nuovo sotto il sole*, risultando confermato il previgente approccio normativo all'art. 95, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016¹⁷⁹.

La relazione illustrativa del Consiglio di Stato in merito a tale disposizione sembrerebbe suggerire che la stessa sia il frutto di una mera trasposizione del dato normativo previgente, confermando che le stazioni appaltanti dovranno procedere all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e concorsi di idee utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - che può basarsi sul miglior rapporto qualità/prezzo o sull'elemento prezzo o costo - con un criterio di comparazione costo/efficacia come il costo del ciclo di vita¹⁸⁰.

La relazione non manca di sottolineare come conservino la propria validità le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, relative al prezzo di specifiche forniture o alla remunerazione di servizi particolari¹⁸¹.

Si cercherà ora di comprendere quali sono gli elementi di maggiore complessità della disciplina dei contratti pubblici. La difficoltà risiede nella gestione degli interessi, la realizzazione di un'opera pubblica non implica e non comprende

¹⁷⁹P. COSMAI, A. BUONANNO, *La riforma del codice appalti*, aprile 2023.

¹⁸⁰ L.GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, p.24 e ss.

¹⁸¹ Relazione illustrativa Schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n.78, recante "Delega al governo in materia di contratti pubblici", in www.giustizia-amministrativa.it.

unicamente la realizzazione dell'opera stessa perché a venire in rilievo sono altresì interessi ulteriori, ossia ambientali, culturali, storici, paesaggistici a cui si aggiungono vincoli di bilancio. Nel principio del risultato è racchiuso tutto questo. Ora, osservando il primo comma dell'art.108 non vi sono novità rispetto alla previgente disciplina, probabilmente, perché siffatta disposizione risultava e risulta in linea con il novellato principio del risultato, essendo preordinata al soddisfacimento di tutti gli interessi da ultimo enunciati.

Analogamente, il soprammenzionato primo comma risulta coerente altresì con il principio della fiducia, specie laddove si fa riferimento a “*determinate forniture o la remunerazione di servizi specifici*”, poiché il compito di individuare criteri differenziati, che possano coordinarsi con le peculiarità di tali appalti, è affidato alla stazione appaltante, in sostanza si confida nella capacità di quest'ultima. D'altronde quando vi è un'attribuzione di potere si presuppone che alla base vi sia la fiducia nei confronti di chi dovrà esercitarlo, fiducia dovuta al fatto che l'amministrazione dovrebbe essere altamente competente, ossia qualificata.

Tuttavia, il Consiglio di Stato non si astiene dal dettare alcune precisazioni, in particolare laddove suggerisce che i criteri di aggiudicazione non attribuiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitato – a richiamare le parole della Corte europea¹⁸², un potere che rischia di confondersi con l'arbitrio - ma sono immediatamente finalizzate a garantire il dispiegarsi di una concorrenza che possa dirsi effettiva ma non imposta. Questi ultimi, peraltro, dovranno essere integrati da specifiche tecniche, onde garantire alla stazione appaltante la possibilità di operare

¹⁸² La Corte specifica che i criteri devono essere predeterminati e devono dare spazio ad un controllo sulle valutazioni operate su di essi da parte della stazione appaltante, essi quindi devono essere “adeguatamente specifici e obiettivamente quantificabili”, così si è espressa la corte nella sentenza Concordia Bus, causa C-513/99, in EUR-lex.

una verifica efficace e tempestiva delle informazioni fornite dagli offerenti per valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte¹⁸³.

Il nuovo codice, in continuità con il suo antecedente, conferisce rilevanza centrale al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale implica una valutazione qualitativa della prestazione, costituendo l'appalto pubblico un mezzo per raggiungere elevati standard nelle politiche sociali e ambientali¹⁸⁴. Questo criterio richiede una valutazione tecnica, a differenza del prezzo più basso, che si basa su regole aritmetiche ed è suscettivo d'applicazione automatica¹⁸⁵. L'introduzione di questo nuovo criterio e il superamento del principio della "equivalenza dei criteri" sono in linea con il considerando 90 della direttiva 2014/24/UE, che consente agli Stati membri di vietare o limitare l'uso esclusivo del criterio del "prezzo" o del "costo" onde garantire il più rigoroso espletamento del procedimento di verifica delle offerte, laddove queste ultime superino la soglia di anomalia.

Dunque, nella sistematica del codice, e in continuità con il passato, il bilanciamento tra qualità e condizioni economiche inevitabilmente prevarrà sul prezzo più basso. La disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riprodotta nell'art. 108, presenta molte delle innovazioni già presenti nell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016.

L'uso differenziato dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pertanto, non indica più un criterio di valutazione delle offerte, ma costituisce un principio

¹⁸³ L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, op. cit.

¹⁸⁴ A. DONATO, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, TOMO I, 2023.

¹⁸⁵ Infatti, l'applicazione del criterio del minor costo non richiede lo svolgimento, da parte della stazione appaltante, di un'attività di carattere valutativo. Infatti, il potere esercitato dalla p.a. in siffatte ipotesi si attingerà quale potere vincolato. Cfr. R.DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, 2017, p. 1330 ss.

generale che dovrà informare ciascuna procedura di gara. Ne conseguirà che l'amministrazione appaltante sarà incaricata di selezionare non solo la soluzione migliore dal punto di vista tecnico-qualitativo, ma anche quella più soddisfacente dal punto di vista economico.

Del resto, l'art. 108, nella sua relazione illustrativa, conferma la limitazione del potere discrezionale nella scelta del tipo di offerta da parte della stazione appaltante¹⁸⁶. Questo principio, più volte enucleato dalla giurisprudenza amministrativa sotto la vigenza del codice del 2016¹⁸⁷, appare in linea con il considerando 111 della direttiva 2014/24/UE¹⁸⁸.

Tale considerando sottolinea che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter disporre modificazioni dei criteri di gara prescelti mediante la previsione di apposite clausole di revisione o opzione, a condizione che l'esercizio di tale potere non trasmodi in un'illimitata discrezionalità.

In attuazione del considerando 111, l'art. 67, paragrafo 4, della già menzionata direttiva¹⁸⁹ esclude che i criteri di aggiudicazione possano concedere

¹⁸⁶ M.CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019.

¹⁸⁷ Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza del 2 maggio 2017, n. 2014, in www.giustiziaamministrativa.it

¹⁸⁸ Considerando 111, direttiva 2014/24/UE: *“Rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza che tali clausole conferiscano loro discrezionalità illimitata. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire in che misura le modifiche possano essere previste nel contratto iniziale. Si dovrebbe pertanto precisare che clausole di revisione o di opzione formulate con sufficiente chiarezza potrebbero ad esempio prevedere indicizzazioni dei prezzi o garantire, per esempio, che le apparecchiature di comunicazione da fornire per un determinato periodo di tempo restino adeguate anche in caso di modifica dei protocolli di comunicazione o di altre modifiche tecnologiche. Dovrebbe inoltre essere possibile, mediante l’inserimento di clausole sufficientemente chiare, prevedere adattamenti del contratto che si rendano necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante il funzionamento o la manutenzione. È inoltre opportuno ricordare che gli appalti potrebbero, ad esempio, comprendere la manutenzione ordinaria e prevedere gli interventi di manutenzione straordinaria che risultino necessari per garantire continuità nell’erogazione di un servizio pubblico.”*

¹⁸⁹ Art. 67 paragrafo 4 della direttiva 2014/24/UE: *“I criteri di aggiudicazione non hanno l’effetto di conferire all’amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei*

all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata, specificando che l'individuazione degli stessi deve essere precipuamente finalizzata alla realizzazione di una concorrenza effettiva.

Sulla scorta della disciplina eurounitaria, la normativa interna si era conformata all'utilizzo di una vera e propria concorrenza imposta. Difatti, il previgente art. 95 del d.lgs. 50/2016, al primo comma, puntualizzava anzitutto che i criteri di aggiudicazione dovevano ritenersi finalizzati a garantire una concorrenza effettiva, e in secondo luogo stabiliva che siffatti criteri non potevano attribuire in capo alla stazione appaltante *“un potere di scelta illimitata dell'offerta”*, infine, in terzo e ultimo luogo, determinava che suddetti criteri dovessero essere accompagnati da specifiche tali da consentire *“l'efficace verifica delle informazioni fornite dall'offerente”*. Le prescrizioni da ultimo enunciate non hanno trovato accoglimento nel nuovo codice, tanto che il legislatore ha deciso di non replicare il primo comma del vecchio art. 95 nell'art. 108 del d.lgs. n.36/2023. Nonostante ciò, continuano a essere insiti nella struttura dell'attuale *codex* sia il principio che sancisce la limitazione del potere discrezionale della stazione appaltante sia il sistema della procedura di gara secondo il quale deve garantirsi una verifica effettiva circa le informazioni allegate dagli operatori economici¹⁹⁰.

Quanto appena riportato risulta in linea con le precisazioni fornite dal Consiglio di Stato, di cui si è avuto modo di parlare pocanzi.

Aspetto innovativo, che si pone certamente in prospettiva di discontinuità rispetto alla previgente disciplina, risiede nella *sconfessata* strumentalità dei criteri di

criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”

¹⁹⁰ F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit.

aggiudicazione alla realizzazione di una *concorrenza effettiva*. Questa innovazione risulta pienamente coerente rispetto alla logica sottesa al nuovo codice e, in particolare, appare del tutto in linea con i principi enunciati in apertura dal codice. Infatti, come osservato nel primo capitolo, la concorrenza diviene strumentale rispetto ai preminenti principi del risultato e della fiducia.

La materia della contrattualistica pubblica non viene più raffigurata quale branca del diritto della concorrenza, come invece è accaduto negli ultimi anni. Non vige più un onere di avvalersi di procedure pro-competitive e concorrenziali, dato che la concorrenza diviene uno strumento, e non il fine ultimo, per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Si transita dunque da un diritto dei contratti pubblici concepito quale branca del diritto eurounitario della concorrenza a un importante capitolo del diritto amministrativo nazionale.

Volgendo nuovamente lo sguardo all'istituto dei criteri di aggiudicazione è opportuno affermare che se la prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa certamente riduce la discrezionalità della stazione appaltante nella individuazione dei criteri di aggiudicazione, al contempo essa richiede una maggiore capacità tecnico-operativa della stazione appaltante nella definizione e nella valutazione degli elementi qualitativi. La capacità di selezionare la migliore opportunità per la realizzazione dell'interesse pubblico diventa tratto caratterizzante di una burocrazia di qualità che, non più ripiegata su posizioni difensive, è chiamata ad assumersi pienamente la responsabilità dei procedimenti di gara espletati, in attuazione del principio della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. 36/2023.

Come anticipato, l'art. 108 riproduce in gran parte l'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, che a sua volta aveva già riproposto, sia pur in minima parte, le

caratteristiche del sistema tracciato dagli abrogati artt. 82 e 83 del decreto legislativo n. 163/2006. La disciplina previgente, infatti, aveva sostituito il tradizionale bipolarismo del criterio del prezzo più basso con l'unicità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, confermando il fondamentale principio della tassatività dei criteri di aggiudicazione. Nella relazione illustrativa dello schema di codice del 2016 e nel parere del Consiglio di Stato reso sullo stesso, veniva riconosciuta all'art. 95 una "*netta preferenza data all'offerta economicamente più vantaggiosa*". Dalla giurisprudenza si evince che tra i due criteri vige un vero e proprio rapporto gerarchico¹⁹¹.

Invero, una scelta effettuata dapprima dal legislatore nel 2016 e confermata successivamente dal legislatore nel 2023 risulta essere l'utilizzo dei criteri di aggiudicazione quale incentivo per ottenere *standard* qualitativi elevati, il c.d. *uso strategico degli appalti*. Siffatta volontà si deduce chiaramente dalla confermata previsione di una chiara gerarchia tra i criteri di aggiudicazione. Difatti, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità prezzo, confermando la sua posizione di preminenza, si colloca quale criterio di utilizzo generale. Al contrario, il criterio del minor prezzo riveste un ruolo residuale, difatti la stazione appaltante può utilizzarlo solo in ipotesi tassative, *ergo* nei casi di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato, e purché non si tratti di servizi ad alta intensità di manodopera.

Nell'attuale assetto normativo vengono riconfermate la tassatività e l'esclusività dei criteri di valutazione dell'offerta, cosicché il provvedimento di aggiudicazione, emanato all'esito di un procedimento di gara fondato sull'utilizzazione di criteri di

¹⁹¹ Consiglio di Stato, sezione III, 2 maggio 2017 n. 2014, in www.giustiziaamministrativa.it

selezione dell'offerta "innominati", sarà affetto da illegittimità derivata per violazione di legge.

Convieni, in ultima analisi, precisare che la preferenza accordata al criterio dell'OEPV risulta limitata alle procedure che presentano un importo pari ovvero superiore alle soglie europee.

Nessuna modificazione, per il resto, risulta ravvisabile con riguardo ai criteri di aggiudicazione, in particolare per quanto concerne la pubblicità, la proporzionalità in relazione all'oggetto dell'appalto, la ponderazione dei criteri e la disciplina delle varianti in corso d'opera.

3. L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

Dopo aver compiutamente analizzato gli aspetti generali dei criteri di aggiudicazione, conviene proseguire con la disamina del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, disciplinato al secondo comma dell'art.108. Esso, in continuità con la previgente disciplina applicabile, individua i casi in cui è obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Occorre preliminarmente precisare che, a differenza del primo comma dell'art. 108 – pacificamente mera trasposizione del dato normativo consolidato –, il secondo comma presenta un contenuto inedito, determinando, come si avrà modo di specificare nel prosieguo della trattazione, un innalzamento delle soglie di rilevanza economica.

Conviene muovere, per poter cogliere le non marginali differenze tra le discipline succedutesi nel tempo, dall'analisi del dato normativo previgente. In particolare, il comma 3 dell'art. 95 includeva solamente tre tipi di contratti: (i) i contratti relativi ai servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica nonché i servizi ad alta intensità di manodopera¹⁹²; (ii) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura e degli altri servizi di natura tecnica o intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; (iii) i contratti relativi ai servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Tali ipotesi risultano confermate, rispettivamente alle lettere a), b) e c) dell'art. 108, comma 2, sia pur con le seguenti modifiche: (a) eliminazione dell'eccezione della soglia di importo inferiore ai 40.000 euro per i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera; (b) innalzamento delle soglie da 40.000 euro a 140.000 euro per i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale e i contratti di servizi e forniture caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Quindi, la precedente soglia di 40.000 euro, corrispondente al valore limite sino al quale era consentito l'affidamento diretto, è stata elevata a 140.000 euro. Dalla relazione illustrativa redatta dal Consiglio di Stato è possibile cogliere due ragioni a fondamento di siffatto innalzamento, che possono individuarsi nel *mutamento del*

¹⁹² Con l'eccezione degli affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro

*quadro economico e sociale e nel limitato ambito applicativo residuo per le procedure diverse dall'affidamento diretto in tali ipotesi*¹⁹³.

L'intento del legislatore risiede nella tutela di settori ritenuti particolarmente rilevanti per motivi di natura politica e sociale, basti pensare alla ristorazione scolastica; dunque, appare logica la scelta di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa al fine di garantire livelli qualitativi adeguati ed elevati. In aggiunta, mediante il secondo comma, il legislatore vuole scongiurare il rischio che la concorrenza sul prezzo possa pregiudicare le tutele salariali di quanti sono impiegati negli appalti pubblici ad alta intensità di manodopera¹⁹⁴.

Alle tre ipotesi di cui si è detto, l'art. 108, comma 2 individua ulteriori ipotesi in cui il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è obbligatorio: (i) da una parte, gli affidamenti di contratti mediante dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e appalto integrato; (ii) dall'altra, i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo¹⁹⁵. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come delineato dal comma in esame e dai commi successivi dell'art. 108, trova poi chiara applicazione nelle procedure relative ai settori speciali¹⁹⁶.

Come frequentemente affermato, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa introduce molteplici variabili nella procedura di aggiudicazione, dando luogo ad una composita valutazione in cui il prezzo rappresenta un fattore come

¹⁹³ Relazione agli articoli e agli allegati, consultabile al sito della Camera dei deputati

¹⁹⁴ Consiglio di Stato, sezione V, 9 giugno 2023, n.5665, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁹⁵ Quanto all'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la relazione illustrativa del Consiglio di Stato osserva che tale criterio "*deve essere applicato anche in caso di dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione; finanza di progetto; locazione finanziaria; affidamento a contraente generale*".

¹⁹⁶ settori speciali, alcuni esempi: acqua, energia, porti ed aeroporti

tanti da considerare. La stazione appaltante mira a ottenere una corretta stabilità tra esigenze di natura qualitativa ed esigenze monetarie vale a dire tra aspetti tecnici ed esigenze di bilancio. Attualmente, alla luce dell'evoluzione della disciplina dei criteri, vi è una particolare attenzione nei confronti della tutela dei cosiddetti interessi orizzontali¹⁹⁷, cui consegue che la stazione appaltante si spinge oltre la mera analisi del pregio tecnico dell'offerta, valutando altresì lo sviluppo sostenibile, la sostenibilità ambientale e la tutela dell'ambiente.

Tale assunto risulta confacente al novellato principio della fiducia, essendo volto ad una valorizzazione dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione. Risulta, altresì confacente al principio del risultato, essendo l'amministrazione incaricata di perseguire il risultato "*nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*"¹⁹⁸, e non si può prescindere, al giorno d'oggi, dal tutelare gli interessi orizzontali, ritenuti fonte di uno sviluppo sostenibile.

Il nuovo codice, quindi, attribuisce alla formula "*offerta economicamente più vantaggiosa*" un significato più ampio, conformemente al *codex* del 2016. In coerenza con le direttive europee, tale formula ora ricomprende al proprio interno non i soli criteri basati sul prezzo più basso, ma anche quelli incentrati sul rapporto tra qualità e prezzo, superando così l'approccio del sistema precedente che riguardava esclusivamente criteri incentrati sulla valutazione qualitativa dell'offerta¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Interessi orizzontali: ci si riferisce ad interessi quali la sostenibilità ambientale e la neutralità climatica.

¹⁹⁸ Art. 1 comma 3, D.lgs. 36/2023.

¹⁹⁹ PESCATORE, L'aggiudicazione per settori ordinari, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli-Ferrari, Roma, 2016. P.106 ss.

La Commissione speciale, nel parere n. 855 dell'1.4.2016²⁰⁰, ha suggellato siffatta interpretazione, affermando che la formula "*offerta economicamente più vantaggiosa*" acquisisce un significato profondamente diverso e più ampio rispetto al passato.

Il criterio può essere applicato a qualsiasi tipo di contratto e si distingue per il fatto che l'impresa deve presentare sia un'offerta economica sia un'offerta tecnica, specificando le modalità di esecuzione del lavoro, della fornitura o del servizio.

Nel bando di gara, la stazione appaltante deve, inoltre, indicare un valore assoluto o una soglia in cui il rapporto tra i valori minimo e massimo sia appropriato. La scelta discrezionale della stazione appaltante, quindi, si rivela circoscritta attraverso la previsione di un parametro valutativo rappresentato dall'appropriatezza che – proprio in ragione della sua elasticità di significato – giustifica l'eventuale radicarsi del sindacato da parte del giudice amministrativo.

Questa impostazione del codice dei contratti pubblici è finalizzata a garantire la parità di trattamento fra le imprese concorrenti e a favorire la massima trasparenza all'interno del procedimento di gara, della cui legittimità potrà essere pertanto investito il giudice amministrativo. Peraltro, la valutazione della componente economica avviene solamente dopo l'assegnazione dei punteggi relativi agli elementi tecnici della proposta contrattuale²⁰¹. Questa valutazione prevede l'attribuzione di punteggi mediante l'utilizzazione, da parte della stazione appaltante, di meccanismi automatici, escludendosi in tal modo qualsiasi valutazione discrezionale²⁰².

²⁰⁰ Consiglio di Stato, Parere 855/2016 sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it).

²⁰¹ PESCATORE, *L'aggiudicazione per settori ordinari*, op. cit.

²⁰² M.CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019.

Inoltre, il "*merito tecnico*" della proposta contrattuale riguarda la conformità dell'offerta agli obiettivi che l'amministrazione intende raggiungere con l'indizione della gara²⁰³, ossia il risultato. Non pare quindi frutto del caso che la validità della clausola del bando di gara che attribuisce punteggi significativi a elementi estranei al merito tecnico sia esclusa dalla giurisprudenza costante²⁰⁴.

In conclusione, è possibile affermare che, seppur nella scelta del criterio utilizzabile la discrezionalità in seno alla stazione appaltante risulti sacrificata sull'altare dell'imparzialità, quest'ultima potrà pacificamente tornare a dispiegarsi, come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo della trattazione, nella fase procedimentale immediatamente successiva.

Ora, appare opportuno analizzare le novità più rilevanti circa l'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.1. TETTO MASSIMO PER IL PUNTEGGIO ECONOMICO

L'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta una valutazione dell'aspetto tecnico, dapprima, e dell'aspetto economico successivamente, e dunque l'attribuzione di un punteggio per suddetti elementi.

In questa sede viene in rilievo una delle novità più importanti, forse la più significativa, che è la rimozione del tetto massimo per il punteggio economico, in passato previsto nella misura del 30%.

²⁰³ SCIAUDONE, *Le nuove direttive appalti e concessioni, in Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, a cura di Franchini-Sciaudone, Roma 2017.

²⁰⁴ Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 ottobre 2021, n.7053, in www.giustiziaamministrativa.it.

Prima di analizzare compiutamente tale modifica, è opportuno compiere un passo indietro. Fino all'entrata in vigore del decreto modificativo 56/2017²⁰⁵, il quale ha introdotto tale tetto, era lasciata all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di determinare il peso relativo di ciascun elemento e le caratteristiche specifiche dell'appalto e la complessità delle prestazioni contrattuali che ne erano oggetto; era dunque l'amministrazione competente a decidere in che misura privilegiare l'elemento economico o quello tecnico in relazione al caso di specie²⁰⁶.

Invece, attualmente, come detto, in una sorta di "*ritorno alle origini*", è venuto meno il tetto massimo per il punteggio economico. In proposito, conviene prendere la mosse dalla giurisprudenza in materia per comprendere le ragioni giustificatrici di tale scelta. Per ciò che attiene alla determinazione della percentuale del prezzo nella valutazione delle offerte, è stato osservato che questa decisione incarna una tipica espressione della discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice²⁰⁷ e dunque spetterà a quest'ultima definire la preminenza che investe l'elemento tecnico e l'elemento economico²⁰⁸, coerentemente al principio della fiducia.

In tutti i casi, la proporzionalità e la ragionevolezza, cioè l'equilibrio tra prezzo e qualità, devono essere rispettate in modo da non ridurre significativamente o completamente nessuna delle due²⁰⁹, e devono essere osservate le norme di trasparenza e i prerequisiti in modo che tutti gli offerenti possano adeguare il

²⁰⁵ Decreto che aveva imposto il tetto massimo per il punteggio economico nella misura pari al 30%.

²⁰⁶ Cons. Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n. 5282 nonché TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, 9 ottobre 2013, n. 4522., in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁰⁷ Cons. Stato, Sezione V, 18 ottobre 2011, n. 5583, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁰⁸ Consiglio di Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n.5282, si veda anche, T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, 9 ottobre 2013, n.1537, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁰⁹ TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, 10 febbraio 2011, n. 825; TAR Lazio, Sezione III, 26 gennaio 2009, n. 630; Consiglio di Stato, Sezione VI, 15 novembre 2011, n. 6023, in www.giustiziaamministrativa.it.

contenuto delle loro offerte²¹⁰. Di tale assetto, tuttavia, non si è tenuto conto quando è stato adottato il decreto correttivo nel 2017. Tale decreto ha introdotto l'art. 95, comma 10, il quale, al punto ii), prevedeva un tetto massimo del 30% per il punteggio economico al fine di migliorare il profilo qualitativo dell'offerta²¹¹. Di conseguenza, nel determinare il numero di punti da assegnare agli elementi qualitativi ed economici, la stazione appaltante non poteva superare il suddetto tetto massimo per l'elemento economico. Sebbene il tetto fissato dal correttivo fosse dovuto a un obiettivo condivisibile, era ed è tuttora criticabile sotto più aspetti.

Anzitutto, la disposizione citata risultava estremamente rigida, non essendo suscettibile di alcuna deroga: in altre parole, non era possibile assegnare alle offerte economiche più del 30% del punteggio totale di una gara, e ciò creava problemi poiché vi sono casi in cui l'aspetto monetario risulta più importante rispetto all'elemento tecnico, ne consegue che una siffatta preclusione generalizzata mal si concilia con una materia dove ogni appalto andrebbe valutato sulla base delle singole caratteristiche che lo contraddistinguono.

Nella realtà concreta, tuttavia, ci sono molti casi in cui l'enfasi sui prezzi modesti non sembra ragionevole. Questo punto di vista risulta maggiormente avvalorato nel settore delle costruzioni, dove la regola generale è quella di effettuare ordini sulla base di progetti esecutivi.

Difatti, in suddetti appalti il progetto esecutivo specifica dettagliatamente l'oggetto della prestazione, e di conseguenza gli offerenti competono più sui prezzi che sulla qualità. Quanto detto dimostra che non è sempre vero che una maggiore complessità

²¹⁰ Consiglio di Stato, Sezione V, 10 gennaio 2013, n. 88., in www.giustiziaamministrativa.it

²¹¹ J. RECLA, *Il tetto massimo del 30% per il punteggio economico si applica a tutte le procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa?* in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 4/2019, pp.32-39.

della parte tecnica conduce alla presentazione di offerte tecniche migliori. Risulta pertanto irragionevole privare completamente, senza eccezioni, le amministrazioni aggiudicatrici della facoltà di assegnare il 30% o più del punteggio totale alle offerte economiche. Inoltre, una tale rigidità risulta inappropriata in particolare in settori in cui le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere un ampio margine di discrezionalità circa la determinazione dei mezzi più appropriati per perseguire l'interesse pubblico alla luce degli interessi coinvolti²¹².

Sarebbe più ragionevole e istituzionalmente coerente, come affermato nella bozza di soluzioni sottoposte a consultazioni pubbliche e nel parere del Consiglio di Stato, richiedere semplicemente alle amministrazioni aggiudicatrici di misurare i punteggi economici in modo da evitare la prevalenza di tali fattori sulle altre variabili presenti.

In effetti, le bozze di proposte di rimedio sottoposte all'esame del Consiglio di Stato prevedevano unicamente che l'amministrazione aggiudicatrice fissasse il limite massimo del fattore economico in modo tale da evitare che *“il fattore economico sia così dominante sugli altri fattori da determinare effettivamente l'applicazione del criterio del prezzo minimo”*²¹³, e di conseguenza si scongiurava il rischio che l'OEPV si trasformasse in una gara a massimo ribasso mascherata.

In generale, risulta incoerente che la legge, da un lato, enfatizzi la competenza delle amministrazioni aggiudicatrici e richieda addirittura che siano qualificate, come ricavabile dal principio della fiducia di cui all'art. 2 del codice, e, dall'altro,

²¹² in linea generale non risulta coerente che il codice da una parte valorizzi la competenza delle stazioni appaltanti, richiedendo addirittura che siano qualificate, e dall'altra ponga stringenti e non giustificabili limiti alla loro discrezionalità, mostrando sfiducia nelle loro capacità di individuare le regole che risultino più idonee per poter disciplinare le diverse fattispecie.

²¹³ M.CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, op. cit.

imponga limiti molto duri e ingiustificati alla loro discrezionalità dimostrando scarsa fiducia nelle capacità di queste.

Non è possibile ignorare questa apparente carenza. Quest'ultima opinione è supportata da una segnalazione²¹⁴ inviata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato alla Camera dei Comuni, al Presidente del Senato e al Presidente del Consiglio dei ministri in data 18 agosto 2017. In essa si afferma che tali disposizioni impongono inutili restrizioni alla capacità delle amministrazioni aggiudicatrici di valutare adeguatamente le offerte economiche e quindi di garantire il corretto ed efficiente svolgimento degli appalti. Si sottolinea che la disposizione conferisce all'amministrazione aggiudicatrice un'ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, che può influire negativamente sulla corretta concorrenza, compresa quella sui prezzi. Le autorità da ultimo menzionate²¹⁵ hanno inoltre dichiarato che la limitazione del numero di punti per le offerte economiche non trova riscontro né nella direttiva europea né nella normativa regolamentare.

Le considerazioni svolte da parte dell'ANAC sono state accolte con favore nella nuova normativa: il nuovo codice, in particolare il comma 4 dell'art. 108, adotta un approccio più flessibile rispetto al passato. Nell'attuale assetto normativo, la stazione appaltante ha il compito di individuare criteri che garantiscano l'effettività del confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'oggetto del contratto. Ciò implica che la stazione appaltante dispone della discrezionalità necessaria al fine di articolare i criteri e stabilire i relativi punteggi così da modulare le caratteristiche specifiche del contratto da affidare, svincolandola da soluzioni precostituite. In

²¹⁴ Autorità garante della concorrenza e del mercato, atto di segnalazione AS1422, “*Normativa in materia di criteri di aggiudicazione degli appalti*” del 18 agosto 2017, In www.anticorruzione.it.

²¹⁵ Ci si riferisce alla Camera dei Comuni, al Presidente del Senato e al Presidente del Consiglio dei ministri.

particolare, il testo sembra eliminare il vincolo automatico tra il tetto massimo del punteggio economico e la necessità di garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

La stazione appaltante può ancora stabilire un tetto massimo per il punteggio economico, ma tale decisione non è legata automaticamente all'obiettivo del confronto concorrenziale sui profili tecnici, come in passato statuito nel comma 10-*bis* dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016. In sostanza, l'approccio sembra puntare a una maggiore flessibilità, consentendo alle stazioni appaltanti di adattare la valutazione delle offerte alle specifiche esigenze e alla natura del contratto, pur mantenendo l'attenzione sulla necessità di garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Questa modifica risulta coerente con il novellato principio del risultato, difatti in tale contesto viene in rilievo l'obiettivo principale che le stazioni appaltanti devono perseguire, ossia la conclusione del contratto alle condizioni più favorevoli, al miglior rapporto qualità-prezzo. Un siffatto equilibrio può essere individuato unicamente dalla stazione appaltante poiché per raggiungere il risultato sperato è necessario modulare le esigenze, e di conseguenza la rilevanza dell'aspetto tecnico ed economico, alle caratteristiche proprie del caso di specie.

Allo stesso tempo, però, è stata prevista l'introduzione di specifici limiti e obblighi per gli approvvigionamenti di beni e servizi informatici. In verità, tale aspetto riflette una particolare attenzione al fine di garantire la sicurezza cibernetica e allo scopo di bilanciare la valutazione tra aspetti tecnici ed economici in questo contesto specifico²¹⁶.

²¹⁶ P. COSMAI, A. BUONANNO, *La riforma del codice appalti*, maggio 2023.

In primis è stato reso noto un vero e proprio obbligo di attribuire rilievo agli elementi di sicurezza informatica: la norma impone alle stazioni appaltanti di attribuire uno specifico rilievo agli elementi di cybersicurezza. Ciò significa che, nella valutazione delle offerte per gli approvvigionamenti di beni e servizi informatici, la sicurezza informatica riveste un ruolo fondamentale che non può essere certamente tralasciato in sede di valutazione tecnica delle offerte.

In secondo luogo, in tale contesto risulta essenziale privilegiare l'aspetto tecnico a scapito di quello economico: per tale ragione, è stato introdotto un tetto massimo di punteggio all'offerta economica, nella misura del 10%. Ciò significa che, anche se l'offerta economica è un elemento da considerare, il suo peso nella valutazione complessiva è limitato al 10%, sottolineando così l'importanza della valutazione tecnica.

Queste disposizioni sembrano dare una risposta in relazione alle richieste avanzate da soggetti quali l'ACN, i quali hanno sottolineato l'importanza di garantire la sicurezza cibernetica negli approvvigionamenti di beni e servizi informatici e di evitare che l'aspetto economico prevalga eccessivamente sulla valutazione tecnica in questo contesto specifico.

Un ulteriore limite è stato fissato nella misura del 30% per il punteggio economico per i contratti ad alta intensità di manodopera²¹⁷, al fine di evitare eccessivi ribassi trattandosi di appalti in cui il costo relativo alla manodopera risulta pari o superiore al 50% dell'importo totale del contratto.

²¹⁷ Per giurisprudenza costante sono considerati tali i contratti in cui il costo della manodopera è pari ad almeno il 50% del valore totale del contratto, ipotesi che si verifica per alcuni tipi di servizi e – in misura minore – di forniture, mentre nei fatti è sostanzialmente da escludere che questa condizione trovi spazio negli appalti di lavori.

Si tratta, dunque, di ambiti in cui il principio del risultato risulta già delineato e declinato ad opera del legislatore.

3.2. INDICAZIONE DEL COSTO DI LAVORO E DEGLI ONERI DI SICUREZZA

Appare opportuno, giunti a tal punto, completare il discorso inerente all'offerta economica.

Difatti, è stabilito che - per quanto concerne l'offerta economica - vige un obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri aziendali, ambedue inerenti al soddisfacimento di quanto disposto in materia di salute e sicurezza sul lavoro²¹⁸. Per quanto attiene ai costi della manodopera è opportuno chiarire che a un eccessivo ribasso in relazione a suddetti costi consegue l'esclusione dell'impresa. Tale eventualità si verifica laddove il costo del personale impiegato sia al di sotto di quello stabilito dalla legge mediante i trattamenti minimi salariali. A seguito della verifica, non è adducibile alcuna motivazione che possa giustificare l'anomalia dell'offerta.

Per quanto concerne, invece, gli oneri aziendali, appare opportuno precisare che il codice contempla due categorie di oneri della sicurezza²¹⁹. La prima tipologia ha lo scopo di evitare i c.d. rischi da interferenze²²⁰: per suddetti costi vige infatti un vero e proprio obbligo di indicazione nel bando di gara, anche qualora questi ultimi siano

²¹⁸ F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, 2024.

²¹⁹ R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, 2023.

²²⁰ DUVRI, documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, va allegato al contratto di appalto ed indica le misure adottate al fine di eliminare o ridurre i rischi da interferenze, di cui all'art. 26 comma 3 del D.lgs. 81/08, in particolare tale documentazione analizza e descrive la corretta gestione della sicurezza durante le attività di appalto.

pari a zero. Inoltre, non è neppure contemplabile un ribasso in relazione a tali costi, essendo essi preordinati a tutelare la salute dei lavoratori.

La seconda categoria, invece, riguarda i costi relativi all'attività dell'impresa, definibili quali oneri interni. A differenza della prima tipologia, tali costi possono subire un ribasso: ne consegue che spetterà alla stazione appaltante la verifica della congruità di essi rispetto al rilievo del lavoro e altresì in relazione alle caratteristiche proprie dell'appalto.

Il comma 9 dell'art. 108, concernente suddetta indicazione, si pone in una prospettiva di discontinuità rispetto al previgente comma 10 dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016. Nel novellato comma 9 viene espressamente precisato che l'obbligo di separata indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera deve intendersi previsto a pena di esclusione. Appare coerente quanto espresso dal legislatore del 2023 rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi in materia a seguito dei contrasti di cui già si è avuto modo di parlare nel secondo capitolo, cui si richiama.

Una critica sembra potersi avanzare nei confronti di suddetta disciplina. Difatti il codice all'art. 2 ha sancito il principio della fiducia reciproca, dunque nei confronti dell'amministrazione ma anche nei confronti degli operatori economici. Prevedere l'esclusione automatica, senza alcun possibile rimedio, non appare in linea con il novellato principio della fiducia.

3.3. IL PREZZO O COSTO FISSO

Ulteriore aspetto, di non trascurabile importanza, è rappresentato dal prezzo o costo fisso.

La stazione appaltante, quando utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può stabilire che l'elemento relativo al costo assuma la forma di un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. Questo approccio ha il pregio di avere una flessibilità notevole e sembra essere ispirato all'esperienza inglese, consentendo di avviare la competizione solo su criteri qualitativi, mantenendo il prezzo o il costo come fisso. Tale possibilità, già contemplata dal legislatore nel 2016, si pone in contrapposizione rispetto a quanto statuito in passato, nella parte in cui l'utilizzo del criterio in esame non poteva comportare una sterilizzazione del principio di economicità, risultando illegittimi i criteri per i quali l'elemento prezzo era valutato in modo minimale o residuale²²¹.

In dottrina, infatti, è stato evidenziato come tale norma, alla sua entrata in vigore, abbia rappresentato una “*rivoluzione copernicana*”²²².

E difatti, l'uso del criterio basato sul “*prezzo fisso*” rappresenta un'innovazione significativa tuttora.

In pratica, stabilendo un *budget* fisso a monte, si permette alle stazioni appaltanti di concentrarsi principalmente sulla valutazione qualitativa delle offerte, senza preoccuparsi delle variazioni dei costi durante il processo di gara. Questo approccio consente di massimizzare l'efficienza nell'uso delle risorse disponibili e di soddisfare in modo ottimale gli interessi pubblici cui il contratto è finalizzato²²³.

²²¹ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2023.

²²² IARIA, MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, op. cit.

²²³ G.C. FIGUERA, *Offerta economicamente più vantaggiosa e nuovo criterio del “prezzo o costo fisso”*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2022, pp.243-249.

Conviene puntualizzare che il costo fisso non costituisce un *tertium genus* rispetto ai criteri di aggiudicazione elencati dal codice: esso rappresenta piuttosto una modalità applicativa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²²⁴.

Sebbene tale criterio possa non aver trovato grande applicazione nella prassi, la sua inclusione nella normativa del 2023 palesa l'intenzione del legislatore di introdurre strumenti innovativi per migliorare l'efficacia degli appalti pubblici, partitamente al principio del risultato. Inoltre, può contribuire a evitare problemi legati ai ribassi anomali rispetto al prezzo posto a base di gara, offrendo una maggiore certezza economica.

La norma sembra riflettere altresì una maggiore consapevolezza circa l'importanza di integrare considerazioni ambientali e sociali negli appalti pubblici, come indicato dal richiamo alle convenzioni internazionali nel settore della tutela ambientale e del lavoro. L'inclusione di questo criterio, quindi, rappresenta un ulteriore passo verso la promozione di valori quali la sostenibilità e il rispetto dei diritti dei lavoratori nei contratti pubblici. Allo stesso tempo, tale criterio implica una maggiore discrezionalità poiché comporta maggiori oneri da parte dell'amministrazione che dovrà avere particolare riguardo alla qualità delle offerte presentate. In ultima analisi, esso risulta preordinato al soddisfacimento del principio del risultato, poiché si ambisce ad elevati *standard* qualitativi, ed allo stesso tempo viene attribuita rilevanza preminente alla concreta realizzazione dell'opera a scapito dei costi.

²²⁴ GIUSTINIANI, FONTANA, *Le gare pubbliche: guida alle fasi di formazione del contratto pubblico*, Roma, 2021.

Parimenti, risulta confacente al principio della fiducia, considerate le alte aspettative esistenti nei confronti di chi sarà chiamato a compiere scelte concrete.

3.4. CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE

L'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, viene individuata sulla base di determinati criteri di valutazione.

Tali criteri rappresentano, a seguito dell'adozione del novellato codice, declinazione privilegiata del principio della fiducia. Difatti, delineano uno dei momenti in cui l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante torna a dispiegarsi in tutta la sua forza.

Prima di addentrarci nel vivo di siffatti criteri, è opportuno chiarire la ragione per cui il principio della fiducia e l'ampia discrezionalità che ne consegue assumano una tale rilevanza in tale momento.

Il rapido evolversi delle dinamiche sociali e l'incessante intrecciarsi delle situazioni giuridiche soggettive rendono evidente che la norma di legge non può più da sola disciplinare l'assetto di tutti gli interessi coinvolti all'interno della sua sfera applicativa. In questo contesto, diventa necessario il ricorso al procedimento amministrativo, divenuto una vera e propria fonte di legittimazione dell'esercizio del potere e di definizione degli interessi pubblici e privati nelle singole situazioni²²⁵. Questa evoluzione assegna all'amministrazione una fondamentale funzione poetica, mirata a completare l'assetto dell'ordinamento contribuendo a

²²⁵ M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Rivista di Diritto dell'economia.*, n. 2, 2021, p. 25 ss.

definire, di volta in volta, quella che il legislatore oggi chiama "*regola del caso*" (come indicato nell'art. 4 del decreto legislativo n. 36/2023).

Pertanto, assume primaria importanza l'esercizio della discrezionalità amministrativa e la presenza, nel sistema, di condizioni che ne assicurino l'adeguato, responsabile e motivato utilizzo²²⁶. Ne consegue che l'utilizzo della discrezionalità amministrativa completa il processo di adattamento della norma al caso specifico, demandando all'amministrazione il compito di definire in dettaglio il contenuto della propria azione, esercitando una funzione chiaramente poetica rispetto a quella, necessariamente astratta e generica, del legislatore. In verità, non può tacersi sul fatto che, specie nel diritto dei contratti pubblici, cambiamenti di natura sociale hanno forti ripercussioni sull'intero assetto della contrattualistica pubblica; dunque, in tale ambito, emerge notevolmente la rilevanza primaria dell'esercizio del potere discrezionale²²⁷.

Le argomentazioni addotte hanno trovato riscontro nella nuova rubrica dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, laddove la scelta di suddetti criteri compete all'amministrazione, essendo frutto di discrezionalità tecnica, da impiegarsi senza mai tralasciare la discrezionalità amministrativa, ossia tenendo conto delle esigenze che dovranno essere soddisfatte mediante il contratto²²⁸.

A maggior supporto di quanto detto finora va riportato che nel comma quarto è stata accolta con favore la decisione del Governo di non riprodurre il comma 6 dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016. Tale norma forniva un'elencazione di criteri

²²⁶ M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. Amministrativo.*, n. 2, 2002, p.283 ss.

²²⁷ Consiglio di stato, sezione V, 18 agosto 2023, n.7811, in www.giustiziaamministrativa.it

²²⁸ A. DONATO, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, TOMO I, 2023.

che potevano essere utilizzati per la valutazione dell'offerta tecnica, che ricomprendeva: pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per i soggetti con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, *rating* di legalità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni²²⁹.

Dunque, dalla formulazione del comma 6 dell'art. 95 del previgente decreto legislativo n. 50 del 2016, è stata eliminata l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati, che, secondo quanto riportato dal Consiglio di Stato nella relazione illustrativa al nuovo codice, potrebbero essere inseriti eventualmente in una normativa attuativa di carattere secondario. Tuttavia, non è chiaro a quale normativa attuativa di carattere secondario si riferisca il Consiglio di Stato, in quanto l'art. 108 non fa riferimento a ulteriori fonti per l'individuazione di tali criteri. Questa scelta del Consiglio di Stato di non esemplificare i criteri da utilizzare nei contratti e nelle procedure soggetti al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe derivare dall'intenzione di lasciare ampio margine di scelta discrezionale alla stazione appaltante in relazione alle peculiarità e alle specifiche esigenze del contratto da affidare. Tale scelta è preordinata al soddisfacimento dell'esigenza di consentire alle stazioni appaltanti di valutare l'interdipendenza degli elementi, adeguando il peso delle componenti tecnica ed economica alle effettive caratteristiche dello specifico appalto. Se, da un lato, le intenzioni sono quindi quelle di lasciare ampio margine di valutazione alla stazione appaltante, dall'altro,

²²⁹ M.CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, op. cit.

tale assetto viene controbilanciato dal rispetto dei principi di parità, non discriminazione e trasparenza.

Difatti, secondo gli indirizzi della giurisprudenza comunitaria, il rispetto dei principi da ultimo enunciati impongono che i criteri di aggiudicazione siano oggettivi, così da garantire che il confronto e la valutazione delle offerte vengano condotti in modo oggettivo, in condizioni di effettiva concorrenza. Ciò non si verificherebbe in caso di criteri che attribuiscono all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta²³⁰ o che siano del tutto generici²³¹. La giurisprudenza, poi, si spinge oltre, esplicitando che i criteri di aggiudicazione devono essere formulati in modo da consentire a tutti gli operatori economici che vogliano presentare un'offerta di conoscerne la portata esatta al fine di interpretarli in egual modo²³². Il comma quarto, nel premettere che i criteri di selezione devono essere predefiniti negli atti induttivi della gara onde evitare un'alterazione della *par condicio*, e nell'evidenziare che i fattori di ponderazione e di apprezzamento devono essere pertinenti con la tipologia di contratto da aggiudicare, non enuclea tuttavia, a differenza del precedente codice, una serie di criteri ai quali la stazione appaltante potrebbe ispirarsi, ma si limita a specificare che siffatti criteri devono essere oggettivi e tali da non trascurare gli aspetti qualitativi ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Pertanto, è ragionevole affermare che la scelta dei criteri di valutazione delle offerte - ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi specificatamente indicati nella *lex specialis*, e ivi compresa la disaggregazione eventuale del singolo criterio

²³⁰ Corte di giustizia. UE, sezione III, 10 maggio 2012, C-368/10, in EUR-Lex.

²³¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sezione IV, n.1043/2020, in www.giustiziaamministrativa.it.

²³² Sentenza *Wienstrom*, causa C-448/01, in EUR-lex.

valutativo in sub criteri - è espressione dell'ampia discrezionalità della stazione appaltante. Di conseguenza, come tale è sindacabile in sede giudiziaria tale discrezionalità solo allorché sia stata esercitata in via macroscopicamente illogica, irragionevole e irrazionale, e i criteri adoperati non siano trasparenti e intelligibili e, dunque, siano tali da non consentire all'operatore di calibrare la propria offerta²³³. Seppur tale momento sia connotato da un ampio margine valutativo in seno alla stazione appaltante, l'attività svolta da quest'ultima è senza dubbio orientata da una serie di regole imposte dal legislatore. In particolare, i criteri devono essere *“pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto”* e, inoltre, devono essere preventivamente stabiliti all'interno della *lex specialis* di gara. Nella documentazione di gara la stazione appaltante è tenuta infatti a indicare sia il criterio di aggiudicazione adottato sia i criteri di valutazione, con annessa ponderazione relativa a ogni singolo criterio.

Ulteriore tratto che deve essere riscontrabile nei criteri, non espresso dal *codex* ma intrinseco nel sistema, è la cosiddetta idoneità a differenziare le offerte, spiegata e annoverata tra le linee guida n.2 del 2016 dell'ANAC. In queste ultime, in particolare, viene sancito che i criteri di valutazione delle offerte *“devono essere concretamente idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando*

²³³ Consiglio di Stato, sezione VII, 29 dicembre 2022, n.11580; T.A.R. Lazio, Roma, sezione II-quater, 26 aprile 2022, n.4983, in www.giustiziaamministrativa.it.

situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo”²³⁴.

La caratteristica da ultimo enunciata è utile affinché i criteri non siano tali da appiattare le offerte su valori eguali, e ciò comporta che non siano adoperabili quali criteri gli elementi minimi delle prestazioni, annoverati nella *lex specialis* di gara, e neppure i requisiti di qualificazione, di cui ciascun offerente deve essere dotato.

Da ultimo, va chiarito che i criteri devono essere sufficientemente specifici e dettagliati, difatti è riscontrabile *“un rapporto di proporzionalità inversa tra la specificità dei criteri e l'obbligo delle commissioni aggiudicatrici di motivare i punteggi; tanto maggiore è il livello di dettaglio dei criteri, tanto minore sarà il livello di approfondimento richiesto in sede di motivazione, tanto che, ove il criterio sia molto preciso la motivazione potrà essere superflua e ritenersi sostanzialmente assorbita dall'espressione del punteggio”²³⁵*; di conseguenza è stato più volte ribadito in giurisprudenza che *“nelle gare pubbliche, quanto alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli elementi di valutazione costituisce adeguata e sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sotto voci fornito dalla disciplina di gara è sufficientemente chiaro, analitico ed articolato, come nel caso di specie, sì da delimitare ragionevolmente il giudizio della commissione e nell'ambito di un minimo ed un massimo e da rendere così altrettanto ragionevolmente comprensibile l'iter logico che ha condotto la commissione e i singoli commissari all'attribuzione dei punteggi ai singoli elementi*

²³⁴ ANAC, linee guida n.2 del 2016 *sull'offerta economicamente più vantaggiosa*, in www.anticorruzione.it

²³⁵ IARIA, MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, op.cit

*di valutazione. Solo in difetto di tali condizioni si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici*²³⁶.

Per ciascun criterio la stazione appaltante è libera di prevedere dei sub criteri, sub pesi o sub punteggi. Questi ultimi solitamente vengono adottati qualora vi siano molteplici aspetti da esaminare in modo separato. Appare opportuno precisare che con l'espressione "*punteggi*" ci si riferisce al voto stabilito per ogni criterio; invece, il "*peso*" attiene all'importanza di ciascun elemento in relazione a tutti gli altri. Seppur non esista un obbligo generale di determinazione dei sub criteri, l'individuazione di questi ultimi si rende necessaria qualora l'attribuzione di un punteggio numerico non sia accompagnata da una motivazione. La semplice individuazione di un punteggio numerico è in grado di compensare l'assenza della motivazione solo allorquando vi siano dei criteri eccessivamente analitici; all'opposto, la motivazione si rende necessaria in presenza di criteri generici²³⁷.

Qualora non vengano annoverati nella *lex specialis* di gara dei sub criteri, la stazione appaltante dovrà rendere noto l'iter logico seguito per individuare i punteggi numerici²³⁸.

Appare evidente, dunque, l'importanza attribuita, in questo frangente, al principio della fiducia, il quale emerge in maniera evidente in merito ai criteri di valutazione. Parimenti, stessa importanza si rinviene per il principio del risultato, essendo la scelta di tali criteri rimessa ad un apprezzamento della stazione appaltante che potrà,

²³⁶ Ex multis: Tar Veneto, sez. I, 3 ottobre 2022, n.1478, Tar Lazio, sez. I ter, 21 febbraio 2022, n.2017 e n.2018, Consiglio di Stato, sezione V, n. 225/2021, in www.giustiziaamministrativa.it.

²³⁷ Consiglio di Stato, sezione V, 20 settembre 2016, n.3911, in www.giustiziaamministrativa.it.

²³⁸ Consiglio di Stato, sezione V, 14 gennaio 2019, n.291, in www.giustiziaamministrativa.it.

quindi, selezionare i criteri più idonei al fine di raggiungere il risultato prefissato a seconda delle circostanze.

3.5. CRITERI PREMIALI

Sempre nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa la stazione appaltante può attribuire punteggi ulteriori qualora gli offerenti siano in possesso di determinati requisiti, ulteriori rispetto a quelli previsti per l'aggiudicazione.

Siffatti requisiti sono i criteri premiali.

Ai fini della trattazione, appare opportuno evidenziare che nelle intenzioni del Consiglio di Stato vi era la scelta di non introdurre alcun criterio premiale nel comma 7 dell'art. 108, e dunque di non riprodurre le disposizioni contenute nel comma 13 dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016.

Il mancato inserimento di criteri premiali potrebbe riflettere un'intenzione ben determinata, ossia quella di lasciare alle stazioni appaltanti una maggiore discrezionalità in merito alla definizione dei criteri di valutazione, senza l'obbligo di introdurre specifici elementi premiali. Una scelta che affonda le proprie radici in una riconosciuta e mutata realtà, fotografata dalla giurisprudenza.

Siffatta realtà è connotata da precedenti che riconoscono e accolgono con favore l'ampia discrezionalità che deve riconoscersi alla stazione appaltante nella fissazione dei criteri e dei parametri di valutazione dell'offerta sotto il profilo tecnico; mediante la prefigurazione di punteggi aggiuntivi o premiali, laddove ciò si giustifichi in relazione allo scopo perseguito per mezzo dell'indizione della

procedura selettiva²³⁹. Se da un lato risulta indubbio che ciò potrebbe comportare la perdita di uno strumento di norma utilizzato per incentivare comportamenti virtuosi da parte degli operatori economici partecipanti alle gare d'appalto, dall'altro, è pur vero che il codice del 2023 ha enunciato il principio della fiducia e di conseguenza potranno auspicarsi ugualmente tali comportamenti virtuosi.

Difatti, un'ulteriore ragione per cui il Consiglio di Stato avrebbe scelto di non riprodurre le disposizioni del comma 13 dell'art. 95 potrebbe essere stato il fatto che tali disposizioni potrebbero risultare eccessivamente dettagliate o non più necessarie nel nuovo contesto normativo, o addirittura contrastanti con quest'ultimo.

La scelta del Consiglio di Stato di conformarsi all'art. 67, par. 5, della direttiva 2014/24/UE, come illustrato nella relazione, è coerente con l'obiettivo di allineare la normativa nazionale alle disposizioni comunitarie. In particolare, il riferimento a questa disposizione della direttiva è mirato ai primi due periodi del paragrafo 5 dell'art. 67, che trattano della ponderazione dei criteri di aggiudicazione.

La decisione di lasciare ampio margine di scelta discrezionale alla stazione appaltante per la ponderazione dei criteri di valutazione è in linea con la flessibilità prevista dalla direttiva e riflette l'idea di adattare le procedure di gara alle specifiche esigenze di ciascun contratto. Questo approccio mira a garantire una maggiore aderenza alle peculiarità del settore o del servizio oggetto dell'appalto.

L'intenzione del legislatore era anche quella di recepire i principali orientamenti giurisprudenziali, difatti è stato ritenuto che la rilevanza dei singoli criteri *“in quanto basata su valutazioni discrezionali sfugge all'esame del giudice*

²³⁹ Consiglio di Stato, sezione V, 18 agosto 2023, n. 7811, in www.giustiziaamministrativa.it

amministrativo qualora non risulti manifestamente illogica e sia garantita la trasparenza e la par condicio ai concorrenti e i parametri di calcolo possano essere declinati secondo una valutazione a priori”²⁴⁰.

In sintesi, l'intenzione sembra essere quella di armonizzare il codice con la direttiva europea, consentendo al contempo una certa flessibilità per adattarsi alle specifiche condizioni dei singoli contratti pubblici.

Se queste erano le intenzioni del Consiglio di Stato, tuttavia, a seguito delle audizioni in sede parlamentare e delle osservazioni espresse nei pareri delle competenti Commissioni, il Governo ha introdotto nel comma qui in parola ulteriori periodi riguardanti i criteri premiali. Tale scelta diverge dalla linea tenuta dal Consiglio di Stato, il quale sembra, invece, aver ritenuto che l'inserimento di criteri premiali possa limitare eccessivamente la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'individuazione dei criteri di valutazione più adatti per ciascun appalto²⁴¹.

Il comma 7 dell'art. 108 reintroduce la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nei documenti di gara criteri premiali, riflettendo un chiaro indirizzo di politica legislativa. Trattasi di criteri che attribuiscono un maggior punteggio agli operatori economici che soddisfano determinati requisiti. Nell'attuale assetto normativo, i criteri premiali risultano preordinati a favorire, in particolare, le piccole e medie imprese e la prossimità della sede operativa dell'operatore economico per le prestazioni in cui tale prossimità risulta più efficiente sul piano gestionale²⁴². Tuttavia, è necessario che tali criteri premiali siano compatibili con il

²⁴⁰ Consiglio di Stato, sezione V, 31 marzo 2014, n. 1537, in www.sentenzeappalti.it

²⁴¹ L.R. PERFETTI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, op. cit.

²⁴² B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, op. cit.

diritto dell'Unione europea e che rispettino i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

La prima tipologia di criteri premiali riguarda la partecipazione delle piccole e medie imprese, che è considerata in modo estremamente generico e, quindi, non dovrebbe creare problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento. La seconda tipologia, relativa alla prossimità della sede operativa, potrebbe invece sollevare questioni, in quanto fonte di ostacolo alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi da parte di operatori economici.

La giurisprudenza amministrativa²⁴³ ha sottolineato il carattere anticoncorrenziale delle clausole che richiedono che la sede operativa si trovi entro una certa distanza rispetto al luogo nel quale espletare il servizio, difatti il Consiglio di Stato ha chiarito che *“proprio al fine dell’eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione, non possono ritenersi valide tutte quelle clausole della lex specialis di gara che limitano in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione dei servizi da parte degli operatori che hanno sede al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara”*²⁴⁴.

Inoltre, limitare in modo ingiustificato la libertà di stabilimento o di prestazione dei servizi potrebbe violare i principi europei di libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici²⁴⁵.

²⁴³ *Ex multis*: Consiglio di Stato, sezione V, 12 luglio 2004, n.5049; Tar Latina (Lazio), sezione I, 20 dicembre 2017, n.637, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁴⁴ Consiglio di Stato, sezione V, 15 novembre 2021, n.7597, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁴⁵ anche la Corte costituzionale ha avuto modo di enunciare tale concetto in più occasioni dichiarando che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale collide con il principio di uguaglianza. Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n.207, e 22 dicembre 2006, n.440. in www.gazzettaufficiale.it In tal senso si è pronunciato anche il Consiglio di stato, sezione V, 15 novembre 2021, n. 7597, in www.giustiziaamministrativa.it

Anche la Corte costituzionale ha affermato, diverse volte, l'evidente contrasto tra il principio di eguaglianza e la discriminazione delle imprese in base ad un criterio incentrato sulla localizzazione territoriale²⁴⁶.

Appare opportuno precisare che il suddetto criterio premiale, nonostante le contestazioni mosse, appare pienamente coerente con una concezione di concorrenza regolata, accolta nel nostro ordinamento; a sostegno di quanto detto, è necessario richiamare un'altra decisione della Corte costituzionale nella quale si dichiara espressamente che *“la tutela della concorrenza non è un fine ma uno strumento che può essere sacrificato a fronte di interessi superiori”*²⁴⁷, al contempo chiarendo altresì, in occasione di una successiva pronuncia, che *“il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti”*²⁴⁸.

La praticabilità di tali criteri premiali deve essere valutata caso per caso, tenendo conto delle specifiche caratteristiche del settore e della prestazione da affidare. La trasparenza e la proporzionalità devono guidare l'adozione di tali criteri per garantire una concorrenza effettiva e la partecipazione più ampia possibile nel mercato. Questo ci fa comprendere quanto sia importante il potere discrezionale della stazione appaltante.

Per completezza nell'esposizione, bisogna far riferimento anche ai criteri premiali riguardanti la parità di genere. Il decreto-legge n. 57 del 29 maggio 2023 ha apportato modifiche al nuovo Codice degli appalti in materia di criteri premiali nelle aggiudicazioni anche per ciò che attiene alla parità di genere. In base alle

²⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n.207; Corte costituzionale, sentenza 22 dicembre 2006, n.440, www.cortecostituzionale.it.

²⁴⁷ Corte costituzionale, n.131/2020, www.cortecostituzionale.it.

²⁴⁸ Corte costituzionale, n.218/2021, www.cortecostituzionale.it.

modifiche introdotte, l'attribuzione dei punteggi premiali è ora espressamente subordinata al comprovato possesso della certificazione della parità di genere da parte dei datori di lavoro delle imprese partecipanti alle gare d'appalto. Ciò significa che le imprese dovranno dimostrare di possedere detta certificazione della parità di genere cui all'art. 46-bis del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, che attesta l'effettivo rispetto dei requisiti in materia di parità di genere nei luoghi di lavoro.

Inoltre, sempre in relazione ai criteri premiali, viene alla luce un'ulteriore problematica: la questione attinente alla legittimità dell'inserimento di fattori che potrebbero risultare quali requisiti soggettivi tra i criteri di valutazione delle offerte²⁴⁹.

Nel secondo capitolo si è già avuto modo di affrontare la problematica relativa al divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione, dibattito risolto in favore del possibile utilizzo di requisiti soggettivi quali criteri di valutazione unicamente nei casi in cui permettano di apprezzare meglio il contenuto dell'offerta e qualora siano attinenti ad aspetti che influenzano esplicitamente la qualità della prestazione. Sulla scorta di tale orientamento il nuovo codice configura il *rating* di impresa e legalità quali requisiti di partecipazione non quali criteri premiali.

In conclusione, per quanto concerne i criteri premiali, essi risultano in linea con il principio del risultato, specie nella parte in cui viene in rilievo la strumentalità della concorrenza.

²⁴⁹ R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit.

Al contrario, risultano in contrasto con il principio della fiducia, difatti nel nuovo codice non è stato dato seguito alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato.

4. CRITERIO DEL MINOR PREZZO

A seguito della compiuta disamina dell'offerta economicamente più vantaggiosa conviene soffermarsi sull'ulteriore criterio di aggiudicazione previsto e disciplinato dal D.lgs. 36/2023: il criterio del minor prezzo.

L'art. 108, al terzo comma, tratta del criterio del minor prezzo. In analogia con il comma 4 dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, esso stabilisce che, nel caso di appalti sopra-soglia, il criterio del minor prezzo possa essere utilizzato solo in un'ipotesi specifica: nei contratti di servizi e forniture le cui caratteristiche siano standardizzate o definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dal codice stesso²⁵⁰. Il suddetto criterio non muta i suoi caratteri essenziali a seguito dell'adozione del nuovo codice, difatti comporta oneri minori e lascia minor spazio a eventuali contestazioni, essendo il criterio del minor prezzo meno suscettibile di dar luogo a contrasti in sede giudiziale²⁵¹.

Nell'elaborazione della disciplina in parola, secondo quanto indicato nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato, si è tenuto conto anche delle Linee guida ANAC n. 2 sull'attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, riguardanti l'“*Offerta economicamente più vantaggiosa*”. Tali linee guida, approvate dal

²⁵⁰ News UM N.10/2024: *Criterio di aggiudicazione per gli appalti con caratteristiche standardizzate e ad alta intensità di mano d'opera*, news n.10, 29 gennaio 2024, in www.giustiziaamministrativa.it

²⁵¹ TAR Campania, Napoli, Sezione I, 1° agosto 2007, n.7172 secondo cui tale criterio risulta “*connotato da semplicità e rapidità nella selezione dell'offerta migliore, con preferenza dei principi di immediatezza e trasparenza delle operazioni di gara*”, in www.giustiziaamministrativa.it.

Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e successivamente aggiornate al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con delibera n. 424 del 2 maggio 2018, vengono in rilievo poiché si occupano della definizione di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato²⁵², definizione di cui il legislatore ha tenuto debitamente conto nell'elaborazione della disciplina del criterio del minor prezzo.

In sostanza, il criterio del prezzo più basso viene utilizzato principalmente in tre ipotesi: (a) la prima riguarda l'appalto in cui i vantaggi scaturenti da una valutazione qualitativa siano prossimi allo zero, (b) la seconda concerne gli appalti in cui le prestazioni siano standardizzate, ove dunque gli elementi qualitativi siano prestabiliti e non suscettibili di essere revisionati da parte degli offerenti, (c) la terza e ultima ipotesi attiene all'importo del contratto, qualora esso consista in una cospicua somma ed è, in ragione di ciò, ritenuto opportuno rinunciare ai vantaggi di una valutazione qualitativa per ottenere una netta riduzione delle tempistiche e dei costi, che invece l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporterebbe.

Invero, l'art. 108 non ripropone il contenuto del comma 5 dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, il quale stabiliva che "*le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 [criterio del minor prezzo] ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta*". Nonostante nell'art. 108 non sia più richiesta

²⁵² per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato si intendono quei servizi che non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a specifiche norme nazionali, europee o internazionali. Una tipizzazione di suddetti contratti è stata effettuata dall'allegato II.2 in riferimento al settore della difesa e della sicurezza.

alcuna adeguata motivazione nel caso di aggiudicazione al minor prezzo, è comunque utile richiamare la giurisprudenza che, con riferimento a tale disposizione: a) in primo luogo, ha affermato l'applicabilità della disciplina anche ai settori speciali²⁵³; b) in secondo luogo, ha chiarito che il mero richiamo al carattere standardizzato della prestazione non è sufficiente a soddisfare il requisito della adeguata motivazione, essendo necessario esplicitare più ampiamente le ragioni del ricorso a tale criterio, che rappresenta comunque una facoltà e non un obbligo²⁵⁴; c) e, in terzo luogo, ha affermato l'obbligo di fornire una motivazione più ampia per il ricorso al criterio del minor prezzo, evidenziando le ragioni specifiche e i motivi per cui è stato scelto, dato che tale ricorso costituisce una facoltà e non un obbligo²⁵⁵.

Anche nell'uso del criterio del prezzo più del prezzo più basso si scorge un momento in cui a venire in rilievo è la discrezionalità della stazione appaltante: è infatti attribuita all'amministrazione la facoltà di escludere l'offerta qualora quest'ultima non indichi una voce di prezzo. In tal caso, l'offerta risulta irregolare e siffatta anomalia non è suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio²⁵⁶.

Indubbiamente, la novità di maggior rilievo introdotta risiede nella mancata richiesta di un'adeguata motivazione nel caso di aggiudicazione mediante il criterio del minor prezzo. Ciò, come visto, da un lato si pone in netta contrapposizione rispetto al pensiero giurisprudenziale sul punto, dall'altro appare pienamente

²⁵³ Consiglio di stato, sezione V, sentenza del 21 maggio 2020, n.3210, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁵⁴ TAR Veneto Venezia I 25.11.2019, n. 1277 in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁵⁵ TAR Calabria Reggio Calabria I 25.2.2017, n. 166 in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁵⁶ R.DI PACE, Manuale dei contratti pubblici, op. cit.

coerente con il principio della fiducia, difatti la stazione appaltante avrà la facoltà, non l'obbligo, di motivare.

5. PRINCIPIO DEL RISULTATO: LA FACOLTÀ DI NON AGGIUDICARE

Valevole per entrambi i criteri di aggiudicazione è la facoltà di non aggiudicare la gara. Prima di addentrarci nel vivo di suddetta facoltà, è opportuno compiere una premessa.

Si è in più occasioni parlato di discrezionalità. Appare dunque opportuno chiarire che il margine di apprezzamento di cui trattasi è riscontrabile non soltanto nei casi in cui nel testo di legge vengano utilizzati termini quali *ordinare*, *scegliere*, *utilizzare*, ma anche in tutti i casi nei quali il regolamento non imponga all'amministrazione un'azione specifica nonostante l'esistenza di determinate condizioni²⁵⁷. Esempi concreti sono forniti proprio dal nuovo codice, specie laddove enuncia che *“l'amministrazione facilita l'accesso degli operatori economici al mercato”* (art. 3), *“le autorità competenti facilitano l'accesso degli operatori economici al mercato”* (art. 3), *“le autorità pubbliche organizzano autonomamente la realizzazione dei progetti [...]”* (art. 7). In altre parole, ci si trova dinanzi a situazioni nelle quali alcuni incarichi sono lasciati interamente alla discrezione della pubblica amministrazione, circostanze in cui ai responsabili

²⁵⁷ M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, 4 ottobre 2023, in Federalismi.it.

dell'attività viene attribuito l'onere di procedere in ordine a determinate scelte, e di addurre le motivazioni che hanno condotto a esse²⁵⁸.

Il comma 10 dell'art. 108 riguarda uno dei casi in oggetto: la disposizione, simile al comma 12 dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, afferma che le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Questa facoltà deve essere espressamente indicata nel bando di gara o nell'invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte. La non convenienza o idoneità dell'offerta viene valutata dalla stazione appaltante, appare dunque evidente la portata del principio della fiducia presente in siffatta disposizione.

Nel confronto con il comma 12 dell'art. 95, le modifiche apportate sono state due:

a) la prima attiene alla precisazione sull'invito: viene chiarito che la facoltà di non aggiudicare è indicata esplicitamente nell'invito e chiaramente ci si riferisce alle "*procedure senza bando*". Siffatta puntualizzazione, invero, appare pleonastica, poiché l'invito è comunemente utilizzato nelle procedure senza bando²⁵⁹;

b) la seconda modifica è inerente alla fissazione del termine: viene introdotto un termine entro il quale la facoltà di non aggiudicare può essere esercitata, ossia entro trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte. Questo termine risulta senza dubbio correlato al novellato principio di risultato, e pertanto appare preordinato alla conclusione delle procedure di affidamento in tempi minori rispetto a quanto accadeva con la previgente normativa.

²⁵⁸ G. COCOZZA, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisdizionali*, in Riv. Il Processo n. 1, 2023, p. 111 ss.

²⁵⁹ F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit.

Quindi, il comma 10 mantiene la possibilità per le stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione, ma introduce alcune precisazioni sulla forma e sul termine entro il quale questa facoltà può essere esercitata, fornendo indicazioni specifiche per le procedure senza bando.

Sembra superfluo specificare che la motivazione nella facoltà di non aggiudicare varia a seconda dell'utilizzo del criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché utilizzando il criterio da ultimo citato la stazione appaltante avrà indubbiamente un più ampio margine di valutazione, essendo i poteri di non aggiudicare certamente maggiori in questo caso rispetto a quello in cui sia utilizzato il criterio del prezzo più basso, nel quale tali poteri sono sensibilmente ridotti.

In ogni caso, non si potrà prescindere dalla motivazione poiché la non aggiudicazione per non convenienza o idoneità delle offerte presentate incarna l'eccezione rispetto alla regola per cui la gara deve essere aggiudicata all'operatore economico che ha presentato la migliore offerta²⁶⁰.

Di recente, la giurisprudenza si è espressa circa la natura e i limiti del potere di non aggiudicare la gara dichiarando che *“se per giustificare la scelta di non aggiudicare l'amministrazione richiama profili e valutazioni già svolte dalla commissione giudicatrice si verifica una revisione sostanziale di tali giudizi; invece, vengono invocate esigenze sopravvenute alla conclusione della procedura di gara [...] si fuoriesce dall'ambito normativo segnato dalla disposizione in esame la quale impone di valutare la convenienza all'idoneità dell'offerta in relazione all'oggetto*

²⁶⁰ Consiglio di Stato, sezione VII, 17 gennaio 2023, n.582, in www.giustiziaamministrativa.it
Vedasi anche MANZI, sub art 81, in *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, a cura di Caringella-Proto, Roma, 2011.

*del contratto, non con riferimento a eventi non contemplati nel programma contrattuale posto a base di gara (in relazione ai quali, invece, dovrebbero essere esercitati i poteri di revoca del bando e di rinnovo della gara). In ogni caso, nella fase di attuazione del giudicato e dei relativi effetti conformativi, l'esercizio del potere di non aggiudicare soffre di ulteriori limiti, dovendosi evitare che, in presenza di un giudicato che riconosce al ricorrente vittorioso il diritto all'aggiudicazione, il bene della vita attribuito dalla sentenza di cognizione sia vanificato dalla decisione discrezionale dell'amministrazione di non aggiudicare. Il potere di non aggiudicare, secondo logica, va esercitato prima di adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva; una volta disposta l'aggiudicazione residuano eventualmente i soli poteri di autotutela*²⁶¹.

Ora, focalizzando l'attenzione sul termine di 30 giorni, è facile comprendere la stretta correlazione tra quest'ultimo e il principio del risultato. La previsione del termine di esercizio della facoltà di non aggiudicare mostra un chiaro collegamento con il principio del risultato relativamente alla tempistica di conclusione delle procedure di affidamento, come indicato negli artt. 1 e 17, comma 3, del codice degli appalti. Difatti, la massima tempestività dell'affidamento è, senza dubbio, uno degli obiettivi principali che il legislatore ha inteso raggiungere mediante l'introduzione del principio del risultato.

Le ragioni a sostegno dell'introduzione del comma 10 dell'art. 108 possono essere molteplici. Tale disposizione potrebbe essere stata introdotta per garantire la certezza dei rapporti giuridici nell'ambito delle procedure di affidamento.

²⁶¹ Consiglio di Stato, sezione V, n. 384/2023, www.giustiziaamministrativa.it.

La norma potrebbe essere stata introdotta per assicurare la tempestività e l'efficienza delle procedure di affidamento, stabilendo un termine specifico entro il quale la stazione appaltante può esercitare la facoltà di non aggiudicare. Tale termine potrebbe essere stato fissato anche per evitare prolungamenti eccessivi delle fasi decisionali, contribuendo così alla celerità degli affidamenti, risultando quale declinazione privilegiata del principio del risultato.

In ogni caso, considerata la mancanza di ulteriori dettagli forniti nella relazione illustrativa o nel testo normativo, le ragioni sottese a questa modifica potrebbero essere oggetto di varie interpretazioni e valutazioni, anche in ragione del fatto che si fa riferimento indistintamente ad ambedue le procedure di aggiudicazione. Come si è detto nel secondo capitolo, tali procedure si differenziano specie per le tempistiche, essendo il criterio del minor prezzo contraddistinto dalla celerità. Dunque, stabilire una tempistica valevole per entrambe non è forse un errore? Non si potrà far altro che attendere!

Allo stesso modo, bisognerà attendere per comprendere, in relazione al profilo processuale, quale sia l'azione effettivamente esperibile allorché si considerasse che, al decorso del termine, consegua una pretesa azionabile in giudizio a opera del primo classificato in graduatoria. A tale proposito, i rimedi esperibili sono potenzialmente tre: *in primis*, un'azione di mero accertamento finalizzata ad appurare il diritto del primo classificato di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto; in secondo luogo, un'azione di condanna nei confronti dell'amministrazione affinché questa disponga l'aggiudicazione; e, in terzo e ultimo luogo, un ricorso avverso il silenzio, a norma dell'art. 117 c.p.a., finalizzato a censurare l'illegittimità

dell'inerzia della stazione appaltante. E, anche in tal caso, non si potrà far altro che attendere!

Da ultimo, appare opportuno evidenziare che, nonostante i dubbi di sorta che l'applicazione pratica indubbiamente chiarirà, tale facoltà riservata alla stazione appaltante è confacente rispetto ai novellati principi del risultato e della fiducia. Tale aderenza è rinvenibile in più momenti, il primo, senza dubbio è il termine di 30 giorni, preordinato alla massima celerità, il secondo attiene alla valutazione circa la non convenienza o idoneità dell'offerta in relazione all'oggetto del contratto, momento in cui l'amministrazione compie una valutazione inerente al pubblico interesse, difatti, ci si trova dinanzi ad un potere dell'amministrazione dal carattere ampio ed altamente discrezionale.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tirando le fila del discorso è possibile affermare che ci si trova dinanzi a un codice elaborato e pensato quale strumento di sviluppo del Paese.

Risultato o trasparenza?

Velocità o rispetto delle regole?

Realizzazione dell'opera o rispetto delle procedure?

Queste esigenze non possono essere interpretate necessariamente in senso antitetico l'una rispetto all'altra, ma, anzi, possono e devono coesistere. Come si è avuto modo di osservare nel corso della trattazione, il legislatore nel 2023 ha accolto con favore tale assunto.

Il codice dei contratti pubblici ha concepito un volto nuovo dell'amministrazione pubblica, la quale non è più in contrasto con i cittadini, ma coopera con essi. Attenzione! Ciò non significa ovviamente che si dia maggior spazio a fenomeni corruttivi, bensì si traduce in dinamiche di collaborazione e promozione del benessere, poiché le imprese sono il più potente motore dello sviluppo economico del Paese.

Con il presente lavoro si è ripercorsa la storia dei contratti pubblici e, in particolare, quella dei criteri di aggiudicazione. Ne è risultata una cronistoria riassumibile in quattro periodi: il primo, con la legge Merloni, caratterizzato da un azzeramento della discrezionalità e da un'incessante ricerca del contrasto alla corruzione; il secondo, con il codice del 2006, caratterizzato da maggiore discrezionalità, essendo i criteri di aggiudicazione tassativi ed equivalenti; il terzo, con il codice del 2016, mediante il quale vengono in rilievo molteplici interessi, la cui valutazione è lasciata in capo alle stazioni appaltanti; il quarto e ultimo periodo, con il codice del

2023. Si è avuto modo di osservare le principali novità circa i criteri di aggiudicazione, innovazioni che non solo sono inclini a un aumento della discrezionalità, ma che necessitano di essere lette alla luce dei novellati principi del risultato e della fiducia.

Le novità di maggiore interesse, di cui si è avuto modo di parlare, attengono alla sconfessata strumentalità dei criteri di aggiudicazione alla realizzazione di una concorrenza effettiva, all'eliminazione dell'elenco dei criteri di valutazione, all'eliminazione del tetto massimo per il punteggio economico nonché ai criteri premiali raffrontati al nuovo abito assegnato alla concorrenza. Nondimeno, si è altresì avuto modo di mettere in luce le ulteriori piccole modifiche, inerenti all'istituto dei criteri di aggiudicazione, che hanno permesso di comprendere la logica sottesa al nuovo codice dei contratti pubblici.

Il *fil rouge* che lega la disciplina del codice del 2023 è la discrezionalità. Difatti, il Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Francesco Caringella sostiene che, laddove venga riaffermato il primato della decisione amministrativa, *“il codice contiene un atto di stima, se non una dichiarazione d'amore per la capacità amministrativa di produrre norme concrete ed efficaci attraverso l'uso appropriato del potere di ponderazione”*²⁶².

In tal senso, il lavoro dei funzionari diventa un investimento affinché le risorse pubbliche raggiungano il loro obiettivo, creando una cultura di buona amministrazione.

²⁶² F. CARINGELLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* 19 giugno 2023, in www.giustiziaamministrativa.it

A parere di chi scrive, emerge un dato certo: non ci si trova dinanzi a una legislazione astratta, bensì si è al cospetto di una legislazione la cui interpretazione e la cui sorte dipendono da tutti, dipendono da noi!

Un ulteriore dato certo è che i principi, i quali sono stati anteposti alle norme, saranno, senza dubbio, una guida importante. Il mio auspicio, la mia esortazione sincera, è che questa iniziativa sia in grado di catalizzare uno sviluppo e la realizzazione di un paese migliore.

FINE.

BIBLIOGRAFIA

ACKERLOF G., *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in Quarterly Journal of Economics, 1970.

ALBONETTI D., *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, III edizione, Maggioli editore, 2012.

ALLEGRETTI U., *La costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in Costituzionalismo.it, n.2, 2018.

ARMENANTE F., *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2023.

ASSONIME, Associazione fra le società italiane per azioni, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, 12 dicembre 2023, p.5.

AURORA D., *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, TOMO I, 2023.

BACCARINI S., CHINÈ G., PROIETTI R., *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, p.987.

BERTELLI A., GALLO L., PANCONI M. C., *Le principali novità del nuovo codice dei contratti*, p.5.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (teoria generale e dogmatica), Milano, 1971.

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2014.

BOMBARDELLI M., *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI A., *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001.

BOSO A., *Lavori pubblici*, in Informazione tecnica on-line.

BOTTO A., CASTROVINCI ZENNA S., *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, 2020.

BRIGANTE V., *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, "Il diritto dell'economia", issn 1123-3036, anno 64, n.97 (3 2018), pp. 955-991.

BRUNO B., MARIANI M., TOMA E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, 2023.

BUONAGURA P., *I criteri di aggiudicazione*, in *I nuovi appalti pubblici*, 2021, p. 613.

CAFAGNO M., FARÌ A., *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich, Commentario al Codice dei contratti pubblici, 2019.

CAMMAROTA G., *Primi appunti sul tema: principio del buon andamento e controlli amministrativi interni*, in Incontri di San Martino "Amministrazione e Costituzione", Bologna, 27-28 ottobre 2000.

CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, 2002, Milano, 2003.

CANCRINI A., VAGNUCCI F., *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in Giornale di diritto amministrativo, 3/3023 pp. 325-331.

CARBONE L., *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*. In www.giustiziaamministrativa.it.

CARINGELLA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* 19 giugno 2023, in www.giustiziaamministrativa.it.

CARINGELLA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* Relazione al convegno sul nuovo codice dei contratti pubblici organizzato dall'AIGA e tenutosi a Cagliari, 9-10 giugno 2023. In www.giustiziaamministrativa.it.

CARINGELLA F., *Nuovo codice dei contratti pubblici*, 2023.

CARULLO A., IUDICA G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018 p.814.

CARUSO E., *la funzione sociale dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza?* Napoli, Jovene, 2021.

CASSESE S., *verso un nuovo diritto amministrativo?* In giornale di diritto amministrativo.

CERCHIA A., *Pubblica amministrazione e scelta del contraente: metodi multicriteri e offerta economicamente più vantaggiosa*, Napoli, 2007.

CHIARIELLO A.M., *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in Il diritto dell'economia ,1, 2023, pp. 141-161.

CHIRULLI P., *Commento all'art. 95*, p. 1247.

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 251 e ss.,

CINTIOLI F., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [ww.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

CLARICH M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019.

CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n.19/2015.

CLARICH M., *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *corriere giuridico*, 2002, 1401 ss.

COCOZZA G., *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisdizionali*, in *Riv. Il Processo* n. 1, 2023, p. 111 ss.

COSMAI P., BUONANNO A., *La riforma del codice appalti*, 5/202.

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici*, 2017, p. 1330 ss.

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici*.

DEODATO C., *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in www.giustizia-amministrativa.it, 8 maggio 2017.

DIPACE R., *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, p.639.

DIPACE R., *Manuale dei contratti pubblici*, 2023.

DONATO A., *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, TOMO I, 2023.

DOTA S., DI BARI A., *Le principali novità del codice dei contratti*, (decreto legislativo N. 36/2023) (Anci) p.10-11.

FIDONE G., *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich, *commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino ,2019.

FIGUERA G.C., *Offerta economicamente più vantaggiosa e nuovo criterio del "prezzo o costo fisso"*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2022, pp.243-249.

FIORENTINO L., *I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2019, pp.741-746.

GALLIGAN D.J., *La discrezionalità amministrativa*.

GARELLA F.-MARIANI M., *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50*, Torino 2016, 249.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

GIANNINI M.S., *La funzione del giurista nella società contemporanea*, in "Legalità e giustizia", 1985.

GILI L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità a più fasi*, in *Urbanistica appalti*, 2017, p. 24 e ss.

GILI L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, p.24 e ss.

GIORDANO C., nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n.13, il.dirittoamministrativo.it.

GIUSTINIANI M., FONTANA P., *Le gare pubbliche: guida alle fasi di formazione del contratto pubblico*, Roma, 2021.

GUASTINI R., *Intpretare e argomentare*, Milano, 2011.

IARIA D., MARRONE I., *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2019.

IARIA D., MARRONE I., *Aggiudicazione dei settori ordinari*, in Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

LAMBERTI C., VILLAMENA S., *Nuove direttive appalti, "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2015, p.880.

LIPARI M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2007, p.7.

MANGANI R., *Nuovo codice, tetto del 30% al prezzo solo per gli appalti ad alta intensità di manodopera*, in *Il sole 24 ore*, 4 maggio 2023.

MANZI A., sub art 81, in *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, a cura di Caringella F.-Protto M., Roma 2011.

MARUOTTI L., *Discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in ww.giustizia-amministriva.it, 2023.

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

MASTRAGOSTINO F., *Diritto dei contratti pubblici*, 2024.

MONTEDORO G., *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

NAPOLITANO G., *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3, 2023.

NAPOLITANO G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *giornale di diritto amministrativo*, pp.292-293.

NIGRO, M. *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

PASUTI C., *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

PERFETTI L.R., *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023.

PESCATORE G., *L'aggiudicazione per settori ordinari*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli-Ferrari, Roma, 2016. P.106 ss.

PORTALURI P., *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

RATTI G.B., *Norme, principi e logica*, Roma, 2009.

REALFONZO U., BERLOCO R., *I principi e le procedure di affidamento*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*. Tomo I, 2023.

RECLA J., *Il tetto massimo del 30% per il punteggio economico si applica a tutte le procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa?* in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 4/2019, pp.32-39.

ROVELLI G., *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustiziaamministrativa.it.

RUSSO G., *Il principio della fiducia: discrezionalità e tutele*, in "il sole 24 ore"

SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in www.giustiziainsieme.it, luglio 2023.

SCIANCELEPORE V., art 94-99, in *Il Codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50*, a cura di F. Garella, M. Mariani, Torino, 2016, p.250.

SCIAUDONE F., *Le nuove direttive appalti e concessioni*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, a cura di Franchini-Sciaudone, Roma 2017.

SENZIANI D., *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013.

SICILIANO F., *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Giuffrè Editore, 2010.

SPASIANO M., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. Amm.*, 2000, p. 131 ss.

SPASIANO M.R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. Amministrativo.*, n. 2, 2002, p.283 ss.

SPASIANO M.R., *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Rivista di Diritto dell'economia.*, n. 2, 2021, p. 25 ss.

SPASIANO M.R., *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, 4 ottobre 2023, in *Federalismi.it*.

TACCOGNA G., commento CGUE, 7 ottobre 2004, in C-247/02 *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Foro Amm. – t.a.r.*, 2004.

TULUMELLO G., *L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l'influsso del diritto Ue sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione* (anche a margine di Corte cost., n.271/2019), in *giuricost.org*, 2019, III.

USAI S., *Prima l'offerta poi i requisiti: il nuovo codice generalizza "l'inversione procedimentale"*, in *Il sole 24 ore*, 2023.

VICKREY W.S., *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1 (Mar. 1961), pp. 8-37.

VIOLINI L., *Le questioni giuridiche controverse nel procedimento amministrativo, sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

VOLPE C., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure ordinarie di efficienza per la nuova competitività sul mercato*, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia CE, in C-448/01, punti 35-43.
Corte di giustizia CE, in C-19/00, cit., punto 36.
Corte di giustizia CE, Sentenza Concordia Bus, causa C-513/99.
Corte di giustizia CE, in C-532/06, cit.; Id., in C-315/01.
Corte di giustizia CE, *Wienstrom*, causa C-448/01.
Corte di giustizia CE. 20 settembre 1988, causa C-31/87; 18 ottobre 2001, causa C-19/00.
Corte di giustizia CE sentenza 22 giugno 1993, Causa C-243/89 Commissione/Danimarca.
Corte di giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99.
Corte di giustizia CE nelle sentenze 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*.
Corte di giustizia CE, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01.
Corte di giustizia CE, 4 dicembre 2003, causa C-448/01.
Corte di giustizia UE, sezione VII, 21 luglio 2011, causa C-252/10.
Corte di giustizia CE, sentenza 10 maggio 2012, *Commissione/ Paesi Bassi*, causa C-368/10.
Corte di giustizia. UE, sezione III, 10 maggio 2012, C-368/10.
Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18.
Corte costituzionale n.131/2020.
Corte costituzionale, n.131/2020.
Corte costituzionale, n.218/2021.
Corte costituzionale, sentenza 218/2020.
Corte costituzionale, sentenza 4 dicembre 1968, n. 123.
Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n.207, e 22 dicembre 2006, n.440.
Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n.207.
Corte costituzionale, sentenza 22 dicembre 2006, n.440.
Corte costituzionale sentenza 23 novembre 2007, n. 401.
Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 21.05.2019 n.8.
Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 7 del 2 aprile 2020.
Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n.8 del 2 aprile 2020.
Consiglio di Stato, sezione III, 10 agosto 2016, n.3599.
Consiglio di Stato, sezione III, 11 marzo 2019, n.1635.
Consiglio di Stato, sezione III, 13 marzo 2018, n.1609.
Consiglio di Stato, sezione III, 15 aprile 2013, n.2032.
Consiglio di Stato, sezione III, 16 ottobre 2012, n.5282.
Consiglio di Stato, sezione III, 2 maggio 2017 n. 2014.
Consiglio di Stato, sezione III, 2 maggio 2017, n. 2014.
Consiglio di stato, sezione III, 2 maggio 2017, n. 2014.
Consiglio di Stato, sezione III, 2.05.2017 n.2014.
Consiglio di Stato, sezione III, 21 ottobre 2015 n.4812.
Consiglio di Stato, sezione III, 23 febbraio 2015, n.907.
Consiglio di Stato, sezione III, 27 settembre 2016 n. 3970.
Consiglio di Stato, sezione III, 27.09.2016 n.3970.
Consiglio di Stato, sezione III, n. 5379/2018.

Consiglio di Stato, sezione III, sentenza del 2 maggio 2017, n. 2014.
Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 10673/2022.
Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 4086/2020.
Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 5179/2023.
Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 7138/2020.
Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n.1076/2020.
Consiglio di Stato, sezione IV, 08.06.2007, n. 3103.
Consiglio di Stato, sezione IV, 17 maggio 2012, n.2848.
Consiglio di Stato, sezione IV, 26 marzo 2012, n.1766.
Consiglio di Stato, sezione IV, 31 maggio 2007, n. 2838.
Consiglio di Stato, sezione IV, n. 6725 del 2018.
Consiglio di Stato, sezione V, 10 gennaio 2013, n. 88.
Consiglio di Stato, sezione V, 12 luglio 2004, n.5049.
Consiglio di Stato, sezione V, 14 gennaio 2019, n.291.
Consiglio di Stato, sezione V, 15 novembre 2021, n. 7597.
Consiglio di Stato, sezione V, 15 novembre 2021, n.7597.
Consiglio di Stato, sezione V, 16 agosto 2018, n.4959.
Consiglio di Stato, sezione V, 16.02.2009, n.837.
Consiglio di Stato, sezione V, 17 gennaio 2018 n. 279.
Consiglio di Stato, sezione V, 18 agosto 2010 n.5844.
Consiglio di Stato, sezione V, 18 agosto 2023, n.7811.
Consiglio di Stato, sezione V, 18 ottobre 2011, n. 5583.
Consiglio di Stato, sezione V, 18/06/2018, n. 3733.
Consiglio di Stato, sezione V, 19.11.2009 n.7259.
Consiglio di Stato, sezione V, 20 settembre 2016, n.3911.
Consiglio di Stato, sezione V, 24.01.2019, n.205.
Consiglio di Stato, sezione V, 25 novembre 2009, n.1986.
Consiglio di Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n. 5282.
Consiglio di Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n.5282.
Consiglio di Stato, sezione V, 31 marzo 2014, n.1537.
Consiglio di Stato, sezione V, 4 marzo 2008 n. 912.
Consiglio di Stato, sezione V, 9 giugno 2023, n.5665.
Consiglio di Stato, sezione V, n. 225/2021.
Consiglio di Stato, sezione V, n. 384/2023.
Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 ottobre 2021, n.7053.
Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 21 maggio 2020, n.3210.
Consiglio di Stato, sezione V, 18 agosto 2023, n.7811.
Consiglio di Stato, sezione VI, 15 novembre 2011, n. 6023.
Consiglio di Stato, sezione VII, 17 gennaio 2023, n.582.
Consiglio di Stato, sezione VII, 29 dicembre 2022, n.11580.
TAR Lombardia, Milano, sezione IV, n.1043/2020.
TAR Campania, Napoli, sezione I, 1° agosto 2007, n.7172.
TAR Lazio, Sezione III, 26 gennaio 2009, n. 630.
TAR Venezia, sezione I, 11 febbraio 2009 n. 340.
TAR Campania, Napoli, sezione VIII, 10 febbraio 2011 n. 825.
TAR Campania, Napoli, sezione VIII, 10 febbraio 2011, n. 825.
TAR Lazio, Roma, sezione I quater, 23 marzo 2012, n.2769.
TAR Campania, Napoli, sezione VIII, 9 ottobre 2013, n.1537.

TAR Campania, Napoli, sezione VIII, 9 ottobre 2013, n. 4522.
TAR Calabria, Reggio Calabria, sezione I, 25 febbraio 2017, n. 166.
TAR Veneto, sezione I, 26 maggio 2017 n. 515.
TAR Latina, Lazio, sezione I, 20 dicembre 2017, n.637.
TAR Sicilia, sezione III, 5 luglio 2018, n.1552.
TAR Lombardia, Milano, sezione IV, 30 luglio 2018, n.1872.
TAR Liguria, sezione II, 21 novembre 2018, n.908.
TAR Campania, Napoli, sezione V, 4 febbraio 2019, n.562.
TAR Veneto, Venezia, sezione I, 25.novembre2019, n. 1277.
TAR Liguria, Genova, sezione II, 17 febbraio 2020, n.125.
TAR Lazio, sezione I ter, 21 febbraio 2022, n.2017 e n.2018.
TAR. Lazio, Roma, sezione II-*quater*, 26 aprile 2022, n.4983.
TAR Veneto, sezione I, 3 ottobre 2022, n.1478.