

LUISS 

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo

**L'offerta anomala
alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici**

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

RELATORE

Chiar.mo Prof. Aristide Police

CORRELATORE

Leonardo D'Alessandro - 164303

CANDIDATO

Anno Accademico 2023/2024

INTRODUZIONE	3
1. OFFERTA DEL CONCORRENTE NELLA PROCEDURA DI GARA ED EVENTUALE ANOMALIA: DEFINIZIONI E NOVITA'	6
1.1 GLI ELEMENTI ESSENZIALI DELL'OFFERTA	6
1.1.1 <i>Criteri di aggiudicazione degli appalti e influenza comunitaria in merito</i>	9
1.1.2 <i>I contenuti: offerta tecnica e offerta economica</i>	11
1.1.2.1 Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa	16
1.1.2.2 Il criterio del minor prezzo.....	26
1.2 L'OFFERTA ANOMALA: <i>RATIO</i> E NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	30
1.2.1 <i>L'applicazione dei principi del risultato, della fiducia e di buona fede e tutela dell'affidamento</i>	39
1.2.2 <i>L'offerta anomala nei contratti sopra-soglia</i>	42
1.2.2.1 La discrezionalità tecnica nella determinazione delle offerte anomale.....	47
1.2.2.2 L'oggetto della valutazione di anomalia	52
1.2.3 <i>L'offerta anomala nei contratti sottosoglia</i>	57
1.2.3.1 La ratio e l'ambito di applicazione della disposizione	59
1.2.3.2 I metodi di determinazione della soglia di anomalia	64
2. IL RUOLO DEL RUP E IL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA.....	68
2.1 LA NUOVA DENOMINAZIONE DEL RUP EX ART 15 D.LGS. 36/2023: NOVITÀ RISPETTO AL D.LGS. 50/2016	68
2.1.1 <i>Competenze e funzioni del RUP</i>	75
2.1.2 <i>Il rapporto tra il RUP e la Commissione giudicatrice: evoluzione storica della disciplina e superamento delle incompatibilità endoprocedimentali</i>	79
2.1.3 <i>La presidenza della Commissione giudicatrice</i>	87
2.2 IL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA	88
2.2.1 IL PASSAGGIO DALLA STRUTTURA PLURIFASICA ALLA STRUTTURA MONOFASICA	89
2.2.2 <i>La cd. assenza di formalismi</i>	92
2.2.3 <i>Il profilo soggettivo relativo alla competenza</i>	95
2.2.4 <i>Il carattere discrezionale e globale del procedimento</i>	99
2.2.5 <i>Le caratteristiche delle giustificazioni</i>	102
3. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEI CONFRONTI DELLA VALUTAZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE.....	106
3.1 LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E I SUOI ELEMENTI	106
3.2 LA DISTINZIONE TRA DISCREZIONALITÀ TECNICA E DISCREZIONALITÀ PURA	110
3.3 LA DISCREZIONALITÀ NELLA VALUTAZIONE DI ANOMALIA.....	113

3.4 IL MERITO TECNICO	119
3.5 LE TIPOLOGIE DI SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMA DI DISCREZIONALITÀ TECNICA	121
3.6 IL PASSAGGIO DALLA INSINDACABILITÀ ALLA SINDACABILITÀ INTRINSECA.....	125
3.7 LA CONTRAPPOSIZIONE TRA SINDACATO DEBOLE E FORTE.....	131
3.8 L'INAMMISSIBILITÀ DEL POTERE SOSTITUTIVO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO	136
3.9 I LIMITI DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN RELAZIONE ALLA VALUTAZIONE DI ANOMALIA	139
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	144
BIBLIOGRAFIA.....	147

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di fornire un'analisi complessiva dell'istituto dell'anomalia dell'offerta, attraverso la disamina degli interventi normativi e delle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali e avendo riguardo alle novità giuridiche introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Le novità del nuovo Codice si pongono in linea di continuità con le Direttive del legislatore comunitario nel settore degli appalti pubblici, volte a garantire il principio di libera concorrenza sul mercato e favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche.

La normativa prevede che l'appalto venga aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa. L'individuazione di tale offerta può fare riferimento al miglior rapporto qualità/prezzo, valutando non solo il prezzo ma anche la qualità dell'offerta, l'esperienza dell'offerente e i servizi complementari. Tuttavia, nonostante la spinta comunitaria, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo assume un ruolo di rilievo in quanto più semplice da valutare. Tale approccio, insieme al libero accesso al mercato e al principio di piena e leale concorrenza sanciti dalla normativa comunitaria, provoca una forte competizione tra gli operatori, che presentano offerte fortemente al ribasso pur di risultare aggiudicatari dell'appalto.

Tali ribassi costituiscono chiaramente un fattore di rischio, in quanto l'offerente può poi non essere in grado di fornire una prestazione "a regola d'arte", oppure non rispettare le tempistiche previste per l'esecuzione di lavori, o anche adottare approcci conflittuali verso la committenza, sollevando copiosamente eccezioni su imprevisti e altro e cercando di lucrare su ogni variazione in corso d'opera per recuperare un margine di profitto. Questi fenomeni distorsivi possono avere impatti negativi sull'obiettivo generale di migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, che è quello a fondamento di tutta la procedura di aggiudicazione.

Per questo motivo, è importante intercettare e respingere offerte anomale, in particolare le offerte anormalmente basse in termini di prezzo, se tale anomalia non trova riscontro in condizioni di particolare favore godute dall'offerente, quali un suo particolare processo o soluzione tecnica originale o ulteriori condizioni di favore, che l'offerente ha modo di fare presenti nell'interlocuzione con l'Amministrazione prima dell'eventuale esclusione della sua offerta.

La legislazione italiana ha recepito le indicazioni della normativa europea, evolvendo il procedimento di rilevazione di offerte anomale. Infatti, si è avuto il passaggio dall'applicazione estesa di un meccanismo automatico basato su formule matematiche alla formulazione di una valutazione autonoma e articolata, in cui l'Amministrazione dispone di ampia discrezionalità nella valutazione dell'offerta. I funzionari della Pubblica Amministrazione sono quindi ora chiamati a una maggiore consapevolezza del proprio ruolo e assunzione di responsabilità.

Di conseguenza, il maggior potere attribuito a chi ricopre un ruolo decisionale nella valutazione delle offerte, ossia la Stazione appaltante e in particolare il Responsabile Unico del Progetto, deve trovare un suo contrappeso nella capacità di intervento del giudice amministrativo, al fine di salvaguardare il soggetto privato da possibili abusi da parte della Pubblica Amministrazione.

Avendo evidenziato perché l'argomento di questo elaborato sia interessante dal punto di vista giuridico, sottolineando la recente evoluzione del ruolo dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, entrambi chiamati a svolgere una funzione più autonoma e incisiva, è importante sottolineare che l'argomento è rilevante anche dal punto di vista strettamente economico, per la notevole entità dei fattori in gioco.

A questo scopo, si può fare riferimento alle statistiche emergenti dal monitoraggio dell'ANAC sugli appalti pubblici.

I numeri relativi agli appalti pubblici hanno subito un progressivo incremento nel corso degli ultimi decenni. Nell'anno 2023 si sono registrate 5,2 milioni di procedure di aggiudicazione da parte di 26 mila Stazioni appaltanti, per un valore complessivo a base d'asta di 374 miliardi di euro.¹ Tale dato, impressionante in assoluto, lo è anche in termini relativi, paragonandolo al corrispondente dato del 2008, pari a 106 miliardi di euro.² Pertanto, si è verificato un incremento del 253%, mentre la rivalutazione monetaria nello stesso periodo è stata solo del 30%. Il valore complessivo e il suo forte incremento permettono di comprendere l'aumento di interesse sulla materia avvenuto nel corso di questi anni.

¹ ANAC, in Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, 2023

² ANAC, in Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, 2008

Rimandando ai seguenti Capitoli la trattazione di dettaglio dell'istituto richiamato, in tale sede risulta necessario illustrare il percorso espositivo che verrà seguito.

L'elaborato si suddivide in tre differenti sezioni relative ciascuna ad uno specifico profilo dell'anomalia dell'offerta.

In un primo momento, l'obiettivo della trattazione è di analizzare i caratteri sostanziali dell'anomalia dell'offerta ripercorrendo la progressione cronologica della trama normativa e sottolineando le correlazioni con le Direttive comunitarie. Nel dettaglio, si approfondisce la ratio alla base dell'istituto in relazione ai nuovi principi introdotti dal Codice dei contratti pubblici, in un'ottica di responsabilizzazione della Stazione appaltante. A seguire, si illustrano i caratteri e le modalità che permettono di identificare l'anomalia di un'offerta, descrivendo le differenze normative previste in riferimento ai contratti sopra-soglia e sotto-soglia comunitaria.

In un secondo momento, si esaminano i profili procedurali nell'effettuazione della valutazione di anomalia. Dapprima, si richiama dettagliatamente il profilo soggettivo della competenza a effettuare il procedimento, cercando di comprendere come il legislatore abbia risolto le incertezze sul ruolo del RUP e della Commissione giudicatrice. In seguito, si analizza il tema della cosiddetta "assenza di formalismi" in riferimento alla struttura del procedimento e alle modalità con cui la Stazione appaltante effettua la valutazione di anomalia.

In un terzo momento, si approfondiscono i profili processuali. Innanzitutto, l'analisi verte sul carattere discrezionale della valutazione dell'anomalia. Successivamente, approfondendo i differenti orientamenti giurisprudenziali, si cerca di comprendere con quali modalità e limitazioni il giudice amministrativo possa sindacare la valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione e tutelare la posizione giuridica dell'offerente.

1. OFFERTA DEL CONCORRENTE NELLA PROCEDURA DI GARA ED EVENTUALE ANOMALIA: DEFINIZIONI E NOVITA'

1.1 Gli elementi essenziali dell'offerta

Per comprendere gli elementi essenziali dell'offerta è opportuno definire la figura dell'operatore economico e la procedura di affidamento dei contratti pubblici in quanto assumono rilievo centrale in materia di appalti.

La definizione della figura di operatore economico è fornita direttamente dalla nuova codificazione all'art. 65 d.lgs. 31 Marzo 2023, n. 36, identificandosi lo stesso in *“qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica o dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura ad evidenza pubblica”*.³ Pertanto, l'operatore economico è il soggetto chiamato a presentare l'offerta e, nel caso in cui la sua offerta dovesse risultare la migliore a conclusione della procedura di affidamento dei contratti pubblici, dovrà eseguire quella determinata prestazione.

Le procedure di affidamento dei contratti pubblici rappresentano lo strumento giuridico attraverso cui le Amministrazioni Aggiudicatrici, per mezzo della stipula di un determinato contratto, acquisiscono beni, servizi o lavori necessari per lo svolgimento di pubbliche attività.

La Stazione appaltante inizia la procedura volta all'identificazione del contraente attraverso la determina a contrarre, ossia il primo atto del procedimento che esprime la volontà dell'Amministrazione e focalizza il perimetro dell'operazione contrattuale da stipulare. La determina a contrarre necessita di tradursi in una richiesta al mercato. In tal senso interviene il bando di gara, ossia l'atto attraverso cui la Stazione appaltante rende nota la propria volontà di concludere il contratto di appalto avente ad oggetto la prestazione necessaria. Il bando di gara è accompagnato da due principali allegati, aventi funzione integrativa: il capitolato tecnico, che contiene le specifiche tecniche

³ E. CASSETTA e F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXV, Giuffrè, 2023, 568

richieste in relazione all'oggetto da acquisire; il disciplinare di gara, che prescrive le regole procedurali che verranno utilizzate nella determinazione del contraente.

Alla luce dell'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, ex d.lgs. n. 36/2023, risulta necessario richiamare l'art 83 e, in particolare, il rinvio posto in essere all'allegato II.6, il quale analizza tutti i requisiti e le informazioni che possono essere contenuti in un bando di gara. Il legislatore comunitario ha influenzato in larga misura la disciplina inerente ai contratti pubblici. Infatti, la Direttiva 24/2014/EU assurge a modello per la successiva attività del legislatore nazionale⁴, come emerge dalle previsioni dello stesso allegato II.6 che prendono spunto da quanto contenuto nell'allegato V della Direttiva comunitaria.

Prima di determinare il contenuto dell'offerta appare utile definire la natura giuridica dell'offerta stessa. La dottrina prevalente ha delineato l'offerta come *“la dichiarazione di volontà del privato diretta alla costituzione del rapporto giuridico di appalto (...) L'offerta è atto negoziale di diritto privato e ha natura giuridica di proposta contrattuale. È atto che inizia il procedimento giuridico di formazione del contratto.”*⁵

Ciò premesso, passando alla determinazione del contenuto dell'offerta, è inevitabile richiamare quanto previsto dal nuovo art. 91 d.lgs. 36/2023, rubricato *“Domande, documento di gara unico europeo, offerte”*, il quale delinea direttamente i documenti che devono essere disposti dagli operatori economici al fine di una corretta partecipazione alla gara.

In particolare, il comma 1 afferma in generale che *“l'operatore economico che intende partecipare ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto utilizza la piattaforma di approvvigionamento digitale messa a disposizione dalla Stazione appaltante per compilare i seguenti atti: a) la domanda di partecipazione; b) il documento di gara unico europeo (DGUE); c) l'offerta; d) ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara”*.⁶

L'articolo 91, nei successivi commi, analizza in dettaglio il contenuto dei singoli documenti richiesti. Il comma 2 delinea il contenuto della domanda di partecipazione,

⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto Amministrativo*, XI, Giappichelli, 2023, 443 ss.

⁵ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici Vol. III*, Giuffrè, 2019, 322

⁶ Art 91, comma 1, d.lgs. 36/2023

prevedendo, come elemento essenziale dell'offerta, tutte quelle informazioni necessarie al fine di identificare il concorrente. A tale requisito segue l'indicazione della forma giuridica con la quale l'operatore economico si presenta alla procedura a evidenza pubblica, l'eventuale dichiarazione della volontà di avvalersi di impresa ausiliaria, nonché l'indicazione delle informazioni e della documentazione relativa ai requisiti speciali di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.

Il secondo comma prosegue richiamando i requisiti speciali dell'operatore economico sanciti dall'art. 100. Gli stessi sono determinati in dettaglio dalla Stazione appaltante nella singola lex di gara, sulla base del contratto che la Pubblica Amministrazione deve aggiudicare. I requisiti di ordine speciale rientrano nell'insieme delle condizioni necessarie per la partecipazione alle gare d'appalto e sono costituiti da: idoneità professionale, capacità economica-finanziaria e capacità tecniche e professionali. Pertanto, tali requisiti hanno un carattere fortemente circoscritto e relativo alla competenza e capacità dell'operatore economico.

Oltre a essi, si identificano requisiti di ordine generale, ex artt. 94-98, che si differenziano dai precedenti requisiti di ordine speciale in quanto riguardano la moralità dell'operatore economico e si caratterizzano per la loro immodificabilità, non potendo variare sulla base della singola prestazione da effettuare. Il possesso di tali requisiti da parte del concorrente è essenziale per poter risultare aggiudicatario della procedura di affidamento.

L'art. 91 co. 2, oltre al rinvio ai requisiti di ordine speciale, richiama il contenuto dell'art. 103, in cui si prevede la possibilità per la Stazione appaltante di richiedere requisiti aggiuntivi in relazione ad appalti di lavori di importo pari o superiore a 20 milioni.

L'art. 91 prosegue, nei commi 3 e 4, indicando il contenuto del documento di gara unico europeo. Il documento in questione contiene le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale e dei requisiti di ordine speciale e rileva, inoltre, con riguardo alla ripartizione delle prestazioni fra i vari componenti, nel caso in cui l'operatore economico decida di partecipare alla procedura nella forma del raggruppamento temporaneo di impresa o del consorzio. Quanto dichiarato all'interno del documento di gara unico europeo, in sede di presentazione della domanda di

partecipazione, “*costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, non dovendo essi null'altro dichiarare e/o provare*”.⁷

Infine, si considera il comma 5 in cui è disciplinato il contenuto delle offerte, tecniche ed economiche, con la specificazione che le stesse sono corredate dai documenti identificati dal bando o dall'invito. Il contenuto deve altresì includere le dichiarazioni rese dall'operatore economico alla Stazione appaltante in ordine al prezzo, ai costi del personale e a quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, nonché altre informazioni richieste dalla Stazione appaltante. Si sancisce in tale comma, in via generale, la necessaria presenza di due componenti che devono caratterizzare l'offerta, ossia il carattere cd. tecnico e il carattere cd. economico, rappresentandone gli elementi qualitativi e quantitativi, fondamentali per una sua adeguata valutazione.

In conclusione, l'art. 91 sancisce le condizioni necessarie per la presentazione dell'offerta. A tal fine, la disposizione prevede la documentazione da compilare e le indicazioni degli elementi dell'offerta che devono obbligatoriamente essere presenti.

1.1.1 Criteri di aggiudicazione degli appalti e influenza comunitaria in merito

A seguito della predisposizione dell'offerta ad opera dell'operatore economico, risulta necessaria una valutazione circa la sua adeguatezza e idoneità a opera della Stazione appaltante. Siffatta valutazione si basa sull'utilizzabilità di due differenti criteri di aggiudicazione, analizzati in dettaglio successivamente, ossia quello preferenziale dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso. Il nuovo Codice, all'art. 108, delinea in modo specifico le ipotesi che permettono la scelta di uno dei due criteri, evitando che in tale opera trovi spazio la discrezionalità della Stazione appaltante. All'opposto, la discrezionalità della Stazione appaltante emerge in riferimento agli affidamenti dei contratti sotto-soglia, nei confronti dei quali si prevede una libertà di scelta, in capo alla Stazione appaltante, nella determinazione del criterio da applicare.⁸ La *ratio* di tale previsione, che attribuisce rilevanza al criterio del minor prezzo, si basa sul minor rilievo economico attribuito ai contratti sotto-soglia, permettendo, di conseguenza, un considerevole risparmio dei tempi e costi che

⁷ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 maggio 2023, n.430

⁸ Art. 50, comma 4, d.lgs. 36/2023

conseguirebbero se, di converso, si utilizzasse il criterio del miglior rapporto qualità prezzo.

Il legislatore accorda preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,⁹ relegando invece il criterio, del tutto oggettivo, del minor prezzo a ipotesi specifiche¹⁰ in cui lo stesso può essere utilizzato. Ciò è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, recepita già nel precedente Codice, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che a sua volta aveva recepito precedenti interventi del diritto comunitario in materia.¹¹

Prima di procedere a una descrizione dettagliata degli elementi essenziali dell'offerta e dei criteri di valutazione della stessa, è necessario analizzare l'influenza comunitaria sul tema, in quanto permette di comprendere i risultati cui si è giunti nella codificazione attuale.

Alla soluzione presente nell'odierno Codice si è giunti a seguito di un percorso legislativo incominciato, a livello nazionale, con la legge 11 febbraio 1994, n. 109. Tale legge, all'art. 21, imponeva l'applicazione del solo criterio del minor prezzo a discapito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la funzione di eliminare ogni discrezionalità in capo all'amministrazione nella scelta dei propri contraenti. Il legislatore comunitario precedentemente era intervenuto sul tema con l'emanazione della Direttiva 93/37/CEE, il cui articolo 30 prevedeva, di converso, una certa libertà di scelta e sul punto sono rilevanti gli interventi giurisprudenziali. Infatti, la giurisprudenza comunitaria è intervenuta¹² sancendo la possibilità di scelta del criterio in relazione alle peculiarità della prestazione concreta. Il legislatore comunitario, sulla base della stessa evoluzione comunitaria, è intervenuto attraverso la Direttiva 2004/18/EU, il cui art. 53 prevede la libertà di scelta alternativa tra i due differenti criteri.¹³

⁹ Art. 108, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁰ Art. 108, comma 3, d.lgs. 36/2023

¹¹ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, II, Giuffrè, 2019, 153 ss.

¹² CGUE sez II, 7 ottobre 2004, C-247/2002: "L'art 30, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso".

¹³ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici vol. III*, cit., 531 ss.

Il legislatore nazionale ha recepito tale affermazione giurisprudenziale attraverso l'emanazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Il decreto in questione ha equiparato la scelta tra i due differenti criteri, attribuendo discrezionalità tecnica alla Stazione appaltante in tale decisione.¹⁴ Il legislatore comunitario è ritornato sul tema con la Direttiva 2014/24 EU, incoraggiando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità-prezzo e diminuendo, al contrario, la rilevanza del criterio del minor prezzo.¹⁵ Il legislatore nazionale ha recepito la Direttiva con il d.lgs. 50/2016. Il legislatore, infatti, ha accordato la prevalenza, allineandosi al dettato comunitario, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, conferendo maggior rilievo agli aspetti qualitativi della prestazione, a svantaggio degli aspetti puramente economici inerenti al criterio del minor prezzo.

Si è giunti, infine, all'odierno Codice. Questo ha riproposto gli orientamenti della precedente giurisprudenza comunitaria continuando ad accordare forte prevalenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,¹⁶ criterio che permette di scegliere la migliore prestazione a livello qualitativo e a un costo congruo.¹⁷

Emerge, in modo esplicito, il valore dell'intervento e dell'influenza unionale relativamente al tema degli appalti e, in particolare, in riferimento ai criteri di aggiudicazione: si è avuta un'inversione di preferenza dei criteri di cui è possibile l'utilizzo, ossia si è passati dall'applicazione del criterio "meccanico" del prezzo più basso a una predilezione verso il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

1.1.2 I contenuti: offerta tecnica e offerta economica

Qui di seguito si analizzano il carattere tecnico e il carattere economico dell'offerta. Tali attribuzioni dell'offerta hanno rilievo in quanto risultano nozioni preliminari per la successiva esposizione dei due criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici. Infatti, l'offerta cd. tecnica legherà la sua funzione al criterio "qualitativo" dell'offerta

¹⁴ D. SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 902

¹⁵ Considerato 90; Art 67; Direttiva 2014/24 EU

¹⁶ Si richiama l'articolo denominato "Criteri di aggiudicazione" di Luca Griselli, in *L'Amministrativista*, rivista online

¹⁷ D. ALBONETTI e S. DEGLI ESPOSTI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, III, Maggioli Editore, 2012, 22.

economicamente più vantaggiosa, mentre l'offerta cd. economica assumerà rilievo in relazione al criterio "quantitativo" del minor prezzo.

Attraverso l'identificazione dell'operatore economico, chiamato ad eseguire la prestazione, la Stazione appaltante deve assicurare che l'offerta raggiunga quell'adeguatezza qualitativa e quantitativa richiesta per la corretta esecuzione della prestazione. Ciò ha rilievo in quanto tale compito determina il buon esito di un affidamento.

Per il raggiungimento di siffatta finalità occorre che, all'interno del bando di gara, siano predeterminati degli adeguati meccanismi valutativi delle varie offerte tecniche ed economiche formulate. La *ratio* della previsione in questione si lega ad una duplice funzione: in primo luogo, assicura la trasparenza e la correttezza dell'agire dell'Amministrazione fornendo a priori dei criteri valutativi utilizzati; in secondo luogo, stimola le imprese operanti in quel determinato settore, le quali, attraverso la conoscenza *a priori* dei metodi valutativi, saranno incentivate a individuare le migliori soluzioni tecniche volte a soddisfare l'interesse pubblico a fondamento del procedimento di aggiudicazione.

La predeterminazione dei criteri di valutazione assume forte rilievo in relazione al contenuto stesso dell'offerta. Infatti, si ha contezza del fatto che l'offerta prodotta dall'operatore economico, oltre che di tutta la documentazione relativa al possesso dei requisiti di partecipazione (necessaria altresì per la sua identificazione), si compone di due differenti caratteri, ossia la parte tecnica e la parte economica.

Risulta, innanzitutto, necessario analizzare l'offerta tecnica. Tale particolare componente dell'offerta rappresenta tutte quelle condizioni o soluzioni proposte volte ad assicurare un conforme livello tecnico-qualitativo della prestazione. Essa include informazioni relative ai dettagli tecnici necessari, alle particolarità e caratteristiche del prodotto, del servizio o del lavoro, alle concrete modalità di esecuzione e a tutti gli elementi privi di carattere economico che dimostrano la qualità e l'adeguatezza dell'offerta in relazione a quanto affermato all'interno del bando di gara. Per una maggior comprensione di che cosa, in concreto, rappresenti l'offerta tecnica possono considerarsi come esempi le certificazioni di qualità, le esperienze specifiche, le descrizioni tecniche dei prodotti o dei servizi offerti.

La componente economica dell'offerta è invece relativa esclusivamente al lato finanziario dell'offerta stessa. Tale componente fornisce un riscontro relativo alla competitività del prezzo e, conseguentemente, dell'operatore, all'interno del mercato. Rientrano nel lato economico dell'offerta tutte quelle informazioni inerenti al prezzo totale offerto, alle garanzie finanziarie del concorrente, alle ulteriori informazioni relative ai vari e differenti costi di manodopera e relative ai risparmi di spesa.

Al fine di compiere un'esauriente analisi sui contenuti dell'offerta, occorre approfondire il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica. Siffatto divieto rappresenta il principio di separazione delle due componenti, secondo cui si sancisce che gli elementi rientranti nella componente tecnica dell'offerta debbano essere ben distinti dagli elementi relativi all'offerta economica. Con tale divieto si cerca di evitare che, in sede di valutazione delle offerte tecniche (le quali sono sottoposte ad un'analisi precedente a quella prevista per l'offerta economica), la Commissione giudicatrice, preposta all'attività valutativa nella procedura di affidamento, possa essere influenzata da elementi di convenienza economica dell'offerta e, di conseguenza, proceda a preferire l'offerta dell'operatore anche se la stessa, per ragioni tecniche, non meriterebbe tale preferenza in graduatoria. Emerge, chiaramente, come il divieto in questione assuma grande rilievo e vada a legarsi a principi costituzionali quali il principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.¹⁸

Il divieto di commistione ha subito ulteriori caratterizzazioni giurisprudenziali. È stato sancito che il divieto in questione non debba essere inteso in modo assoluto e meramente formalistico, bensì in modo relativo¹⁹. Pertanto, è ammissibile che all'interno dell'offerta tecnica risultino anche elementi economici resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi che non fanno parte dell'offerta economica o che, comunque, risultino isolati e del tutto marginali all'interno della stessa e che non siano idonei a ricostruire la complessiva offerta economica,²⁰ *“quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato”*.²¹

¹⁸ ANAC, Delibera 30 maggio 2023, n. 234

¹⁹ Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2022, n. 9048

²⁰ T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 15 dicembre 2022, n. 1099; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 marzo 2021, n. 3062

²¹ Cons. St., sez. V, 02 maggio 2017, n. 1988

Va poi aggiunto che tale situazione comporta la necessità di verificare in concreto, ad opera del giudice amministrativo, se la conoscenza, da parte della Commissione giudicatrice, degli elementi dell'offerta economica, noti anticipatamente, sia idonea a condizionare l'operato della stessa commissione²². Pertanto, il divieto di commistione richiede un apprezzamento del giudice in concreto e non anche in astratto, *“nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica,”*²³ il cui parametro di giudizio è costituito *“dalla concreta conclusione dei dati economici che sono anticipatori della conoscenza dell'offerta economica.”*²⁴

Con finalità prettamente di valorizzazione del carattere tecnico dell'offerta, si è prevista la possibilità di permettere, agli operatori economici, di concorrere esclusivamente su quanto inerente agli aspetti tecnici e qualitativi dell'offerta, mantenendo, dall'altro lato, il “prezzo fermo”. La competizione, perciò, in tale ipotesi, non potrà in nessun caso riguardare aspetti quantitativi, ma riguarderà solo aspetti qualitativi. Tale peculiare ipotesi è presa in considerazione all'art 108 comma 5²⁵, all'interno del quale si prevede, con riguardo al solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di predisporre una valutazione delle offerte, a prezzo fisso, inerente solo agli aspetti qualitativi dell'offerta.

L'argomentazione relativa al contenuto dell'offerta richiede un'ulteriore analisi in riferimento alla disciplina del soccorso istruttorio, ora rafforzata dalla previsione di cui all'art 101 del nuovo Codice. Il legislatore ha provveduto a una semplificazione della disciplina e ad una diminuzione dei formalismi presenti nelle procedure di gara. La norma in questione provoca una configurazione maggiormente sostanziale del rapporto intercorrente tra Stazione appaltante ed operatore economico. Infatti, si afferma la possibilità di procedere a sanatorie con esclusione di quanto relativo all'offerta tecnica ed economica, possibilità che invece in passato era rimessa ad un'opera valutativa del giudice, producendo forti incertezze. La giurisprudenza, nel corso degli anni, ha provveduto a differenti interpretazioni del soccorso istruttorio. Inizialmente si erano

²² Cons. St., sez. V, 03 agosto 2023, n.7497

²³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 1042

²⁴ Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2022, n. 9047

²⁵ Art 108, comma 5, d.lgs. 36/2023: “L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”.

sviluppate interpretazioni orientate in via restrittiva. In tal senso, si richiama anche la giurisprudenza comunitaria,²⁶ che ha affermato come non fosse in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti esclusivamente l'ipotesi di richiesta di correzione dell'offerta su singoli e specifici punti, qualora l'offerta stessa necessiti, in modo assolutamente evidente, un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti. Successivamente, invece, la giurisprudenza si è pronunciata con delle concrete aperture sfociate attualmente nel nuovo Codice.

L'art 101 del nuovo Codice ora ammette, al comma 1, la sanabilità, attraverso il soccorso istruttorio, di tutte le irregolarità, continuando ad escluderla in relazione all'offerta tecnica ed economica. La stessa disposizione prevede, quali casi di soccorso istruttorio: l'integrazione della documentazione relativa, ad esempio, alla garanzia provvisoria e al contratto di avvalimento; la sanatoria di eventuali omissioni, inesattezze e irregolarità presenti nel documento di gara unico europeo, nella domanda di partecipazione e in ogni ulteriore documento necessario per la partecipazione alla procedura di gara, purché non inerente all'offerta tecnica ed economica. Tale esclusione trova il suo presupposto sul principio della *par condicio* dei concorrenti²⁷ che, in caso di applicazione dell'art 101 anche all'offerta tecnica ed economica, verrebbe violato, permettendo modifiche successive a discapito degli altri concorrenti e, ulteriormente, l'esclusione in questione trova suo riferimento nel principio di immodificabilità dell'offerta.²⁸ Ovviamente, per completezza, bisogna affermare che, a conclusione del soccorso istruttorio, non vi è più possibilità di procedere ad integrazioni o correzioni della documentazione in questione.²⁹

Si sottolinea il rilievo attribuito al soccorso procedimentale, il quale riscontra il proprio fondamento nell'attività giurisprudenziale sia nazionale che comunitaria. Tale tipologia di soccorso risulta introdotta all'art 101 comma 3³⁰ e si distingue nettamente dal

²⁶ CGUE sez. VIII, 10 maggio 2017, c-131/16

²⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 21 ottobre 2022, n.13590

²⁸ M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM e L. CARBONE; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Giuffrè, 2023, 153-158

²⁹ A. CIOFFI e A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, II, Giappichelli, 2023

³⁰ Art. 101, comma 3, d.lgs. 36/2023; "La Stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla Stazione appaltante, che non può essere inferiore a

soccorso istruttorio in quanto si riferisce a chiarimenti prettamente interpretativi, richiesti dalla Stazione appaltante, necessari per la risoluzione di dubbi inerenti a elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica³¹, non assumendo funzione di integrazione dell'offerta stessa.³²

1.1.2.1 Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Nella trattazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risulta opportuno incominciare da quanto disposto nella Direttiva 2014/24/UE. La principale novità introdotta è relativa al superamento dell'alternatività ed equivalenza tra i due criteri di aggiudicazione previsti nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici affermandosi che *“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”*.³³ La Direttiva, con tale norma, sancisce esplicitamente la prevalenza riconosciuta al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁴.

Sulla base di quanto definito dalla Direttiva, il criterio in questione individua due modalità di identificazione della miglior offerta: la modalità economica, basata su un approccio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, e la modalità qualitativa, basata su caratteristiche qualitative, ambientali e sociali.³⁵ In tal modo si introducono nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche altri, differenti, interessi pubblici, richiedendosi il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro.

Assume importanza la presenza dei cd. “appalti verdi”, nei quali la Stazione appaltante individua, nel bando di gara o nel capitolato, criteri tecnici volti a produrre la presentazione di offerte che siano caratterizzate dalla predisposizione di soluzioni ecocompatibili. La *ratio* di tale previsione si basa su una politica nazionale volta a

cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”.

³¹ T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 25 ottobre 2022, n.1020

³² T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 08 marzo 2023, n.3841

³³ Art. 67, par. 1, Direttiva 2014/24 UE

³⁴ C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici: il Codice 2016 e la Legge Delega 2022*, II, Giappichelli, 2022

³⁵ Art. 67, par. 2, Direttiva 2014/24 UE

ridurre gli impatti ambientali e indirizzata alla promozione di modelli di produzione e consumo che risultino più sostenibili.³⁶ Rilevante sul punto è quanto sancito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza “*Concordia Bus Finland*”, in cui si attestò la possibile presenza di contenuti ecologici ed ambientali nel criterio di aggiudicazione dei contratti pubblici basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa.³⁷

L'interesse manifestato nei confronti di problematiche ambientali deriva dall'influenza sul diritto nazionale attuata ad opera del diritto comunitario. In tal senso, si richiama il principio dello sviluppo sostenibile definito come “*quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri*”.³⁸ Tale principio è il fondamento della trattazione di tutte quelle tematiche di tutela dell'ambiente in materia di contratti pubblici e da cui è derivata la specifica espressione comunitaria “*Green Public Procurement*” (“GPP”). Con la formula in questione si individua una differente modalità di determinazione del contraente della Pubblica Amministrazione in quanto, oltre a tematiche e questioni economiche, la valutazione della Stazione appaltante dovrà essere coerente con tutte quelle scelte di politica ambientale ed ecologica poste in essere dal legislatore.³⁹ Emerge l'introduzione di strumenti necessari per la corretta determinazione del contraente e che fanno riferimento a caratteristiche connesse con tematiche ambientali quali i cd. criteri ambientali minimi (CAM), ossia requisiti ambientali identificati nella *lex specialis* di gara che devono essere rispettati dagli operatori economici nella presentazione dell'offerta e che permettono di partecipare alla gara.⁴⁰

³⁶ Cons. St. sez. III, 14 ottobre 2022, n.8773

³⁷ Corte di Giustizia CE, 17 Settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*; “l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, (...), purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione”.

³⁸ “*Our common future*”, Report of the World Commission on Environment and Development (Brundtland report), 1987

³⁹ R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi.*, in *Riv. ambientediritto*, 2023, 1-18

⁴⁰ A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?* In *Riv. dir. amm. pubbl.*, Ceridap, 2023, 1 ss.

Sulla base delle novità introdotte dalla disciplina dei contratti pubblici, risulta chiaro che l'ambiente e la sua tutela non producono limitazioni allo svolgimento di attività economiche ed alla concorrenza all'interno del mercato ma, di converso, implementano uno specifico interesse pubblico, ossia la tutela dell'ambiente, perseguito dall'Amministrazione e chiamato a controbilanciarsi con interessi quali la concorrenza.⁴¹ Può, perciò, affermarsi che la previsione dei *green public procurement* risponde pienamente al maggior interesse assunto nei confronti delle problematiche e dei valori ambientali dal legislatore nazionale. Tali novità hanno prodotto un mutamento nel rapporto intercorrente tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini. Infatti, agli occhi della collettività, la Pubblica Amministrazione che si fa carico di interessi ambientali migliora la propria immagine e la propria reputazione in quanto impronta il suo operare su di una maggiore contezza e responsabilità nei confronti dei cittadini. La nuova prospettiva acquista rilievo con riguardo a tutte quelle certificazioni ambientali, delle quali si richiamano le certificazioni ISO, EMAS ed Ecolabel, introdotte sia a livello internazionale che a livello nazionale, che possono essere ottenute dalle Amministrazioni in presenza del rispetto di alcuni parametri relativi alla tutela dell'ambiente e che permettono di acquisire un'ottima reputazione nello svolgimento delle loro attività.⁴²

Un'altra rappresentazione di uso cd. strategico degli appalti per il perseguimento di interessi pubblici ulteriori è rappresentato dai cd. "appalti sociali"; questi sono tutti quegli appalti nei quali è richiesto all'operatore economico di avvalersi di peculiari categorie svantaggiate di lavoratori, tutelare i diritti dei lavoratori, tutelare le retribuzioni e garantire la correttezza dei livelli occupazionali.⁴³ In materia emerge l'intervento della giurisprudenza comunitaria, richiamandosi la sentenza relativa al caso *Gebroeders vs. Beentjes*, in cui ha affermato l'adequazione della previsione, nella

⁴¹ G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. AmbienteDiritto*, 2020, 14

⁴² G. CREPALDI, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Riv. do Direito*, 2018, 86 ss.

⁴³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V, Il mulino, 2022

procedura di gara, che accorda preferenza alle imprese in grado di garantire nell'offerta l'assunzione di disoccupati di lunga durata.⁴⁴

La presenza di clausole sociali all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici può essere valutata positivamente in quanto le stesse costituiscono una forte innovazione nello svolgimento della pubblica funzione da parte delle pubbliche amministrazioni. Con l'utilizzo di tali clausole si perseguono politiche sociali di incentivazione, formazione e tutela allo svolgimento di attività lavorative da parte di persone giovani, con disabilità o comunque svantaggiate. Tale cd. *social procurement*, perciò, può identificarsi come lo strumento che permette una maggior inclusione e l'aumento dell'occupazione per quella parte di popolazione che ne risulta altrimenti pregiudicata. In tal modo, è lo stesso individuo a diventare l'oggetto dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, tutelando, così, la sua posizione all'interno della società.⁴⁵

Con i criteri di sostenibilità presenti all'interno delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, e volti alla corretta identificazione del contraente nelle procedure che utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si incentivano gli operatori economici a porre in essere soluzioni innovative volte ad un sempre miglior utilizzo delle risorse umane e ambientali.⁴⁶

Trattando in dettaglio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per una sua compiuta definizione risulta opportuna la trattazione del costo del ciclo di vita. La stessa Direttiva provvede, in tal senso, attraverso un'elencazione dei costi legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro. Emerge chiaramente la suddivisione in due differenti categorie di costi: la prima riguarda i “*costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti*” inerenti all'acquisizione, utilizzo, manutenzione, fine vita; la seconda, invece, si riferisce ai “*costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione*

⁴⁴ Corte di Giustizia CE, sez. IV, 20 Settembre 1988, causa C-31/87; “la condizione relativa all'impiego di disoccupati di lunga data è compatibile con la direttiva se non produce effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità. Una siffatta condizione specifica supplementare deve necessariamente essere menzionata nel bando di gara”.

⁴⁵ S. BANDINI, *L'Istituto delle clausole sociali nella visione del Codice dei contratti pubblici*, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Riv. InnovazioneDiritto*, 2023, 3 ss.

⁴⁶ L. Ventura, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2020, 243

che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato; tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici".⁴⁷

Alla luce dei lineamenti tracciati dal legislatore comunitario, è necessario comprendere come il legislatore nazionale abbia deciso di operare.

I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici sono determinati all'art. 108 d.lgs. 36/2023. Tale articolo, in linea generale, ribadisce nuovamente l'utilizzabilità dei due criteri, impostandoli su due differenti piani.

Il primo comma dell'articolo di cui si tratta sancisce, di principio, l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo, di conseguenza, carattere di prevalenza allo stesso rispetto al criterio del minor prezzo. Siffatta scelta emerge, in primo luogo, dall'affermazione generale secondo cui gli appalti di lavori, servizi e forniture risultano aggiudicati attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in secondo luogo, deriva dal riferimento generale all'affidamento dei concorsi di progettazione e di idee.⁴⁸ Il comma 1 procede ad attribuire una compiuta definizione del criterio di cui si tratta stabilendo che *"le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture 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 prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8, con riguardo al costo del ciclo di vita".⁴⁹* Risulta chiaro come tale definizione si riferisca, con corrispondenza della terminologia tecnica utilizzata, a quanto contenuto nell'art 67 par. 1 e 2 della Direttiva EU 24/2014. Riferimenti alla direttiva emergono anche con riguardo al costo del ciclo di vita, alla cui definizione provvede l'allegato II.8, definendo, innanzitutto, i dati che le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici, quali le informazioni relative a costi l'acquisizione, l'utilizzo, la manutenzione, relativi al fine vita e costi, infine,

⁴⁷ Art 68, par.1, lett. a) e b), Direttiva 2014/24 UE

⁴⁸ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit., 189 ss.

⁴⁹ Art 108, comma 1, d.lgs. 36/2023

imputabili a esternalità ambientali connesse con l'oggetto della procedura. La Stazione appaltante, ulteriormente, è chiamata a individuare nel documento di gara il metodo che verrà utilizzato nella determinazione dei costi del ciclo vita basato sui dati predisposti.

Alla luce di tale definizione occorre analizzare dettagliatamente che cosa si intenda con l'espressione "*criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*" e a che cosa si riferisca l'espressione "*criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dell'elemento prezzo o del costo*".

Relativamente alla prima declinazione del criterio di cui si tratta, è necessario richiamare il quarto comma dell'art. 108. La disposizione in questione, innanzitutto, richiede la predeterminazione dei criteri di selezione del contraente negli atti indittivi della gara, quali il documento di gara, affermando la necessaria pertinenza degli stessi con la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto. Successivamente, il comma 4 prosegue specificando i criteri che fanno riferimento al miglior rapporto qualità/prezzo, sancendosi che la valutazione si basa su dei criteri oggettivi, "*quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*".⁵⁰ Il punto in questione riprende sia la disciplina comunitaria, sia la precedente disciplina nazionale di cui al d.lgs. 50/2016, con alcune distinzioni. Non risulta, infatti, più presente l'enucleazione, riportata all'art. 95 comma 6 d.lgs. 50/2016, dei criteri specifici da cui la Stazione appaltante potrebbe trarre ispirazione, di cui, a titolo esemplificativo, si può richiamare la lett. a), che considera "*la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, 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 condizioni*", e la lett. b), che contempla l'ipotesi relativa al "*possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o*

⁵⁰ Art. 108, comma 4, d.lgs. 36/2023

superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso".⁵¹

In linea con quanto affermato in precedenza, risulta coerente considerare l'elemento del costo, richiamato al comma 5 dell'articolo 108 e corrispondente all'art. 67 par. 2 della Direttiva, secondo cui lo stesso costo può anche essere strutturato in forma fissa. In tal caso verrà meno ogni tipo di competizione sugli aspetti quantitativi, persistendo la stessa solo con riferimento agli aspetti qualitativi. Si farebbe quindi riferimento a caratteristiche valutabili, di principio, prevalentemente attraverso la discrezionalità tecnica di soggetti competenti, quale la Commissione giudicatrice. Va affermato che il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo può comunque ricomprendere alcuni caratteri tipici del criterio costo/efficacia. In un'ipotesi di tal genere il secondo criterio diverrebbe un vero e proprio sub-criterio del primo, combinandosi con esso.

Trattando dell'offerta economicamente più vantaggiosa determinata sulla base dell'elemento del prezzo o del costo, invece, si rinvia a quanto sancito in riferimento all'allegato II.8, aggiungendo semplicemente che le stazioni appaltanti, per la valutazione dei costi imputati ad externalità ambientali, dovranno utilizzare un metodo che sia basato su criteri oggettivi, verificabili, non discriminatori e accessibili a tutte le parti interessate. Con tale particolare declinazione si prevede una concezione differente dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ampliando la stessa rispetto al passato, quando il criterio in questione trattava esclusivamente di aspetti di valutazione qualitativa dell'offerta. A differenza della prima modalità, emerge un carattere maggiormente oggettivo, "numerico" e tecnico della valutazione, in cui vi è assenza di discrezionalità e indifferenza nei confronti della figura chiamata a valutare.

Proseguendo l'analisi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre richiamare il secondo comma dell'art. 108. Attraverso un'elencazione esaustiva, lo stesso prevede le ipotesi in cui le stazioni appaltanti sono vincolate ad utilizzare esclusivamente tale criterio⁵², in contrapposizione al terzo comma del medesimo

⁵¹ Art. 95, comma 6, lett. a) e b) d.lgs. 50/2016

⁵² Art. 108, comma 2, d.lgs. 36/2023; "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 dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;

articolo che prevede le ipotesi in cui può essere utilizzato il cd. criterio del minor prezzo. Innanzitutto, occorre analizzare l'ipotesi relativa agli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera di cui all'art. 108 comma 2 lett. a). La problematica trattata dalla giurisprudenza relativa a tale ipotesi, si riferiva alla contrapposizione che emergeva con il terzo comma in riferimento all'applicazione del criterio del minor prezzo. Infatti, il comma 3 ammette la facoltà di utilizzare il criterio del minor prezzo in presenza di “*servizi o forniture con caratteristiche standardizzate*”.⁵³

Alla luce di ciò ci si è chiesto se gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, rientranti nell'ipotesi di cui al secondo comma, ma aventi le caratteristiche standardizzate di cui al terzo comma, debbano essere aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o possano essere anche oggetto del criterio del minor prezzo. La giurisprudenza ha definito la questione affermando che l'ipotesi *de qua*, comunque, rientra nella casistica di cui al secondo comma; perciò, si richiederà l'aggiudicazione esclusivamente con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.⁵⁴

Tale secondo comma riporta ulteriori novità rispetto alla previsione previgente ex art. 95, comma 3, d.lgs. 50/2016. Nell'elencazione fornita dal nuovo Codice emerge chiaramente una modifica delle ipotesi in cui è obbligatoria l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Infatti, si prevede per i contratti, di cui alla lett. b), aventi ad oggetto servizi di ingegneria, architettura e altri servizi di natura tecnica ed individuale e per i contratti, di cui alla lett. c), relativi a servizi e forniture caratterizzati da rilevante contenuto tecnologico o comunque con un carattere innovativo, l'innalzamento della soglia che provoca l'obbligatoria applicazione di tale criterio da 40.000 euro a 140.000 euro⁵⁵. La nuova soglia corrisponde, relativamente all'ipotesi

-
- 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 140.000 euro;
 - c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
 - d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
 - e) gli affidamenti di appalto integrato;
 - f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo”.

⁵³ Art. 108, comma 3, d.lgs. 36/2023

⁵⁴ Cons. St., ad. plen., 21 Maggio 2019, n.8

⁵⁵ B. BRUNELLA, M. MARIANI e E. TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: commento al d.lgs 31 marzo 2023, n. 36*, Giappichelli, 2023

relativa ai servizi e forniture, alla previsione di cui all'art. 50, lett. b) con riguardo alla soglia massima prevista per poter disporre l'affidamento diretto, peculiare procedura di aggiudicazione prevista dal Codice per i contratti con ridotto valore economico. Tale novità risponde al mutamento del quadro economico/sociale avutosi negli ultimi anni che ha portato alla necessità di formulare un nuovo Codice che riorganizzasse la disciplina e risponde, a livello pratico, al limitato ambito applicativo residuo che si verrebbe ad avere, in tali casi, per le procedure diverse dall'affidamento diretto.

L'art. 108 co. 2 riporta, nell'elencazione, ulteriori novità. Rispetto alla precedente disciplina si prevede, infatti, l'obbligatorietà del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per gli affidamenti inerenti a ipotesi di dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e appalti integrati. Con tali novità si risponde alla linea evolutiva predisposta dal legislatore comunitario, ampliando le ipotesi di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in linea con la necessità di accordare rilevante prevalenza all'applicazione di tale criterio.

Ulteriore novità emerge dalla rimozione, nel nuovo Codice, di quanto disposto dall'art. 95 comma 10-bis d.lgs. 50/2016.⁵⁶ L'articolo in questione predisponesse un limite massimo relativo al punteggio economico da attribuire nella valutazione dell'offerta pari o inferiore al 30%, corrispondente alla regola del 70/30, al fine di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta. L'eliminazione della regola in questione all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici è emersa sulla base delle criticità rilevate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con la segnalazione S4143 del 23 Marzo 2021 al Presidente del Consiglio dei Ministri.⁵⁷ L'eliminazione di tale "tetto" produce, come effetto, uno svincolo in capo alla Stazione appaltante dall'utilizzo di regole precostituite, permettendo alla stessa di adeguare l'attribuzione dei punteggi, relativi alla componente del prezzo e alla componente qualitativa, alle caratteristiche specifiche presenti nei singoli appalti. Pertanto, rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante la valutazione del "peso" da attribuire alle due

⁵⁶ Art. 95, comma 10-bis, d.lgs. 50/2016; "La Stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la Stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento".

⁵⁷ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit, 191-192

componenti, basandosi anche sul fatto che una maggior complessità e un maggior punteggio inerente alla parte tecnico/qualitativa non obbligatoriamente comporta la presenza di offerte migliori.

Alla luce di tale intervento risulta chiaro come il nuovo Codice dei Contratti Pubblici abbia necessariamente apportato le opportune modifiche. Non si è avuta la riproposizione del disposto di cui all'art 95 comma 10-bis della precedente codificazione, attribuendosi, conseguentemente, alle Stazioni appaltanti il potere di decidere quanto incidano concretamente le componenti relative all'aspetto tecnico ed all'aspetto economico.

Pertanto, sulla base dell'art 108 comma 4 del d.lgs. 46/2023, risultano solo due ipotesi in cui si ha la previsione di un limite massimo relativo al punteggio economico da attribuire. La prima ipotesi considera una casistica peculiare e di grande interesse nazionale, prevedendosi il limite massimo del 10 per cento in relazione all'approvvigionamento di beni e servizi informatici, oggetto di appalto, utilizzati in contesti legati alla tutela di interessi nazionali strategici. La seconda ipotesi considera appalti aventi ad oggetto prestazioni ad alta intensità di manodopera, che, come tali, si caratterizzano per il grande rilievo attribuito alla componente del costo della manodopera, e nei quali è previsto in capo alla Stazione appaltante un tetto massimo pari al 30 per cento per il punteggio economico.⁵⁸ La giurisprudenza è intervenuta con riferimento alla necessità di delineare una definizione di prestazioni ad alta intensità di manodopera, affermandosi che gli stessi sono tutti quei servizi in cui il costo della manodopera è quantificabile in una misura pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto.⁵⁹

Per completare l'analisi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa occorre analizzare l'art. 108 comma 11. La disposizione, richiamando le ipotesi in cui la Stazione appaltante fa uso del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, dispone il

⁵⁸ Art. 108, comma 4, d.lgs. 36/2023; “(...) Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, (...). Nei casi di cui al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la Stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la Stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento”.

⁵⁹ Cons. Reg. sic., 13 Dicembre 2019, n. 1058

divieto in capo alle stazioni appaltanti di disporre l'attribuzione di un punteggio per l'offerta contenente opere aggiuntive rispetto a quanto contenuto nel progetto esecutivo a base dell'asta.⁶⁰ L'art. 108 co. 11 riprende la disciplina del previgente Codice⁶¹ con un'importante novità rappresentata dal chiarimento in base al quale tale disposizione trova applicazione esclusivamente nei confronti degli appalti di lavori. Tale novità recepisce nel nuovo Codice la soluzione offerta dalla giurisprudenza sull'argomento, secondo cui la stessa ha affermato che *“agli appalti di servizi non si estende il divieto previsto dall'art 95, comma 14-bis, del Codice dei contratti pubblici di attribuire punti per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, poiché esso, sulla base del suo tenore letterale, è applicabile ai soli contratti di appalto pubblico di lavori”*.⁶² Siffatta novità trova fondamento sulla base del richiamo alla parola *“opere”* ed alla locuzione *“progetto esecutivo a base d'asta”*, le quali si riferiscono all'art. 41 del Codice vigente e all'art 23 della precedente disciplina, identificandosi, esclusivamente per le procedure di aggiudicazione di lavori, la necessaria articolazione della progettazione su due livelli (tre, nella previgente disciplina), di cui l'ultimo è rappresentato dal *“progetto esecutivo a base d'asta”*. Emerge chiaramente l'adeguatezza degli interventi giurisprudenziali sul punto e del conseguente intervento legislativo presente nella nuova disposizione. La *ratio* della novità coincide con la necessità di circoscrivere il divieto in questione ai soli appalti relativi a lavori alla luce del contenuto restrittivo della disposizione nei confronti della libertà di autodeterminazione delle stazioni appaltanti.

1.1.2.2 Il criterio del minor prezzo

Sulla linea seguita successivamente alla Legge Merloni⁶³, è emerso chiaramente il fallimento del criterio del prezzo più basso.

La scelta di dare prevalenza a un criterio rappresentativo degli aspetti qualitativi di una prestazione, a scapito di aspetti esclusivamente quantitativi, fondava la propria *ratio* su

⁶⁰ Art 108, comma 11, d.lgs. 36/2023.

⁶¹ Art 95, comma 14-bis, d.lgs. 50/2016; *“In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta”*.

⁶² T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 18 ottobre 2022, n.294.

⁶³ l. 11 febbraio 1994, n. 109

due ordini di problematiche emerse. In primo luogo, ponendo il criterio del minor prezzo un'analisi esclusivamente quantitativa dell'offerta, la problematica principale riguardava la ridotta capacità e qualità della prestazione oggetto dell'offerta, che, così, non teneva conto di tutte quelle caratteristiche particolari che permettono la presentazione di una prestazione di ottima qualità. In secondo luogo, tutti quegli illeciti che potevano configurarsi in sede di selezione del contraente, quali ipotesi di concussione e corruzione, non erano state limitate attraverso l'adozione prioritaria di tale criterio del prezzo più basso⁶⁴.

Percorrendo la linea temporale tracciata dal legislatore nazionale, come già detto, emerge il progressivo passaggio dalla prevalenza del criterio del minor prezzo ad una sua lampante residualità. Fin dal d.lgs. 50/2016 era incominciato tale passaggio, il quale è stato accentuato dalle modifiche introdotte dal decreto c.d. Sblocca-cantieri, che hanno provocato un'ulteriore riduzione delle ipotesi in cui assume rilevanza il criterio di cui si tratta.⁶⁵

La disciplina risulta oggi nuovamente definita dall'art. 108 del d.lgs. 36/2023, di cui va analizzato il terzo comma che prevede la facoltà di scelta del criterio di selezione dell'offerta nel caso in cui, innanzitutto, si tratti di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate. Infatti, la norma fa uso dell'espressione "*può essere utilizzato il criterio del minor prezzo*",⁶⁶ prevedendosi in tal senso una scelta relativa al criterio di selezione da utilizzare.

Per completezza di analisi occorre definire che cosa si intenda con l'espressione "*servizi e forniture con caratteristiche standardizzate*." In tal senso, si richiama la consolidata giurisprudenza che ha qualificato come standardizzato "*un servizio che, per sua natura ovvero per la prestazione richiesta dalla Stazione appaltante all'affidatario negli atti di gara, non possa essere espletato che in unica modalità; in questo caso, in effetti, l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è giustificata*

⁶⁴ A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA; *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*; Giappichelli, 2020

⁶⁵ decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32

⁶⁶ Art 108, comma 3, d.lgs. 36/2023; "Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1."

dall'impossibilità di una reale comparazione tra la qualità delle offerte in sede di giudizio⁶⁷. Si tratta di prestazioni con caratteristiche già definite dal produttore e dalla prassi produttiva di specie, che non possono essere modificate sulla base di una richiesta formulata dall'amministrazione, o, in alternativa, si tratta di prestazioni le cui caratteristiche risultano identificate in via specifica dal legislatore nazionale o comunitario⁶⁸. La giurisprudenza si occupa di numerosi casi in cui le è stato richiesto di determinare se una prestazione ha delle caratteristiche "standardizzate". Per chiarezza può richiamarsi la pronuncia del T.A.R. Latina che ha affermato, in relazione al servizio di salvamento a mare, come tale prestazione non presenti delle caratteristiche standardizzate *"in quanto ben può essere svolto con modalità diverse tenendo, ad esempio, conto di variabili che possono cambiare da spiaggia a spiaggia in relazione alla morfologia della costa"*⁶⁹.

Ulteriore ipotesi in cui si prevede la possibilità di utilizzare il criterio del minor prezzo è quella relativa a servizi e forniture le cui condizioni sono definite dal mercato. In tal caso si tratta di prestazioni offerte *"sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di recepire condizioni diverse nel mercato di riferimento"*⁷⁰.

Nella delineazione delle ipotesi in cui vi è la possibilità di far uso del criterio del minor prezzo, va aggiunto quanto recentemente affermato dall'ANAC⁷¹. Nel caso di specie si richiamano le ipotesi di cui all'art. 108 comma 2, in particolare si fa riferimento al contenuto della lett. b) in cui si afferma che *"Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: (...); 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 140.000 euro; (...)"*. La questione si è posta in relazione a quale criterio dover applicare concretamente. L'ANAC ha affermato che, in linea con il dettato normativo richiamato, dal momento in cui si tratta di contratti aventi un importo

⁶⁷ Cons. St., sez. V, 12 Febbraio 2020, n. 1063; Cons. St., sez. V, 18 Febbraio 2018, n. 1099; Cons. St., sez. III, 13 agosto 2018, n. 1609.

⁶⁸ Linee guida ANAC, 02 maggio 2018, n. 2

⁶⁹ T.A.R., Lazio, Latina, sez. I, 13 marzo 2020, n.110

⁷⁰ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit, Note, 190

⁷¹ ANAC, Parere di precontenzioso, 13 ottobre 2023, n. 732

pari o superiore a 140.000 euro, si tratta sicuramente di procedure che richiedono il possibile utilizzo del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre, invece, per i contratti di importo inferiore alla soglia identificata dal legislatore, è possibile l'utilizzo del criterio del minor prezzo. A tale posizione dell'ANAC è seguito il parere del Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), che ha affermato l'incompatibilità del criterio del prezzo più basso, con conseguente obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in relazione ad ipotesi di servizi di ingegneria e architettura di importo inferiore a 140.000 euro e, perciò, rientranti in un'ipotesi di affidamento diretto, basando la propria opinione sulla necessità di garantire il cd. "equo compenso". A parere del CNI il criterio del minor prezzo, basato su aspetti esclusivamente quantitativi, può portare a un compenso, a favore dell'operatore economico, inferiore a quello che può essere identificato come equo.

La questione, interessante in quanto rappresentativa delle varie sfaccettature della materia, andrebbe risolta perseguendo l'opinione dell'ANAC, in quanto maggiormente rispettosa della volontà del legislatore e del dettato normativo di cui all'art. 108. La tesi del CNI, oltre a non conformarsi al dettato normativo, produrrebbe una eccessiva restrizione nell'applicazione del criterio del minor prezzo, che comunque permette di assicurare una maggior celerità e una diminuzione di oneri in capo alla Stazione appaltante.

Dopo la definizione delle prestazioni che possono essere oggetto del criterio del minor prezzo, deve individuarsi la *ratio* che è a fondamento del criterio in questione. Sulla base del carattere peculiare delle prestazioni che possono essere oggetto del criterio in questione, emerge la necessità di non gravare i contraenti e le stazioni appaltanti di tutti quegli oneri che presenti nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si offre alla Stazione appaltante la possibilità di scegliere effettivamente quale criterio risulti essere più adeguato al caso concreto, anche in relazione all'effettivo importo del contratto.

Per concludere l'analisi del criterio del minor prezzo, occorre approfondire l'obbligo di motivazione relativo all'ipotesi in cui la Stazione appaltante opti per tale criterio. In tal

caso la giurisprudenza consolidata⁷² ha affermato che la Stazione appaltante è tenuta, all'interno della *lex specialis* di gara, a chiarire in modo specifico le motivazioni alla base della scelta del criterio del prezzo più basso. Non è, infatti, possibile porre in essere un semplice richiamo al testo normativo, senza una specifica identificazione delle ragioni che producono la necessità di far uso di tale tipologia di criterio. Un'ipotesi di tal genere permetterebbe di affermare l'illegittimità della stessa *lex specialis* di gara. Questa particolarità è un'ulteriore esplicitazione dell'eccezionalità e della residualità del criterio del minor prezzo.

1.2 L'offerta anomala: *ratio* e novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici

Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo in un contesto di mercato che risponde a logiche concorrenziali. L'individuazione dell'operatore economico, chiamato a eseguire la prestazione, richiede un controllo sulle offerte presentate volto a eliminare ogni fenomeno distorsivo della concorrenza stessa.

Infatti, nella prassi applicativa, è frequente che l'offerta "migliore" a seguito dell'applicazione dei criteri di aggiudicazione, presenti ulteriori problematiche e punti di criticità.⁷³

Le problematiche che emergono si riferiscono alla stessa Amministrazione che richiede la prestazione. Attraverso la procedura di aggiudicazione dei contratti pubblici, la Pubblica Amministrazione ricerca la miglior prestazione al miglior prezzo. La questione che nella procedura di aggiudicazione deve porsi è evitare tutti quei possibili inconvenienti sottesi a un'offerta con ribasso eccessivo. Questi inconvenienti potrebbero riferirsi a un'inadeguatezza sostanziale della prestazione prodotta da un punto di vista pratico, con conseguenze relative sia a scorrettezze o ritardi nello svolgimento della prestazione, che a potenziali contenziosi in sede giurisdizionale, con

⁷² Cons. St., sez. V, 21 maggio 2020, n.3210; "In sede di gara pubblica l'amministrazione che opti per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è tenuta ad una motivazione rafforzata ovvero ad un onere motivazionale più stringente; non può certo ritenersi che tale onere coincida con la descrizione del servizio senza cadere in una mera finzione".

⁷³ G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, A. POLICE, M. RAMAJOLI e B. MARCHETTI; *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2023

conseguente difficoltà nel perseguire l'interesse pubblico alla base di quella determinata prestazione.

Va poi trattato l'ulteriore profilo problematico che, al contrario, incide sugli operatori economici presenti in un dato mercato. In presenza di un'offerta particolarmente migliore rispetto alle altre, è opportuno verificare se la stessa sia effettivamente rispettosa delle regole di concorrenza. In sede di presentazione dell'offerta, si presuppone che un operatore economico, sulla base delle previsioni da lui formulate, ottenga comunque un qualche margine di guadagno nello svolgimento della prestazione. Dinanzi a un'offerta nettamente migliore bisogna, perciò, verificare se l'operatore economico riesca ad eseguirla in modo adeguato e ne ottenga un qualche ricavo oppure abbia intenzione di alterare la concorrenza in quel determinato mercato, con il rischio di eseguire delle prestazioni scadenti⁷⁴.

Si può concludere definendo che cosa si intende con l'espressione offerta anomala. Per offerta anomala si intende *“un'offerta che per il fatto di non assicurare all'imprenditore un profitto (o un adeguato profitto) conduce, inevitabilmente, ad un'esecuzione non corretta da parte dell'imprenditore”*⁷⁵. Perciò, si può affermare che una determinata offerta è anomala in quanto *“troppo gravosa”* per quel determinato offerente.⁷⁶

Nel proseguo di tale analisi introduttiva è necessario richiamare il diritto comunitario. Infatti, le problematiche in questione sono state prese in considerazione dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitaria. La Corte di Giustizia, con la sentenza a cause riunite C-285/99 e C-286/99, si è pronunciata negativamente sulla disciplina nazionale italiana all'epoca vigente in tema di anomalia. Infatti, secondo la Corte, il legislatore italiano non aveva previsto adeguati strumenti per la risoluzione delle varie problematiche in tema di anomalia dell'offerta. Inoltre, il giudice comunitario ha individuato il mezzo per colmare la carenza della disciplina nazionale, nell'instaurazione di un contraddittorio

⁷⁴ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici Vol III*, cit.

⁷⁵ M. OCCHIENA, *Note sulle offerte anomale negli appalti di servizi e sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. giust. civ.*, 1996, pp. 549

⁷⁶ A. MANZI, *Le novità in materia di offerte anomale*, in *Urb. e app.*, 2010

attraverso cui si consenta all'operatore economico, che ha presentato un'offerta avente caratteri anomali, di apporre le giustificazioni necessarie.⁷⁷

Al fine di introdurre l'istituto dell'anomalia dell'offerta, deve richiamarsi il percorso normativo relativo alla materia in questione. Si incomincia in tale trattazione dalla Direttiva 2004/18 CE, il cui articolo 55 detta la procedura per la verifica delle offerte anormalmente basse. Tale articolo, recependo la precedente giurisprudenza comunitaria in materia, sancisce il rilievo del confronto tra l'Amministrazione aggiudicatrice e l'offerente. Nell'art. 55 della Direttiva è prevista, in primo luogo, la richiesta per iscritto, da parte della Stazione appaltante, di precisazioni in ordine a una serie di elementi dell'offerta di cui risulta un'elencazione all'interno della stessa direttiva. Le precisazioni consentono l'instaurazione di un confronto tra le parti volto a chiarire i profili di anomalia dell'offerta. In secondo luogo, l'articolo prevede, al secondo paragrafo, l'effettiva consultazione tra l'amministrazione e l'offerente avente ad oggetto tali elementi dell'offerta e le precisazioni formulate.⁷⁸

⁷⁷ C. giust. CE, sentenza a cause riunite, 27 Novembre 2001, C-285/99 C-286/99; "(...) Esso si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, pari ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti. Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali"(...).

⁷⁸ Art. 55 Direttiva 31 marzo 2004/18/CE; "1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
- e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite.

Successivamente la materia è stata aggiornata dalla Direttiva 2014/24 CE, in particolare dall'articolo 69⁷⁹, in cui semplicemente si chiarisce la disciplina sancendo, ora in modo esplicito, che l'amministrazione aggiudicatrice *“può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti”*. Assume rilievo la novità costituita dal richiamo agli obblighi di cui all'articolo 18 paragrafo 2 della Direttiva 2014/24 CE, di cui si richiede il rispetto. Gli obblighi richiamati si riferiscono al diritto ambientale, sociale e del lavoro, con riferimento alle disposizioni comunitarie, nazionali ed internazionali, continuando la linea evolutiva del diritto che prende sempre più in considerazione problematiche relative a tale materia e di cui si richiede una sempre maggiore tutela.

Prima di approfondire le novità dell'attuale disciplina dell'anomalia dell'offerta, è necessario richiamare le precedenti discipline nazionali. Inizialmente, nell'ordinamento nazionale italiano, si era identificato un sistema di esclusione automatica dell'offerta anomala sulla base di criteri predeterminati con l'obiettivo di limitare la discrezionalità dell'amministrazione. La giurisprudenza comunitaria si è pronunciata⁸⁰ a sfavore di un tale sistema di individuazione dell'anomalia di un'offerta e, di conseguenza, è emersa la necessità di un ulteriore intervento normativo a livello nazionale. Si è introdotto un sistema che produceva una distinzione tra contratti sotto-soglia e contratti sopra-soglia comunitaria, con la previsione, per i primi, in linea generale, del sistema di esclusione

3. (...)”

⁷⁹ Art 69 Direttiva 26 febbraio 2014, 2014/24 UE; “1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.

2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a:

- a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
- b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori,
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2;
- e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71;
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2. L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

4. (...)”

⁸⁰ C. giust. CE, Sentenza 22 Giugno 1989, C-103/1988

automatica e, per i secondi, invece, di un sistema basato su una verifica concreta.⁸¹ Di tale distinzione comunitaria si tratterà più approfonditamente in seguito. In tale sede si deve semplicemente evidenziare che i cd. contratti “sopra soglia” sono quei contratti aventi effettiva rilevanza comunitaria, mentre i cd. contratti “sotto soglia” sono contratti che si caratterizzano per il loro importo, il quale non supera l’ammontare minimo stabilito dalle direttive comunitarie per i contratti aventi ad oggetto, quale prestazione, forniture, servizi o lavori.⁸² La scelta di un sistema di esclusione automatica dell’offerta anomala nei contratti sotto-soglia trova fondamento nell’esigenza di celerità ed efficienza procedimentale che emergono con riguardo a procedure di affidamento di prestazioni di modico valore e che permettono di derogare al principio del contraddittorio.⁸³

Di rilievo è la disciplina presente agli artt. 86-88 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, le cui disposizioni necessitano di un confronto con le successive, a livello temporale, presenti all’articolo 97 del d.lgs. 50/2016.

Va considerato, in particolare, l’articolo 86, il quale prevedeva il c.d. “*taglio delle ali*”, ossia l’esclusione del 10% arrotondato all’unità superiore delle offerte che presentano maggiore e minore ribasso⁸⁴. Tale metodo permetteva di evitare tutte quelle alterazioni che potevano essere prodotte da offerte palesemente alterate. Infatti, la giurisprudenza era intervenuta sul tema affermando come il c.d. taglio delle ali fosse volto a eliminare ogni influenza, sulla media dei ribassi, da parte di quelle offerte che risultassero manifestamente distanti dai valori medi e che, di conseguenza, avrebbero potuto determinare un effetto distorsivo nel mercato.⁸⁵

In realtà, sul tema il legislatore nazionale ha ritenuto di dover nuovamente intervenire. Con la finalità di non rendere predeterminabili i parametri attraverso cui procedere alla

⁸¹ Decreto-legge n. 101/1995 convertito nella l. n. 216/1995

⁸² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

⁸³ F. MANGANARO e R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell’ANAC*, in *Urb. e App.*, 2018, n. 5, 591 s.

⁸⁴ Art 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006; “1. Nei contratti di cui al presente Codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”.

⁸⁵ Cons. St., sez. V, 03 Giugno 2002, n.3068

valutazione dell'anomalia delle offerte, il legislatore, con il Codice del 2016, ha previsto, all'articolo 97, cinque differenti modalità di calcolo della soglia di anomalia, affidando al Responsabile Unico del Procedimento (RUP) o alla Commissione giudicatrice l'identificazione, tramite sorteggio, del metodo da applicare alla procedura specifica⁸⁶. Con tale previsione si è cercato di evitare, o comunque di rendere più difficoltose, tutte quelle alterazioni in sede di valutazione dell'anomalia di un'offerta. In realtà, l'ANAC è intervenuta affermando l'inefficienza di tale soluzione, in quanto aveva provocato delle incertezze interpretative in relazione all'applicazione dei criteri in questione.⁸⁷

⁸⁶ Art. 97, comma 2 e 2-bis, d.lgs n. 50/2016; “2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la Commissione Giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

2-bis. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la Commissione Giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);

d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica);

e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

⁸⁷ Comunicato ANAC del 5 ottobre 2016

Successivamente con i correttivi adottati al Codice previgente, in particolare richiamandosi la Legge 14 giugno 2019 n. 55, tali cinque metodi differenti sono stati rimossi e sostituiti da altri due metodi, i quali hanno previsto un'applicazione differenziata in relazione al numero di offerte presentate (se inferiore a 15; se pari o superiore a 15).

In aggiunta, va richiamata la regola dei quattro quinti. Questa è relativa alle ipotesi in cui l'aggiudicazione avvenga attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e prevede che, sia in relazione ai punti attribuibili riguardo al prezzo, sia in relazione alla somma dei punti riguardanti gli altri elementi di valutazione, la Stazione appaltante sia tenuta ad una valutazione dell'anomalia dell'offerta nel caso in cui tali punti risultino entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti massimi identificati all'interno del bando di gara.⁸⁸ In materia la giurisprudenza è intervenuta numerose volte con riferimento alla concreta applicazione di tale regola dei quattro quinti. La stessa ha sancito che, dal momento in cui si riscontra e identifica la presenza di offerte che risultino aver superato i quattro quinti del punteggio massimo delineato all'interno del bando con riferimento ai criteri qualitativi e quantitativi, la Stazione appaltante è chiamata ad effettuare il giudizio di anomalia dell'offerta in questione, mentre, di converso, emerge la discrezionalità della stessa Stazione appaltante con riguardo alla scelta circa un giudizio di anomalia nel caso in cui vi siano elementi particolari che portano ad ipotizzare che l'offerta non sia congrua, seria e sostenibile.⁸⁹ In relazione a tale regola, sono emerse numerose problematiche applicative che hanno portato a richiedere in materia un ulteriore intervento del legislatore.

Dopo aver richiamato tali succinti cenni storici, è opportuno soffermarsi sulle novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

Innanzitutto, le innovazioni introdotte sono volte ad assicurare una semplificazione della disciplina relativa all'anomalia dell'offerta, evitando tutte quelle implicazioni applicative che provocavano difficoltà e incertezze nel precedente sistema. In secondo

⁸⁸ Art. 97, comma 3, d.lgs. 50/2016; “3. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara (...)”.

⁸⁹ T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 28 aprile 2021, n.275.

luogo, si cerca di responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema attraverso cui identificare l'anomalia di un'offerta e nell'applicazione sostanziale di tale sistema. Infine, con le modifiche previste dalla nuova codificazione, si assicura alla Stazione appaltante di tener conto dell'eterogeneità delle situazioni concrete.⁹⁰

Novità di rilievo è quella relativa alla sistematizzazione della disciplina dell'anomalia dell'offerta all'interno del d.lgs 36/2023. Infatti, richiamandosi la suddivisione comunitaria dei contratti pubblici in contratti sopra-soglia e contratti sotto-soglia, si è identificata una disciplina differenziata fra i due sistemi⁹¹. A differenza del d.lgs. 50/2016, di cui l'articolo 97 considera sia la disciplina relativa ai contratti sopra-soglia che ai contratti sotto-soglia, nel nuovo Codice sono state eliminate (articolo 110, rubricato "*offerte anormalmente basse*") le disposizioni relative alle procedure sui contratti sotto-soglia comunitaria, ora disciplinati nell'articolo 54, denominato "*esclusione automatica delle offerte anomale*".

Un'altra novità presente nell'articolo 110 concerne la discrezionalità della Stazione appaltante nell'identificare quelle offerte che, fin da subito, presentano caratteri di anomalia e che, di conseguenza, necessitano di una verifica. Ne consegue l'eliminazione delle soglie fissate ex lege per determinare l'anomalia dell'offerta.⁹² Siffatta scelta sembra corrispondere alla volontà di assicurare all'Amministrazione quella discrezionalità che le permetta di porre in essere scelte adeguate, in collegamento con i principi del risultato ex art. 1, della fiducia ex art. 2 e della buona fede e della tutela dell'affidamento ex art. 5.

Innovazioni emergono anche all'interno dell'articolo 54 del d.lgs 36/2023. La disposizione relativa all'esclusione automatica dell'offerta anomala risulta direttamente accompagnata dall'allegato II.2, che fornisce, nel dettaglio, indicazioni sulle modalità attraverso cui applicare tale peculiare ipotesi di esclusione. La scelta effettuata dal legislatore sembrerebbe indirizzata verso una maggiore certezza applicativa rispetto al precedente art. 97 del d.lgs. 50/2016.

⁹⁰ M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM e L. CARBONE; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit, 173

⁹¹ Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato

⁹² F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, pp. 203

La novità più significativa prevista dall'articolo 54 è contenuta al comma 2⁹³. Le stazioni appaltanti, infatti, oltre alla scelta di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, devono indicare obbligatoriamente negli atti di gara, a pena di illegittimità della stessa esclusione,⁹⁴ il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto sulla base di quanto previsto dall'Allegato II.2.

L'articolo in questione prosegue la linea evolutiva tracciata dal decreto legge n. 76/2020, di cui si richiama l'articolo 1, comma 3⁹⁵, ultimo periodo, che aveva già modificato la precedente disciplina. Quest'ultima prevedeva la possibilità di ricorrere all'esclusione automatica in presenza di un numero di offerte pari o superiore a dieci. Invece, il decreto legge n. 76/2020 ha esteso tale opzione ai casi in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. La *ratio* della previsione è di assicurare maggiore celerità e semplicità nella valutazione dell'anomalia dell'offerta nei casi in cui il procedimento ex art. 110 risulterebbe eccessivamente prolungato e dispendioso.

Ulteriore novità è relativa al fatto che, a differenza del d.lgs. 50/2016, nel d.lgs. 36/2023 tale regola non si applicherà più agli appalti di forniture, ma troverà applicazione solo con riguardo agli appalti di lavori e di servizi. La *ratio* di ciò riguarda la minor complessità che fa capo agli appalti di forniture, soprattutto se standardizzate, con conseguente inutilità, se non danno, relativamente all'applicabilità dell'esclusione automatica che in tal caso non provocherebbe l'ottenimento di una maggior qualità della prestazione offerta. L'art. 54, al primo comma, prevede inoltre che *“(...) In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*⁹⁶. In tal senso si conferma

⁹³ Art 54, comma 2, d.lgs. 36/2023; “2. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2”.

⁹⁴T.A.R. Lecce, sez. II, 03 agosto 2020, n.877 “(...) è mancata una piana previsione della *lex specialis* di esclusione automatica delle offerte anomale, con la conseguenza che l'aver escluso la ricorrente dalla gara senza previa attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia integra un profilo di illegittimità dell'agere amministrativo, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito a livello eurounitario e nazionale (...)”.

⁹⁵ Art. 1, comma 3, ult. periodo, decreto legge n. 76/2020; “(...) Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”.

⁹⁶ Art. 54, comma 1, ult. periodo, d.lgs. 36/2023

quell'elasticità del sistema richiamata in precedenza che permette, in presenza di peculiari profili di criticità, di includere nella verifica dell'anomalia anche offerte che, sulla base dei metodi sanciti all'Allegato II.2, non vi sarebbero oggetto.

1.2.1 L'applicazione dei principi del risultato, della fiducia e di buona fede e tutela dell'affidamento

Il nuovo Codice dei contratti pubblici identifica, agli artt. 1-12, i principi generali della contrattualistica pubblica. Meritano particolare analisi il principio del risultato di cui all'art. 1, il principio della fiducia, di cui all'art. 2, e il principio di buona fede e tutela dell'affidamento, di cui all'art. 5. Siffatti principi, di cui il primo ed il secondo sono stati introdotti *ex novo* dal d.lgs. 36/2023, assumono rilievo in quanto si collegano all'anomalia dell'offerta.

L'articolo 1, innanzitutto, con riguardo al principio del risultato, identifica l'interesse pubblico primario perseguito dal Codice in questione, a cui le stazioni appaltanti devono fare riferimento nello svolgimento della propria attività. L'interesse pubblico è rappresentato *“dall'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo”*⁹⁷. L'articolo prosegue delineando la funzione della concorrenza e della trasparenza in materia. Le stesse sono, non il fine, ma il mezzo attraverso cui le Stazioni appaltanti raggiungono il risultato. Si esige di assicurare l'interesse pubblico primario, e a tale obiettivo si perviene attraverso un'adeguata trasparenza e concorrenza nel mercato. Si identifica così una propensione a perseguire il risultato, ossia l'interesse pubblico a fondamento della procedura di affidamento, che deve essere alla base dell'*agere* amministrativo.⁹⁸ L'articolo prosegue ponendo un collegamento tra il principio del risultato e la discrezionalità da parte dell'amministrazione, affermando come, nello svolgimento delle proprie attività discrezionali, l'amministrazione debba operare tenendo conto del risultato da perseguire, identificando tale principio come il *“criterio prioritario”*, lo strumento e la guida, da utilizzare nel caso concreto.⁹⁹

⁹⁷ Art 1, comma 1, d.lgs. 36/2023

⁹⁸ Art 1, comma 2, d.lgs. 36/2023

⁹⁹ Art. 1, comma 4, d.lgs. 36/2023

L'articolo 2 codifica il principio della fiducia. In particolare, il comma 1 fa riferimento, come oggetto, all'azione *“legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”*.¹⁰⁰ Siffatto principio cerca di risolvere una problematica di grande rilievo, ossia la sfiducia presente da parte della collettività nei confronti dell'agire delle Amministrazioni prodottasi negli anni precedenti all'emanazione del nuovo Codice. Il funzionario amministrativo, in alcuni casi, era condizionato, nello svolgimento delle sue mansioni, dalle conseguenze che potevano prodursi¹⁰¹. Ne derivava l'inoperatività dello stesso e, quindi, il mancato perseguimento dell'interesse pubblico. Con tale principio il legislatore cerca di imporre delle tutele relativamente all'agire amministrativo, affermando in primo luogo, in collegamento con il principio del risultato, la necessità di perseguire l'interesse della collettività e *“il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone”*¹⁰². Su tale linea prosegue l'articolo, affermando, al comma 2¹⁰³, come la discrezionalità riconosciuta al funzionario debba legarsi al risultato da perseguire.

L'art 5 delinea i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Da considerare in riferimento alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è il primo comma, il quale afferma che, nello svolgimento di tutte quelle attività e procedure presenti nel Codice dei contratti pubblici, debba sussistere un reciproco obbligo, tra Stazione appaltante ed operatore economico, di rispetto *“dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.”*¹⁰⁴ Ciò risulta in linea con la giurisprudenza in materia¹⁰⁵ che aveva già consolidato tale principio disponendo che *“così come la Stazione appaltante deve comportarsi secondo buona fede in tutte le fasi della procedura di gara, così devono fare anche i partecipanti alle gare pubbliche che devono fornire all'Amministrazione*

¹⁰⁰ Art. 2, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁰¹ Corte Costituzionale, 18 Gennaio 2022, n.8; *“(…) I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma") (…)”*.

¹⁰² Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato

¹⁰³ Art. 2, comma 2, d.lgs. 36/2023; *“2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”*.

¹⁰⁴ L'art. 5, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁰⁵ T.A.R., Campania, Napoli, sez. I, 04 febbraio 2019, n.598

tutte le informazioni necessarie affinché questa possa scegliere nel modo più consapevole possibile l'impresa più affidabile”.

Tali principi necessitano di essere rapportati al subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Bisogna soffermarsi, in particolare, sull'anomalia dell'offerta di cui all'articolo 110, nonché al venir meno delle soglie di anomalia fissate *ex lege*, riconducendo la valutazione dell'anomalia all'interno della discrezionalità della Stazione appaltante. La Stazione appaltante deve rispettare il principio del risultato, ossia dovrà perseguire l'interesse pubblico posto alla base della procedura di affidamento iniziata. Nell'adempiere a ciò, l'Amministrazione deve individuare la miglior offerta, garantendo la massima trasparenza e concorrenza attraverso l'utilizzo del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.¹⁰⁶ Si evitano così tutte quelle alterazioni e inadeguatezze che rappresentano la *ratio* stessa dell'esistenza di tale valutazione.

La Stazione appaltante, inoltre, è chiamata ad operare considerando, in correlazione al principio del risultato, il principio della fiducia. È tenuta, cioè, ad eliminare ogni tipologia di inoperatività per incentivare l'Amministrazione a compiere tutte le scelte di sua pertinenza, nonché a identificare, con riferimento all'anomalia dell'offerta, ogni ipotesi in cui risulti necessario avviare tale valutazione. Infine, in riferimento ai principi di cui all'art 5, emerge chiaramente, nella materia dell'anomalia dell'offerta, come sia la Stazione appaltante che l'operatore economico debbano operare coerentemente con quanto previsto all'interno del Codice e con le regole in materia di concorrenza nel mercato, al fine di assicurare la buona fede e la tutela dell'affidamento.

Con riguardo all'applicazione dei principi in questione alla disciplina dell'anomalia dell'offerta, appare opportuno richiamare un recente intervento giurisprudenziale¹⁰⁷ in cui il T.A.R. Milano è stato chiamato a valutare se un determinato operatore economico possa essere escluso dalla procedura di affidamento a causa della falsità dei documenti presentati al momento dell'offerta. In realtà, i documenti in questione sarebbero stati analizzati dalla Stazione appaltante solo in caso di effettuazione del procedimento di anomalia dell'offerta. Pertanto, visto che tale procedimento non era stato avviato, ne è

¹⁰⁶ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 07 febbraio 2024, n. 478

¹⁰⁷ T.A.R., Lombardia, Milano, Sez. II, 28 settembre 2023, n. 2171

conseguita l'irrelevanza della documentazione nella scelta dell'operatore economico, essendo basata sul criterio del prezzo più basso. Sulla base di queste premesse, il T.A.R. ha affermato la correttezza della valutazione dell'offerta formulata dalla Stazione appaltante e la conseguente irrilevanza della documentazione, richiamando nella decisione i principi del nuovo Codice e, in particolare, facendo riferimento al principio del risultato e della fiducia.¹⁰⁸ In questa decisione emerge l'intento di attribuire prevalenza al risultato comunque conseguito, il quale non risulterebbe compromesso dalla mancata analisi della documentazione. Con tale decisione e con la relativa applicazione dei principi in questione il Collegio ha valorizzato lo spazio di discrezionalità attribuito dal nuovo Codice all'Amministrazione, consentendo la miglior realizzazione dell'interesse pubblico senza un eccessivo "spreco" di tempo.

1.2.2 L'offerta anomala nei contratti sopra-soglia

La disciplina dell'anomalia dell'offerta nei contratti sopra-soglia va approfondita in relazione a tre differenti aspetti: il contraddittorio procedimentale, la discrezionalità tecnica e l'oggetto della valutazione della Stazione appaltante.

In primo luogo, si deve delineare il profilo inerente al contraddittorio procedimentale.

Il principio del contraddittorio procedimentale permette di instaurare un confronto dialettico tra la Stazione appaltante e l'operatore economico, ispirato alla massima collaborazione tra le parti.¹⁰⁹

Al di là del criterio scelto dalla Stazione appaltante per valutare l'anomalia di un'offerta, è necessario che la stessa si attenga all'*iter* procedimentale identificato dall'articolo 110 del Codice, ossia che l'esclusione di un determinato operatore

¹⁰⁸ T.A.R., Lombardia, Milano, Sez. II, n. 2171/2023; "(...) Laddove un documento, peraltro meramente facoltativo, non ha inciso in nessun modo sulla determinazione finale di affidamento della Stazione appaltante, l'ipotetica falsità del medesimo non può certo determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione. (...).

Pare inoltre al Collegio che quanto sopra esposto sia rispettoso dei principi fondamentali della contrattualistica pubblica previsti dal vigente d.lgs. n. 36/2023, ancorché la gara di cui è causa sia regolata dal d.lgs. n. 50/2016; in particolare si tratta dei principi del risultato e della fiducia di cui agli articoli 1 e 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici. (...)"

¹⁰⁹ C. SANTORIELLO, *I contratti di appalto per lavori, servizi e forniture*, Giappichelli, 2019, 228 ss.

economico, che ha formulato un'offerta anomala, avvenga esclusivamente in seguito a un effettivo contraddittorio, in linea con le previsioni del diritto comunitario.¹¹⁰

In tal senso è necessario richiamare l'articolo 69, in particolare il paragrafo 3, della Direttiva 24/2014 UE¹¹¹, in cui si prevede, nei confronti della Stazione appaltante, la necessaria consultazione con l'offerente al fine di permettere allo stesso di fornire tutte quelle informazioni e giustificazioni opportune per la valutazione del presunto carattere anomalo dell'offerta.

La linea dettata dalla Direttiva è stata perseguita dal legislatore italiano, sia con riferimento alla previgente disciplina, sia con riferimento al nuovo Codice, all'interno del quale il legislatore predispose un sistema monofase (rispetto al Codice del 2006 che prevedeva un procedimento complesso e plurifase costituito da giustificativi, chiarimenti, contraddittorio).

L'articolo 110 al secondo comma¹¹² dispone che se, sulla base dei criteri identificati nel bando o nell'avviso, una certa offerta presentata appaia anomala, è richiesto all'operatore economico, in forma scritta, di formulare le spiegazioni e le giustificazioni necessarie entro un termine non superiore a quindici giorni, scaduto il quale la Stazione appaltante si pronuncerà sull'anomalia o meno dell'offerta. In tal modo viene assicurato l'effettivo contraddittorio procedimentale, ma un interrogativo va posto sulla funzione da attribuire a tale termine. Infatti, né il d.lgs. 50/2016, né il d.lgs. 36/2023, delineano espressamente il carattere del termine di cui si tratta. La questione è stata risolta dalla, ormai consolidata, giurisprudenza¹¹³ che ha affermato il carattere non perentorio, ma solo sollecitatorio di tale termine, permettendo all'operatore economico interessato di far valere la propria posizione giustificando la propria offerta e facendo sì che

¹¹⁰ S. FANTINI e H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III, Giuffrè, 2022, 99-101

¹¹¹ Art. 69, par. 3, Direttiva 24/2014 UE; "3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2."

¹¹² Art. 110, comma 2, d.lgs. 36/2023; "2. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni."

¹¹³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 Maggio 2017, n.5979; "nelle gare pubbliche la mancata o anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti non possono comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia" e che i termini a tal fine previsti "non sono perentori, ma sollecitatori, avendo lo scopo di contemperare gli interessi del concorrente a giustificare l'offerta e quelli dell'Amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara".

l'amministrazione concluda rapidamente il subprocedimento di valutazione dell'anomalia. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui l'operatore economico non presenti le proprie spiegazioni entro il citato termine oppure le presenti tardivamente o, ancora, non le presenti affatto, ciò non potrà produrre come conseguenza l'esclusione automatica del concorrente.

Va aggiunto, in ogni caso, che il termine è liberamente determinabile, nella sua durata, da parte della Stazione appaltante, necessitandosi esclusivamente (quali condizioni per la sua correttezza) che lo stesso sia congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle varie spiegazioni richieste e in relazione ad ogni altro elemento di rilievo.¹¹⁴

Altro interrogativo che richiede una trattazione preliminare è relativo alla possibilità di disporre ulteriori "fasi" del contraddittorio.

Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui la Stazione appaltante, all'interno del procedimento di valutazione dell'anomalia, non riesca a risolvere i vari interrogativi inerenti all'adeguatezza e l'attendibilità dell'offerta, anche in presenza delle spiegazioni richieste. Su tale questione si richiama l'intervento chiarificatore della giurisprudenza¹¹⁵, da cui è emersa la possibilità di disporre ulteriori fasi del contraddittorio procedimentale nell'ipotesi in cui la Stazione appaltante non sia nelle condizioni di risolvere tutti i dubbi relativi all'adeguatezza, nonché all'attendibilità, dell'offerta presentata e sottoposta al giudizio di anomalia. Considerata la struttura "monofasica", tale possibilità può verificarsi solo ed esclusivamente nel caso in cui ci si trovi di fronte un'effettiva impossibilità per la Stazione appaltante di operare concretamente nella risoluzione degli interrogativi presenti. Siffatta ipotesi ben corrisponde alla funzione stessa del procedimento di valutazione in quanto, richiamandosi la giurisprudenza in materia, *"la possibilità di avanzare altre richieste istruttorie non costituisce altro che una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente"* e di conseguenza rappresenta il miglior perseguimento dell'interesse pubblico¹¹⁶.

¹¹⁴ TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 07 febbraio 2023, n. 867

¹¹⁵ Cons. St., sez. IV, 07 Agosto 2020, n. 4973; Cons. St., sez. V, 26 luglio 2022 n. 6577

¹¹⁶ Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690

Inoltre, il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta deve in ogni caso soddisfare il principio del contraddittorio. Pertanto, siffatto principio dovrà essere rispettato anche nelle ipotesi in cui la Stazione appaltante scelga di utilizzare, all'interno del procedimento ex art. 110, i criteri di determinazione della soglia di anomalia previsti dall'Allegato II.2 per i contratti sotto-soglia e relativi al meccanismo di esclusione automatica privo del contraddittorio.

Nella trattazione del contraddittorio procedimentale si richiama la massima giurisprudenziale che afferma che *“Il corretto svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte presuppone l'effettività del contraddittorio, di cui costituiscono necessari corollari: l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immodificabilità dell'offerta ed al contempo la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto”*.¹¹⁷ Sulla base di tale affermazione giurisprudenziale si ricava un ulteriore elemento del contraddittorio, relativo alla possibilità di apporre modifiche alle precisazioni e alle giustificazioni formulate, aggiungerne di altre e predisporre compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate all'interno dell'offerta, necessitandosi comunque che l'offerta non risulti *“sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo del lavoro per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto”*.¹¹⁸ Ciò rappresenta una caratteristica del procedimento, che è stata elaborata dalla consolidata giurisprudenza amministrativa e che promuove, ancora una volta, la collaborazione e lo spazio lasciato all'operatore economico, permettendo così di apporre tutte le giustificazioni opportune. Alla luce di tali affermazioni, l'operatore economico può procedere a giustificazioni che rettifichino alcune voci di costo indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti un'offerta del tutto diversa rispetto a quella iniziale.¹¹⁹

¹¹⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 01 luglio 2020, n.1327

¹¹⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 giugno 2022, n.7656

¹¹⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 26 maggio 2022, n.3564;

Risultano invece inopportune quelle giustificazioni che comportano una modifica sostanziale ad elementi essenziali dell'offerta stessa, in quanto ciò provocherebbe la violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta volto a garantire la *par condicio* dei partecipanti alla gara e l'affidabilità dell'operatore economico offerente e, ulteriormente, ciò produrrebbe l'effettiva formazione di una nuova offerta in via successiva rispetto al suo termine di presentazione. Ne consegue che, in tal caso, è legittima l'esclusione dell'operatore economico *“sia per l'inattendibilità dell'offerta originaria che per l'inammissibilità di una nuova valutazione dell'offerta modificata”*.

¹²⁰ Da considerarsi è poi l'ipotesi relativa alla modifica del costo della manodopera in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, che rappresenta un esempio applicativo del principio in questione. Sul punto la giurisprudenza è più volte intervenuta, facendo riferimento al principio di immodificabilità delle offerte, affermando che i costi della manodopera costituiscono un elemento essenziale dell'offerta e, di conseguenza, una loro modifica, posta in essere durante il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, provoca una modifica inammissibile di un elemento che può essere definito come basilare ed essenziale dell'offerta economica, su cui non possono prodursi modificazioni nel suo importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza.¹²¹

Va ora vagliato il terzo comma dell'articolo 110, il quale identifica il possibile contenuto delle spiegazioni da fornire da parte dell'operatore economico nel contraddittorio instaurato. Sul tema in questione la giurisprudenza antecedente all'emanazione del nuovo Codice, confermando la previgente disciplina¹²², aveva delineato l'ambito facente riferimento alle giustificazioni. Si richiama una pronuncia del T.A.R. Umbria in cui si è sancito che *“le giustificazioni rese dall'offerente nell'ambito del giudizio di anomalia della propria offerta, devono riguardare elementi che concernono l'offerta stessa, tra cui: l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; l'originalità dei lavori, delle*

¹²⁰ T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 marzo 2023, n.559.

¹²¹ Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406.

¹²² Art. 97, comma 4, d.lgs. 50/2016

forniture o dei servizi proposti.”¹²³ Sulla base dell’attuale codificazione, confermandosi la giurisprudenza richiamata, si sancisce che le giustificazioni hanno ad oggetto: “a) *l’economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l’offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l’originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall’offerente.*”¹²⁴ Sulla base della richiamata giurisprudenza non risulta possibile far riferimento ad elementi futuri o, comunque, che non siano strettamente attinenti all’offerta stessa, perciò le giustificazioni che possono essere fornite presentano un particolare, stringente, legame con l’offerta di cui si tratta.

Infine, in tale contesto, si richiama il quarto comma¹²⁵ che prevede, invece, all’opposto, le ipotesi che non possono essere oggetto di specificazioni. Si distinguono due differenti categorie di ipotesi. La prima fa riferimento ai trattamenti salariali minimi inderogabili previsti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. La seconda ipotesi, invece, riguarda, i vari oneri di sicurezza previsti dalla normativa.

1.2.2.1 La discrezionalità tecnica nella determinazione delle offerte anomale

Nell’analisi dell’offerta anomala è opportuno richiamare il tema della discrezionalità tecnica dell’Amministrazione in quanto assume rilievo sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

La discrezionalità tecnica, su cui sono emerse in dottrina varie e differenti definizioni, è ormai identificata come quella particolare forma di esercizio del potere, di cui l’amministrazione fa uso nel perseguire un determinato interesse pubblico specifico, caratterizzato da valutazioni aventi carattere tecnico-scientifico, le cd. “*valutazioni tecniche*”, che permettono di porre in essere quegli atti e attività alla base del potere stesso.¹²⁶

¹²³ T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 16 giugno 2017, n. 457

¹²⁴ Art. 110, comma 3, d.lgs. 36/2023.

¹²⁵ Art. 110, comma 4, d.lgs. 36/2023.

¹²⁶ M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 2009, 3-30

Si distingue da essa la tipica discrezionalità amministrativa cd. pura. La discrezionalità amministrativa è “*lo spazio di scelta che residua allorché la normativa d’azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell’amministrazione*” (A. Romano). Tale discrezionalità può fare riferimento a profili quali l’an, il quid, il quomodo e il quando, profili che, a differenza di un’attività vincolata, non sono predeterminati dalla legge, ma che dovranno essere analizzati dall’Amministrazione.¹²⁷

Possiamo, pertanto, affermare che la discrezionalità pura si fonda sull’esercizio di un’attività discrezionale volta al bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, attraverso l’applicazione di determinate regole giuridiche, facendo uso dei principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa. Di converso, si distingue dalla discrezionalità tecnica, che fa riferimento ad un’analisi dei presupposti per la scelta del criterio tecnico e del suo procedimento applicativo, in osservanza di regole tecniche. Le due tipologie di discrezionalità hanno in comune il fatto di porre una scelta, che si caratterizza diversamente poiché nella discrezionalità tecnica si fa riferimento a una scelta definita “tecnica” in quanto basata su regole scientifiche¹²⁸. Una volta che tale scelta è formulata, la stessa diventa esercizio del potere discrezionale, e, di conseguenza, possibile oggetto di sindacato giurisdizionale.¹²⁹

Dopo aver dato una definizione alla discrezionalità tecnica è necessario e rilevante identificare il suo valore all’interno della materia della contrattualistica pubblica e, in particolare, con riferimento alle novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

In generale, è possibile affermare che la stessa valutazione di anomalia di un’offerta è un’attività che costituisce “*tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l’amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge*”¹³⁰, in quanto basata su valutazioni di carattere prettamente

¹²⁷ E. CASSETTA e F. FRACCHIA; *Manuale di diritto amministrativo*, cit, 328-329

¹²⁸ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Riv. teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, 2022, 1 ss.

¹²⁹ D. GRANARA; *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*; *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 01/09/2023, p. 591

¹³⁰ Cons. St., sez. V, 01 Marzo 2023, n. 2170

tecnico-scientifico, con rilevanti conseguenze relative al profilo del sindacato giurisdizionale che verranno trattate successivamente.

Dopo aver sancito il legame tra l'anomalia dell'offerta e la discrezionalità tecnica, è corretto soffermarsi su un elemento particolare, ossia la determinazione degli elementi specifici su cui basare la valutazione.

La mancanza di una predeterminazione legislativa *ex ante* relativa alla soglia di valutazione dell'anomalia permette alla Stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, di identificare i caratteri e i metodi da utilizzare per porre in essere tale giudizio. In tal senso, si richiama il primo comma¹³¹ dell'articolo 110 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, che legittima la Stazione appaltante a valutare la possibile anomalia delle offerte. In particolare, si richiama la previsione in base alla quale la Stazione appaltante è tenuta ad indicare, nel bando o nell'avviso di gara, in modo compatibile con le varie disposizioni del Codice, gli elementi specifici attraverso i quali svolgere il giudizio tecnico di anomalia dell'offerta. A seguito dell'eliminazione delle soglie predeterminate *ex ante*, la definizione di tali elementi specifici rientra, chiaramente, nella discrezionalità tecnica della Stazione appaltante. Tale discrezionalità però non è piena libertà in quanto il legislatore delinea, in generale, l'ambito di valutazione della Stazione appaltante, affermando che la stessa è comunque chiamata a porre in essere una valutazione relativa alla “*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della migliore offerta*”,¹³² includendo e facendo riferimento anche ai “*costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9*”, ossia i costi della manodopera e quelli relativi alla sicurezza e alla salute.

La Stazione appaltante, ne consegue, potrà far uso sia dei criteri previsti dalla previgente disciplina, richiamandosi in particolare la regola, in precedenza definita, dei quattro quinti e la regola di cui all'articolo 97 comma 2 e 2 bis, sia i criteri previsti dall'allegato II. 2 con riguardo ai contratti sotto-soglia, sia criteri differenti identificati

¹³¹ Art 110, comma 1, d.lgs. 36/2023; “1. Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.”

¹³² G.F. NICODEMO, *La verifica dell'anomalia negli appalti pubblici*, in *Riv. appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2021, 7 ss.

dalle stesse stazioni appaltanti.¹³³ Con tale novità introdotta è perciò ammissibile affermare un aumento della discrezionalità della Stazione appaltante all'interno della procedura di affidamento dei contratti pubblici.

Breve richiamo merita l'articolo 218 d.lgs. 36/2023 che prevede, insieme alla disciplina di cui agli artt. 215-219, la figura del collegio consultivo tecnico.¹³⁴ La Stazione appaltante può richiedere al Collegio un parere tecnico sulla cui base disporre le proprie determinazioni. L'articolo, nel richiamare le varie ipotesi in cui è possibile l'intervento di tale organo, prevede implicitamente la possibilità, per lo stesso, di intervenire con riguardo alla determinazione dei criteri di verifica dell'anomalia e in riferimento alla possibilità di sottoporre una determinata offerta a tale al subprocedimento di valutazione dell'anomalia.

Meritano una breve analisi i criteri di cui all'articolo 97 comma 2 e 2 bis del d.lgs. 50/2016, che possono essere utilizzati per la valutazione dell'anomalia dell'offerta ex articolo 110 del nuovo Codice, con riguardo ad aggiudicazioni poste in essere con il criterio del minor prezzo. Di rilievo è il fatto che si faccia riferimento alla disciplina ex art. 97 co. 2 e 2 bis, la quale si riferisce alle ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, a differenza del comma 3 che fa riferimento alle ipotesi relative al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per le quali si utilizzava, nella determinazione dell'anomalia dell'offerta, il criterio dei quattro quinti. A quest'ultimo criterio, invece, non si fa più alcun riferimento espresso nell'odierna disciplina, ma la Stazione appaltante potrà, comunque, scegliere di calcolare la soglia di anomalia attraverso lo stesso. Pertanto, l'articolo 110 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha eliminato l'utilizzo obbligatorio di tali metodi, rimettendo alla valutazione tecnico-discrezionale della Stazione appaltante la scelta delle modalità di determinazione della soglia di anomalia.

¹³³ Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato

¹³⁴ Art 218, comma 1, d.lgs. 36/2023; “1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.”

L'articolo 97 comma 2 prevedeva, sulla base delle modifiche della l. n. 14 giugno 2019 n. 55, un complesso metodo di calcolo, differenziato in quattro fasi, della soglia di anomalia dell'offerta in relazione a ipotesi nelle quali il numero delle offerte fosse pari o superiore a 15. Mentre, al contrario, l'articolo 97 comma 2 bis identificava un metodo di calcolo, differenziato in cinque fasi, nell'ipotesi in cui il numero delle offerte formulate fosse inferiore a 15. Tali metodi di calcolo erano fondati sulle medie aritmetiche dei ribassi percentuali offerti in sede di gara.¹³⁵

La prima fase da considerare, di cui all'art 97 co. 2 lett. a, è relativa al cd. *“taglio delle ali”* ovvero l'esclusione del 10% delle offerte ammesse che presentano maggiore e minore ribasso, affermandosi che, nel caso in cui siano presenti offerte di uguale valore rientranti nelle offerte da accantonare, si procede ad accantonarle tutte. Dopo aver escluso le offerte rappresentanti tale 10% si deve eseguire la somma dei ribassi percentuali e la media dei ribassi percentuali. La seconda fase, di cui alla lett. b, prevede il *“calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)”*, ossia si prendono in considerazione esclusivamente i ribassi percentuali che superano la media aritmetica calcolata alla lett. a) e da tali ribassi si sottrae la media dei ribassi percentuali stessa. Sulla base dei risultati ottenuti, per identificare lo scarto medio aritmetico si procede sommando i singoli scarti e dividendo la somma per il numero degli scarti. La lett. c) prevede il calcolo della soglia iniziale, non ancora decrementata, che si ha sommando la media aritmetica dei ribassi (di cui alla lett. a) e lo scarto medio aritmetico (di cui alla lett. b). La lettera d) prevede infine che la soglia (iniziale) di cui alla lett. c) deve essere decrementata di un valore percentuale determinato dalla moltiplicazione delle prime due cifre dopo la virgola della somma aritmetica dei ribassi calcolata alla lettera a) e tale percentuale verrà applicata allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b), determinando così il numero da sottrarre alla soglia iniziale per determinare la soglia definitiva.

L'art. 97 co. 2 bis prevede un ulteriore metodo di calcolo. La prima fase, di cui alla lett. a) si basa sul calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10% arrotondato all'unità superiore delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso, fase assimilabile a quella di cui al co. 2,

¹³⁵ A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA; *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit, 152

differenziata esclusivamente dalla previsione riferita al calcolo della media aritmetica dei ribassi, non facendosi, invece, riferimento alla somma. La seconda fase è medesima di quella prevista al co. 2, prevedendo il “*calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)*” e si afferma che il calcolo della media degli scarti si ottiene sottraendo la media dei ribassi al ribasso delle singole offerte e successivamente si dispone la media di tali scarti. La terza fase, di cui alla lett. c), prevede il calcolo del rapporto tra le due medie che si ottiene dividendo il numero della media degli scarti, di cui alla lett. b), con la media aritmetica, di cui alla lett. a). Infine, ai sensi delle lett. d) ed e), se il numero ottenuto ai sensi della lett. c) è pari o inferiore a 0,15, “*la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica)*”, se il numero ottenuto ai sensi della lett. c), invece, è superiore a 0,15, “*la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)*”.

Al di là di tali criteri, si afferma nuovamente che, in via residuale, le stazioni appaltanti possono fare uso di tutti gli ulteriori criteri che siano idonei in relazione al caso di specie, aggiungendosi anche la possibilità di far riferimento a criteri utilizzati da altri Stati Membri, se gli stessi risultano effettivamente adeguati.

1.2.2.2 L'oggetto della valutazione di anomalia

Va ora analizzato l'oggetto della valutazione dell'anomalia dell'offerta e la sua conseguente portata.

Le basi di tale analisi si rinvergono con riferimento ai numerosi interventi giurisprudenziali che hanno portato a chiarimenti sul giudizio di anomalia dell'offerta. Sulla base dei numerosi riferimenti giurisprudenziali va affermato che il procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta ad opera della Stazione appaltante, è volto a identificare l'attendibilità e la serietà complessiva¹³⁶ della stessa offerta e la concreta possibilità dell'impresa di eseguire, a quelle determinate condizioni, la prestazione oggetto di appalto¹³⁷. Tale verifica si basa su una valutazione, posta in essere dalla

¹³⁶ A. LONGO e E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2018, 160 ss.

¹³⁷ T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 06 ottobre 2023, n.1380

Stazione appaltante, caratterizzata dalla sua portata globale e sintetica¹³⁸ e che fa riferimento ad un potere tecnico-discrezionale che risulta, di principio, insindacabile in sede giurisdizionale, ad eccezione delle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Stazione appaltante.¹³⁹ Sulla base di tali argomentazioni, è palese che debba essere escluso il carattere sanzionatorio del giudizio di anomalia dell'offerta. Tale valutazione non ha ad oggetto la cd. “*caccia all'incongruenza*”,¹⁴⁰ né si riferisce a un'analisi di dettaglio volta alla ricerca di “*specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica*”¹⁴¹. Si conferma, perciò, come debba intendersi il carattere e la portata globale e sintetica della valutazione, la quale non necessita di soffermarsi su un esame dettagliato delle singole voci di costo, ricercando errori¹⁴², ma invece si richiede solo un'analisi e una valutazione, di complessiva¹⁴³ adeguatezza dell'offerta rispetto allo specifico fine che deve essere raggiunto.¹⁴⁴

Ulteriore problematica da analizzare è relativa al margine di utile, oggetto di valutazione, che può identificare l'anomalia di un'offerta. Anche su tale questione è

¹³⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 23 maggio 2023, n.1225; “Secondo la consolidata giurisprudenza, la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, (...)”.

¹³⁹ Cons. St., sez. V, 28 Dicembre 2022, n.11465; “Il giudizio di incongruità dell'offerta ha natura globale e sintetica, costituendo espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, riservato alla Pubblica Amministrazione, che è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'Amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione”.

¹⁴⁰ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 25 maggio 2023, n.504; “La verifica sull'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa sulla base di una valutazione della Stazione appaltante che ha natura globale e sintetica, e non deve tradursi in una “caccia all'incongruenza” o a specifiche e singole inesattezze eventualmente compiute dall'offerente. È quindi consentita, in termini generali, una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo anche per rimediare a originari e provati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica.”

¹⁴¹ Cons. St., sez. V, 15 settembre 2023, n.8356; “Il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto”.

¹⁴² Cons. St., sez. V, 23 maggio 2023, n. 5100; “la portata globale e sintetica del giudizio di congruità, senza necessità dell'esame nel dettaglio delle singole voci di costo, considerato che l'affidabilità dell'offerta va valutata nel suo complesso (...)”.

¹⁴³ G. PERULLI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Giappichelli, 2018, 176

¹⁴⁴ A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA; *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit, 152

intervenuta, più volte, la ormai consolidata giurisprudenza, dichiarandosi l'impossibilità di determinare una soglia *ex ante* di utile, al di sotto della quale è possibile identificare un'ipotesi di anomalia dell'offerta. Ciò si basa su questioni che vanno al di là del diritto e ineriscono a profili economici. Si può infatti affermare che, oltre all'utile, più o meno elevato, eseguire una prestazione a favore di una Pubblica Amministrazione produce ulteriori vantaggi. La giurisprudenza ha sottolineato infatti che *“anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico.”*¹⁴⁵

Successivamente alla fase di valutazione dell'anomalia di un'offerta si raggiunge l'esito del procedimento, identificabile nell'esclusione o meno del contraente la cui offerta è stata sottoposta a verifica. In tal senso, è opportuno richiamare il quinto comma dell'articolo 110,¹⁴⁶ in cui si prevedono i casi in cui la Stazione appaltante è chiamata ad escludere l'offerta, che segue quanto precedentemente previsto dall'art. 97, co. 5, d.lgs. 50/2016.

Innanzitutto, si ha esclusione dell'offerta se le giustificazioni formulate ex art. 110, co. 3, non sono in grado di fornire un'adeguata spiegazione del livello dei costi o dei prezzi proposti.

In secondo luogo, la disposizione prevede una serie di ulteriori ipotesi di esclusione dell'offerta in quanto anomala. Si prevede l'anomalia dell'offerta che non sia rispettosa di una serie di obblighi.

¹⁴⁵ Cons. St., sez. V, 05 maggio 2023, n.4559, che ha confermando la sent. Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 3579/2022.

¹⁴⁶ Art. 110, comma 5, d.lgs. 36/2023; “5. La Stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;
b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;
c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.”

Vi è un primo richiamo agli obblighi “*in materia ambientale, sociale e del lavoro*” previsti dalle normative statali ed europee e dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto del lavoro, richiamandosi in tal senso l’allegato X della Direttiva 24/2014 UE.

Il successivo richiamo si basa su un rinvio all’articolo 119 del d.lgs. 36/2023, affermandosi l’esclusione dell’offerta in seguito al mancato rispetto degli obblighi previsti da tale articolo in tema di subappalto.

Proseguendo, si prevede l’esclusione dell’offerta anomala sulla base dell’incongruenza tra gli oneri aziendali della sicurezza ex articolo 108, comma 9, d.lgs. 36/2023, rispetto a tutti quegli elementi caratterizzanti la prestazione da porre in essere.¹⁴⁷

Ultima ipotesi considerata, su cui vi sono stati numerosi interventi giurisprudenziali di conferma, è relativa all’esclusione dell’offerta anomala, in quanto “*il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati in apposite tabelle*”, le quali, richiamate dalla stessa disposizione, sono identificate all’art. 41, co. 13 d.lgs. 36/2023. Sul punto relativo al costo del personale, la giurisprudenza ha affermato come tale esclusione debba avere riguardo “*all’incongruità complessiva del costo del lavoro, quale risultante all'esito delle giustificazioni prodotte nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, rispetto al quale il riferimento ai costi risultanti dalle tabelle ministeriali costituisce utile parametro di riferimento, laddove, per contro, il mancato rispetto dei minimi salariali inderogabili previsti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge comporta ex se l'esclusione dalla procedura di gara, non essendo in relazione al mancato rispetto di detti minimi salariali ammesse le giustificazioni*”.¹⁴⁸ Con riferimento alla lett. d) dell’art. 110 comma 5 è, perciò, possibile affermare che il costo del personale in questione non possa sicuramente essere oggetto di giustificazioni da parte dell’operatore economico.

¹⁴⁷ T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 24 Luglio 2018, n.445; “(...) è anomala per incongruità degli oneri aziendali della sicurezza e deve essere quindi esclusa l’offerta che abbia indicato, da un lato, che il personale necessario per l’esecuzione dell’appalto è in media di 15 lavoratori, mentre in sede di giustificazioni dell’anomalia sono state fornite spiegazioni sui costi della sicurezza solo per 5 unità, cioè per un terzo della forza lavoro prevista dalla stessa offerente a fronte dell’entità e delle caratteristiche dei lavori posti a base di gara.”

¹⁴⁸ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 27/09/2023, n.1149.

Si richiama, brevemente, il sesto comma¹⁴⁹, adottato in conformità con l'art. 69, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e in coerenza con quanto previsto con il d.lgs. n. 50/2016, in cui si prevede che la Stazione appaltante, qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può procedere ad escluderla anche soltanto sulla base di tale motivo. Ciò potrà avvenire unicamente dopo aver avviato un contraddittorio con l'offerente, attraverso adeguata consultazione, e solo se lo stesso non riesca a dimostrare, entro un termine determinato dalla Stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile o potenzialmente compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 2 e 3¹⁵⁰ TFUE.

La Stazione appaltante, in presenza delle circostanze appena definite, esclude l'offerta e ne dà immediata informativa alla Commissione europea.

Infine, ha rilievo un ulteriore profilo relativo al giudizio dell'anomalia dell'offerta, ossia la motivazione alla base della valutazione.

Tale profilo risulta sottoposto a numerosi interventi giurisprudenziali che hanno avuto la funzione di definire compiutamente il grado di motivazione richiesto all'interno della

¹⁴⁹ Art 110, comma 6, d.lgs. 36/2023; “6. Qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, la Stazione appaltante può escluderla unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla Stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la Stazione appaltante informa la Commissione europea.”

¹⁵⁰ Art. 107, par. 2 e 3; 2. “Sono compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; 26.10.2012 Gazzetta IT ufficiale dell'Unione europea C 326/91

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.”

valutazione di anomalia. Sul punto è stata sancita la distinzione tra l'ipotesi in cui si ha una valutazione favorevole delle giustificazioni addotte in contraddittorio e l'ipotesi in cui, invece, emerge una valutazione sfavorevole con conseguente esclusione dell'operatore economico¹⁵¹. Relativamente alla prima ipotesi, la giurisprudenza risulta consolidata nell'affermare che, dal momento in cui risultano attendibili e adeguate le spiegazioni formulate, non si richiede all'amministrazione una motivazione puntuale, specifica ed analitica, ripetitiva delle stesse giustificazioni che sono state ritenute adeguate, o espressiva di ulteriori e differenti apprezzamenti, essendo sufficiente una motivazione "per relationem", senza che sia presente un particolare onere motivazionale¹⁵². Nella seconda ipotesi, di converso, dal momento in cui le giustificazioni fornite non hanno svolto la loro funzione di risoluzione dei dubbi insorti,¹⁵³ l'Amministrazione, non ritenendo sufficienti le giustificazioni formulate e non ammettendo l'offerta presentata dal concorrente, è chiamata a formulare una articolata ed esaustiva motivazione relativamente agli elementi e alle ragioni che sono alla base dell'esclusione del contraente dalla gara.¹⁵⁴

1.2.3 L'offerta anomala nei contratti sottosoglia

L'anomalia dell'offerta è oggetto di specifica analisi all'articolo 54 del nuovo Codice dei contratti pubblici, con riferimento ai contratti al di sotto della soglia comunitaria. Tale articolo ha un ruolo particolare in quanto identifica una deroga al divieto di esclusione automatica dell'offerta anomala.

Nell'evoluzione storica sancita dal legislatore comunitario, il diritto europeo aveva predisposto, in via implicita, all'articolo 69 della Direttiva 24/2014 EU, il divieto di qualsiasi forma di automatismo nell'esclusione di un'offerta identificata come anomala. Infatti, l'articolo di cui si tratta sanciva la necessità di instaurare un contraddittorio effettivo tra Stazione appaltante ed operatore economico, permettendo così, a quest'ultimo, di formulare tutte quelle spiegazioni opportune. Il principio in questione

¹⁵¹ F. GAMBARDELLA, *La verifica in contraddittorio dell'anomalia delle offerte dopo la riforma del Codice dei contratti pubblici*, In *Riv. dir. amm.*, 2018, 14 s.

¹⁵² T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 08 giugno 2023, n.543.

¹⁵³ G.F. NICODEMO, *Anomalia dell'offerta e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Riv. urb. e app.*, 2015, 1029 s.

¹⁵⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 13 marzo 2023, n.4371.

richiedeva, prima di escludere una determinata offerta in quanto anomala, di porre in essere un contraddittorio adeguato. Tale disposizione, come già affermato, è stata correttamente recepita dal legislatore nazionale.

L'ipotesi di cui si tratta in tale sede è relativa alla possibilità di derogare al divieto di esclusione automatica¹⁵⁵. In tal senso, la stessa giurisprudenza comunitaria, con la causa SECAP vs. Santorso,¹⁵⁶ è intervenuta sul tema. Richiamando la libertà di stabilimento e prestazione di servizi, nonché il principio di non discriminazione, la Corte di Giustizia con tale sentenza ha sancito l'inadeguatezza dell'obbligo (applicabile in relazione ai contratti sotto-soglia e in presenza di un numero di offerte valide maggiore di cinque), in capo alle Stazioni appaltanti di disporre l'esclusione automatica di tutte quelle offerte identificate come anormalmente basse sulla base dell'applicazione di un criterio matematico previsto dalla normativa, precludendo così alle stazioni appaltanti di verificare tali offerte attraverso l'instaurazione di un contraddittorio e di un confronto con gli operatori economici interessati. A parere della Corte, per permettere tale deroga al divieto di esclusione automatica si richiede un numero nettamente maggiore di offerte presentate, che risulta talmente alto da superare la capacità della stessa Stazione appaltante di predisporre adeguatamente la valutazione dell'anomalia dell'offerta. Emerge chiaramente come, anche in passato, la giurisprudenza comunitaria abbia delineato la possibilità di prevedere ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale, ma si deve sottolineare come siffatta deroga al divieto di esclusione automatica sia stata circoscritta fortemente nel suo ambito di applicazione. La stessa si identifica attualmente solo in relazione ai contratti sotto la soglia comunitaria e in presenza di una serie di condizioni di cui il legislatore nazionale ha tenuto conto e che verranno esaminate in seguito.

Il legislatore nazionale ha recepito, sia nel precedente Codice che nell'attuale, quanto sancito dal diritto comunitario, identificando tale ipotesi in un articolo a sé, distinto dalla disciplina "ordinaria" di cui all'articolo 110. Da ciò e dall'espressione "*in deroga*

¹⁵⁵ ANAC Delibera 21 novembre 2023, n. 536

¹⁵⁶ CGUE, sez. IV, 15/05/2008, C-147/06, C-148/06, SECAP vs. Santorso.

a quanto previsto dall'articolo 110¹⁵⁷ emerge il carattere derogatorio e speciale della disciplina.

Sul punto si conclude richiamando l'espressione *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.¹⁵⁸ Tale espressione, già presente all'art. 97 comma 6¹⁵⁹ del decreto legislativo n. 50 del 2016, fa riferimento all'ipotesi, peculiare, della cd. *“verifica facoltativa”* dell'anomalia di un'offerta. La possibilità in questione è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali che ne hanno delineato le caratteristiche. Dal momento in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma, si afferma che rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante (in presenza di elementi che fanno emergere tale necessità) verificare comunque la possibile anomalia di una determinata offerta¹⁶⁰. Per far uso di tale verifica facoltativa va poi aggiunto che non è necessaria un'espressa motivazione al riguardo ad opera della Stazione appaltante. Inoltre, il risultato di tale valutazione, come per ogni altra ipotesi di valutazione dell'anomalia di un'offerta, sarà sindacabile solo *“in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità”*.¹⁶¹

1.2.3.1 La ratio e l'ambito di applicazione della disposizione

Nella trattazione dell'esclusione automatica dell'offerta anomala, prima di analizzare i metodi di determinazione dell'anomalia, è necessario identificare l'ambito di applicazione della norma di cui si tratta e la *ratio* che ne è alla base.

L'articolo 54 comma 1¹⁶² stabilisce una serie di condizioni necessarie per l'operatività dell'esclusione automatica dell'offerta anomala. Innanzitutto, si tratta di *“contratti di*

¹⁵⁷ Art. 54, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁵⁸ Art. 54, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁵⁹ Art 97, comma 6, d.lgs. 50/2016; *“(…) La Stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.”*

¹⁶⁰ Cons. St. sez. VII, 28 ottobre 2022, n.9280.

¹⁶¹ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 27 gennaio 2022, n.84.

¹⁶² Art 54, comma 1, d.lgs. 36/2023; *“1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). (…)”*.

importo inferiore alle soglie di rilevanza europea”, circoscrivendo esclusivamente a questi l’applicazione della disciplina in questione.

Il legislatore ha definito i contratti sotto la soglia di rilevanza comunitaria all’articolo 14 del nuovo Codice. In tale sede rivestono rilievo, sulla base delle modifiche introdotte dal Regolamento EU 15 Novembre 2023, n. 2495, produttiva di effetti dal 1 Gennaio 2024¹⁶³, la lett. a) dell’articolo in questione, che prevede come soglia di rilevanza europea quella di *“euro 5.538.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni”*, la lett. b), che prevede come soglia di rilevanza quella di *“euro 143.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell’allegato I alla direttiva 2014/24/UE”*, la lett. c), che prevede come soglia di rilevanza quella di *“euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali”*. In collegamento con tale articolo 14, si richiama l’articolo 50, relativo alle procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia. In riferimento all’applicazione della disciplina di cui all’articolo 54 si prendono in considerazione le lett. c), d) ed e). Tali lettere fanno riferimento ai casi in cui si fa uso della procedura negoziata senza bando in relazione, nei primi due casi, a lavori e nell’ultima ipotesi, a servizi e forniture. Si deve aggiungere l’operatività di tale disciplina anche nel caso peculiare in cui si ricorra alla procedura ordinaria, previsto dalla lett. d).

L’articolo 54, espressamente, al secondo periodo, esclude dall’ambito di applicazione dell’esclusione automatica dell’offerta le ipotesi di cui alla lett. a) e b) dell’articolo 50, ossia le ipotesi in cui la procedura di affidamento sia posta in essere tramite affidamento diretto.¹⁶⁴

¹⁶³ Art. 1, Regolamento EU 15 novembre 2023, n. 2495; “La direttiva 2014/24/UE è così modificata:

1) l’articolo 4 è così modificato:

a) alla lettera a), «5 382 000 EUR» è sostituito da «5 538 000 EUR»;

b) alla lettera b), «140 000 EUR» è sostituito da «143 000 EUR»;

c) alla lettera c), «215 000 EUR» è sostituito da «221 000 EUR»;

2) all’articolo 13, il primo comma è così modificato:

a) alla lettera a), «5 382 000 EUR» è sostituito da «5 538 000 EUR»;

b) alla lettera b), «215 000 EUR» è sostituito da «221 000 EUR».”

¹⁶⁴ Art. 50, comma 1, d.lgs. 36/2023; “1. (...) le stazioni appaltanti procedono all’affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 14 con le seguenti modalità:

Ulteriore elemento, che limita e definisce l'ambito di applicazione della norma in esame, è rappresentato dal cd. interesse transfrontaliero certo. Tale disciplina di esclusione automatica, per espressa previsione dell'articolo in questione, non potrà applicarsi nel caso in cui risulti sussistere, in relazione alla specifica procedura di affidamento dei contratti pubblici, un interesse transfrontaliero certo. Ciò si basa sul fatto che l'articolo 48, al secondo comma, espressamente prevede che, nel caso in cui vi sia un interesse di tal genere, si debbano seguire le procedure ordinarie. Risulta opportuno trattare brevemente dell'interesse transfrontaliero certo. La Corte di Giustizia ha affermato che *“spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”*. *“Tuttavia, una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori.”*¹⁶⁵

Ulteriore condizione per l'applicazione della disciplina ex art. 54 è che, nell'aggiudicazione, per la determinazione del contraente, si sia fatto uso del criterio del

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla Stazione appaltante;

b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla Stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14”.

¹⁶⁵ CGUE, sez. IV, 15 maggio 2008, C. 147/06

prezzo più basso, riconducendosi, di converso, all'applicazione della disciplina ordinaria ex art. 110 le ipotesi in cui si sia fatto uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si richiede, poi, un numero pari o superiore a cinque di offerte ammesse nella procedura. La *ratio* di tale previsione si basa sul bilanciamento tra l'interesse della Stazione appaltante a ottenere risparmi economici in relazione a offerte concorrenziali a basso prezzo, e l'interesse ad assicurare l'adeguatezza della prestazione da eseguire. Infatti, l'opera potrebbe essere inficiata o da una valutazione dei costi errata da parte dell'operatore economico (operante in buona fede) o da una concreta volontà (in mala fede) del concorrente di effettuare una prestazione qualitativamente inadeguata, con costi ridotti per recuperare profitto. Su questa base risulta adeguata e corretta la previsione dell'esclusione automatica delle offerte esclusivamente in relazione a quelle ipotesi in cui si abbia un certo numero di offerte, ossia almeno cinque, per cui, in assenza di tale esclusione automatica, si produrrebbero delle lungaggini procedurali nel valutare l'anomalia delle offerte e un aumento dei costi nello svolgimento di tale attività.

Novità - ed elemento ulteriore inerente all'ambito di applicazione dell'articolo 54 - riguarda l'oggetto dei contratti di cui si richiede la valutazione dell'anomalia. A differenza della previgente disciplina, l'articolo 54 prevede l'applicazione dell'esclusione automatica esclusivamente per i contratti di appalto di lavori o di servizi, non prendendosi in considerazione i contratti aventi come prestazione forniture. Ciò si basa sulla maggior complessità presente nei contratti aventi ad oggetto lavori e servizi rispetto a quelli aventi ad oggetto forniture, permettendosi tale deroga al divieto di esclusione automatica esclusivamente ai primi, con la funzione di assicurare maggiore celerità al procedimento di cui si tratta.

L'analisi dell'articolo prosegue con riferimento all'espressione contenuta all'interno dell'articolo 54 secondo cui "*le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale*". L'articolo 54 prevede così che, per attivare l'esclusione automatica, al ricorrere dei requisiti di legge, essa sia espressamente prevista nella *lex specialis* della procedura, in linea con quanto previsto dalla previgente disciplina all'articolo 97

comma 8 del d. lgs. 50/2016. L'attuale previsione è differente rispetto a quanto disposto dall'articolo 1 comma 3 del D.L. 76/2020, ossia il "Decreto Semplificazioni". Quest'ultimo, infatti, prevedeva che, al ricorrere dei requisiti previsti, le stazioni appaltanti dovessero procedere all'esclusione automatica, identificando dunque un vero e proprio obbligo (e non una mera facoltà)¹⁶⁶ in riferimento all'esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sottosoglia presi in considerazione. Con riferimento all'applicazione di tale decreto si richiamano i vari interventi giurisprudenziali attraverso cui si è sancito che, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, non deve necessariamente indicarsi all'interno degli atti di gara l'applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica. Ciò si ha sulla base del fatto che, diversamente agendo, si provocherebbe una diminuzione del valore del principio di eterointegrazione legislativa della stessa disciplina di gara e dell'obiettivo di celerità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici del contraente.¹⁶⁷ Può affermarsi, perciò, che, sulla base dell'orientamento maggioritario che si era formato con riguardo alla disposizione in questione, *"tale meccanismo di esclusione automatica delle offerte trova applicazione anche se la legge di gara non lo preveda espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegra la lex specialis che eventualmente non lo indichi"*.¹⁶⁸

Alla luce di tale analisi, ne consegue che la nuova disciplina ha portato novità sulla disciplina contenuta nell'articolo 1 comma 3 del decreto legge n. 76/2020, quali il numero delle offerte ammesse che deve essere pari o superiore a 5, ma si è discostata dalla stessa in relazione alla mancata previsione dell'esclusione automatica negli atti di gara, caratteristica che, invece, alla luce dell'attuale disciplina, è vigorosamente richiesta per procedere all'esclusione automatica di un determinato operatore economico.

¹⁶⁶ C. FANASCA; *Il meccanismo di esclusione automatica di cui all'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020*; L'amministrativista

¹⁶⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2021, n.3429.

¹⁶⁸ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 31 gennaio 2022, n.265

1.2.3.2 I metodi di determinazione della soglia di anomalia

L'analisi della disciplina dell'esclusione automatica dell'offerta anomala deve tener conto, per completezza, di quanto sancito all'interno del secondo comma dell'articolo 54. Tale comma prevede un'importante innovazione della disciplina. Infatti, oltre a quanto affermato in precedenza relativamente alla previsione dell'esclusione automatica negli atti di indizione della gara, si introduce l'obbligo di indicare anche il metodo matematico scelto attraverso cui calcolare la soglia di anomalia dell'offerta. Il metodo da utilizzare è determinato dalla scelta della Stazione appaltante, sulla base dei tre metodi previsti all'interno dell'allegato II.2.¹⁶⁹

Tale novità ha quale *ratio* elidere ogni forma di predeterminazione, ad opera degli operatori economici, del calcolo della soglia di anomalia. L'obiettivo è evitare manipolazioni della stessa soglia di anomalia, con relativo svantaggio per la Stazione appaltante e per l'interesse della collettività in riferimento alla corretta e adeguata esecuzione della prestazione.

Alla luce di tale *ratio*, garantendosi limiti alle ipotesi di manipolazioni e assicurandosi l'adeguatezza dell'esecuzione, a livello qualitativo e quantitativo, della prestazione, la disposizione permette alle Stazioni appaltanti di scegliere, senza che sia necessaria una motivazione sul punto, uno dei tre metodi di calcolo identificati dall'allegato II.2, evitandosi, così, ogni distorsione di tale strumento.

Nella trattazione dei tre differenti metodi di calcolo della soglia di anomalia dell'offerta, di cui all'Allegato II.2, innanzitutto si deve considerare il metodo A). Tale metodo è il medesimo e, perciò, replica il metodo presente all'articolo 97 commi 2 e 2-bis del precedente Codice dei contratti pubblici, con le novità introdotte dall'articolo 1 comma 20 lett. u) della L. n. 55/2019. Il legislatore ha mantenuto nel sistema un metodo ampiamente conosciuto dalle stazioni appaltanti, sul quale si era prodotta una numerosa prassi applicativa, limitando le difficoltà di comprendere e utilizzare immediatamente altri metodi maggiormente complessi, quali il metodo B e il metodo C. Nel metodo A) è presente una novità di grande rilievo. È necessario un confronto tra il punto 1) e 2) e il punto 3) del metodo in questione. Al punto 1) e 2) si prevede che “*la congruità delle*

¹⁶⁹ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit, 209

offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata".¹⁷⁰ Da tale affermazione, in linea con quanto previsto dal previgente Codice, risulta chiara l'anomalia di un'offerta che ha un valore pari alla soglia di anomalia determinata. In contrasto con la previsione in questione è il punto 3), che sancisce che *"Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la Stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore"*.¹⁷¹ Con tale disposizione, in contrasto con quanto affermato in precedenza, il legislatore sembra prevedere la non esclusione dell'offerta avente il medesimo valore di quanto previsto dalla soglia di anomalia, provocando, anche, come conseguenza, automatica e logica, che tale offerta rappresenterà l'offerta vincitrice. Alla luce dell'intera disciplina relativa ai metodi di calcolo della soglia di anomalia, tale seconda soluzione, con la sua relativa novità, sembra maggiormente corrispondente alla volontà del legislatore. La soluzione in questione trova conferma anche nel metodo B), in particolare al punto 2), dove, in linea con quanto previsto dal metodo A), si indica che *"Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia di cui al punto 1), inclusi quelli accantonati nel calcolo di cui al punto 1), lettera a), sono offerte "non-anomale"*.¹⁷²

Passando ad analizzare il metodo B), in primo luogo è opportuno attestare che tale metodo, nella determinazione della soglia di anomalia, tendenzialmente riprende le modalità di determinazione della soglia di anomalia di cui al metodo A), con la differenza che l'algoritmo utilizzato può anche non escludere lo sconto maggiore presentato in gara, incentivando in tal senso la concorrenza e producendo numerose difficoltà nella predeterminazione della soglia. Di rilievo fondamentale è il cd. *"metodo del secondo prezzo"*.¹⁷³ Tale metodo, affermato al punto 2) del metodo B), permette di

¹⁷⁰ Allegato II.2, Metodo A, punto 1), 2), d.lgs. 36/2023

¹⁷¹ Allegato II.2, Metodo A, punto 3), d.lgs. 36/2023

¹⁷² Allegato II.2, Metodo B, punto 2), d.lgs. 36/2023

¹⁷³ Allegato II.2, Metodo B, punto 2), d.lgs. 36/2023; "2) (...) Tra tutte le offerte "non-anomale", la Stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell'impresa aggiudicataria (c.d. "metodo del secondo prezzo"). (...). Descrizione del metodo del "secondo prezzo": una volta pervenute le offerte, espresse come sconto rispetto alla base d'asta, la Stazione appaltante procede al calcolo della soglia di anomalia come indicato al punto 1) ed esclude tutte le offerte che presentino sconti superiori a tale soglia. Dopodichè, per le offerte individuate come "non-anomale", la Stazione appaltante ordina i relativi sconti dal maggiore al minore come $s_1 > s_2 > \dots > s_N$: vince l'impresa con sconto pari a s_1 e lo sconto di aggiudicazione del

identificare come aggiudicataria della procedura di affidamento l'impresa che ha presentato nell'offerta, ovviamente non anomala, il prezzo più basso. La novità del metodo si riscontra nel fatto che il prezzo di aggiudicazione del contratto non sarà quello offerto dall'operatore economico vincitore, ma sarà il secondo prezzo più basso, ossia l'offerta formulata dall'operatore economico arrivato secondo. Tale regola "*rende ottimale per le imprese fare offerte uguali al loro reale costo di produzione*". Risulta, attraverso il metodo in questione, la ricerca di una maggior spinta concorrenziale, beneficiandone le Stazioni appaltanti e la collettività in termini di sconti ricevuti e di maggior adeguatezza della prestazione.¹⁷⁴

Il metodo C), invece, si caratterizza per la presenza di numerose peculiarità. Nel punto 1)¹⁷⁵ si prevede che, dal momento in cui la Stazione appaltante faccia uso di tale metodo, è necessario che si indichi lo sconto di riferimento. Lo sconto in questione, espresso come percentuale della base d'asta nei cui confronti gli operatori economici manifestano i loro sconti, ha la funzione di indicare la soglia di anomalia "provvisoria", non contenente ancora la componente randomica, relativa alle varie offerte ricevute, che verrà determinata successivamente. In relazione a tale metodo l'Allegato rinvia alla tabella A, nella quale sono contenuti una pluralità di valori che possono essere scelti dalla Stazione appaltante per la determinazione dello sconto di riferimento. Tale tabella fa esclusivamente riferimento, come prestazione oggetto della procedura, a lavori. Ne consegue l'interrogativo sull'applicabilità di tale metodo alle gare aventi ad oggetto servizi. L'interrogativo va risolto in senso affermativo rapportandosi al fatto che, comunque, le Stazioni appaltanti, possono, sulla base di quanto sancito dall'Allegato, discostarsi dai valori presenti nella tabella, motivando adeguatamente sul punto. In tale

contratto è pari a s2. Nel caso di un pareggio tra due (o più) sconti più alti (ovvero se $s1 = s2$), allora l'impresa vincitrice è sorteggiata tra tutte quelle che abbiano offerto lo sconto più alto e lo sconto di aggiudicazione è pari allo sconto offerto da questa stessa impresa."

¹⁷⁴ Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato

¹⁷⁵ Allegato II.2, Metodo C, punto 1), d.lgs. 36/2023; "1) L'applicazione di questo metodo richiede che, in via preliminare, la Stazione appaltante abbia indicato nel bando di gara o nell'invito di partecipazione lo sconto di riferimento che rappresenta, indicativamente, la soglia di anomalia al netto di una componente randomica dipendente dagli sconti ricevuti. Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e viene individuato o tra i valori riportati nella meto A oppure discostandosi da questi e motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue con i bisogni della Stazione appaltante stessa. In questo secondo caso, la Stazione appaltante applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore."

seconda ipotesi, per garantire il corretto funzionamento di tale metodo, sarà necessario che la Stazione appaltante faccia uso di “*criteri verificabili*” per l’adeguata determinazione dello sconto. In relazione alla tabella in questione deve aggiungersi la possibilità, ammessa in capo alla Stazione appaltante, previa adeguata motivazione, di individuare un diverso valore a cui fare riferimento.

La Stazione appaltante, successivamente alla presentazione delle offerte da parte degli operatori economici, applica una componente randomica allo sconto di riferimento, nelle modalità determinate al punto 2), assimilabili a quanto previsto nel metodo B. Il punto 3) prevede, poi, che “*tutti gli sconti superiori alla soglia (...) del punto 2) sono automaticamente esclusi*”¹⁷⁶, producendo, come conseguenza automatica, l’affermazione secondo cui vince lo sconto maggiore tra quelli non superiori alla soglia di anomalia determinata. Questo peculiare metodo può portare ad affermare l’anomalia di tutte le offerte presentate. Questa è un’ipotesi considerata dallo stesso Allegato che, infatti, prevede che in tale ipotesi si proceda a valutare l’anomalia in contraddittorio con le parti, escludendosi la necessità di disporre nuovamente l’esecuzione della gara.

¹⁷⁶ Allegato II.2, Metodo C, punto 3), d.lgs. 36/2023

2. IL RUOLO DEL RUP E IL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA

2.1 La nuova denominazione del RUP ex art 15 d.lgs. 36/2023: novità rispetto al d.lgs. 50/2016

L'attuale figura del Responsabile Unico del Progetto (RUP) è stata oggetto di una rivisitazione normativa, attuata alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e produttiva di rilevanti novità.

La figura del RUP è stata introdotta nell'ordinamento sulla base della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e, in particolare, si richiama la Legge 11 febbraio 1994, n. 109, emanata rinviando in più punti alle previsioni della l. n. 241/1990. La previsione di siffatta figura è stata ritenuta necessaria per permettere al cittadino di interfacciarsi in modo adeguato con la Pubblica Amministrazione, permettendo così di identificare un soggetto specifico ben individuato e della cui nomina l'operatore economico ha avuto notizia. Con la presenza del RUP si prevede una figura all'interno della procedura di affidamento dei contratti pubblici con cui instaurare un dialogo assicurare la corretta e adeguata partecipazione alla procedura.¹⁷⁷

Attraverso tale legge si è introdotta, con riferimento ai lavori pubblici, la necessaria nomina di *“un responsabile unico del procedimento di attuazione di ogni singolo intervento previsto dal programma triennale dei lavori pubblici, per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.”*¹⁷⁸

Di tale spunto legislativo è stata assicurata la continuità attraverso l'emanazione dei successivi atti legislativi in materia. In particolare, nella precedente codificazione ex d.lgs. n. 50/2016, le norme relative al Responsabile unico del procedimento si ponevano in collegamento, attraverso un criterio di specialità, alla disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990.¹⁷⁹

¹⁷⁷ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Trattato sui contratti pubblici Vol. II, cit., 53

¹⁷⁸ Art. 7, comma 1, d.lgs. 109/1994

¹⁷⁹ D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: v. I, Disciplina pubblicistica*, I, 2017, Giappichelli Editore, 257 ss.

Nel definire la figura di cui si tratta, il previgente Codice dei contratti pubblici prevedeva l'individuazione, ad opera della Stazione appaltante, di *“un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione”*,¹⁸⁰ con la correlata adozione delle Linee Guida n. 3, le quali definivano le funzioni e i compiti di dettaglio attribuiti a tale figura.

Emerge chiaramente, ad una semplice lettura della precedente normativa, la modifica nominativa che è stata effettuata di tale figura. Il nuovo Codice, in luogo della denominazione *“Responsabile Unico del Procedimento”*, fa riferimento al *“Responsabile Unico del Progetto”*, prevedendo ex art. 15 d.lgs. 36/2023 che *“Nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al Codice.”*¹⁸¹

Siffatto primo elemento di novità terminologica ha la funzione di garantire una maggiore chiarezza in relazione ai lineamenti di tale figura. Con la precedente denominazione il RUP erroneamente subiva l'assimilazione al generale Responsabile Unico di cui alla l. n. 241/1990, tendenzialmente privo di poteri decisorii o provvedimenti¹⁸². Nella figura identificata dalla l. n. 241/1990 si fa riferimento a un soggetto responsabile di un unico procedimento, mentre, di converso, la figura presente in materia di aggiudicazione di appalti pubblici risulta operante in una pluralità di procedimenti. La stessa normativa fa infatti riferimento alle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione, risultando palese l'esistenza di differenti procedimenti facenti capo a tale figura.

Pertanto, emerge l'intento del legislatore di chiarire come il RUP sia il responsabile di una pluralità di fasi che nel loro insieme rappresentano il “progetto” e costituiscono intervento pubblico, non considerandosi uno specifico procedimento ma una pluralità di

¹⁸⁰ Art. 31, comma 1, d.lgs. 50/2016

¹⁸¹ Art. 15, comma 1, d.lgs. 36/2023

¹⁸² F. ARMENANTE, Le procedure di affidamento dei contratti pubblici, cit., 158

procedimenti, ciascuno destinato a produrre un provvedimento autonomo, da ponderare nel loro insieme e volti all'attuazione effettiva dell'intervento pubblico.¹⁸³

Altro elemento da considerare in prima analisi e che rappresenta una differenziazione rispetto alla figura ex L. n. 241/1990 è la configurazione del RUP, operante nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici ex d.lgs. 36/2023, quale persona fisica. Infatti, nella possibile antecedente assimilazione con la figura prevista dalla L. n. 241/1990, la configurazione del RUP si basava su una duplice differente accezione data dall'unità organizzativa e dalla persona fisica interna alla stessa unità organizzativa e da cui si individuava concretamente il responsabile del procedimento. La confusione generata dalla previgente normativa ha determinato, come conseguenza, l'obbligatorietà della nomina di un soggetto con qualifica dirigenziale e preposto all'unità organizzativa quale RUP, al fine di poter porre in essere tutti quegli atti a rilevanza esterna necessari nel procedimento.¹⁸⁴

La limitazione in questione è stata analizzata dal legislatore, il quale ha optato per la modificazione della denominazione del RUP, evitando la confusione creatasi e permettendo al RUP di svolgere e porre in essere tutti gli atti che risultano necessari, prescindendo dalla sua qualifica dirigenziale o di funzionario.¹⁸⁵ Sul punto è opportuno richiamare l'inciso contenuto nel nuovo Codice dei contratti pubblici in cui si afferma che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della Stazione appaltante o dell'ente concedente”*¹⁸⁶, in tal modo palesandosi una nomina nei confronti della persona fisica e non dell'ufficio¹⁸⁷.

Risulta opportuno analizzare le caratteristiche e modalità attraverso cui avviene la nomina del RUP. Si prevede che *“il nominativo del RUP è indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o*

¹⁸³ G. M. BRENCIA, *Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Riv. interdisciplinare sul diritto delle Amministrazioni Pubbliche, Ceridap, 2023, 180-183

¹⁸⁴ Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato

¹⁸⁵ M. CARDONE, *Il Responsabile Unico del Procedimento: troppe competenze e responsabilità o poca formazione?* in Riv. trim. dir. amm., 398 s.

¹⁸⁶ Art. 15, comma 2, d.lgs. 36/2023

¹⁸⁷ R. GIOVAGNOLI, *Il Responsabile del Procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in Giust. amm., 7-8.

*nel provvedimento di affidamento diretto.*¹⁸⁸ Pertanto, fin dal primo atto del procedimento di affidamento, la Stazione appaltante¹⁸⁹ nomina il RUP tra i propri dipendenti. In tal modo, si permette agli operatori economici di acquisire l'immediata conoscenza del nominativo.

Sotto il profilo soggettivo della competenza alla nomina, la nuova codificazione, all'interno dell'allegato I.2, non coincide con la previsione della previgente disciplina di cui alle Linee guida n. 3 dell'ANAC, nelle quali si sanciva la nomina del RUP ad opera *“del dirigente o di altro soggetto responsabile dell'unità organizzativa”*.¹⁹⁰ La soppressione di tale inciso è volta ad attribuire una maggior libertà alla Stazione appaltante nella scelta del RUP, garantendosi così una maggior flessibilità del sistema. Andando oltre alla modifica introdotta, può comunque affermarsi che, a livello soggettivo, debba essere un soggetto con qualifica dirigenziale o, in assenza, il responsabile del servizio a nominare il RUP, delineandosi il soggetto che nomina come un datore di lavoro.¹⁹¹

Il legislatore inoltre considera l'ipotesi in cui si abbia assenza di nomina del RUP. In tal caso è previsto un meccanismo di chiusura del sistema che permette comunque l'individuazione automatica del RUP. Lo stesso comma 2 dell'art. 15 sancisce che, in caso di mancata nomina del RUP all'inizio del procedimento, l'incarico è assunto dallo stesso responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.¹⁹² Tale previsione ha origine e risulta confermata dalla ormai consolidata giurisprudenza che ha affermato l'adeguatezza di tale meccanismo di assunzione automatica dell'incarico. Pertanto, in definitiva può affermarsi che la mancata nomina del RUP non costituisce *“né un vizio invalidante della procedura, né una valida ragione per disporre l'annullamento degli atti di una gara”*¹⁹³.

Merita di essere analizzata la previsione secondo cui *“ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i*

¹⁸⁸ Art. 15, comma 3, d.lgs. 36/2023

¹⁸⁹ USAI S., La nomina del responsabile unico del procedimento, in www.mediappalti.it, 2018.

¹⁹⁰ Linee guida ANAC, 26 ottobre 2016, n. 3, paragrafo 2.1

¹⁹¹ L. OLIVIERI, *Rup nel nuovo Codice appalti: profilo di ruolo o profilo professionale? (Parte III)*, in *Riv. Appaltiecontratti*, 2023, Maggioli

¹⁹² M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM e L. CARBONE; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit, 16 s.

¹⁹³ Cons. St., sez. VI, 07 febbraio 2018, n.778

*quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.*¹⁹⁴

Tale disposizione introduce una novità rispetto alla previgente disciplina, ossia la figura del responsabile di fase. All'interno della procedura di affidamento dei contratti pubblici, la Stazione appaltante può nominare responsabili ulteriori per le specifiche fasi presenti nella procedura. Si distingue la nomina di una figura specifica per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un'altra figura per la fase di affidamento, continuando il RUP a operare con una funzione di controllo.

La *ratio* di tale novità è di evitare un aggravamento di compiti in capo al RUP, garantendosi una maggior efficienza del sistema inerente alla contrattualistica pubblica. In presenza della nomina dei responsabili di fase, il RUP continuerà comunque a svolgere tutte quelle funzioni di “*supervisione, indirizzo e coordinamento*” necessarie con le correlate responsabilità presenti. Di converso, ai responsabili di fase risulteranno attribuiti tutti quei compiti relativi alle specifiche fasi in cui sono chiamati ad operare. I soggetti in questione risultano distintamente responsabili per le attività da loro svolte.

La novità in questione pone un interrogativo circa la natura degli atti dei responsabili di fase. La giurisprudenza è recentemente intervenuta sul tema in questione sottolineando la funzione di controllo attribuita al RUP e la sua continua centralità nella procedura, anche in presenza dei responsabili in questione. Si è sancito che gli atti posti in essere dai responsabili di fase si debbano caratterizzare per la loro natura endoprocedimentale. Da ciò ne consegue la mancanza di un'effettiva capacità decisoria degli stessi con relativa assenza di produzione di effetti all'esterno. Tali atti possono solo identificarsi come la base della successiva attività definitiva posta in essere dal RUP. Da questa affermazione consegue che la proposta di aggiudicazione formulata dal responsabile di fase non può essere in sé considerata un'aggiudicazione definitiva e, pertanto, non può essere impugnata dall'operatore economico partecipante. Di converso, è il RUP il soggetto chiamato a porre in essere, in primo luogo, la valutazione della proposta del

¹⁹⁴ Art. 15, comma 4, d.lgs. 36/2023

responsabile di fase e la verifica del possesso dei requisiti necessari in capo all'offerente e, infine, disporre l'aggiudicazione definitiva. Ne consegue che l'atto impugnabile risulterà essere l'aggiudicazione definitiva formulata dal RUP.¹⁹⁵

Ulteriore interrogativo è relativo alla presenza, ex art. 15 co. 4, di solo due possibili responsabili del procedimento, ossia quello per la fase di affidamento e quello per la fase di programmazione, progettazione ed esecuzione. Ci si chiede se la figura del responsabile per la programmazione, progettazione ed esecuzione possa essere scorporata in più figure. Sul tema è intervenuto il Servizio Supporto Giuridico del MIT¹⁹⁶ che ha affermato la possibilità di designare solamente i due responsabili di fase previsti dalla normativa.

Occorre analizzare la configurazione della responsabilità nell'ipotesi di contemporanea nomina del RUP e dei responsabili di fase. La questione è stata analizzata ad opera della Corte costituzionale¹⁹⁷, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, l. reg. Sardegna 13 marzo 2018, n. 8,¹⁹⁸ attraverso cui è stata prevista la possibilità, con riferimento alla Regione Sardegna, di nominare il responsabile di fase. La problematica analizzata riguardava la possibile frammentazione della responsabilità all'interno della procedura di affidamento dei contratti pubblici in seguito alla presenza sia del RUP che del responsabile di fase. Infatti, la stessa figura del RUP nasce al fine di garantire l'adeguata applicazione del principio di responsabilità unica e, pertanto, la presenza di un ulteriore soggetto responsabile di una specifica fase poteva ledere tale peculiare unicità. La Corte Costituzionale ha sancito la conformità della presenza del responsabile di fase con tale principio in quanto l'unicità della responsabilità del procedimento è assicurata dal RUP che *“coordina l'azione dei responsabili per fasi (...) anche con funzione di supervisione e controllo”*.¹⁹⁹

¹⁹⁵ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 26 ottobre 2023, n.782

¹⁹⁶ Servizio Supporto Giuridico MIT, Parere 4 luglio 2023, n. 2098

¹⁹⁷ Corte Costituzionale, 09 Luglio 2019, n.166

¹⁹⁸ Art. 34, comma 2, L. reg. Sardegna 13 marzo 2018, n. 8; *“Le amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna secondo il proprio ordinamento, nell'ambito dell'unitario processo attuativo del contratto pubblico, possono nominare un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile del procedimento per la fase di affidamento che predispone la documentazione di gara e cura le relative procedure, anche in coordinamento con il responsabile di progetto, e con il responsabile delle fasi precedenti, se nominato.”*

¹⁹⁹ Art. 34, comma 3, L. reg. Sardegna 13 marzo 2018, n. 8

Proseguendo la trattazione della figura del RUP, l'art. 15 pone numerosi rinvii all'Allegato I.2 contenente i requisiti e i compiti attribuiti al RUP. L'allegato in questione ha sostituito le precedenti Linee guida n. 3 dell'ANAC, in collegamento con l'art. 31 comma 5 d.lgs. 50/2016²⁰⁰, che si riferivano alle competenze attribuite al precedente Responsabile Unico del Procedimento.²⁰¹

Con riferimento ai requisiti necessari per l'assunzione della qualifica di RUP, l'Allegato I.2 prevede innanzitutto, in linea generale, che il RUP sia in possesso di tutte quelle *“competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere.”*²⁰² La norma richiede, in tal senso, la presenza di una pluralità di esperienze maturate nello svolgimento di attività assimilabili a quelle da considerarsi nel caso concreto.

In dettaglio, l'Allegato I.2 dispone una differenziazione dei requisiti di professionalità necessari per la nomina a RUP a seconda che si tratti di appalti di lavori e servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura oppure di appalti di servizi e forniture.

Con riferimento agli appalti di lavori e i servizi di ingegneria e architettura, si richiede in capo al RUP una certa esperienza professionale nello svolgimento delle medesime attività di:

- “a) almeno un anno per i contratti di importo inferiore a 1.000.000 di euro;*
- b) almeno tre anni per i contratti di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 14 del Codice*²⁰³*;*
- c) almeno cinque anni per i contratti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 14 del Codice.”*²⁰⁴

In assenza di un tale soggetto interviene il secondo comma dell'articolo affermando in via residuale la possibile nomina alla carica di RUP di un soggetto avente

²⁰⁰ M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM e L. CARBONE; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, cit, 18

²⁰¹ P. MICHIARA, *La rigenerazione dei territori urbanizzati. Frammenti di una nozione*, in *Riv. dir. econ.*, 2023, 71

²⁰² Art. 2, comma 3, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023

²⁰³ Art. 14, comma 1, d.lgs. 36/2023; *“Per l'applicazione del Codice le soglie di rilevanza europea sono:*

a) euro 5.538.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;

b) (...).”

²⁰⁴ Art. 4, comma 1, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023

un'esperienza, almeno di 5 anni, nel settore dei contratti considerati dallo stesso articolo 5.

Trattando dei requisiti di professionalità richiesti in capo al RUP in relazione ai contratti di servizi e forniture, si richiede un'esperienza professionale maturata di:

“a) almeno un anno per gli importi inferiori alla soglia di cui all’articolo 14²⁰⁵ del Codice;

b) almeno tre anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all’articolo 14 del Codice.”²⁰⁶

2.1.1 Competenze e funzioni del RUP

Analizzando le funzioni attribuite al RUP, è opportuno richiamare la previsione generale secondo cui lo stesso ha il compito di assicurare *“il completamento dell’intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate nell’allegato I.2, o che siano comunque necessarie, ove non di competenza di altri organi”*.²⁰⁷

La disposizione identifica la finalità generale attribuita alla figura del RUP nello svolgimento della sua attività. Il Responsabile è quindi chiamato a garantire lo svolgimento adeguato dell’intervento pubblico, assicurando tutte quelle finalità e interessi che risultino alla base della procedura di affidamento.

La normativa predispone un rinvio, per la disciplina di dettaglio, all’Allegato I.2, mantenendo comunque una residualità nei compiti, identificandosi funzioni c.d.

²⁰⁵ Art. 14, comma 1, d.lgs. 36/2023; “Per l'applicazione del Codice le soglie di rilevanza europea sono:

a) (...);

b) euro 143.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato I alla direttiva 2014/24/UE; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;

c) euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;

d) (...).”

²⁰⁶ Art. 5, comma 2, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023

²⁰⁷ Art. 15, comma 5, d.lgs. 36/2023

“*innominate*” e prevedendo lo svolgimento, ad opera dello stesso RUP, di tutti quei compiti che risultino necessari per la realizzazione dell’intervento pubblico e che non siano espressamente attribuiti ad altri organi.²⁰⁸

Nell’identificazione delle competenze del RUP, l’Allegato I.2 pone in essere una classificazione di tre differenti categorie di funzioni, analizzate in via sintetica qui di seguito.

L’articolo 6 identifica la prima categoria, rappresentata dai vari compiti comuni a tutte le fasi e a tutti i contratti, tra cui si richiamano: la predisposizione di proposte, dati e informazioni inerenti al programma triennale dei lavori pubblici e degli acquisti di beni e servizi; la proposta posta in essere, nei confronti della Stazione appaltante, di conclusione di un accordo di programma; la proposta di indizione, o direttamente l’indizione, della conferenza di servizi; la verifica dei progetti per lavori di importo minore ad un milione di euro; l’accertamento delle condizioni necessarie volte alla suddivisione in lotti dell’appalto; la scelta dei sistemi di affidamento e del criterio di aggiudicazione da adottare; l’eventuale richiesta alla Stazione appaltante di nominare la Commissione giudicatrice, con riferimento alle ipotesi di affidamento con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.²⁰⁹

L’articolo 7 identifica i compiti inerenti alla seconda categoria, la quale considera le funzioni che riguardano specificatamente la fase di affidamento. La categoria in questione, in tale sede, assume forte rilievo e considera funzioni quali: la verifica della documentazione amministrativa; la verifica della congruità delle varie offerte presentate, con possibile esclusione in seguito alla verifica dell’anomalia, facendosi riferimento ad ipotesi di utilizzo del criterio del prezzo più basso e con la possibilità di avvalersi di organi di supporto; lo svolgimento, in ipotesi di procedura di scelta del contraente basata sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, delle varie attività che non richiedono l’utilizzo di poteri valutativi che risultano in capo alla

²⁰⁸ A. MASSARI, *Verso il nuovo Codice: dal “RUP” al “RUP”*, in Riv. Appaltiecontratti, 2023, Maggioli

²⁰⁹ Art. 6, comma 2, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023

Commissione giudicatrice; l'adozione della determina a contrarre, che ha il potere di manifestazione esterna della volontà della Stazione appaltante.²¹⁰

Infine, interviene l'articolo 8 relativo alla terza categoria, la quale contiene i compiti relativi alla fase dell'esecuzione. Dalle funzioni elencate emerge il carattere collaborativo presente tra il RUP e la figura del direttore dei valori, assicurando un controllo adeguato e una conformità alle disposizioni di legge di quanto posto in essere nella fase dell'esecuzione.²¹¹

Alla luce del contenuto affermato nell'allegato I.2, risulta chiaro come, a differenza della disciplina previgente, il RUP possa vantare lo svolgimento non solo di funzioni propositive, ma anche di funzioni prettamente e direttamente decisorie.²¹²

Inoltre, risulta chiaro come l'elencazione presente nell'Allegato non sia tassativa ma solo esemplificativa, in quanto ognuna delle disposizioni considerate contiene una norma di chiusura, con possibilità per il RUP di svolgere ogni altro compito che risulti necessario e disponibile.

Nello svolgimento dei propri poteri, il RUP può essere accompagnato da figure di supporto, istituite dalla stessa Stazione appaltante, con la finalità di coadiuvarlo e affiancarlo nell'espletamento delle sue attribuzioni.²¹³

Si richiama la necessità per il RUP di svolgere le proprie mansioni in una situazione priva di ipotesi di conflitto di interessi. La giurisprudenza è più volte intervenuta in materia, sancendo l'incompatibilità del ruolo di RUP in ipotesi di conflitto di interessi con partecipanti alla procedura di affidamento, in ossequio al principio di imparzialità dell'azione amministrativa.²¹⁴ Risulta, invece, non rientrante in un'ipotesi di conflitto di interessi il caso in cui il RUP *“si trovi ad essere lo stesso funzionario ad aver contestato al partecipante la condotta posta a fondamento del suo futuro provvedimento di esclusione.”*²¹⁵

²¹⁰ Art. 7, comma 1, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023

²¹¹ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit, 160-162

²¹² S. USAI, *Appalti, il nuovo Codice assegna al Rup anche funzioni decisorie e non solo propositive*, in *Riv. NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore.

²¹³ Art. 15, comma 6, d.lgs. 36/2023

²¹⁴ T.A.R., Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 18 gennaio 2021, n.6

²¹⁵ Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2022, n.10483

Sulla base delle funzioni elencate all'interno dell'Allegato I.2, emerge il ruolo di rilievo attribuito al RUP nel sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

La disciplina codicistica dispone una differenziazione in relazione al criterio utilizzato per la determinazione della miglior offerta. Con riferimento ai casi in cui si ha utilizzo del criterio del prezzo più basso, in relazione ad ipotesi di particolare complessità della valutazione da effettuare o in ipotesi di specifiche competenze richieste, è previsto che il RUP possa essere coadiuvato da una struttura di supporto o da una commissione specificatamente nominata a tale scopo. Nelle ipotesi in cui, invece, si faccia uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il RUP può essere coadiuvato dalla Commissione giudicatrice, nominata ex articolo 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici e di cui si tratterà in seguito.

La giurisprudenza ha analizzato più volte il ruolo del RUP all'interno del procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta.

In tale sede, in via generale e con successiva trattazione di dettaglio delle varie questioni emerse, si richiama l'intervento che ha sancito come il legislatore, sia nella previgente codificazione sia nel nuovo Codice dei contratti pubblici, faccia sempre riferimento, dal punto di vista del soggetto preposto alla valutazione dell'anomalia, al fatto che lo stesso è svolto dalla Stazione appaltante, senza aggiungere ulteriori affermazioni. Da ciò risulta che la Pubblica Amministrazione vanta ampia discrezionalità nella regolazione di tale fase, potendo la stessa essere affidata anche alla stessa Commissione di gara o ad una Commissione costituita ad hoc, qualora ciò sia richiesto dalla peculiarità della gara, e con particolare riguardo alle ipotesi in cui ci si trovi dinanzi a una procedura di gara le cui offerte sono valutate sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Su tale base può affermarsi la mancanza di esclusività in capo al RUP nell'attribuzione della competenza in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta. Ne consegue che il legislatore *“ha in via astratta ammesso la possibilità di affiancare al RUP altri organi o soggetti ogni qualvolta la procedura di evidenza pubblica controversa presenti elementi di elevato tecnicismo che sconsigliano l'esercizio di*

*competenze e di poteri discrezionali in via esclusiva da parte di organo monocratico”.*²¹⁶

2.1.2 Il rapporto tra il RUP e la Commissione giudicatrice: evoluzione storica della disciplina e superamento delle incompatibilità endoprocedimentali

La piena comprensione del ruolo del RUP e della sua competenza in materia di anomalia dell’offerta richiede la trattazione dell’organo della Commissione giudicatrice e i rapporti che tale organo intrattiene con il RUP.

La normativa comunitaria rimette al legislatore nazionale la regolazione della figura della Commissione giudicatrice, in quanto si tratta di profili relativi all’organizzazione amministrativa, come tali rientranti nella competenza degli Stati membri. L’assenza di influenza comunitaria in riferimento a tale organo rende rilevanti le modifiche introdotte con il nuovo Codice dei contratti pubblici rispetto alla disciplina previgente.²¹⁷

Per finalità di inquadramento generale, è opportuno richiamare gli interventi giurisprudenziali che hanno chiarito la natura di tale organo. Sulla base dell’ormai consolidata giurisprudenza, infatti, può sancirsi la natura “*straordinaria e temporanea*” della Commissione giudicatrice, chiamata a svolgere funzioni istruttorie²¹⁸. La Commissione pone in essere “*un’attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico,*”²¹⁹ ne consegue che, di principio, è precluso alla Commissione giudicatrice il potere di svolgere ulteriori attività che non siano strettamente “*di giudizio*”, quali, ad esempio, le funzioni inerenti alla regolarità dell’offerta e della relativa documentazione presentata, rimesse alla competenza del RUP.²²⁰

Risulta così delineata la distinzione tra le funzioni attribuite al RUP (ossia il soggetto chiamato ad espletare la gara) e quelle che attengono alla Commissione giudicatrice. Se, da un lato, quest’ultima pone in essere un giudizio relativo a elementi prettamente

²¹⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 08 marzo 2022, n.1559

²¹⁷ F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, IV, Giappichelli, 2024, 86 s.

²¹⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 02 novembre 2022, n.6802

²¹⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 01 agosto 2022, n.5181

²²⁰ Cons. St., sez. VI, 08 novembre 2021, n.7419

tecnico-discrezionali (richiamandosi la valutazione delle offerte tecniche con l'assegnazione correlata dei relativi punteggi), dall'altro lato, il RUP esercita un potere decisorio qualora ne ricorrano i presupposti (può qui richiamarsi il potere di esclusione degli operatori economici, da esercitarsi al verificarsi dei presupposti delineati dalla normativa e dal disciplinare di gara).²²¹

Sulla base di tali considerazioni, emerge che l'opera valutativa effettuata dalla Commissione giudicatrice assume valore meramente interno, potendo rilevare all'esterno solo dal momento in cui il RUP riceverà le valutazioni della stessa Commissione.

La Commissione giudicatrice necessita di essere analizzata anche alla luce dell'articolo 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici (rubricato "*Commissione giudicatrice*"). In tale disposizione, infatti, il legislatore chiarisce che "*ai fini della selezione della migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è nominata una Commissione giudicatrice, che, su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia*".²²² La norma, da un lato richiama il coinvolgimento della Commissione giudicatrice all'interno del procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta e, dall'altro lato, delinea l'ambito di rilevanza attribuito a tale organo. Ne consegue che la Commissione giudicatrice si costituisce esclusivamente nei casi in cui il criterio di aggiudicazione della procedura di affidamento sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che implica una valutazione delle offerte presentate sia dal punto di vista tecnico che economico).

L'articolo 93 co. 1 risulta in linea di continuità con il percorso tracciato dal d.lgs. 56/2017, correttivo del previgente d.lgs. 50/2016, il quale limitava la nomina della Commissione giudicatrice esclusivamente ai casi di utilizzo dello specifico criterio del miglior rapporto qualità-prezzo.²²³

²²¹ Cons. St. sez. V, 10 Gennaio 2024, n. 353

²²² Art. 93, comma 1, d.lgs. 36/2023

²²³ M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, 595

Tale previsione non esclude che il RUP possa, sulla base dell'art. 7 dell'allegato I.2, svolgere comunque tutte quelle attività che non implicino l'esercizio di poteri valutativi attribuite alla Commissione giudicatrice.²²⁴

Il legislatore ha analizzato l'ipotesi in cui si faccia riferimento all'utilizzo del criterio del prezzo più basso per la scelta del contraente con la Pubblica Amministrazione.

In siffatta eventualità, il nuovo Codice introduce una novità, quella rappresentata dall'espressa previsione secondo la quale *“la valutazione delle offerte è effettuata da un seggio di gara, anche monocratico, composto da personale della Stazione appaltante,”*²²⁵ tra cui può richiamarsi la figura del RUP, non chiamato ad effettuare valutazioni tecniche con riguardo alle varie componenti dell'offerta.²²⁶ La norma introduce la figura del seggio di gara che si differenzia dalla Commissione giudicatrice per due ragioni: la possibile - e non obbligatoria - composizione monocratica, nonché la necessità di nominare - quale membro del seggio - esclusivamente personale della Stazione appaltante, non richiamandosi l'ipotesi prevista con riferimento alla Commissione giudicatrice di *“carezza in organico”* di soggetti idonei.

Bisogna soffermarsi sulle innovazioni presenti nella nuova disciplina prevista dall'articolo 93.

Tale disposizione rappresenta la sintesi di due visioni contrapposte presenti in materia. Una prima visione è volta a liberalizzare la composizione della Commissione giudicatrice, permettendo di identificare una composizione di soggetti esterni alla stessa Stazione appaltante. Di converso, vi è una seconda visione che prende in considerazione la nomina di soggetti interni alla Stazione appaltante, adoperando il massimo utilizzo di risorse interne.²²⁷

Innanzitutto, è opportuno premettere quanto sancito in relazione al numero dei componenti della Commissione giudicatrice. Il legislatore ha affermato che *“la Commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di*

²²⁴ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit., 163-164

²²⁵ Art. 93, comma 7, d.lgs. 36/2023

²²⁶ S. USAI, *Gare, tutte le novità su nomina e composizione del seggio nel nuovo Codice*, in Riv. NT+ Enti Locali & Edilizia, 2023, Il Sole 24 Ore.

²²⁷ M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM e L. CARBONE; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 135

cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".²²⁸ Tale composizione emergeva fin dalla prima codificazione del 2006 ed è stata confermata da numerosi interventi giurisprudenziali, che hanno individuato la *ratio* di tale scelta legislativa nella volontà di *"garantire il computo del quorum strutturale e di soddisfare le necessità di funzionamento del principio maggioritario ed è coerente con il principio in base al quale i collegi perfetti sono sempre composti da un numero dispari di membri"*.²²⁹

Entrando nel dettaglio dei componenti da nominare all'interno della Commissione giudicatrice, risulta opportuno richiamare il percorso legislativo che si è concretizzato sul tema.

In primo luogo, si richiama il d.lgs. 163/2006, il quale sanciva che *"i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della Stazione appaltante"*²³⁰, conformandosi alla visione basata sull'utilizzo delle risorse interne della stessa Stazione appaltante.

Successivamente il legislatore ha modificato il proprio precedente orientamento con il d.lgs. 50/2016, il cui articolo 77 ha eliminato il riferimento alla nomina di membri "interni", comportando la possibile nomina di commissari "esterni" che risultino competenti in quel determinato settore. La *ratio* della scelta in questione può essere individuata nell'esigenza di identificare un meccanismo maggiormente imparziale e trasparente, permettendo limitazioni a fenomeni corruttivi.²³¹ In tale ottica, può richiamarsi anche il parere del Consiglio di Stato che ha affermato come tale scelta legislativa sia funzionale al perseguimento di esigenze *"di trasparenza, imparzialità, competenza professionale"*, nonché volta ad assicurare *"la prevenzione e la lotta alla corruzione e alla infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche"*.²³²

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha determinato un ritorno all'impostazione originaria, prevedendo che *"la commissione è presieduta e composta da dipendenti"*

²²⁸ Art. 93, comma 1, d.lgs. 36/2023

²²⁹ T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 15 maggio 2017, n. 471, in risposta all'ammissibilità di una commissione composta da 4 membri ha affermato la non conformità a legge di tale ipotesi.

²³⁰ Art. 84, comma 8, d.lgs. 163/2006

²³¹ M. MARIANI, E. TOMA, L. SPAGNOLETTI, *La legge sblocca cantieri: Legge 14 giugno 2019 n. 55: le novità del Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, 118-119

²³² Cons. St., Parere, 01 Aprile 2016, n. 855

della Stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali".²³³ L'intervento è di grande rilievo e si basa sull'applicazione del principio di economicità dell'agire amministrativo, attuato attraverso la nomina di soggetti "interni" con conseguente riduzione dei costi.²³⁴

Solo in via residuale, la norma prevede che, in assenza di professionalità specifiche in organico, può disporsi la nomina di componenti "esterni", ossia facenti capo ad altre amministrazioni o, in assenza o indisponibilità di tali figure, soggetti del tutto esterni ad ogni Pubblica Amministrazione.

Risulta, così, necessario analizzare che cosa si intenda concretamente con la necessaria presenza di "*adeguate professionalità*". Numerosi interventi giurisprudenziali hanno analizzato il significato di tale espressione. Secondo un orientamento giurisprudenziale di merito, la nomina di componenti esperti nel settore cui fa riferimento la procedura di affidamento "*non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto*".²³⁵

A questo orientamento si aggiunge anche quello del Consiglio di Stato sulla composizione degli esperti: secondo i giudici di Palazzo Spada, per la corretta composizione della commissione è richiesta, non l'esclusiva, ma la prevalente presenza di esperti in quel dato settore²³⁶ e, soprattutto, è necessario che sia presente una certa eterogeneità nelle competenze dei componenti, le quali, integrandosi reciprocamente, permettono di ampliare la capacità cognitiva della commissione. Non si richiede, pertanto, che ciascun membro abbia competenza nei confronti di tutte le varie e differenti caratteristiche oggetto della procedura di affidamento.²³⁷

Un ulteriore intervento giurisprudenziale ha aggiunto che, nel costituire la Commissione, è possibile derogare alla composizione quale "collegio perfetto". Tale composizione si basa sulla obbligatoria compresenza dei componenti della

²³³ Art. 93, comma 3, d.lgs. 36/2023

²³⁴ Cons. St., Parere, 30 marzo 2016 n. 30

²³⁵ T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 24 luglio 2023, n. 624

²³⁶ Cons. St., sez. V, 11 luglio 2017, n. 3400

²³⁷ Cons. St., sez. V, 07 gennaio 2020, n.83

Commissione ed è richiesta solo con riferimento alle ipotesi in cui si esercitano funzioni che assumono rilievo ai fini della valutazione dei vari operatori economici o, altresì, in ogni altro caso previsto all'interno della procedura di gara. Emerge, così, l'esigenza di assicurare il *plenum* nella composizione del collegio in quanto si tratta di situazioni in cui si ha l'esercizio di attività decisorie. Di converso, in situazioni di esercizio di compiti istruttori e preparatori, la giurisprudenza ha sancito l'irrilevanza della composizione perfetta del collegio, ammettendo una composizione "irregolare" dello stesso.²³⁸

L'analisi inerente alla Commissione giudicatrice necessita di proseguire richiamando la disciplina sulle incompatibilità previste dal nuovo Codice e sulle relazioni che intercorrono tra il RUP e la stessa Commissione.

La possibile nomina del RUP all'interno della Commissione giudicatrice è stata al centro di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

La previgente codificazione, nella sua configurazione originaria, non prevedeva la possibilità che il RUP potesse essere membro della Commissione. Successivamente è intervenuto il d.lgs. 56/2017, correttivo del previgente Codice, che ha aggiunto all'articolo 77 comma 4 un ulteriore periodo secondo cui si è sancito che "*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*". Da ciò ne è conseguita la possibile conformità della nomina del RUP all'interno della Commissione, purché sia realizzata una valutazione caso per caso e in riferimento alla specifica procedura.²³⁹

Anche la giurisprudenza ha confermato il nuovo assetto normativo del 2017. Pertanto, ha sancito come non vi sia una incompatibilità assoluta ed aprioristica tra il ruolo del RUP e quello di membro della Commissione nella predisposizione e nello svolgimento degli atti di gara.²⁴⁰

Tuttavia, dal decreto correttivo è emerso un profilo problematico, rappresentato dal netto aumento del contenzioso in materia di composizione della Commissione

²³⁸ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 23 gennaio 2023, n.195

²³⁹ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici Vol. II*, cit., 72

²⁴⁰ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 15 giugno 2021, n.927

giudicatrice, e, di conseguenza, è da accogliere con favore quanto disposto dal nuovo Codice sul tema.²⁴¹

Prima però di evidenziare quelle che sono le novità introdotte dall'attuale disciplina è necessario richiamare il concetto di incompatibilità endoprocedimentale. L'incompatibilità endoprocedimentale può essere definita come quell'orientamento che sancisce che coloro che hanno preso parte alla procedura di affidamento, svolgendo specifici atti preparatori della stessa (e di cui si richiama in posizione di primo piano la figura del RUP) non possano essere nominati quali commissari. Tale concetto era alla base - e a fondamento - della previgente disciplina.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, si è risolto il profilo problematico relativo all'incompatibilità procedimentale, prevedendo il superamento della stessa, con funzione deflattiva del contenzioso, permettendo così la possibilità di nominare il RUP quale membro della Commissione giudicatrice.²⁴² La giurisprudenza è intervenuta confermando l'articolo 93 co. 3. Ne deriva che il RUP può pienamente svolgere le funzioni del commissario di gara ed essere parte della Commissione giudicatrice, *“ad eccezione dei casi in cui sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.”*²⁴³

Dei previgenti meccanismi di incompatibilità permangono esclusivamente le ipotesi richiamate dall'articolo 93, che stabilisce l'incompatibilità con la carica di commissario nei confronti di:

“a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della Stazione appaltante;

b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del Codice penale;

²⁴¹ S. USAI, *Gare, il nuovo Codice cancella l'incompatibilità del commissario che si è occupato dell'appalto*, in Riv. NT+ Enti Locali & Edilizia, 2023, Il Sole 24 Ore.

²⁴² S. USAI, *Nuove commissioni di gara, funzionari presidenti e niente incompatibilità per attività endoprocedimentale*, in Riv. NT+ Enti Locali & Edilizia, 2023, Il Sole 24 Ore.

²⁴³ Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2024, n. 353

*c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura; costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.*²⁴⁴

Il nuovo Codice ha introdotto una composizione della Commissione tendenzialmente “interna” e, di conseguenza, il mantenimento di incompatibilità endoprocedimentali risulta chiaramente in contrasto con tale configurazione, con conseguenti numerose difficoltà organizzative in capo alla Stazione appaltante nel perseguimento dell’interesse pubblico.

Il venir meno delle incompatibilità endoprocedimentali appare conformarsi alla *ratio* della disposizione inerente alla Commissione giudicatrice. La norma in questione ha comunque mantenuto le ulteriori cause di incompatibilità previste dalla previgente disciplina, di cui assume rilievo, in particolare, l’ipotesi relativa a situazioni di conflitto di interesse, che rappresentano oggi la causa principale di contenzioso in materia di composizione della Commissione giudicatrice.²⁴⁵

All’articolo 93 co. 3 si ricollega l’articolo 51, che tratta della Commissione giudicatrice all’interno dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Con tale disposizione si prevede che “*nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, alla Commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente*”.²⁴⁶ Risulta chiaro come, in tale specifica fattispecie (relativa ai contratti sotto-soglia aggiudicati attraverso il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa), non solo si prevede espressamente la compatibilità del RUP all’interno della Commissione, ma a ciò si aggiunge la possibilità per lo stesso di presiederla, di cui si tratterà in seguito.

²⁴⁴ Art. 93, comma 5, d.lgs. 36/2023

²⁴⁵ F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, cit., 89 s.

²⁴⁶ Art. 51, comma 1, d.lgs. 36/2023

2.1.3 La presidenza della Commissione giudicatrice

Nella previgente codificazione emergeva l'incompatibilità del ruolo di RUP con la qualifica di presidente della Commissione giudicatrice. Il fondamento di tale incompatibilità emergeva dal disposto dell'articolo 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che prevedeva che «*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*». In tale norma si fa riferimento alla possibilità per il RUP di essere nominato esclusivamente quale membro della Commissione, escludendosi, di converso, l'ipotesi di una sua nomina quale presidente della stessa. Ne consegue che sussisterebbe un'incompatibilità sostanziale tra la nomina del RUP a presidente della Commissione e il caso in cui lo stesso RUP abbia posto in essere funzioni inerenti alla predisposizione di atti di gara.²⁴⁷

Il nuovo Codice ha, invece, previsto alcune novità sul punto.

Nel caso di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'art. 51 prevede espressamente la possibilità per il RUP di assumere la carica di presidente della Commissione.

Tale novità ha richiesto un coordinamento con l'articolo 107, comma 3, d.lgs. 267 del 2000, che, con riferimento agli enti locali, prevede la competenza dirigenziale per la presidenza della Commissione giudicatrice. È lo stesso Codice²⁴⁸ ad aver previsto tale coordinamento attraverso l'articolo 224, comma 3. La norma ha previsto, infatti, l'integrazione dell'art. 107, comma 3, a cui è stato aggiunto l'inciso «*la Commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento*». Questo coordinamento assume grande rilievo in quanto permette al RUP, anche se privo della qualifica dirigenziale, di poter svolgere il ruolo di presidente della Commissione.

²⁴⁷ Cons. St., sez. V, 09 gennaio 2019, n.193

²⁴⁸ Art. 224, comma 3, d.lgs. 36/2023; «All'articolo 107, comma 3, lettera a), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento;».

Emerge, di converso, l'assenza di una previsione simile con riferimento ai contratti al di sopra della soglia comunitaria.

All'articolo 93, infatti, non si rinviene una previsione assimilabile a quella di cui all'articolo 51, poiché è disposto solo che *“la commissione è presieduta e composta da dipendenti della Stazione appaltante”*. Pertanto, non emerge né la possibilità in capo al RUP di essere nominato presidente della Commissione né la possibilità che, in deroga al disposto di cui all'articolo 107 co. 3 del d.lgs. 267/2000, possa assumere la presidenza della Commissione giudicatrice un dipendente che non abbia allo stesso tempo la qualifica di dirigente.

La norma da ultimo richiamata sul tema risulta chiara in quanto afferma che *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:*

- a) *la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la Commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento; (...).”*

Tale norma prevede che debba essere un soggetto con qualifica dirigenziale a presiedere la Commissione, esplicitando la deroga in relazione ai contratti sottosoglia di cui si è trattato in precedenza. Ne consegue che la norma non permette, anche con riferimento ai contratti sopra-soglia, che si abbia la dissociazione tra la presidenza della Commissione e la qualifica dirigenziale.²⁴⁹ Pertanto, il RUP potrà assumere la qualifica di presidente solo nel caso in cui sia in possesso di una qualifica dirigenziale.²⁵⁰

2.2 Il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta

Dopo aver posto in essere una prima analisi relativa al procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta e dopo aver introdotto - e analizzato - le figure del RUP e

²⁴⁹ S. USAI, *Commissioni di gara, nel sottosoglia potranno essere presiedute anche dal RUP non dirigente*, in Riv. NT+ Enti Locali & Edilizia, 2023, Il Sole 24 Ore.

²⁵⁰ L. FADDA, *La Commissione di Gara nel Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.luigifadda.it, 2023

della Commissione giudicatrice (la cui trattazione proseguirà in tale sede con riferimento al ruolo che gli stessi vantano in materia di anomalia di un'offerta) risulta opportuno specificare i profili e caratteri presenti nel particolare subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

In via introduttiva, si richiama la *ratio* alla base del procedimento di valutazione, rappresentata dalla necessità di valutare l'effettiva serietà e affidabilità delle offerte presentate all'interno della procedura di affidamento dei contratti pubblici.²⁵¹ La valutazione è funzionale a evitare che in capo all'Amministrazione possano gravare pericoli inerenti all'esecuzione di una prestazione scorretta e qualitativamente inferiore a quella richiesta all'interno della procedura di affidamento.²⁵²

Alla luce di tale premessa, di seguito si propone l'analisi delle varie caratteristiche del procedimento in questione, ripercorrendo la trama normativa e l'evoluzione legislativa che ha portato alle scelte presenti nell'odierno testo normativo.

2.2.1 Il passaggio dalla struttura plurifasica alla struttura monofasica

Nella trattazione della disciplina inerente al procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta, risulta opportuno incominciare delineando la struttura di tale procedimento.

Assume rilievo il percorso legislativo che ha portato al passaggio da una struttura "plurifasica" del procedimento ad una struttura "monofasica" dello stesso.

La prima codificazione in materia di appalti, rappresentata dal d.lgs. 163/2006, aveva disposto (ai sensi dell'articolo 88 e revisionato ad opera della Legge n. 102 del 2009),²⁵³

²⁵¹ F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, 2016, 107-108

²⁵² Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), determinazione 8 luglio 2009, n. 6

²⁵³ Art. 88, d.lgs. 163/2006; "1. La Stazione appaltante richiede, per iscritto, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni.

1-bis. La Stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La Stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

una procedura complessa per la valutazione dell'anomalia dell'offerta, basata, in particolare, su una struttura "trifasica", differenziata con termini specifici. La disposizione prevedeva, innanzitutto, una prima fase in cui la Stazione appaltante richiedeva all'operatore economico, della cui offerta si sospettava l'anomalia, di formulare, per iscritto ed entro quindici giorni, le giustificazioni in relazione agli elementi dell'offerta. Tale richiesta poteva intendersi sia in modalità generica che specifica in relazione a quei particolari profili di cui è sospetta l'anomalia. La seconda fase interveniva quando, a seguito della presentazione delle giustificazioni in questione, la Stazione appaltante riteneva che le stesse non fossero state effettivamente esaurienti. In tal caso, la norma prevedeva che la Stazione appaltante dovesse richiedere all'operatore economico la presentazione di ulteriori specifiche precisazioni, entro cinque giorni, sui temi ancora non risolti. La norma, infine, prevedeva la terza fase allorquando le precisazioni formulate non fossero riuscite a dissipare i dubbi di anomalia dell'offerta. Ne conseguiva che, prima di escludere effettivamente l'offerta, sempre a iniziativa della Stazione appaltante, la stessa, sulla base di quanto previsto dal Codice del 2006, convocava in audizione l'offerente, permettendo un ultimo contraddittorio orale in cui veniva attribuita all'operatore economico la possibilità di presentare ulteriori spiegazioni, in assenza delle quali derivava l'esclusione dello stesso a causa dell'anomalia dell'offerta presentata.²⁵⁴

La *ratio* alla base del complesso procedimento plurifase previsto dal d.lgs. 163/2006 si basava, da un lato, sulla necessità di garantire che l'operatore economico potesse dimostrare l'adeguatezza dell'offerta posta in essere, dall'altro lato, trovava fondamento nell'esigenza di assicurare, attraverso un'istruttoria particolarmente approfondita, la scelta della miglior offerta da parte della Pubblica Amministrazione, in considerazione anche del fatto che tale attività valutativa risulta sottoposta a concrete limitazioni di

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la Stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la Stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione."

²⁵⁴ M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, 751

sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, di cui si tratterà in seguito.²⁵⁵

Il legislatore è intervenuto con il Codice del 2016, modificando il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, in particolare sancendo il passaggio dalla struttura "plurifasica" alla struttura "monofasica".

In linea con gli interventi comunitari in materia, il d.lgs. 50/2016 ha disposto, ex articolo 97, una semplificazione del procedimento in questione.

Dalla normativa risulta un'unica fase di interlocuzione tra l'operatore economico, la cui offerta presenta caratteri anomali, e la Stazione appaltante. Infatti, è previsto soltanto che la Stazione appaltante richieda all'operatore economico di formulare, per iscritto, le spiegazioni necessarie, assegnando allo stesso un termine non inferiore a quindici giorni.²⁵⁶ La Stazione appaltante, dopo aver svolto tale istruttoria, provvede all'esclusione dell'offerta se le giustificazioni addotte non siano state esaustive.²⁵⁷ Bisogna comunque aggiungere che, nonostante l'assenza di una previsione legislativa in tal senso, la giurisprudenza ha affermato che la Stazione appaltante, se lo ritiene opportuno, anziché disporre l'immediata esclusione del concorrente, può porre in essere ulteriori richieste istruttorie al fine di raggiungere maggiore certezza circa l'attendibilità dell'offerta.²⁵⁸ Pertanto, ne deriva che, con la finalità di assicurare la pienezza del contraddittorio, si permette di disporre il proseguo dell'istruttoria, dando la possibilità alla Stazione appaltante di porre in essere una pluralità di fasi procedurali²⁵⁹, e ciò si lega con la caratteristica della c.d. assenza di formalismi di cui si tratterà in seguito.

La vigente disciplina – e in particolare l'articolo 110 comma 2 del d.lgs. 36/2023 - resta in linea con la disciplina previgente, prevedendo che la Stazione appaltante, in presenza di un'offerta contenente elementi di cui si sospetta l'anomalia, richieda all'offerente di porre in essere, per iscritto, le spiegazioni necessarie. In tal caso, si prevede, a favore del concorrente e con funzione acceleratoria del procedimento, un termine che non può

²⁵⁵ A. MANZI, *La struttura trifasica del procedimento di verifica dell'anomalia (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2012 n. 5846)*, in Riv. Urb. app., 2013, 346

²⁵⁶ Art. 97, comma 5, d.lgs. 50/2016

²⁵⁷ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 625-626

²⁵⁸ Cons. St., sez. III, 05 Febbraio 2018, n.746

²⁵⁹ Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 giugno 2019, n. 1120

essere superiore a quindici giorni (al contrario della legislazione antecedente che prevedeva un termine non inferiore a quindici giorni).²⁶⁰

Il legislatore ha, pertanto, confermato la struttura “monofasica” del subprocedimento di valutazione dell’anomalia. Nonostante la previsione di una struttura “monofasica”, la giurisprudenza continua ad ammettere la facoltà per la Stazione appaltante di richiedere ulteriori chiarimenti²⁶¹ nel caso in cui non riuscisse a risolvere i dubbi inerenti all’attendibilità dell’offerta sottoposta al giudizio di anomalia.²⁶² Tuttavia, la possibilità di richiedere ulteriori spiegazioni, in deroga alla natura “monofasica” del procedimento, è ammissibile a condizione che, attraverso tali ulteriori interlocuzioni, non si produca una modifica dell’offerta originaria e purché tale necessità non derivi dall’inadeguatezza e incompletezza delle precedenti spiegazioni fornite dall’operatore economico.²⁶³

2.2.2 La cd. assenza di formalismi

In linea di continuità con quanto affermato in riferimento alla struttura del procedimento, si deve considerare un tema dibattuto in materia di appalti, ossia la c.d. “assenza di formalismi” del procedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta.

Sin dall’adozione del Codice del 2006, ci si chiede se il subprocedimento in questione sia avulso o meno da formalismi.

Innanzitutto, occorre premettere che il procedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta non assume carattere sanzionatorio. Si è affermato, infatti, che tale procedimento non presenta un carattere sanzionatorio volto a ricercare la presenza di particolari incongruenze dell’offerta, ma, di converso, emerge la necessità di verificare se l’offerta sia effettivamente attendibile. In altre parole, con tale procedimento non si instaura una pretesa punitiva in capo alla Pubblica Amministrazione; al contrario risulta chiara la volontà della Stazione appaltante di perseguire l’interesse alla base della procedura di affidamento attraverso un contesto procedimentale di gara connotato da

²⁶⁰ F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, cit., 415 s.

²⁶¹ T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 30 dicembre 2023, n. 359

²⁶² Cons. St., sez. V, 10 maggio 2023, n.4731

²⁶³ Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8895

correttezza.²⁶⁴ Ebbene, potrebbe sostenersi che costringere il subprocedimento in questione al rispetto di stringenti formalità potrebbe risultare parzialmente sanzionatorio per il contraente.

L'elemento da analizzare con riguardo all'assenza di formalismi è rappresentato dal carattere perentorio oppure ordinario del termine previsto all'interno del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Seguendo l'orientamento che configura la perentorietà del termine (e, pertanto, la presenza del carattere formalistico del procedimento in questione) tale tesi potrebbe trovare fondamento nella necessità, per la Pubblica Amministrazione, di garantire la rapidità e la certezza dei tempi del procedimento. Tale ragionamento poteva trovare ragion d'essere nelle disposizioni di cui al Codice del 2006 e nella configurazione trifasica del procedimento.

Richiamando, invece, l'orientamento accolto dall'odierna dottrina e giurisprudenza, che identifica il termine come ordinario, il giudice amministrativo ha affermato che il termine *“in applicazione del principio di buon andamento e di leale collaborazione tra Stazione Appaltante e concorrente, ha carattere ordinario e non perentorio. L'interesse pubblico tutelato è, infatti, quello ad accertare la migliore offerta tra quelle sostenibili economicamente, anche a scapito di una dilatazione dei tempi del procedimento laddove si renda necessario approfondire il contraddittorio procedimentale.”*²⁶⁵

L'orientamento in questione trova fondamento nell'articolo 152, comma 2, c.p.c., in cui si afferma che *“i termini stabiliti dalla legge sono ordinari, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori”*. Tanto la previgente codificazione quanto quella attuale non hanno qualificato espressamente perentorio il termine di quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni. Ne deriva che il termine in questione sembra potersi considerare ordinario, rifiutandosi la presenza di formalismi specifici nella procedura e richiamandosi il carattere della maggior collaborazione che deve instaurarsi tra la Stazione appaltante e l'offerente.²⁶⁶

²⁶⁴ A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA; *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit, 152

²⁶⁵ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 09 aprile 2018, n. 100

²⁶⁶ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici Vol III*, cit., 627-628

Nel diverso caso in cui l'operatore economico presenti con ritardo, rispetto al termine determinato dalla Stazione appaltante, le proprie spiegazioni a sostegno dell'adeguatezza dell'offerta, ci si chiede se ciò provochi la legittima esclusione dell'offerente. La giurisprudenza è più volte intervenuta sull'argomento affermando che, basandosi sul carattere collaborativo del procedimento e sulla necessità di instaurare un adeguato contraddittorio, l'obiettivo della Pubblica Amministrazione è quello di identificare il miglior offerente. Pertanto *“deve escludersi che la mancata o tardiva produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la Stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare la sostanza dell'offerta, sulla scorta della documentazione in atti”*.²⁶⁷

L'ANAC, in passato, è intervenuta sul tema confermando l'ormai consolidata giurisprudenza. L'Autorità ha affermato che, visto il carattere non espressamente perentorio del termine - e considerata l'assenza di una previsione che prevedesse l'esclusione dell'operatore dalla gara in seguito alla violazione del termine - ne deriva che l'eventuale esclusione risulterebbe inammissibile e illegittima.²⁶⁸ La Stazione appaltante, anche se le spiegazioni siano state formulate in ritardo, non può determinare per questo motivo l'esclusione dell'operatore economico, dal momento che la tardività delle giustificazioni assume una connotazione meramente formale.²⁶⁹ La Stazione appaltante è, in ogni caso, chiamata a compiere una valutazione sostanziale dell'offerta, tenendo conto delle tardive giustificazioni, purché le stesse siano pervenute *“prima della riunione fissata per la loro valutazione”*.²⁷⁰

Si può concludere, richiamando quanto sentenziato dalla giurisprudenza sul tema, affermando che tale subprocedimento è avulso da ogni formalismo, essendo lo stesso volto a disporre la valutazione della congruità dell'offerta, *“senza che vi siano preclusioni circa la presentazione delle giustificazioni e, quindi, senza che debbano e*

²⁶⁷ Cons. St., Sez. V, 22 Dicembre 2014, n. 6231

²⁶⁸ ANAC, Parere di precontenzioso, 27 luglio 2018, n. 710

²⁶⁹ M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, m. 50 e successive modifiche*, II, Giuffrè, 2021

²⁷⁰ Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I, 26 giugno 2017, n. 431

*possano essere predeterminati tassativamente e rigidamente gli elementi da considerare per accertare detta congruità.*²⁷¹

Un ulteriore elemento che conferma la teoria dell'assenza di formalismi è quello relativo alla possibilità (trattata già in precedenza) di assicurare l'instaurazione del pieno contraddittorio eventualmente anche in più fasi, richiedendo ulteriori spiegazioni, nonostante la struttura monofasica del procedimento. Ciò è ammissibile in quanto il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta è avulso da ogni formalismo, basandosi semplicemente sulla necessità di assicurare la massima collaborazione tra la Pubblica Amministrazione e il concorrente, di cui ne è rappresentazione l'adeguata instaurazione del contraddittorio e la corretta valutazione dell'adeguatezza dell'offerta.²⁷²

2.2.3 Il profilo soggettivo relativo alla competenza

Tenendo conto di quanto affermato in relazione al RUP e ai rapporti dello stesso con la Commissione giudicatrice, è di rilievo il tema inerente alla competenza a eseguire il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Innanzitutto, è opportuno richiamare brevemente il percorso legislativo in materia. Il Codice del 2006 predisponne una struttura poco chiara e su cui è stato necessario l'intervento dell'articolo 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Attraverso il regolamento attuativo è stata chiarita la competenza del RUP a effettuare tale procedimento, con possibilità per lo stesso di avvalersi dell'ausilio della Commissione di gara o di una specifica commissione nominata *ad hoc*. Ne deriva l'affermazione di una competenza generale in capo al RUP, con possibilità, per lo stesso, di optare per un nuovo e ulteriore coinvolgimento della Commissione giudicatrice, se ciò risulti necessario. Infatti, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta è un giudizio che fa riferimento alla *“complessiva attendibilità dell'offerta economica, meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente connesso con scelte rimesse alla Stazione*

²⁷¹ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 maggio 2019, n. 436

²⁷² G. DELFINO, *La procedura di verifica di congruità dalla prospettiva degli operatori economici*, in Riv. Appaltiecontratti, 2018

appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente che dell'Amministrazione è destinato a divenire l'interlocutore contrattuale."²⁷³

Il tema della competenza ha subito ulteriori sviluppi in seguito all'adozione del Codice del 2016: a eccezione dell'ipotesi ex articolo 97, comma 2, inerente al sorteggio del metodo matematico per determinare l'anomalia di un'offerta, si fa un generico riferimento alla Stazione appaltante quale soggetto competente. Il riferimento al RUP, invece, è stato introdotto per il tramite delle Linea Guida n. 3 del 2016, adottate dall'ANAC, delle quali si richiama in particolare il paragrafo 5.3 che attribuisce al RUP la competenza soggettiva nella verifica dell'anomalia di un'offerta.²⁷⁴ L'ANAC, in tal senso, ha disposto una differenziazione in base al criterio di aggiudicazione scelto: in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la Stazione appaltante determina nel bando di gara se la competenza in materia spetti direttamente al RUP e se questi debba avvalersi dell'ausilio di una commissione nominata proprio a tale scopo. Di converso, nel caso in cui l'aggiudicazione sia effettuata attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non si richiede nel bando di gara un'espressa previsione relativa al profilo soggettivo del procedimento di anomalia dell'offerta, affermandosi, semplicemente, che la competenza è in capo al RUP, con possibilità per lo stesso di essere supportato dalla Commissione giudicatrice.²⁷⁵ A seguito del D. Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, correttivo del previgente Codice, il supporto della Commissione è stato qualificato come meramente eventuale. Pertanto, in capo al RUP spetta ogni valutazione in ordine al soggetto competente a effettuare la valutazione.²⁷⁶ Il mancato coinvolgimento della Commissione nel procedimento di valutazione

²⁷³ Cons. St., Ad. Pl., 29 novembre 2012, n. 36

²⁷⁴ Linee guida ANAC, 26 ottobre 2016, n. 3, paragrafo 5.3; "Nel bando di gara la Stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice."

²⁷⁵ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici Vol III*, cit., 621 s.

²⁷⁶ Cons. St., sez. V, 09 marzo 2020, n. 1655

dell'anomalia dell'offerta potrebbe rilevare nel caso in cui tale supporto fosse disposto come necessario all'interno del disciplinare di gara.²⁷⁷

Circa il ruolo della Commissione giudicatrice all'interno del procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta, all'entrata in vigore del Codice del 2016 era emerso un contrasto tra la posizione assunta dall'ANAC e quella del Consiglio di Stato. Infatti, con riferimento alla bozza della Linea guida denominata «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», l'ANAC aveva identificato un sistema procedimentale basato su una generale competenza della Commissione in materia di valutazione dell'anomalia di offerte aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riscontrando la *ratio* di tale scelta nella maggior trasparenza e imparzialità in capo alla Commissione.²⁷⁸ Il Consiglio di Stato, sollecitato sul tema, ha espresso la propria contrarietà a tale configurazione e, di conseguenza, l'ANAC ha reintrodotto la struttura consolidata con remissione al RUP della competenza in materia.²⁷⁹

Nel Codice, come già analizzato, oltre all'identificazione di specifici compiti in capo al RUP, è delineata una sua generale competenza in termini residuali rispetto agli altri organi presenti nella procedura di affidamento dei contratti pubblici. Di converso, in capo alla Commissione giudicatrice non risultano sussistere funzioni in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta. Di conseguenza, la giurisprudenza ha ritenuto che l'attività di svolgimento di tale procedimento rientri, di principio, nella competenza del RUP.²⁸⁰

Dopo tali premesse, occorre analizzare l'attuale configurazione del profilo soggettivo relativo alla competenza a effettuare tale subprocedimento. Il D.lgs. 36/2023 ha introdotto l'Allegato I.2, denominato «*Attività del RUP*», in sostituzione delle Linee guida emanate dall'ANAC. In particolare è necessario richiamare l'articolo 7 che individua i compiti specifici attribuiti al RUP nella fase di affidamento dei contratti pubblici, attribuendo espressamente alle lett. b) e c) funzioni inerenti al procedimento di

²⁷⁷ T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 03 dicembre 2019, n. 292

²⁷⁸ S. USAI, *Il RUP nel nuovo Codice, nelle linee guida dell'Anac e nel parere del Consiglio di Stato*, in Riv. *appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2016, 36

²⁷⁹ Cons. St., Parere, 2 Agosto 2016, n. 1767; Cons. St., Parere, 30 Agosto 2016, n. 1903

²⁸⁰ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2019, n. 1382

anomalia dell'offerta.²⁸¹ L'Allegato definisce l'attribuzione al RUP della competenza in materia distinguendo, in modo simile alla previgente disciplina, l'ipotesi in cui si faccia uso del criterio del minor prezzo rispetto al caso in cui si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo caso è il RUP ad avere piena competenza, escludendo l'intervento della Commissione giudicatrice ed ammettendo, invece, la possibilità di avvalersi di una struttura di supporto o di una apposita commissione nominata a tale scopo. Siffatta possibilità è comunque circoscritta alle ipotesi in cui vi sia particolare complessità nella valutazione da effettuare o in cui sia richiesta una settoriale e specifica competenza tecnica. Nella seconda ipotesi, al contrario, alla competenza del RUP, su richiesta dello stesso, può legarsi l'attività di supporto della Commissione giudicatrice.

Il ruolo del RUP e della Commissione giudicatrice in materia possono essere analizzati anche richiamando l'articolo 17, comma 5, D.lgs. 36/2023. Tale norma prevede che *“l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispose la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.”* Pertanto, emerge chiaramente la distinzione di funzioni e di tempistiche di intervento tra il RUP e la Commissione. La Commissione giudicatrice, nominata per motivi di trasparenza successivamente alla presentazione delle offerte, nel caso in cui si faccia uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valuta le offerte e formula una proposta di aggiudicazione. Successivamente il RUP esamina la proposta di aggiudicazione e valuta l'assenza di ipotesi di offerte anormalmente basse. Infine, dopo la valutazione di anomalia dell'offerta, il RUP dispone l'aggiudicazione definitiva.²⁸² Pertanto, emerge la differenza di ruolo che è attribuita a tali due organi in quanto, da un lato, dinanzi alla

²⁸¹ Art. 7, comma 2, Allegato I.2, d.lgs. 36/2023; “(...) b) svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, può avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del Codice, o di una commissione appositamente nominata; c) svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione nominata ai sensi dell'articolo 93 del Codice; (...)”

²⁸² *Il RUP e il sub-procedimento di verifica dell'anomalia nel nuovo Codice*, in Associazione Vighenzi, 2023

Commissione si prospetta una valutazione tecnica relativa agli elementi dell'offerta presentata, mentre dall'altro lato, nei confronti del RUP emerge la sua funzione direzionale e di garante del procedimento di aggiudicazione e, in relazione al subprocedimento in questione, una differente valutazione basata sulla sostenibilità e fattibilità dell'offerta di cui si sospetta l'anomalia.²⁸³

Può concludersi affermando la generale competenza del RUP - e non della Commissione giudicatrice - nell'effettuazione del procedimento in questione, prevedendosi comunque la possibilità per la Commissione, nelle procedure selettive da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di porre in essere un'attività di supporto. In tal senso, è il RUP il soggetto avente facoltà di scegliere, all'interno del disciplinare di gara e in presenza di specifiche esigenze, *“se procedere personalmente alla verifica oppure affidare le relative valutazioni alla Commissione giudicatrice, riservandosi, in quest'ultimo caso, l'ultima parola sulla vicenda attraverso la decisione di aderire o meno al giudizio espresso dalla Commissione”*.²⁸⁴

2.2.4 Il carattere discrezionale e globale del procedimento

Nell'approfondimento di dettaglio sul procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta si deve concludere richiamando il carattere globale, di cui in precedenza vi sono state anticipazioni, ed il carattere discrezionale del giudizio in questione, di cui in tale sede si richiamano i lineamenti generali e la cui trattazione nel dettaglio avverrà successivamente.

I due profili, di globalità e di discrezionalità, risultano essere correlati e si riferiscono alla fase conclusiva del procedimento, durante la quale avviene la valutazione dell'anomalia dell'offerta ad opera della Stazione appaltante.

²⁸³ S. BIANCARDI, *Il responsabile unico di progetto nel nuovo Codice (con particolare riferimento agli appalti di forniture e servizi)*, in *Le autonomie*, 2023

²⁸⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 05 maggio 2023, n. 3420

Sulla base del fatto che ci si trova dinanzi a un giudizio tecnico avente ad oggetto la “congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell’offerta”,²⁸⁵ risulta opportuno richiamare l’intervento dell’ANAC sul punto. Tale Autorità, recependo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati in materia, ha evidenziato che la verifica della congruità di un’offerta ha natura globale e sintetica, poiché l’attendibilità della stessa viene considerata nel suo insieme e quindi sulla sua capacità di produrre un adeguato affidamento della corretta esecuzione della prestazione oggetto della procedura di gara. Di conseguenza, il giudizio valutativo non ha ad oggetto il controllo su singole e particolari inesattezze presenti nell’offerta economica.²⁸⁶ Pertanto, si deve valutare l’incidenza prodotta dalle singole inesattezze sull’offerta intesa complessivamente, ossia nella sua “globalità”, “senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci.”²⁸⁷

Su tale base, dinanzi a voci di prezzo dell’offerta eccessivamente basse e inattendibili, il concorrente può dimostrare la presenza di altre voci che sono state sopravvalutate nel loro ammontare. Nei confronti di quest’ultime, l’operatore economico può effettuare “un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci”.²⁸⁸ Tale intervento giurisprudenziale è rappresentativo della “flessibilità” degli elementi dell’offerta in sede di valutazione della stessa.

Sempre in collegamento con il carattere globale del giudizio di anomalia dell’offerta, si deve aggiungere che tale valutazione non può essere effettuata tramite un giudizio prettamente comparativo con le ulteriori offerte presentate. La valutazione di un’offerta deve essere circoscritta esclusivamente alla stessa. La Stazione appaltante valuta l’idoneità dell’operatore economico a eseguire quella prestazione a quel prezzo, “essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse”.²⁸⁹

²⁸⁵ F. GAMBARDELLA, *La verifica in contraddittorio dell’anomalia delle offerte dopo la riforma del Codice dei contratti pubblici*, In Riv. dir. amm., 2018, 12

²⁸⁶ G. DELFINO, *La procedura di verifica di congruità dalla prospettiva degli operatori economici*, in Riv. appaltiecontratti, Maggioli Editore, 2018

²⁸⁷ T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 23 giugno, n. 1059

²⁸⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 03 gennaio 2019, n.1

²⁸⁹ Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690

Il carattere globale del subprocedimento si lega concettualmente al tema della discrezionalità in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

In linea generale si deve affermare, sulla base di quanto sancito dall'ANAC, che il sindacato giurisdizionale relativo alle valutazioni formulate dalla Stazione appaltante è fortemente limitato alla loro *“intrinseca logicità e ragionevolezza, oltre che della congruità della relativa istruttoria, ma non può in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito”*, ciò in quanto si tratta di una questione che rientra nell'esclusiva discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.²⁹⁰

Il tema della discrezionalità si lega anche alla, già analizzata, struttura *“monofasica”* del procedimento. Infatti, la possibilità di disporre ulteriori fasi del contraddittorio è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante, la quale, dal momento in cui continuano a permanere dubbi e criticità in ordine a determinati elementi dell'offerta, deve liberamente valutare se e come richiedere ulteriori giustificazioni.²⁹¹ Anche tale valutazione discrezionale, nella misura in cui non risulta essere macroscopicamente illogica, arbitraria, irragionevole ed irrazionale, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo.²⁹²

Bisogna, per completezza, affermare che il tema della discrezionalità della Stazione appaltante emerge anche con riguardo alla valutazione posta in essere sulle giustificazioni predisposte dall'offerente, da cui emergono, anche in tal caso, le limitazioni di sindacato giurisdizionale.²⁹³

Sulla base dei consolidati orientamenti giurisprudenziali, emerge con chiarezza il profilo peculiare del potere tecnico-discrezionale in capo alla Stazione appaltante e il relativo limite al sindacato di legittimità, relativo esclusivamente ai casi di macroscopiche illogicità, ossia *“di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto”*.²⁹⁴

²⁹⁰ ANAC, Delibera 13 luglio 2021, n. 544

²⁹¹ *Anomalia e congruità delle offerte: rientra nella discrezionalità tecnica*, in Riv. appaltiecontratti, 2016

²⁹² Cons. St., sez. V, 05 Aprile 2016, n. 1331

²⁹³ Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 850

²⁹⁴ G. M. CARUSO, D. PAPPANO, D. D'ALESSANDRO, *Contratti delle pubbliche amministrazioni: questioni attuali*, Giappichelli, 2019, 90

2.2.5 Le caratteristiche delle giustificazioni

Dopo aver trattato dei lineamenti generali delle giustificazioni in tema di anomalia dell'offerta, occorre approfondire i vari profili delle giustificazioni.

In tal senso, è opportuno incominciare analizzando il percorso legislativo. Si richiama la Legge 11 febbraio 1994, n. 109, la quale prevedeva, all'articolo 21, comma 1-bis, che le offerte formulate dagli operatori economici dovessero essere accompagnate dalla formulazione delle relative giustificazioni. Tale disciplina si poneva in contrasto con quanto disposto dall'articolo 30, comma 4 della dir. 93/37/CEE, in cui la previsione delle giustificazioni dell'offerta si considerava, in via successiva alla presentazione della stessa, dal momento in cui la Stazione appaltante riteneva sussistenti dei profili di anomalia dell'offerta presentata. Sulla base della disciplina legislativa nazionale emergeva un'anticipazione del contraddittorio fin dalla fase di presentazione delle offerte. Tale previsione statale è stata dichiarata illegittima dalla Corte di Giustizia Europea, la quale ha affermato che l'applicazione del principio del contraddittorio e la presentazione delle giustificazioni devono attuarsi in una fase successiva alla presentazione dell'offerta, ossia dal momento in cui si individuano elementi dell'offerta di cui si sospetta l'anomalia.²⁹⁵ Pertanto, si è affermato che le giustificazioni preventive non devono più essere disposte nella fase di presentazione delle offerte ma, eventualmente, solo nella successiva ed eventuale fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Ciò risulta confermato dal d. lg. 163/2006, novellato dalla l. n. 102/2009, e dalle successive codificazioni in materia.²⁹⁶

Sulla base di quanto affermato dalla, ormai consolidata, giurisprudenza in riferimento alla codificazione del 2006, risulta che le eventuali clausole presenti nel bando di gara, che richiedano la formulazione di giustificazioni in via preventiva nella fase di formazione dell'offerta, trovino la loro *ratio* nelle esigenze di semplificazione ed accelerazione procedimentale. Tuttavia, a ciò va aggiunto che le stesse non possono essere mai intese quali specifiche prescrizioni di requisito o quali adempimenti da porre in essere a pena di esclusione dalla procedura. In tal senso, si recepisce l'intervento normativo e giurisprudenziale comunitario che prevede la necessaria instaurazione del

²⁹⁵ CGCE, 27 novembre 2001, C-285-286/99

²⁹⁶ D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: v. I, Disciplina pubblicistica*, cit., 555

contraddittorio tra la Stazione appaltante e gli operatori economici in una fase successiva a quella della predisposizione delle varie offerte, ossia nella fase di valutazione dell'anomalia delle offerte. Ne consegue che deve essere sempre - ed obbligatoriamente - garantita all'offerente la possibilità di porre in essere tutte quelle spiegazioni necessarie e richieste dalla Stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta,²⁹⁷ e non a priori, a prescindere dall'eventuale contestazione di anomalie, senza pertanto avere cognizione delle perplessità od obiezioni formulate dalla Stazione appaltante sull'offerta presentata.

Con un'elencazione, che sulla base della giurisprudenza comunitaria è esemplificativa e non tassativa,²⁹⁸ le codificazioni del 2016 e del 2023 hanno apportato modifiche rispetto alla disciplina presente nel Codice del 2006: viene infatti identificato l'oggetto delle giustificazioni in elementi quali: *“a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente”*.²⁹⁹ Tali caratteri rappresentano le prime quattro voci già presenti nell'originario elenco ex art. 87, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. La codificazione del 2006 identificava ulteriori voci che, ora e nel Codice previgente, rappresentano i casi in cui, di converso, le giustificazioni sono inammissibili. Gli elementi in questione, di cui non sono ammesse giustificazioni, sono inerenti ai trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza considerati dalla normativa vigente.³⁰⁰

La giurisprudenza ha affermato che la valutazione delle caratteristiche su cui si è avuta la richiesta di giustificazioni, e la conseguente relativa esclusione dell'offerta per anomalia, ha carattere prettamente discrezionale, distinguendosi, al contrario, dalla dichiarazione di anomalia di un'offerta in relazione alle ipotesi configurate dall'articolo 110, comma 5, d.lgs. 36/2023, inerente ai casi di mancato rispetto: di obblighi ambientali, sociali e del lavoro; di obblighi in materia di subappalto; di oneri aziendali

²⁹⁷ Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146

²⁹⁸ CGCE, 27 novembre 2001, C-285-286/99

²⁹⁹ Art. 110, comma 3, d.lgs. 36/2023; Art. 97, comma 4, d.lgs. 50/2016

³⁰⁰ Art. 110, comma 4, d.lgs. 36/2023; Art. 97, comma 6, d.lgs. 60/2016

in materia di sicurezza; di obblighi in materia di costo del personale in relazione ai minimi salariali retribuiti identificati da apposite tabelle ministeriali. In tali casi, l'esclusione per anomalia dell'offerta formulata dalla Stazione appaltante è connotata da un certo grado di automaticità, affermandosi, di conseguenza, il carattere vincolato della valutazione.³⁰¹

Si richiama la giurisprudenza che si è delineata sull'elemento inerente al costo del personale. In tema di giustificazioni occorre distinguere: l'offerta che preveda costi inferiori ai minimi salariali retributivi, indicati dalle tabelle ministeriali; dall'offerta che preveda costi medi del personale inferiori a quelli delle tabelle ministeriali. Infatti, solo in riferimento alla prima ipotesi opera il divieto di formulare giustificazioni. Pertanto, può affermarsi che non può essere dichiarata l'anomalia di un'offerta semplicemente sulla base del fatto che il costo del personale sia indicato, in sede di offerta, in misura inferiore rispetto ai valori medi determinati all'interno delle tabelle ministeriali. Si afferma che gli stessi non rappresentano parametri in assoluto inderogabili e non possiedono carattere dirimente.³⁰² Ne consegue che sono ammessi motivati scostamenti dai valori identificati all'interno di tali tabelle, senza che ne risulti automaticamente l'inattendibilità dell'offerta economica.³⁰³ Di converso, può dubitarsi dell'adeguatezza di un'offerta dal momento in cui vi è un discostamento dai valori tabellari considerevole e palesemente ingiustificato. Pertanto, tale divergenza necessita di essere giustificata tramite la predisposizione di elementi probatori, idonei e relativi alla peculiare natura del contratto da eseguire o alla realtà aziendale presente nel caso concreto.³⁰⁴

Ulteriore tema in materia è quello relativo alle giustificazioni sopravvenute. Per consolidata giurisprudenza ormai sono considerate ammissibili le giustificazioni "sopravvenute", ossia che si basano su errori di calcolo, fatti sopravvenuti o sopravvenienze normative, "*purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto*",³⁰⁵ richiedendosi, comunque, che l'entità iniziale dell'offerta economica

³⁰¹ Cons. St., Sez. III, 11 Ottobre 2021, n. 6818

³⁰² T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 07 agosto 2023, n. 130

³⁰³ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 03 novembre 2023, n. 2460

³⁰⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 03 aprile 2023, n. 2069

³⁰⁵ Cons. St., Sez. V, 15 novembre 2021, n. 7596

rimanga stabile.³⁰⁶ Tale orientamento risulta confermato da un'ulteriore pronuncia giurisprudenziale che afferma esplicitamente che non sono, in linea di principio, ammesse tutte quelle giustificazioni che non trovino la loro ragion d'essere in sopravvenienze di fatto o normative, o in originari errori di calcolo posti in essere in sede di presentazione dell'offerta.

³⁰⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 febbraio 2023, n. 1166

3. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEI CONFRONTI DELLA VALUTAZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE

3.1 La discrezionalità amministrativa e i suoi elementi

Il tema dell'anomalia dell'offerta è strettamente correlato a quello della discrezionalità amministrativa, della quale la Stazione appaltante si avvale per determinare l'anomalia o meno di un'offerta. Per completare l'analisi delle novità normative introdotte in materia di anomalia dell'offerta, il presente elaborato analizza e confronta la discrezionalità amministrativa "pura" e quella "tecnica".

La discrezionalità amministrativa risponde all'esigenza della Pubblica Amministrazione di esercitare un potere di scelta tra una pluralità di interessi in modo da sopperire a incompletezze e inefficienze della normativa.

Nella prassi applicativa può verificarsi che, tra la norma giuridica astratta e l'effetto concreto che la stessa produce, si palesino lacune che necessitano di essere colmate. In tale prospettiva subentra il potere discrezionale che permette di adattare la volontà e la *ratio* legislativa alla situazione concreta.³⁰⁷

Ciò premesso, è necessario analizzare l'evoluzione della dottrina sul tema al fine di comprendere come si è approdati all'attuale nozione di discrezionalità tecnica.

Fin dai primi anni del '900, Federico Cammeo ha operato una distinzione fondamentale sulla base del grado di regolamentazione dell'esercizio del potere amministrativo.³⁰⁸

L'Autore distingue l'ipotesi in cui la funzione amministrativa sia regolata da norme giuridiche dall'ipotesi in cui la stessa sia priva di una regolamentazione dettagliata e, pertanto, sia esercitata in uno spazio maggiormente libero dai dettami normativi.

³⁰⁷ C. CUDIA, *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in Riv. giur. del Mezzogiorno, Il mulino, 2016

³⁰⁸ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in Riv. Giur. it., 1902, 276 ss

Nel primo caso i poteri amministrativi sono detti “vincolati” in quanto i loro presupposti di esercizio e le modalità di attuazione richiedono una stringente conformità a quanto sancito dalla normativa.

Di converso, il secondo caso riguarda i poteri “discrezionali”, in cui la Pubblica Amministrazione possiede maggiore, o persino piena, libertà di determinazione in ordine all’esercizio dell’attività amministrativa. Si richiama in tal senso la definizione di discrezionalità quale “*libero apprezzamento delle circostanze e libera scelta dei mezzi, in ordine ai fini che la legge vuole che siano raggiunti.*”³⁰⁹

La distinzione tra poteri vincolati e discrezionali permette di introdurre un ulteriore tema che assume un ruolo centrale nell’ambito della discrezionalità, ossia la sindacabilità giurisdizionale.

Con riguardo alla prima ipotesi, è ormai consolidato l’orientamento che afferma la piena sindacabilità, ad opera del giudice amministrativo, della legittimità dei poteri amministrativi vincolati.

Al contrario, in linea di principio, l’esercizio di funzioni amministrative discrezionali risulterebbe escluso dal sindacato giurisdizionale di legittimità.³¹⁰ La discrezionalità amministrativa, infatti, si sostanzierebbe nella facoltà di scelta del mezzo e degli elementi giuridicamente idonei ad assicurare il soddisfacimento dell’interesse pubblico, perseguendo un fine corrispondente alla causa del potere amministrativo da esercitarsi.³¹¹

Ne deriva che, in tema di discrezionalità, il principio di legalità assume rilevanza sia nella sua accezione di legalità-indirizzo, da intendersi quale identificazione ad opera del legislatore dell’interesse pubblico da perseguire, sia nella sua configurazione quale legalità-garanzia, attraverso cui la legge consente di individuare le modalità di esercizio della funzione amministrativa.

Il principio di legalità si rapporta diversamente in considerazione della natura vincolata o discrezionale dell’attività amministrativa.

³⁰⁹ G. ZANOBINI, *l’attività amministrativa e la legge*, in Riv. dir. pubbl., 1924, 211

³¹⁰ E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Riv. quaderni di ricerca scientifica, 64, 2009, 10 s.

³¹¹ S.M. VILASI, *La pubblica amministrazione e le sue funzioni*

Nel caso in cui ci si trovi dinanzi ad un potere amministrativo vincolato, risulta chiaro come il principio di legalità operi nella sua duplice accezione di indirizzo e di garanzia, in quanto il provvedimento amministrativo, quale risultato dell'esercizio di tale potere, risulta vincolato sia nel contenuto che nello scopo.

Invece, nell'ipotesi di esercizio di un'attività discrezionale, il principio di legalità opererà tendenzialmente nell'accezione di legalità-indirizzo. Ciò in quanto la discrezionalità stessa si traduce nella scelta operata dalla Pubblica Amministrazione dell'interesse pubblico da perseguire, sulla base di un'analisi comparatistica dell'interesse pubblico primario, individuato dalla norma giuridica e rappresentativo del principio di legalità, degli interessi pubblici secondari e degli interessi ulteriori che eventualmente risultino in capo ai privati.³¹²

Sul tema, risulta opportuno richiamare l'intervento della Corte costituzionale con cui è stato confermato il rilievo assunto dal principio di legalità sostanziale nell'ambito della discrezionalità amministrativa.³¹³ Tale principio, infatti, esclude che il potere attribuito dalla legge ad una Pubblica Amministrazione possa dirsi assolutamente indeterminato, configurandosi come "totale libertà" di azione in capo alla stessa. Prosegue la Corte affermando che non risulta sufficiente che il potere discrezionale sia volto alla tutela di un determinato bene o valore giuridico identificato dalla legge, ma risulta altresì necessario che l'esercizio dello stesso "*sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*".³¹⁴

Pertanto, conformemente al principio di legalità, la discrezionalità amministrativa deve essere sancita da una norma giuridica che ne preveda i limiti e l'ambito di applicazione.

La definizione dell'ambito operativo della discrezionalità deriva dal bilanciamento e dalla comparazione dei vari interessi in gioco, al fine di garantire quella flessibilità del

³¹² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, 48 s.

³¹³ B. SPAMPINATO, *Sulla "crisi" di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Riv. dir. pub. it., comp., eu.*, 2017, 493 s.

³¹⁴ Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115.

potere amministrativo che, nella prassi applicativa, consente di adattare la fattispecie astratta, delineata dalla norma giuridica, al caso specifico e concreto.³¹⁵

Tale configurazione della discrezionalità è stata elaborata negli anni Trenta del '900 da Massimo Severo Giannini, che ha identificato una nozione di discrezionalità amministrativa basata sulla pluralità dei pubblici poteri e dei rapporti che, attraverso essi, si instaurano con i cittadini.

Le Pubbliche Amministrazioni non perseguono un solo interesse pubblico ma, al contrario, si interfacciano con una pluralità di interessi, dovendone effettuare una ponderazione.³¹⁶ La legge non può e non deve tener conto di tutte le situazioni concrete che possono verificarsi in ordine ad un determinato potere attribuito all'Amministrazione e, pertanto, tale lacuna fisiologica è destinata ad essere colmata dall'opera discrezionale della stessa Pubblica Amministrazione, che permette di effettuare un "*completamento della legge*".³¹⁷

Tale completamento deve, in ogni caso, conformarsi a quanto contenuto nell'articolo 97 della Costituzione³¹⁸ e, in particolare, ai principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'*agere* amministrativo. Con evidenza, questi principi assumono maggiore rilevanza in riferimento all'attività discrezionale, nella quale emerge una maggior "flessibilità" delle funzioni amministrative, rispetto alle funzioni vincolate, in cui l'imparzialità delle stesse è garantita dalla normativa che le regola.³¹⁹

Con i suoi studi, Giannini ha influenzato il modo di concepire il potere discrezionale, che non inerisce esclusivamente alla scelta della soluzione migliore da applicare al caso concreto, quanto altresì al contenuto della valutazione discrezionale effettuata

³¹⁵ A. ROMANO, A. CIOFFI, F. COSTANTINO, F. DE LEONARDIS, M.G. DELLA SCALA, P. LAZZARA, M.L. MADDALENA, M.C. ROMANO, E. SCOTTI, *Diritto amministrativo*, II, Giappichelli, 2023, 186 s.

³¹⁶ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, VII, Giappichelli, 2023, 199-203

³¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, VIII, Giappichelli, 2023, 274-281

³¹⁸ Art. 97, comma 2, Cost; "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione."

³¹⁹ G. PALMA, *Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti*, I, Giappichelli, 2018, 4 s.

dall’Autorità amministrativa, ossia alla ponderazione dei vari e differenti interessi in gioco.³²⁰

Nell’analisi della discrezionalità è opportuno soffermarsi sui relativi elementi costitutivi. La discrezionalità si compone di quattro differenti contenuti: l’*an*, il *quid*, il *quomodo* e il *quando*. L’*an* fa riferimento alla discrezionalità dell’amministrazione nella scelta di adottare o meno un determinato provvedimento. Il *quid* rappresenta la scelta del contenuto del *facere* in capo alla Pubblica Amministrazione, che determina discrezionalmente l’oggetto del provvedimento. Il *quomodo* riguarda la libertà di scelta degli strumenti da utilizzare per il raggiungimento dell’interesse pubblico perseguito. Infine, il *quando* identifica la discrezionalità nella scelta del momento in cui adottare un determinato provvedimento e nella determinazione della sua efficacia temporale. Questi quattro elementi identificano la discrezionalità amministrativa sia nel caso in cui sussistano contemporaneamente sia nel caso in cui risulti presente uno solo di essi.³²¹

Dopo tali premesse in tema di discrezionalità, la trattazione prosegue soffermandosi sulla svolta dottrinale in tema di discrezionalità amministrativa che ha portato a distinguerne due configurazioni: la discrezionalità “tecnica” e quella “pura”.

3.2 La distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura

Il confronto tra la discrezionalità “tecnica” e la discrezionalità amministrativa in senso stretto, c.d. “pura”, risulta essenziale per acquisire una migliore comprensione della materia, con il fine di declinare, successivamente, il tema della discrezionalità in relazione alla verifica dell’anomalia dell’offerta.

Il concetto di discrezionalità tecnica è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale; pertanto, per una maggior chiarezza del fenomeno, si ritiene opportuno delinearne brevemente il percorso evolutivo.

Diversamente dagli orientamenti dottrinali francesi che assimilavano la nozione di discrezionalità tecnica a quella di discrezionalità pura, a cui si era conformato l’autore

³²⁰ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria “a tempo”*, in *Riv. dir. pub. comp. e storia contemporanea*, 2022, 1 s.

³²¹ F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV, Giappichelli, 2022, 246 s.

Oreste Ranalletti³²², nella dottrina italiana sono emerse visioni contrapposte e discordanti.

Fin dai primi anni del '900, Enrico Presutti aveva proposto la differenziazione del concetto di discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa in senso stretto. Tale Autore ha il "pregio" di essere stato il primo, seppure in via embrionale, a discostarsi dalle elaborazioni teoriche francesi distinguendo le due tipologie di discrezionalità sulla base della presenza o meno di una norma regolatrice di un determinato potere.

In presenza di una norma regolatrice che preveda la produzione di effetti giuridici al verificarsi di fatti concreti, l'Autore ha configurato la discrezionalità tecnica quale opera di corretta interpretazione della norma giuridica in relazione a detti fatti.³²³ Pertanto, Presutti avrebbe identificato la discrezionalità tecnica come opera di interpretazione e non come modalità di scelta della soluzione migliore da applicare al caso concreto.³²⁴

Ciò premesso, è opportuno richiamare nuovamente l'opera intellettuale dell'autore Giannini a cui si deve la prima esauriente teorizzazione della figura della discrezionalità tecnica. In contrasto con le teorizzazioni francesi e riprendendo gli spunti di Presutti, l'Autore afferma che, mentre la discrezionalità pura si fonderebbe sul bilanciamento dei vari interessi in gioco, la discrezionalità tecnica si basa esclusivamente sull'applicazione di regole aventi il carattere della tecnicità e della professionalità.

In definitiva, Giannini ha affermato che nell'ambito della discrezionalità tecnica "*i criteri al lume dei quali si scelgono gli strumenti sono criteri scientifici, donde l'univocità della soluzione*"³²⁵, diversamente dalla discrezionalità pura in cui tali criteri sono rappresentati dal bilanciamento dei vari interessi presenti.

Infatti, seguendo la definizione dell'autore Alberto Romano, la discrezionalità in senso stretto ovvero la discrezionalità pura sarebbe definita come lo spazio di scelta in capo alla Pubblica Amministrazione laddove la norma giuridica non delinea compiutamente

³²² O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365 s.

³²³ E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 44 s.

³²⁴ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria "a tempo"*, in *Riv. dir. pub. comp. e storia contemporanea*, 2022, 3 s.).

³²⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939, 52 s.

tutte le situazioni ed i comportamenti facenti capo alla stessa, rendendosi dunque necessario operare un bilanciamento di interessi conformemente ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità.

Proseguendo l'evoluzione tracciata dalla previgente dottrina, la discrezionalità tecnica sarebbe caratterizzata dall'assenza del momento volitivo della valutazione, diversamente dalla discrezionalità pura. La discrezionalità tecnica, invero, si ridurrebbe a un'attività di giudizio avente contenuto scientifico, caratterizzata dal necessario possesso di competenze tecniche da parte del soggetto chiamato a effettuare la valutazione.

Pertanto, nella discrezionalità tecnica risulterebbero presenti prescrizioni normative tecniche e scientifiche da osservare, mentre nella discrezionalità pura, dalle prescrizioni normative, residuerebbe un maggior grado di libertà in capo all'Amministrazione.³²⁶

Per porre in essere un'esauriente analisi e attribuire una compiuta definizione di tale tipologia di discrezionalità, è necessario richiamare la differenziazione tra fatti semplici e complessi.

I fatti semplici sono quei fatti dei quali l'Amministrazione è chiamata a giudicare l'esistenza: la Pubblica Amministrazione è tenuta soltanto a un mero accertamento di misurazione³²⁷ di una determinata situazione, senza dover effettuare valutazioni sul merito e senza margini di libero apprezzamento del fatto.³²⁸

Invece, con riguardo ai fatti complessi, l'Amministrazione non si limita a un mero accertamento dell'esistenza ma per le peculiarità del fatto considerato, è chiamata a porre in essere un'attività valutativa di elementi tecnici di comprovata difficoltà.³²⁹ I fatti complessi richiedono la formulazione di apprezzamenti non univoci ma di fatto soggettivi, basati sull'utilizzo di scienze esatte o umanistiche, che portano alla formulazione di una valutazione tecnico-discrezionale inerente solamente all'esito.³³⁰

³²⁶ E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXV, Giuffrè, 2023, 332 s.

³²⁷ L. SANSONE, *Discrezionalità amministrativa e tecnica, differenze e tutela per il privato*, in *JureConsultus*, 2014

³²⁸ G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Giappichelli, 2023, 136

³²⁹ E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Compendio di diritto amministrativo*, XXII, Giuffrè, 2022, 231

³³⁰ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, VII, Giappichelli, 2021, 190 s.

In tal senso si riafferma la divergenza della discrezionalità tecnica dalla discrezionalità pura. In quest'ultima la valutazione discrezionale opera anche con riferimento alla volontà stessa dell'Amministrazione circa l'*agere* amministrativo,³³¹ oltre che nella ponderazione dei vari interessi presenti.³³²

Si suole ritenere che la discrezionalità c.d. "tecnica" sia connotata da due caratteristiche specifiche: per un verso, si fonda su regole non giuridiche definite quali "scienze", ricomprendendosi in tale nozione tutte le varie discipline ed esperienze non giuridiche maturate sulla base dell'esperienza; per altro verso, comporta l'utilizzo di regole non constatabili in modo universale e, pertanto, aventi il carattere dell'opinabilità.

In conclusione, può identificarsi il carattere peculiare della discrezionalità tecnica, con conseguente differenziazione dalla discrezionalità pura, nella presenza di una fase di giudizio, definibile come istruttoria, non collegata a un momento volitivo di scelta della soluzione maggiormente adatta al caso concreto, da realizzare tramite la ponderazione dei vari interessi presenti. Infatti, nella discrezionalità tecnica, tale momento di scelta e ponderazione risulta già posto in essere a monte, nelle vigenti norme giuridiche. Al contrario, tale elemento della volontà è presente nella discrezionalità pura, rappresentandone l'essenza.³³³ Pertanto, il momento volitivo ha la finalità di "*realizzare l'equilibrio nell'azione*" dell'Amministrazione, volgendosi "*all'attuazione del diritto e della legge*".³³⁴

3.3 La discrezionalità nella valutazione di anomalia

Dopo aver descritto la discrezionalità dell'Amministrazione in generale e nella sua distinzione tra tecnica e pura, si prosegue analizzando le caratteristiche della discrezionalità nella valutazione dell'anomalia dell'offerta.

³³¹ J. BRACCIALE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica*, 2020, in Riv. *SalvisJuribus*

³³² S. PERONGINI, *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione: atti del convegno, Salerno 14-15 novembre 2014*, Giappichelli, 2017, 38

³³³ *Riflessioni di Diritto Amministrativo: la discrezionalità tecnica e mista*, in *AccademiaTributaria*, 2020.

³³⁴ G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Giappichelli, 2013, 52.

Per chiarire il carattere discrezionale del procedimento di valutazione dell'anomalia, risulta opportuno richiamare brevemente la *ratio* della procedura di affidamento dei contratti pubblici.

Le procedure ad evidenza pubblica rappresentano il mezzo per individuare l'operatore economico maggiormente affidabile per l'esecuzione della prestazione oggetto della procedura. La Stazione appaltante ha il compito di analizzare l'adeguatezza dell'offerta attraverso il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Tale procedimento è connotato da un effettivo spazio di libertà, derivandone un certo grado di discrezionalità nell'operare la valutazione.³³⁵

Il percorso evolutivo, tracciato dal legislatore nazionale e comunitario in materia, ha delineato un ampliamento della discrezionalità della Stazione appaltante nello svolgimento della valutazione di anomalia. Sulla base dei numerosi interventi formulati dal legislatore comunitario, si è introdotta una progressiva transizione da ipotesi di esclusione automatica dell'offerta anomala ad ipotesi in cui è richiesta l'effettuazione di una valutazione autonoma alla Stazione appaltante.³³⁶

L'attuale disciplina dei contratti pubblici ha introdotto delle importanti novità che hanno influenzato il tema della discrezionalità.

Infatti, il Codice previgente prevedeva un ambito di applicazione maggiormente esteso delle ipotesi di esclusione automatica delle offerte ritenute anomale. Tale meccanismo automatico di valutazione dell'anomalia implicava assenza di discrezionalità in capo alla Stazione appaltante.³³⁷

La nuova disciplina ha previsto una diminuzione delle ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale, chiamando la Pubblica Amministrazione a effettuare la propria valutazione discrezionale con maggiore frequenza e autonomia.

Al fine di aumentare la discrezionalità della Stazione appaltante, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha disposto un sistema residuale che consente la valutazione negativa di un'offerta, di cui si sospetta l'anomalia, anche al di fuori dei casi per cui la legge prevede l'esclusione automatica dell'offerente, ossia in presenza di un numero di offerte

³³⁵ R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, II, Giappichelli, 2023, 243

³³⁶ A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA; *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit, 152 s.

³³⁷ M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici vol. III*, cit., 616 s.

inferiore a cinque.³³⁸ Tale novità permette di responsabilizzare la Pubblica Amministrazione in quanto garantisce una maggior flessibilità e discrezionalità nell'esercizio dei poteri in materia di valutazione dell'anomalia delle offerte.

Infatti, la Stazione appaltante potrà utilizzare la propria discrezionalità, accompagnata dall'impiego di criteri tecnici, per decidere se sottoporre alla valutazione di anomalia un'offerta che si ritenga anomala.³³⁹ In tal modo si riconosce alla Pubblica Amministrazione un'ampia discrezionalità, così chiarendosi come, nelle ipotesi residuali e derogatorie di verifica facoltativa dell'offerta previste dall'articolo 54 del d.lgs. 36/2023, la discrezionalità dell'Amministrazione verta sull'*an* del procedimento.³⁴⁰

In riferimento alle ipotesi di valutazione dell'anomalia dell'offerta ex articolo 110 del nuovo Codice dei contratti pubblici, emerge il carattere maggiormente discrezionale del procedimento in quanto, rispetto alla disciplina previgente, è stata eliminata la c.d. soglia limite oltre cui vi è l'obbligo di applicare il subprocedimento di valutazione dell'anomalia.

Al contrario, l'attuale normativa richiede la presenza di "elementi specifici" da cui si possa presumere la presenza di un'offerta anomala. Gli elementi in questione non sono specificati dalla normativa ma sono rimessi alla determinazione discrezionale della Stazione appaltante. Tali elementi specifici si caratterizzano per la loro tecnicità e, pertanto, può affermarsi che la discrezionalità in questione rientri nella tipologia della discrezionalità tecnica, riscontrandosi il carattere opinabile della valutazione.

Da quanto detto, il carattere discrezionale del subprocedimento di anomalia emerge anche con riferimento all'*an* dello stesso procedimento. Pertanto, ne deriva che la discrezionalità non connota solo il *quomodo* ma, al contrario, la stessa caratterizza anche la scelta inerente all'avvio dello stesso.³⁴¹

In linea di continuità con la disciplina previgente, la discrezionalità assurge a elemento fondamentale del procedimento in tutte le sue fasi. A titolo esemplificativo può

³³⁸ F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit., 207

³³⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 02 febbraio 2022, n.1247

³⁴⁰ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 07 febbraio 2024, n. 478

³⁴¹ F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, cit., 415 s.

richiamarsi il legame che sussiste tra il tema della discrezionalità e il precedentemente analizzato principio del contraddittorio.

Il principio in questione richiede un'interazione tra la Stazione appaltante e l'offerente, effettuata attraverso lo strumento delle giustificazioni degli elementi dell'offerta caratterizzati da possibili tratti di anomalia. Tali giustificazioni necessitano di essere valutate dalla Pubblica Amministrazione. Per giurisprudenza consolidata, l'esame delle giustificazioni fornite dall'operatore economico è, anch'esso, "*espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione*".³⁴²

In materia di discrezionalità, occorre ora considerare il rilievo assunto dal principio del risultato, già analizzato in precedenza.

Si può rilevare un collegamento tra la valutazione dell'anomalia e il principio del risultato. Il procedimento di valutazione dell'anomalia è volto ad assicurare il massimo perseguimento dell'interesse pubblico nell'esecuzione di una determinata prestazione e ciò avviene per mezzo dell'individuazione della miglior offerta. Parimenti, il principio del risultato si basa sull'ottenere la massima soddisfazione dell'interesse pubblico, interesse volto alla corretta realizzazione di un'opera o alla corretta acquisizione di un determinato bene o servizio.³⁴³

La giurisprudenza nazionale ha già analizzato il rapporto tra il principio del risultato e la discrezionalità della Stazione appaltante.

Infatti, si è definito il principio in questione quale "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*",³⁴⁴ con la finalità di imporre alla Pubblica Amministrazione il raggiungimento del miglior risultato possibile, in vista dell'interesse pubblico alla base della procedura di affidamento indetta. Tale miglior risultato può essere raggiunto solo nel caso in cui il potere discrezionale dell'Amministrazione sia esercitato al fine di selezionare operatori economici che risultino affidabili e idonei a effettuare quella

³⁴² T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 09 gennaio 2023, n.36

³⁴³ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in convegno "*Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica*", 2022

³⁴⁴ TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738

determinata prestazione, risultando evidente a tal fine l'importanza della valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Nella previgente disciplina si identificava la prevenzione della corruzione e la tutela della legalità quali interessi fondamentali delle procedure di evidenza pubblica, interessi dai quali derivava l'obbligo per la Stazione appaltante di attenersi rigidamente ai dettami normativi procedurali. Al contrario, con l'introduzione del principio del risultato è chiaro che nell'attuale disciplina emerge una maggior libertà formale, in particolare con riguardo al subprocedimento di valutazione dell'anomalia.

Pertanto, attraverso il principio in questione, si formalizza una maggior discrezionalità nel modus operandi della Stazione appaltante. In vista del risultato da perseguire, l'Amministrazione si auto-vincola nel bando di gara a criteri e requisiti da applicare nel subprocedimento di cui si tratta.³⁴⁵

Nell'analisi della discrezionalità della Pubblica Amministrazione risulta opportuno richiamare ulteriori caratteristiche del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, che permettono di delineare e chiarire la tipologia di discrezionalità a cui si fa riferimento.

Il carattere tecnico della valutazione emerge anche in riferimento all'oggetto delle giustificazioni concernenti elementi di anomalia.

Il Codice pone in essere degli specifici richiami “*all'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; alle soluzioni tecniche prescelte o alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori, e, ulteriormente, all'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente*”.³⁴⁶ Da tali riferimenti risultano chiari i tratti tecnici delle giustificazioni che possono essere formulate dall'offerente. Pertanto, ne deriva il riconoscimento del carattere scientifico della valutazione che la Stazione appaltante è chiamata a formulare sui chiarimenti ricevuti.

³⁴⁵ L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale dei contratti pubblici*, Dike Giuridica, 2024, 9 s.

³⁴⁶ Art. 110, c. 3, d.lgs. 36/2023

Ulteriore indizio del carattere tecnico della valutazione deriva anche dal profilo soggettivo relativo alla competenza a svolgere il subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Si richiamano le figure del RUP e della Commissione giudicatrice, le quali sono chiamate a svolgere attività che richiedono “*competenze professionali adeguate*”³⁴⁷ rappresentative del carattere tecnico e specifico delle funzioni che devono essere eseguite.

In primo luogo, bisogna considerare la figura del RUP. Tale soggetto, avente un ruolo centrale e propositivo nell'attività di verifica dell'anomalia di un'offerta, deve possedere requisiti e competenze specifiche. Si richiamano, a titolo esemplificativo, il possesso dell'abilitazione all'esercizio della professione, di un titolo di studio adeguato, di un certo grado di esperienza pratica e di una formazione professionale specifica.

Anche per quanto riguarda la Commissione giudicatrice, si deve sottolineare il profilo tecnico dell'attività che essa è chiamata a svolgere in supporto al RUP nella valutazione dell'anomalia di un'offerta, qualora necessità concrete e prettamente tecniche richiedano l'intervento della Commissione all'interno del procedimento.

In base a quanto detto, emerge che la discrezionalità presente nel procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta è caratterizzata complessivamente da elementi spiccatamente tecnici e di scienza³⁴⁸, giungendo a delineare tale discrezionalità quale “*tecnica*”.³⁴⁹

La nuova codificazione attenua il paradigma formale in funzione dell'affermato principio del risultato, aumentando i poteri attribuiti alla Stazione appaltante e richiamando il percorso evolutivo che ha portato alla c.d. “*assenza di formalismi*”. Il legislatore ha aumentato gli strumenti attribuiti alla Pubblica Amministrazione con la finalità di permettere alla stessa di plasmare e governare, con maggiore discrezionalità, il procedimento di determinazione del contraente.³⁵⁰

³⁴⁷ Art. 15, c. 2, d.lgs. 36/2023; Art. 93, c. 3, d.lgs. 36/2023

³⁴⁸ D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: v. I, Disciplina pubblicistica*, cit., 582

³⁴⁹ A. LONGO e E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 161 s.

³⁵⁰ M. MACCHIA, *Costruire e acquistare: Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2024, 272 s.

Tale novità deriva dalla nuova concezione di discrezionalità, definibile quale libertà di movimento “*tra regole, condizionamenti e controllori*,”³⁵¹ delineando un minor condizionamento e una maggior autonomia nello svolgimento delle funzioni attribuite alla Stazione appaltante.

La giurisprudenza, ormai unanime sul punto e in linea con le numerose elaborazioni dottrinali, conferma il carattere prettamente tecnico della discrezionalità in materia di anomalia dell’offerta. Infatti, tale subprocedimento “*costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l’Amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico affidatole dalla legge*”.³⁵²

3.4 Il merito tecnico

Per maggior completezza di analisi, è opportuno richiamare il concetto di merito e il legame che lo stesso instaura con il tema della discrezionalità, distinguendo le due tipologie di discrezionalità pura e tecnica attraverso l’analisi dei concetti di opportunità e opinabilità.

Si richiama la definizione formulata dall’autore Antonio Amorth che ha definito il merito amministrativo quale “*la proiezione nell’atto dell’obbligo delle autorità amministrative di attenersi, nello svolgimento delle loro azioni, al principio di opportunità*.” Tale definizione richiama il concetto di opportunità da perseguire.

Su tale base, il merito amministrativo consiste nel potere discrezionale che, fatta salva la corretta osservanza delle regole giuridiche a fondamento dell’esercizio del potere, resta libero da condizionamenti. Pertanto, il merito rappresenta compiutamente la libertà dell’*agere* amministrativo, proiettato a perseguire e compiere scelte di opportunità e adeguatezza.³⁵³

³⁵¹ S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in Riv. Giorn. Dir. Amm., 2022, 725 s.

³⁵² Cons. St., sez. V, 25 Gennaio 2024, n.802

³⁵³ G. CORSO, *Manuale di diritto Amministrativo*, cit, 220 ss.

In altre parole, il merito può circoscriversi nell'eventuale ambito di scelta sussistente in capo alla Pubblica Amministrazione al di fuori dei limiti delineati e regolati dal legislatore.³⁵⁴

La definizione che porta a un'assimilazione tra il merito e la valutazione di opportunità della scelta è, sulla base dei recenti sviluppi dottrinali, propria solo dei casi di discrezionalità amministrativa in senso stretto ovvero discrezionalità pura.

Di converso, nella discrezionalità tecnica ha rilievo una diversa configurazione del merito, in tal caso definibile come tecnico, che attiene all'opinabilità delle scelte effettuate. Con tale espressione si richiama una definizione di libertà dell'*agere* amministrativo tecnico quale "*marginè di opinabilità insito in valutazioni di carattere tecnico*".³⁵⁵ Pertanto, le valutazioni tecnico-discrezionali formulate dalla Pubblica Amministrazione sono basate sull'utilizzo di scienze non esatte che possono portare a risultati differenti ovvero opinabili, senza che ciò rappresenti uno scorretto esercizio del potere amministrativo.

La valutazione operata da una Pubblica Amministrazione è sindacabile solo nel caso in cui si ponga in contrapposizione con il principio della ragionevolezza dell'operato tecnico, non risultando sufficiente la mera opinabilità della valutazione, in quanto questa rientra nel potere discrezionale dell'Amministrazione.³⁵⁶

Pertanto, può affermarsi che le valutazioni fattuali poste in essere dalla Pubblica Amministrazione, aventi il carattere della complessità e dell'opinabilità, non risultano escluse dal sindacato giurisdizionale,³⁵⁷ al contrario delle ipotesi inerenti alla discrezionalità pura in cui ci si trova dinanzi a giudizi di opportunità correlati a interessi pubblici e da cui deriva l'assenza di sindacato a opera del giudice.³⁵⁸

³⁵⁴ L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente.*, in *Riv. dir. pubb.*, 2016, 798 ss.

³⁵⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 26 aprile 2023, n.1017

³⁵⁶ Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629.

³⁵⁷ F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, 2013, 118

³⁵⁸ F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, 1998, 115

La discrezionalità tecnica e il conseguente carattere di opinabilità, inerente al correlato merito della valutazione effettuata, si pongono in contrapposizione all'istituto dell'accertamento tecnico.

In quest'ultimo, vi è semplicemente la verifica della sussistenza o meno di fatti priva di margini di opinabilità, portando quindi a un solo possibile risultato. Tale richiamo permette di comprendere il valore assunto dal merito e dall'opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale in quanto, con riferimento all'assenza di opinabilità dell'accertamento tecnico, il sindacato giurisdizionale risulta pieno e non limitato.³⁵⁹

In conclusione, richiamandosi il legame tra il merito tecnico e il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sancisce il grado di discrezionalità di cui gode la Stazione appaltante nello svolgimento della verifica dell'anomalia. La stessa è chiamata a formulare una valutazione sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale e inerente al merito amministrativo.³⁶⁰ Il merito in tal caso non deve essere inteso come scelta effettuata in base a una ponderazione degli interessi in gioco, bensì quale opinabilità della valutazione inerente all'utilizzo di scienze e tecniche.³⁶¹

3.5 Le tipologie di sindacato del giudice amministrativo in tema di discrezionalità tecnica

Dopo aver analizzato la discrezionalità sia in linea generale che in riferimento al procedimento di valutazione dell'anomalia, per completare l'analisi è opportuno definire in che modo il giudice amministrativo può esercitare il proprio sindacato su provvedimenti espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.

Innanzitutto, è necessario delineare le varie tipologie di sindacato giurisdizionale praticabili nei confronti della discrezionalità tecnica.

Sulla base degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, è emersa la differenziazione del sindacato giurisdizionale in due differenti tipologie: sindacato c.d. "estrinseco" e il

³⁵⁹ V. LOPILATO, *Manuale di Diritto amministrativo*, IV, Giappichelli, 2023, 603 ss.

³⁶⁰ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2827

³⁶¹ M. ALESIO, *Offerte presuntivamente incongrue: il giudice non può sindacare il merito delle valutazioni della commissione di gara*, in Riv. dir. e giust., 2015

sindacato c.d. “intrinseco”, il quale ultimo a sua volta è classificabile in “debole” e “forte”.

Nella distinzione tra il sindacato estrinseco e intrinseco si fa riferimento all’ampiezza del sindacato di cui gode il giudice amministrativo.

Il sindacato estrinseco riguarda un intervento del giudice limitato al controllo della logicità, coerenza e ragionevolezza del procedimento adoperato dall’Amministrazione e che ha portato a quella particolare determinazione finale.³⁶² Tale definizione comporta l’impossibilità per il giudice di disporre l’annullamento di un qualsiasi provvedimento dell’Amministrazione in assenza di vizi riferibili alla figura sintomatica dell’eccesso di potere.

Pertanto, emerge chiaramente nel sindacato estrinseco l’assenza di poteri giurisdizionali che permettano di analizzare l’attendibilità e la correttezza delle valutazioni tecnico-discrezionali poste in essere a opera della Pubblica Amministrazione, essendo tale sindacato limitato a profili meramente formali o logici del procedimento.³⁶³

In altre parole, con l’espressione “sindacato estrinseco” si richiama un potere del giudice amministrativo limitato a ripercorrere l’iter logico e argomentativo adoperato dall’Amministrazione nello svolgimento della sua attività, senza poter disporre della cognizione diretta dei vari elementi tecnici valutati e, pertanto, un sindacato “esterno” alla valutazione operata dalla Pubblica Amministrazione.³⁶⁴

Il sindacato intrinseco si distingue nettamente dal precedente tipo di sindacato. Ciò in quanto si prevede che il giudice, avvalendosi delle stesse conoscenze scientifiche e tecniche adoperate dalla Pubblica Amministrazione, possa apporre una cognizione maggiormente penetrante ripercorrendo e ripetendo le valutazioni tecniche già svolte dalla medesima Amministrazione.³⁶⁵

³⁶² Cons. St., sez. III, 21 Febbraio 2024, n. 1734

³⁶³ V. LOPILATO, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 606 ss.

³⁶⁴ D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell’AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. Civil Procedure Review*, 2020, 94 s.

³⁶⁵ M. CAMPANA, *Il sindacato giurisdizionale sull’attività amministrativa*, in *Riv. SalvisJuribus*, 2017

Il giudice, pertanto, non si limita a rilevare la presenza o meno di elementi che portino a vizi inerenti all'eccesso di potere, ma può ripetere la valutazione analizzandola da un punto di vista sostanziale.

Il sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica adottati dalla Pubblica Amministrazione deve basarsi sui principi della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Pertanto, è ragionevole la sua estensione all'accertamento concreto dei fatti operato per il tramite di regole tecniche, evitando così che la discrezionalità tecnica si trasformi in arbitrio specialistico.³⁶⁶

Sulla base di tali affermazioni risulta chiaro che, nel caso in cui emerga, fin dalle prime indagini estrinseche, la possibile presenza di elementi della figura sintomatica dell'eccesso di potere, non sarà necessario eseguire alcun sindacato intrinseco, potendo il giudice applicare la propria cognizione estrinseca. Di converso, il giudice, nel caso in cui abbia rilevato l'irragionevolezza della valutazione tecnica, potrà svolgere un controllo intrinseco in aggiunta al limitato, già effettuato, controllo estrinseco.³⁶⁷

Proseguendo l'analisi delle tipologie di sindacato in materia di discrezionalità tecnica si introducono i lineamenti delle due tipologie di sindacato intrinseco, ossia quello "debole" e quello "forte".

Il sindacato intrinseco debole permette al giudice di revisionare sostanzialmente e ripetere la valutazione tecnica effettuata dalla Pubblica Amministrazione attraverso lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio. In base alle valutazioni scientifiche acquisite tramite il consulente tecnico, il sindacato intrinseco debole consente al giudice di effettuare un controllo sulla ragionevolezza e congruenza tecnica della decisione amministrativa effettuata.³⁶⁸

Inoltre, in tale sindacato debole sussiste il limite della relatività delle valutazioni scientifiche. Pertanto, ne consegue che potrà essere sottoposta alla cognizione del giudice solo la valutazione tecnico-discrezionale *"che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giurisdizionale non divenga sostitutivo di quello"*

³⁶⁶ Cons. St., sez. VI, 03 febbraio 2022, n. 757

³⁶⁷ C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto.*, in Riv. Il dir. amm., 2024

³⁶⁸ Cons. St., sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287

*dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile.*³⁶⁹

Sulla base di tali considerazioni risulta chiaro che la valutazione tecnica potrà essere annullata solo se risulti inattendibile. Di converso, se tale valutazione dovesse risultare attendibile, il giudice non potrebbe disporre l'annullamento del provvedimento solo sulla base del differente esito della valutazione del consulente tecnico. Ciò è il risultato del carattere opinabile della discrezionalità tecnica e delle relative tecniche e scienze applicate.

In altre parole, sulla base del fatto che trattiamo di valutazioni connotate da un certo margine di opinabilità, per disporre l'annullamento della valutazione e sconfessare tale opinabilità non è sufficiente sottolineare semplicemente la non condivisione dell'esito della valutazione effettuata. Piuttosto, si richiede la dimostrazione della sua palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio compiuto dalla Pubblica Amministrazione.³⁷⁰

In base a quanto detto, può concludersi affermando che il sindacato intrinseco debole deve svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche effettuate, con particolare riguardo alla loro coerenza e alla correttezza in riferimento al procedimento applicativo utilizzato e al criterio tecnico adoperato. Pertanto, non si prevede una sindacabilità del merito di scelte opinabili, bensì solo il controllo della credibilità razionale delle scelte in questione.³⁷¹

Il sindacato intrinseco forte prevede invece che, in caso di un diverso risultato a cui sia giunta la valutazione del consulente tecnico, il giudice possa far prevalere la valutazione formulata dal consulente su quella operata dalla Pubblica Amministrazione.³⁷² Con tale sindacato avviene la sostituzione della precedente valutazione amministrativa, annullata, con la successiva valutazione tecnica giurisdizionale.³⁷³

³⁶⁹ T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 03 novembre 2023, n. 858

³⁷⁰ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 12 settembre 2023, n. 5054

³⁷¹ Cons. St., sez. IV, 27 Dicembre 2023, n. 11219

³⁷² A. L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in Riv. Il Foro amministrativo, 2004, 2451 ss.

³⁷³ T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 03 giugno 2005, n. 800

3.6 Il passaggio dalla insindacabilità alla sindacabilità intrinseca

Dopo aver richiamato la nozione di discrezionalità tecnica, in particolare nella valutazione dell'anomalia dell'offerta, si deve approfondire il tema del sindacato utilizzabile nei confronti di provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione.

Per comprendere l'attuale orientamento in materia di sindacato del giudice, è opportuno ripercorrere il tracciato evolutivo formatosi sul tema in questione.

Le perduranti difficoltà in una definizione univoca della nozione di discrezionalità tecnica hanno prodotto incertezze nella configurazione del sindacato del giudice.

Dal momento in cui l'autorevole dottrina di Giannini aveva introdotto, nei primi anni del secolo scorso, il concetto di una discrezionalità che si differenziasse dalla nozione tradizionale di discrezionalità pura e ricomprendesse in sé l'utilizzo di tecnica e scienza per il proprio operare, ne è derivata la necessità di scegliere in che misura delineare l'ampiezza del giudicato.

In seguito all'introduzione della nozione di discrezionalità tecnica, la risalente giurisprudenza aveva affermato l'insindacabilità della valutazione tecnico-discrezionale formulata dall'Amministrazione.

La *ratio* di tale scelta trovava conforto nell'assimilazione tra tale tipologia di discrezionalità e il merito amministrativo, il quale ultimo era ritenuto insindacabile.³⁷⁴ Ne derivava che anche in tale materia, come previsto per la discrezionalità pura, la Pubblica Amministrazione fosse chiamata a operare una scelta basata sulla ponderazione di interessi.³⁷⁵

Di conseguenza, l'orientamento maggioritario era proiettato al mancato riconoscimento del sindacato del giudice amministrativo nei casi di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.

Si richiama, quale approfondimento, l'intervento giurisprudenziale in tema di appalti e concessioni attraverso cui si è confermato che l'accertamento inerente all'idoneità

³⁷⁴ A. GIURDANELLA, *Discrezionalità tecnica e controllo del giudice. Il caso del bene culturale*, in *Giurdanella&Partners*

³⁷⁵ V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967, 39 s.

tecnica ed economica dell'impresa concessionaria rappresenta una valutazione "tecnico-discrezionale" operata dalla Pubblica Amministrazione e, in quanto tale, non sindacabile per motivi di legittimità.³⁷⁶

Proseguendo ancora, un'ulteriore pronuncia giurisprudenziale ha sancito, in riferimento a provvedimenti tecnico-discrezionali di imposizione del vincolo storico-artistico, l'insindacabilità degli stessi in sede di legittimità, richiamando l'interesse pubblico alla "*salvaguardia conservativa del bene*" e dando, pertanto, risalto al merito della scelta di analisi e ponderazione dell'interesse pubblico considerato.³⁷⁷

L'orientamento dell'insindacabilità della valutazione tecnica si è mantenuto, in modo pressoché assoluto, fino agli anni '90. Da tale periodo cominciarono a emergere i primi orientamenti in linea di discontinuità con la tesi sostenuta fino a quel momento.

Tale spiraglio di apertura alla sindacabilità della valutazione amministrativa manteneva comunque un carattere fortemente circoscritto. Per esaustività di analisi e maggior comprensione dell'ambito di applicazione del sindacato riconosciuto al giudice amministrativo, è opportuno richiamare alcuni interventi giurisprudenziali.

Un primo intervento, relativo a una valutazione tecnica inerente alla dichiarazione di infermità per causa di servizio, ha affermato che in tale ipotesi, trattandosi di un apprezzamento dal carattere tecnico-discrezionale, sussiste il sindacato giurisdizionale di legittimità esclusivamente con riferimento a vizi di logicità o per mancanza della motivazione.³⁷⁸

Un secondo intervento fa riferimento specifico al procedimento di valutazione dell'anomalia di un'offerta. Il giudice, in tale sede, sulla base del riconoscimento del carattere tecnico-discrezionale della valutazione di anomalia formulata, ha affermato la non sindacabilità della valutazione se non per aspetti inerenti all'irrazionalità della stessa e al travisamento dei fatti.³⁷⁹

Di nuovo, in riferimento a valutazioni inerenti a beni privati aventi interesse storico-culturale, il giudice, presupposto il fatto che ci si trovi dinanzi ad attività caratterizzate

³⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 14 febbraio 1996, n. 211

³⁷⁷ Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 1996, n. 247

³⁷⁸ Cons. St., sez. V, 04 Ottobre 1993, n. 978

³⁷⁹ Cons. St., sez. VI, 05 novembre 1993, n. 801

da discrezionalità tecnica, ha sancito che la sindacabilità giurisdizionale è ammissibile purché entro i “*limiti della logicità della motivazione che la sorregge, ovvero con riferimento alla esistenza e all'esatta rappresentazione dei presupposti di fatto cui l'attività valutativa ha riferimento, mentre resta al di fuori del sindacato di legittimità ogni giudizio sul particolare collegamento della cosa con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere*”.³⁸⁰

Tali spiragli di apertura alla sindacabilità, esclusivamente estrinseca, sembravano conformi ai principi inerenti alle garanzie e ai diritti del singolo e sviluppatisi sulla base del riformato procedimento amministrativo.

Sulla base di tali pronunce giurisprudenziali, si è ritenuto necessario dotare il giudice amministrativo dei poteri di controllo necessari per permettere di salvaguardare il privato da possibili abusi da parte degli organi amministrativi. L'insindacabilità della discrezionalità tecnica, infatti, poneva la propria ragion d'essere nella previgente convinzione della supremazia della Pubblica Amministrazione sul privato.³⁸¹

In altre parole, tale controllo giurisdizionale è necessario al fine di garantire che l'Amministrazione applichi le regole e gli strumenti tecnici sulla base di criteri quali la congruità, la ragionevolezza, la logicità e l'apprezzamento corretto dei fatti.

Tuttavia, una concezione così limitativa del sindacato giurisdizionale in materia risultava ancora contrastante con il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo, presente nella sua attuale configurazione all'interno del Codice del Processo Amministrativo.³⁸²

Nel caso in cui il singolo sia leso nella propria sfera giuridica a seguito dell'*agere* amministrativo, il principio in questione statuisce la possibilità per il singolo stesso di ottenere un intervento giurisprudenziale che consenta l'acquisizione o la conservazione

³⁸⁰ Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 1992, n.1055

³⁸¹ F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in Riv. Diritto Processuale Amministrativo, 1992, 684 ss.

³⁸² Art. 1, d. lg. 2 luglio 2010, n. 104; “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo.”

del bene della vita e della posizione giuridica sostanziale alla base di quel determinato giudizio.³⁸³

In violazione di tale principio, un sindacato fortemente ridotto e, di conseguenza, la sussistenza di una riserva operativa a favore della Pubblica Amministrazione nell'esercizio di poteri caratterizzati da discrezionalità tecnica, producevano un'eccessiva limitazione per la cognizione del giudice.³⁸⁴

La teoria che delineava il sindacato in materia di discrezionalità tecnica quale sindacato estrinseco, con relativa limitazione dello stesso, trovava fondamento nell'identificazione di tale potere quale riservato all'Amministrazione.

Da ciò derivava la possibilità per il giudice amministrativo di accertare esclusivamente la corretta e idonea applicazione formale delle regole tecniche in riferimento all'eccesso di potere, svalutando la distinzione tra discrezionalità pura e tecnica in tema di sindacabilità.³⁸⁵

L'analisi del percorso storico inerente al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica richiede di analizzare nel dettaglio il punto di svolta sul tema, rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, avente quale oggetto la sindacabilità di un provvedimento di diniego di esclusione della dipendenza da causa di servizio per infermità "infarto del miocardio".

Tale intervento giurisprudenziale ha rappresentato un momento fondamentale nell'apertura al sindacato intrinseco del provvedimento tecnico-discrezionale.

Con la pronuncia in esame, innanzitutto, si è sancito che il concetto di riserva in capo all'Amministrazione è adoperabile esclusivamente con riferimento ai casi in cui la Pubblica Amministrazione sia chiamata a operare una valutazione che inerisce a un determinato interesse pubblico. Tale richiamo all'interesse pubblico non sussiste, invece, nelle ipotesi di discrezionalità tecnica, in quanto, in tali ipotesi,

³⁸³ F. FRENI, F. DE LUCA, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, Dike giuridica, 2011, 12 s.

³⁸⁴ C. ANDREINI, *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto.*, in Riv. Il dir. amm., 2024

³⁸⁵ T. DI PAOLO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle autorizzazioni dei progetti di ricerca sulla sperimentazione animale*, in Riv. Giurisprudenza italiana, 532

L'Amministrazione è chiamata a utilizzare regole e ragionamenti appartenenti a tecniche e scienze, non inerenti valutazioni di opportunità o merito. La Consulta, pertanto, formula la distinzione concettuale tra la discrezionalità tecnica e il merito amministrativo attraverso il richiamo ai concetti di opinabilità e opportunità, rispettivamente correlati alla discrezionalità tecnica e alla discrezionalità pura.

La sentenza in questione rappresenta il primo momento effettivo di rottura con l'orientamento antecedente che aveva ammesso la possibilità di effettuare solo il sindacato estrinseco sulla valutazione effettuata dalla Pubblica Amministrazione.

Infatti, è necessario richiamare quanto formulato all'interno della sentenza stessa, in cui si è concettualmente sancito che *“la discrezionalità tecnica, diversa dal merito amministrativo, ricorre quando la p.a., per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta e tale discrezionalità, qualora si sia manifestata attraverso apprezzamenti tecnici, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”*.³⁸⁶

Risulta chiaro come la Consulta abbia espressamente operato un superamento delle limitazioni derivanti dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali antecedenti, relativi all'ammissibilità di un sindacato esclusivamente di tipo estrinseco inerente solo alla figura dell'eccesso di potere.

Il giudice non è più limitato a vagliare solo la ragionevolezza e la congruenza del procedimento tecnico, riferendosi alla corrispondenza tra quelli che sono i presupposti e le conclusioni a cui si è giunti e indagando l'esattezza delle regole adoperate e del procedimento tecnico da un punto di vista puramente formale. Al contrario, emerge chiaramente come tale sentenza abbia ampliato l'ambito di intervento e analisi del giudice amministrativo permettendo allo stesso di analizzare i presupposti di fatto del

³⁸⁶ Cons. St., sez. IV, 09 aprile 1999, n. 601

provvedimento impugnato, senza comportare un eccesso di giurisdizione nel merito del provvedimento.³⁸⁷

In tal modo la Consulta ha sancito il passaggio dal sindacato meramente estrinseco, inerente alla conformità e correttezza formale del procedimento adoperato, a un sindacato intrinseco, riguardante la correttezza sostanziale e applicativa della valutazione tecnica realizzata, in particolare potendo vagliare l' idoneità dei criteri tecnici considerati e la loro adeguata applicazione.

Ulteriormente, in tale intervento la Consulta ha richiamato un precedente intervento a opera della Corte Costituzionale,³⁸⁸ attraverso cui si era sottolineata la mancanza di adeguati mezzi probatori in capo al giudice amministrativo.

Più in dettaglio, circa la possibilità di apporre una consulenza tecnica all'interno del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, la Corte Costituzionale aveva affermato che *“l'esperibilità della consulenza tecnica (...) è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che, per quanto prima detto, deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità.”*³⁸⁹

Sulla base di tale necessità evidenziata dalla Corte Costituzionale e richiamata dalla Consulta, il legislatore è intervenuto attraverso la Legge n. 21 luglio 2000, n. 205, il cui articolo 16³⁹⁰, integrativo dell'articolo 44³⁹¹ del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, ha colmato la mancanza probatoria in questione e ha introdotto, non solo in ipotesi di giurisdizione esclusiva ma anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il fondamentale strumento della consulenza tecnica in funzione della verifica circa la

³⁸⁷ F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche.*, in Riv. Archivio penale, 2018, 12 ss.

³⁸⁸ Corte cost., 10 aprile 1987, n. 146

³⁸⁹ Cons. St., cit., 601/1999

³⁹⁰ Art. 16, L. n. 205/2000; “Al primo comma dell'articolo 44 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r. d. 26 giugno 1924, n.1054, e successive modificazioni, sono aggiunte, in fine, le parole: “ovvero disporre consulenza tecnica”.”

³⁹¹ Art. 44, c. 1, r. d. n. 1054/1924; “Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica”.

correttezza e l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'Amministrazione.³⁹²

3.7 La contrapposizione tra sindacato debole e forte

Dopo aver sancito il passaggio al modello di sindacato intrinseco della valutazione tecnico-discrezionale, la giurisprudenza si è interrogata sulla tipologia di sindacato intrinseco di cui gode il giudice amministrativo nell'esercizio delle sue funzioni.

Avendo già sottolineato la portata della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 e della successiva e coerente Legge n. 21 luglio 2000, n. 205, con le relative conseguenze in tema di apertura a forme di sindacato intrinseco, si richiamano ora i numerosi interventi giurisprudenziali e le evoluzioni sul tema con riguardo alla distinzione tra sindacato intrinseco debole e forte.

L'introduzione dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio ha introdotto un mezzo per ammettere il sindacato intrinseco ad opera del giudice in materia di discrezionalità tecnica, superando quegli ostacoli di ordine processuale, sussistenti antecedentemente, che avevano portato a rilevanti limitazioni circa l'estensione della sindacabilità in materia.

Nonostante tale novità, si è inizialmente affermato che la consulenza in questione, sulla base delle esigenze di corretta separazione della funzione giurisprudenziale da quella amministrativa, non consente al giudice di *“sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.”*³⁹³ Con tale iniziale pronuncia sembra configurarsi un orientamento giurisprudenziale tendente a configurare un sindacato intrinseco di tipo debole.

Si deve sottolineare un'iniziale resistenza da parte del giudice amministrativo all'utilizzo dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio in sede di sindacato delle valutazioni tecnico-discrezionali.

³⁹² B. FENNI, *La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo*, in *diritto&diritti*, 2013

³⁹³ Cons. St., sez. VI, 03 maggio 2002, n. 2334

Una prima giurisprudenza formatasi in riferimento all'applicazione dell'istituto in questione aveva ritenuto che la consulenza tecnica d'ufficio fosse utilizzabile, quale mezzo per attuare il sindacato in tale materia, solo dal momento in cui *“l'atto impugnato appaia già prima facie affetto da vizi logici o di travisamento dei fatti.”*³⁹⁴

La giurisprudenza immediatamente successiva si distingue in alcuni interventi giurisprudenziali che hanno continuato ad adoperare tale strumento con un certo grado di prudenza e, al contrario, differenti pronunce che hanno dimostrato alcune aperture a un maggior utilizzo di tale strumento.

Con riferimento al primo orientamento si prende in considerazione, a titolo esemplificativo, quanto disposto dal Consiglio di Stato in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte. La Consulta ha sancito che il sindacato sulle valutazioni tecniche, effettuato anche per il tramite della consulenza tecnica d'ufficio, può svilupparsi solo dal momento in cui le stesse valutazioni dovessero risultare, a un immediato impatto, irrazionali, illogiche, o fondate su errori di fatto o su insufficiente motivazione.³⁹⁵

Con riguardo al secondo orientamento si richiama l'intervento giurisprudenziale attraverso cui si è sancito che il sindacato del giudice amministrativo può basarsi, su provvedimenti espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sull'utilizzo dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio al fine di verificare *“l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo del procedimento e degli esiti.”*³⁹⁶

Mentre il primo orientamento richiama ipotesi maggiormente circoscritte e gravose, il secondo orientamento estende l'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio nei confronti di tutte quelle valutazioni che richiedono di essere verificate nella loro affidabilità e adeguatezza sia sotto il profilo del risultato a cui si è giunti che con riferimento alle modalità attraverso cui si è raggiunto quel risultato.

³⁹⁴ Cons. St., sez. VI, 05 settembre 2002, n. 4485

³⁹⁵ Cons. St., sez. V, 23 giugno 2011, n. 3807

³⁹⁶ Tar Catania, Sicilia, sez. III, 21 settembre 2009, n. 1536

Alla luce dei lineamenti formati sull'istituto della consulenza tecnica d'ufficio e ai differenti orientamenti emersi nel tempo, l'analisi deve proiettarsi alla tipologia di sindacato intrinseco ammissibile in tema di discrezionalità tecnica.

È opportuno chiarire in che modo la valutazione tecnica, formulata all'interno del processo attraverso l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio, possa essere adoperata. Seguendo la tesi del sindacato intrinseco debole, la stessa avrebbe soltanto lo scopo di attestare l'inadeguatezza della valutazione tecnica predisposta dalla Pubblica Amministrazione.

Di converso, accogliendo la tesi del sindacato intrinseco forte ovvero sostitutivo, la valutazione tecnica formatasi nel processo potrebbe portare alla sostituzione della precedente valutazione operata dall'Amministrazione con tale valutazione "processuale", comportando il possibile annullamento dell'atto amministrativo impugnato anche con riguardo a ipotesi di valutazioni tecniche solo opinabili e non di per sé errate o illegittime.

Nel fornire una risposta all'interrogativo sulle limitazioni di sindacato del giudice, deve affermarsi che la prevalente giurisprudenza è orientata ad affermare una tipologia di sindacato intrinseco di tipo debole. Pertanto, l'operato del giudice amministrativo è racchiuso entro specifici binari, inerenti alla conformità del provvedimento di valutazione discrezionale con la norma attributiva di quel dato potere tecnico-discrezionale. La norma ha il compito di delineare l'operatività di tale potere tecnico e, pertanto, il giudice potrà attuare il proprio sindacato con riferimento alla norma stessa.³⁹⁷

Con tale tipologia di sindacato, il giudice amministrativo svolge il suo compito sulla base di un compiuto accertamento dei fatti e attraverso la disamina del processo logico-valutativo attuato dalla Pubblica Amministrazione attraverso il principio del buon *agere* amministrativo e tramite l'utilizzo di regole di scienza ovvero tecniche, "*se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve*

³⁹⁷ B. FENNI, *La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo*, in *diritto&diritti*, 2013

*spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere”.*³⁹⁸

Da tale riferimento giurisprudenziale emerge il carattere non sostitutivo del sindacato operato dal giudice amministrativo, che è chiamato esclusivamente a verificare, anche attraverso l’ausilio del consulente tecnico, la correttezza della valutazione tecnico-discrezionale impugnata. Tale verifica viene svolta solo dal punto di vista delle regole tecniche e di scienza adoperate e della conformità dell’*agere* amministrativo ai parametri e tratti tecnici evidenziati dalla norma attributiva del potere.

Ne consegue che la consulenza tecnica non ha la funzione di produrre una “nuova” valutazione sostitutiva della previgente, bensì solo di permettere un controllo sull’adeguatezza tecnica e concettuale della valutazione formulata dall’Amministrazione. Il giudice risulta limitato ad analizzare la coerenza e attendibilità scientifica e tecnica, non potendo trasmodare nella sfera dell’opinabilità.³⁹⁹

Dunque, nei confronti di provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è sottoposto a limiti, escludendo la sindacabilità di valutazioni aventi il carattere dell’opinabilità che, in quanto tali, possono condurre ad una pluralità di differenti risultati basati sull’utilizzo di regole di scienza non univoche.⁴⁰⁰

In altri termini, non sembra adeguato riconoscere un potere sostitutivo del giudice amministrativo attraverso l’adozione di una propria valutazione tecnica “processuale”, che mantiene anch’essa, nel medesimo modo della valutazione tecnica amministrativa, il carattere dell’opinabilità.

Sembra errato dare prevalenza a una valutazione opinabile nata all’interno del processo su una valutazione, nella stessa misura opinabile, operata dall’autorità a ciò deputata dalla norma attributiva del potere. Se non emerge l’illegittimità dell’operato dell’Amministrazione non è chiaro quale potrebbe essere il fondamento di una tale

³⁹⁸ Cons. St., sez. IV, 05 marzo 2010, n. 1274

³⁹⁹ G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1343 s.

⁴⁰⁰ Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1213

sostituzione fondata esclusivamente sulle differenti modalità e tecniche attraverso cui può formularsi la valutazione tecnica.

Se fosse ammissibile una siffatta sostituzione si tratterebbe, chiaramente, di una violazione del fondamentale principio di separazione dei poteri che è alla base delle funzioni attribuite alle autorità amministrative e al giudice.

A sostegno di tali affermazioni si richiama la giurisprudenza della Consulta che ha sancito come *“la necessità di non operare una mera sostituzione di giudizio viene garantita dalla impossibilità del giudice amministrativo di intervenire all’interno di una forchetta di valutazioni di opinabilità, di soluzioni logiche e razionali a disposizione dell’amministrazione, tra le quali per mandato costituzionale è solo quest’ultima deputata a scegliere.”*⁴⁰¹ Tale pronuncia ha sottolineato il valore che assume la valutazione tecnico-discrezionale dell’autorità amministrativa, la quale deve essere formulata dalla Pubblica Amministrazione nello svolgimento delle sue funzioni.⁴⁰²

A corroborare tale tesi del sindacato intrinseco debole interviene la suddivisione in *“hard sciences”* e *“soft sciences”*.

Infatti, raramente la discrezionalità tecnica si fonda su *hard sciences*, ossia *“scienze esatte”* basate sull’utilizzo di dati sperimentali, controllabili, ripetibili, quantificabili in modo oggettivo, e che risultano maggiormente riferibili al già analizzato accertamento tecnico. Al contrario, in tale materia assumono rilievo le *soft sciences*, ossia *“discipline o scienze non esatte”* che contengono un certo grado di interpretazione e soggettività, e che possono produrre risultati differenti.

Ne deriva che, mentre in presenza di *hard sciences* il grado di opinabilità delle valutazioni è fortemente ridotto e i risultati sono tendenzialmente vincolati o, addirittura, univoci, nelle *soft sciences* il carattere dell’opinabilità risulta ampio, con conseguente maggior ventaglio di risultati e correlate limitazioni del sindacato del giudice nei confronti della valutazione dell’Amministrazione.⁴⁰³

⁴⁰¹ Cons. St., sez. V, 04 Febbraio 2015, n. 533

⁴⁰² G. ONOFRI, *Sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche della P.A.. Superamento del sindacato estrinseco e debole*, in www.studioonofri.it, 2015

⁴⁰³ G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Riv. Aedon*, Il mulino, 2016, 2 s.

In conclusione, sulla base della norma attributiva, se non risulta l'erroneità ma solo l'opinabilità della valutazione tecnica effettuata dall'Amministrazione, il giudice sarà limitato ad affermare la legittimità del provvedimento in questione, senza poter attuare alcuna tipologia di sostituzione.

Alla luce di tale orientamento maggioritario, l'interrogativo, che verrà analizzato nel prosieguo, verterà sui limiti del concetto di opinabilità e sulle modalità con cui si ammette il sindacato intrinseco forte e il relativo potere "correzionale" attribuito al giudice amministrativo.

3.8 L'inammissibilità del potere sostitutivo del giudice amministrativo

Per completezza di analisi, è necessario esaminare anche le determinazioni giurisprudenziali formatesi sulla linea di demarcazione tra sindacato intrinseco debole e sindacato intrinseco forte ovvero sostitutivo.

Risulta ormai chiaro che il sindacato in materia di discrezionalità tecnica è di tipo intrinseco debole, con conseguente impossibilità per il giudice amministrativo di sostituire la valutazione tecnica formulata dall'Amministrazione con la valutazione attuata all'interno del processo.

Infatti, a eccezione della materia antitrust in cui è previsto il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo in ipotesi limitate⁴⁰⁴, per giurisprudenza consolidata oggi si afferma che il controllo giurisdizionale effettuato verte solo sul profilo inerente all'adeguatezza del criterio tecnico identificato dalla Pubblica Amministrazione e sul profilo della correttezza applicativa della regola tecnica o di scienza utilizzata.

Alla luce di ciò ne consegue che il giudice amministrativo, dal momento in cui accerta l'erroneità nell'utilizzo della discrezionalità tecnica, è tenuto esclusivamente a disporre l'annullamento del provvedimento impugnato senza oltrepassare tale limite e formulare una propria soluzione e valutazione. Ne deriva l'impossibilità per il giudice di sostituire

⁴⁰⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II, Giappichelli, 2017, 152 s.

la valutazione tecnica formulata dalla Pubblica Amministrazione con una propria cognizione e valutazione.⁴⁰⁵

Se al giudice amministrativo fosse data la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione, la logica conseguenza sarebbe che lo stesso giudice eserciterebbe il potere amministrativo. Ciò è in contrasto con il principio di separazione dei poteri che porta ad affermare il ruolo del giudice quale “giudice dell'Amministrazione” e non “giudice nell'Amministrazione”. Pertanto, è sancito che all'organo giurisdizionale compete il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica e non il potere di esercitare, a sua volta, tale discrezionalità.⁴⁰⁶

Può richiamarsi un contrario e sporadico intervento del Consiglio di Stato relativo al caso “*La Macchia*”, avente a oggetto l'esercizio della discrezionalità tecnica con riguardo all'ottenimento dell'abilitazione a professore ordinario. A seguito dell'inadeguatezza delle plurime valutazioni effettuate dalla Pubblica Amministrazione, in tale intervento la Consulta ha disposto l'abilitazione all'insegnamento quale professore ordinario, esercitando, di fatto, una giurisdizione di merito. Ciò si è avuto sulla base della “consumazione” della discrezionalità tecnica amministrativa. Con il termine “consumazione” si intende il mutamento concettuale della discrezionalità tecnica in attività vincolata, in seguito a un persistente scorretto esercizio delle funzioni amministrative. Tale consumazione deriva dalla “frattura” del rapporto di fiducia intercorrente tra la Pubblica Amministrazione e il cittadino dovuta a un *agere* amministrativo “*capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri.*”⁴⁰⁷

Il Consiglio di Stato, dopo le novità concettuali introdotte dalla sentenza n. 601/1999, è intervenuto nuovamente con la finalità di attribuire una maggior chiarezza all'applicazione delle due tipologie di sindacato intrinseco debole e intrinseco forte in tema di discrezionalità tecnica.

⁴⁰⁵ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 14 Novembre 2022, n. 1303

⁴⁰⁶ R. GRANATA, *Il TAR Firenze torna sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica*, in Riv. *Ius in itinere*, 2023

⁴⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321

Il caso che assume rilievo in tale sede, concernente un provvedimento di autorizzazione al disboscamento di un terreno gravato da vincoli idrogeologici, delinea la casistica che permette al giudice di operare un sindacato debole.⁴⁰⁸

Il Collegio ha analizzato la tipologia di sindacato nell'ipotesi in cui vi è difficoltà a distinguere, sia sul piano cronologico che su quello concettuale, il momento in cui l'Amministrazione formula la valutazione tecnica dal momento in cui avviene l'opera di bilanciamento e ponderazione dell'interesse pubblico, dell'interesse del ricorrente e degli ulteriori interessi in gioco nel caso concreto.

In tale scenario risulta *“che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”*.⁴⁰⁹ Da ciò non deriva una vera e propria corrispondenza tra la valutazione tecnico-discrezionale e il merito amministrativo, bensì avviene una fusione delle stesse, con conseguente difficoltà nell'identificarle autonomamente.

Alla luce di tale sovrapposizione tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, il giudice amministrativo sarà chiamato a effettuare un sindacato intrinseco di tipo debole, mentre nelle situazioni in cui non sussiste tale fusione la Consulta ha ammesso la possibilità di effettuare un sindacato intrinseco forte con conseguente sostituzione della valutazione a opera del giudice.⁴¹⁰

Ad avvalorare tale impostazione, la Consulta afferma, nel caso concreto, la possibile stretta connessione tra la valutazione tecnica opinabile e la valutazione di merito, che consente di riconoscere l'esistenza *“di un potere di valutazione tendenzialmente riservata all'amministrazione”*⁴¹¹. Tale riserva non provoca come conseguenza l'insindacabilità della valutazione a opera del giudice, bensì non permette allo stesso di operare un sindacato sostitutivo sulla valutazione tecnica effettuata.

⁴⁰⁸ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in Riv. Diritto&Diritti, 2005

⁴⁰⁹ Cons. St. sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287

⁴¹⁰ M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RIUSCITO, *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, cit., 87 s.

⁴¹¹ Cons. St. sez. IV, 06 Ottobre 2001, n. 5287

Con tale pronuncia, la Consulta ha riconosciuto da un lato l'operatività di entrambe le tipologie di sindacato intrinseco, debole e forte, e dall'altro lato ha delineato gli ambiti operativi e applicativi dei medesimi.

Tale risultato giurisprudenziale ha rappresentato una parentesi nella materia della sindacabilità intrinseca nella discrezionalità tecnica, a cui non hanno dato seguito gli orientamenti giurisprudenziali successivi, che hanno al contrario disposto un rifiuto del sindacato intrinseco forte,⁴¹² rigettando in appello pronunce di primo grado che avevano ammesso tale sindacato sostitutivo.

Pertanto, l'orientamento maggioritario prosegue a delineare un sindacato intrinseco debole o persino solo estrinseco, non ammettendo alcun potere sostitutivo da parte del giudice amministrativo.

3.9 I limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo in relazione alla valutazione di anomalia

Sulla base degli orientamenti formati in materia di sindacabilità della valutazione tecnico-discrezionale della Pubblica Amministrazione, occorre analizzare la giurisprudenza sussistente con riferimento alla valutazione di anomalia dell'offerta da parte della Stazione appaltante.

Con l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio all'interno del giudizio di legittimità, si è avuto un mutamento del previgente orientamento che affermava l'insindacabilità della valutazione tecnico-discrezionale, certificando l'assenza di *"impermeabilità al sindacato del giudice"* in capo a tale valutazione.⁴¹³

In tale contesto si richiamano i due differenti orientamenti formati in materia di sindacabilità della valutazione di anomalia dell'offerta.

Un primo iniziale orientamento sembrava propendere a ricondurre la materia in questione all'interno del sindacato intrinseco debole del giudice amministrativo.

⁴¹² Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; "Nella fase dell'individuazione del parametro normativo e del raffronto con i fatti accertati l'Autorità svolge un'attività discrezionale di carattere tecnico. Sotto tale profilo, i provvedimenti sono oggetto di un sindacato giurisdizionale di tipo debole che non consente un potere sostitutivo tale da sovrapporre le valutazioni del giudice a quelle dell'Autorità."

⁴¹³ Cons. St., sez. VI, 07 novembre 2005, n. 6152

Un primo intervento del Consiglio di Stato, dopo aver individuato il carattere opinabile delle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha sancito che, nonostante l'introduzione dell'istituto della consulenza tecnica, non sia ammissibile un sindacato intrinseco forte ovvero sostitutivo attraverso cui disporre, per mezzo della valutazione operata dal consulente tecnico, la sostituzione del giudice amministrativo alla valutazione, non condivisa ma in ogni caso non erronea, operata dalla Stazione appaltante. La Consulta prosegue individuando quali indici sintomatici dell'inadeguato esercizio del potere dell'Amministrazione l'illogicità manifesta, il difetto di motivazione, l'erroneità dei presupposti di fatto e l'incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. Pertanto, emerge per il giudice la possibilità di effettuare un sindacato intrinseco debole, se necessario con l'ausilio del consulente, volto ad accertare la corretta analisi dei fatti ed orientato a verificare la ragionevolezza delle analisi tecniche effettuate.⁴¹⁴

Si deve specificare che di tale primo orientamento sono state introdotte due differenti declinazioni.

Una prima declinazione afferma la possibilità che il giudice amministrativo effettui un sindacato intrinseco debole esclusivamente in via residuale, ossia soltanto dal momento in cui il sindacato estrinseco non sia stato sufficiente. In altre parole, il sindacato del giudice può essere limitato “*al controllo formale dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa*” nel caso in cui ciò risulti sufficiente per verificare la legittimità del provvedimento impugnato e non sussistano indici sintomatici della necessità di operare un sindacato intrinseco debole. Qualora tale verifica formale non risulti sufficiente, il giudice amministrativo potrà formulare un sindacato maggiormente penetrante, verificando l'attendibilità del criterio e delle operazioni tecniche poste in essere, escludendosi in ogni caso la possibilità di effettuare una valutazione sostitutiva.⁴¹⁵

Diversamente, la seconda declinazione prevede la possibilità che il giudice attui un sindacato intrinseco debole, non in via residuale, bensì quale regola e ipotesi principale.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Cons. St., sez. VI, 04 novembre 2002, n. 6004

⁴¹⁵ Cons. St., sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346

⁴¹⁶ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 21 gennaio 2005, n. 64

Il giudice, nel caso in cui da una prima analisi risultassero indici peculiari, può procedere a valutare l'adeguatezza di regole e criteri tecnici utilizzati e del procedimento applicato, per eventualmente sindacare l'attendibilità della valutazione effettuata e richiedere la ripetizione della valutazione stessa.

Successivamente si è sviluppato un ulteriore orientamento, inerente alla sindacabilità esclusivamente estrinseca del provvedimento di anomalia di un'offerta.

Si afferma che la valutazione tecnico-discrezionale di anomalia non debba essere sottoposta a un sindacato penetrante da parte del giudice amministrativo. Sulla base del carattere sintetico e globale della valutazione di anomalia dell'offerta, che non consente di sindacare la congruità delle singole voci dell'offerta e considerando il divieto per il giudice amministrativo di sovrapporre una propria valutazione tecnica a quella effettuata dalla Stazione appaltante, l'orientamento in questione richiama un sindacato *ab extrinseco*⁴¹⁷ limitato a profili prettamente formali della valutazione effettuata.

Tale orientamento sembrerebbe produrre una carenza giurisdizionale in capo al ricorrente, in modalità incompatibili con le affermazioni della giurisprudenza sovranazionale formulate nel c.d. *caso Menarini*⁴¹⁸ in riferimento al principio dell'equo processo ex articolo 6 CEDU. Inoltre, tale orientamento non si pone in linea di continuità con l'evoluzione legislativa attuata tramite l'introduzione dell'istituto della consulenza tecnica d'ufficio e con la complessiva evoluzione giurisprudenziale analizzata precedentemente che ha portato al riconoscimento di un ruolo più penetrante del giudice nella sindacabilità della discrezionalità tecnica.

In realtà il Consiglio di Stato oggi sembra essere tornato a conformarsi all'orientamento previgente sicché in alcune sue pronunce si è orientato a riaffermare il sindacato intrinseco debole in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

La Consulta individua il limite di tale sindacato nel divieto di oltrepassare l'apprezzamento della "*intrinseca logicità e ragionevolezza*" della valutazione di anomalia, "*nonché della congruità della relativa istruttoria*". In tal modo al giudice amministrativo è preclusa la possibilità di effettuare, attraverso l'impiego della

⁴¹⁷ M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici vol. III*, cit., 633 s.

⁴¹⁸ CEDU, ricorso n. 43509/08, 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*, in particolare inerente atti di discrezionalità tecnica posti in essere dalle Autorità amministrative indipendenti

consulenza tecnica o in via autonoma, una propria verifica sostitutiva inerente alla presenza o meno, nel caso concreto, dell'anomalia di una determinata offerta. Inoltre, si precisa che ciò avviene in quanto si tratta di materia rientrante nell'esclusiva discrezionalità tecnica della Stazione appaltante.⁴¹⁹

Da ciò deriva che il giudice amministrativo possa valutare l'adeguatezza del criterio tecnico utilizzato, in quanto una valutazione dell'Amministrazione che produca una violazione della norma tecnica è assimilabile alla violazione di una norma giuridica.

Il giudice amministrativo dispone così di una cognizione piena volta a garantire la situazione giuridica soggettiva del ricorrente danneggiato dal provvedimento della Stazione appaltante, ma, in ogni caso, l'organo giurisdizionale non potrà agire in luogo dell'autorità amministrativa, bensì potrà censurare la valutazione inadeguata e annullare il provvedimento dell'Amministrazione. In tal modo, rispetto al limitato sindacato estrinseco, il giudice dispone di un sindacato giurisdizionale maggiormente penetrante e conforme al principio di effettività della tutela del privato.

In conclusione, a fondamento dell'orientamento verso un sindacato intrinseco debole, si richiama l'ulteriore intervento del Consiglio di Stato che ha tratteggiato il ragionamento che il giudice deve compiere nel sindacare il provvedimento di valutazione di anomalia.

In primo luogo, il giudice amministrativo può semplicemente compiere un controllo estrinseco e formale dell'iter logico compiuto dall'Amministrazione, qualora ciò risulti sufficiente per compiere il giudizio di legittimità dell'atto impugnato e non sussistano indizi tali da rendere necessaria la ripetizione della valutazione tecnica sulla base del modello del sindacato intrinseco debole.

In secondo luogo, nel caso in cui risulti necessario per completare il giudizio di legittimità, il giudice amministrativo può operare un sindacato intrinseco debole e, pertanto, analizzare la correttezza e l'adeguatezza del criterio tecnico utilizzato e del procedimento applicativo adoperato.

In terzo luogo, sulla base del principio di separazione dei poteri operante nella distinzione delle funzioni amministrative da quelle giurisdizionali, *“il giudice non può sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di*

⁴¹⁹ Cons. St., sez. V, 09 Febbraio 2022, n. 939

illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto."⁴²⁰ Nonostante il superamento dei limiti di sindacato operati dalla Consulta, tale richiamo giurisprudenziale continua a ritenere sussistente la restrizione all'esercizio di un sindacato forte ovvero sostitutivo che non potrà in alcun caso essere ammissibile nel sindacare il provvedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta da parte della Pubblica Amministrazione.

⁴²⁰ Cons. St., sez. V, 29 novembre 2021, n. 7951

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La trattazione condotta nel presente elaborato ha evidenziato un quadro complesso degli elementi normativi dell'istituto, con l'obiettivo di approfondire i differenti profili giuridici dell'anomalia dell'offerta.

Sulla base dell'analisi condotta, è possibile proporre le seguenti conclusioni.

Il nuovo Codice ha il merito di aver semplificato la disciplina dell'anomalia dell'offerta. Il legislatore ha riconosciuto uno spazio maggiore di libertà in capo alle Stazioni appaltanti, cui viene attribuita la libertà di individuare, nel bando di gara, i criteri in base ai quali effettuare la valutazione di anomalia. In tal modo, all'istituto dell'anomalia dell'offerta si è riconosciuto il carattere della duttilità, permettendo di adattare la valutazione all'eterogeneità delle situazioni concrete.

Ciò premesso, l'evoluzione normativa è chiaramente indirizzata verso una progressiva diminuzione delle ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale. La volontà legislativa è quella di assicurare un'interlocuzione efficace tra la Pubblica Amministrazione e il soggetto privato. Tale dialogo trova fondamento nel principio del contraddittorio che assume un ruolo centrale all'interno della nuova codificazione. Come è evidente, l'applicazione del principio del contraddittorio non potrebbe avvenire in un sistema che escluda automaticamente un'offerta sulla base del verificarsi di parametri matematici. Il legislatore comunitario, fin dal 2014, era stato perentorio nel richiedere l'applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Se il nuovo Codice dei contratti pubblici dovesse portare a risultati soddisfacenti, le prospettive future sembreranno indirizzate verso un'ulteriore riduzione, se non abolizione, delle ipotesi di esclusione automatica. Infatti, la spinta verso l'instaurazione di un dialogo in contraddittorio tra le parti risulta in linea con la fiducia e collaborazione che deve essere a fondamento del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e il privato.

Al di là delle ipotesi di esclusione automatica, nella valutazione delle offerte anomale si è riscontrato un aumento della discrezionalità operativa della Stazione appaltante. La Pubblica Amministrazione può liberamente individuare le offerte che appaiono anormalmente basse e che, pertanto, devono essere sottoposte a verifica. L'azione della

Stazione appaltante non è più circoscritta alle stringenti soglie di anomalia predeterminate dal legislatore nella previgente codificazione.

Ciò appare coerente con la volontà di responsabilizzare la Pubblica Amministrazione. Tale impostazione caratterizza la recente evoluzione della normativa e trova riscontro nell'introduzione dei principi del risultato, della fiducia, della buona fede e tutela dell'affidamento, che la Pubblica Amministrazione può perseguire più efficacemente essendole attribuita piena libertà di agire.

Più in dettaglio, il nuovo Codice Appalti ha avuto il merito di chiarire, finalmente, il ruolo del RUP all'interno del procedimento di valutazione, con particolare riguardo al rapporto predominante che tale figura intrattiene con la Commissione giudicatrice.

La nuova normativa ha il merito di aver eliminato l'annosa problematica delle incompatibilità endoprocedimentali. Tale espressione fa riferimento al precedente divieto di nominare commissari tra i dipendenti della Stazione appaltante che avessero svolto funzioni nelle fasi precedenti della procedura di affidamento dei contratti pubblici, da cui derivava il frequente obbligo di nominare soggetti esterni all'Amministrazione, con ritardi e spese non opportune, in particolare per le Stazioni appaltanti di ridotte dimensioni.

È da accogliere positivamente il superamento di tali incompatibilità in quanto la presenza di soggetti interni all'Amministrazione nella Commissione giudicatrice sembra rispondere alle esigenze di celerità caratterizzanti le procedure di aggiudicazione. La scelta di nominare dipendenti della Pubblica Amministrazione permette lo svolgimento di funzioni valutative da parte di soggetti che hanno una cognizione più approfondita dell'oggetto della procedura e che possono così individuare più agevolmente la miglior offerta.

Un problema che potrebbe emergere da tale soluzione riguarda l'aumento di fenomeni corruttivi, nei confronti di dipendenti interni che svolgono più funzioni all'interno del procedimento di aggiudicazione. Se nella prassi applicativa del nuovo Codice dovesse emergere una maggior diffusione del fenomeno sarà necessaria la rivisitazione della normativa in materia di incompatibilità per conflitto di interessi.

Sulla base dell'impronta della nuova codificazione volta alla fiducia e al risultato, è da accogliere positivamente la scelta codicistica della c.d. assenza di formalismi. L'idea di

circoscrivere il procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta entro stringenti e perentori termini non è nelle logiche dell'odierna codificazione, orientata ad aumentare l'autonomia operativa dell'Amministrazione.

Alla libertà operativa della Stazione appaltante si lega un altro tema, ossia la sindacabilità del provvedimento di valutazione dell'anomalia. Nelle intervenute pronunce giurisprudenziali è emersa una certa contraddittorietà e mancanza di coerenza. È quindi opportuna nel prossimo futuro la formulazione di statuizioni giurisprudenziali maggiormente incisive, che facciano chiarezza sull'ambito di intervento del giudice amministrativo.

La soluzione prospettabile, sulla base delle pronunce prevalenti, è di evitare che il giudice amministrativo subentri alla Stazione appaltante nella valutazione dell'anomalia, in base al principio di separazione dei poteri, per cui la valutazione dell'offerta è esclusivamente in capo alla Stazione appaltante.

D'altro canto, limitare il sindacato del giudice esclusivamente a profili estrinseci e formali non permetterebbe di tutelare la posizione giuridica del ricorrente.

Quindi, in presenza di rilievi intrinseci sulla valutazione dell'anomalia operata dalla Pubblica Amministrazione, il giudice dovrà richiedere una ripetizione della valutazione, pur tenendo presente la necessaria celerità dell'*agere* amministrativo.

BIBLIOGRAFIA

ALBISINNI F.G., *I requisiti dei partecipanti e la selezione delle offerte*, in M. Macchia (a cura di), *Costruire e acquistare: Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2024, 272 ss.;

ALBONETTI D., DEGLI ESPOSTI S., *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, III, Maggioli Editore, 2012, 22;

ALESIO M., *Offerte presuntivamente incongrue: il giudice non può sindacare il merito delle valutazioni della commissione di gara*, in Riv. Diritto e giustizia, 2015;

ANAC, Comunicato 5 ottobre 2016;

ANAC, Delibera 13 luglio 2021, n. 544;

ANAC, Delibera 21 novembre 2023, n. 536;

ANAC, Delibera 30 maggio 2023, n. 234;

ANAC, Linee guida, 02 maggio 2018, n. 2;

ANAC, Linee guida, 26 ottobre 2016, n. 3;

ANAC, Parere di precontenzioso, 13 ottobre 2023, n. 732;

ANAC, Parere di precontenzioso, 27 luglio 2018, n. 710;

ANDREINI C., *La discrezionalità tecnica della PA: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto.*, in Riv. Il diritto amministrativo, 2024;

ARMENANTE F., *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, II, Milano, Giuffrè Editore, 2023, 153-209;

ASPRONE M., MARASCA M., RUSCITO A., *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, I, Milano, Giuffrè Editore, 2009;

AVCP, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione 8 luglio 2009, n. 6;

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, 39 s.;

BALDUCCI P., *L'offerta e la sua selezione*, in B. Brunella, M. Mariani, E. Toma (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: commento al d.lgs 31 marzo 2023*, n. 36, I, Torino, Giappichelli Editore, 2023;

BANDINI S., *L'Istituto delle clausole sociali nella visione del Codice dei contratti pubblici*, *D.Lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, in *Riv. InnovazioneDiritto*, fasc. 2, 2023, 3 ss.;

BENVENUTI L., *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente.*, in *Riv. Diritto pubblico*, fasc. 2, 2016, 798-801;

BERCELLI J., NOVARO P., *I principi sull'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Il diritto di accesso.*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, IV, Torino, Giappichelli Editore, 2024, 86-91;

BIANCARDI S., *Il responsabile unico di progetto nel nuovo Codice (con particolare riferimento agli appalti di forniture e servizi)*, in *Le autonomie*, 2023;

BOTTO A., CASTROVINCI ZENNA S., *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2020;

BRACCIALE J., *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica*, 2020, in *Riv. SalvisJuribus*;

BRENCA G.M., *Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. interdisciplinare sul diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Ceridap, fasc. 3, 2023, 180-183;

BRUNELLA B., MARIANI M., TOMA E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: commento al d.lgs 31 marzo 2023*, n. 36, I, Giappichelli Editore, 2023;

CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Riv. Giur. it.*, 1902, 276 ss.;

CAMPANA M., *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, in *Riv. SalvisJuribus*, 2017;

CANGELLI F., *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche.*, in Riv. Archivio penale, 2018, 12 ss.;

CARBONE L., CARINGELLA F., ROVELLI G., *Manuale dei contratti pubblici*, XXIII, Dike Giuridica, 2024;

CARDARELLI F., *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2019, 531 ss.

CARDONE M., *Il Responsabile Unico del Procedimento: troppe competenze e responsabilità o poca formazione?*, in Riv. trimestrale di diritto amministrativo, fasc. 1, 2022, 398 ss.;

CARUSO G.M., PAPPANO D., D'ALESSANDRO D., *Contratti delle pubbliche amministrazioni: questioni attuali*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2019;

CASSETTA E., FRACCHIA F., *Compendio di diritto amministrativo*, XXIII, Milano Giuffrè Editore, 2023, 231;

CASSETTA E., FRACCHIA F., *Manuale di diritto amministrativo*, XXV, Milano, Giuffrè Editore, 2023, 328-568;

CASSESE S., *La nuova discrezionalità*, in Riv. Giornale di Diritto Amministrativo, fasc. 6, 2022, 725 s.;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, VIII, Torino, Giappichelli Editore, 2023, 274-281;

CIOFFI A., *Il provvedimento amministrativo*, A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2023, 186 s.;

CLARICH M., FIDONE G., FONDERICO G., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2019;

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, V, Bologna, Il mulino, 2022;

CONSIGLIO DI STATO, Parere, 01 Aprile 2016, n. 855;

CONSIGLIO DI STATO, Parere, 2 Agosto 2016, n. 1767;

CONSIGLIO DI STATO, Parere, 30 Agosto 2016, n. 1903;

CONSIGLIO DI STATO, Parere, 30 marzo 2016 n. 30;

CONSIGLIO DI STATO, *Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici*;

CORRADINO M., IANNOTTA L., RUM A.L., CARBONE L.; *La riforma dei contratti pubblici: commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, Giuffrè Editore, 2023, 16-173;

CORRADINO M., STICCHI DAMIANI S., *I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, II, Milano, Giuffrè Editore, 2021;

CORSO G., *Manuale di diritto Amministrativo*, XI, Torino, Giappichelli Editore, 2023;

COSTANZO R., *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi.*, in *Riv. ambientedito*, 2023, 1-18;

CREPALDI G., *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Riv. do Diritto*, 2018, 86 ss.;

CUDIA C., *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giuridica del Mezzogiorno*, Il mulino, 2016;

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, VII, Torino, Giappichelli, 2023, 199-203;

D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, 118;

DE PAULI L., *L'offerta anomala*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro: v. 1, Disciplina pubblicistica*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 555-582;

DELFINO G., *La procedura di verifica di congruità dalla prospettiva degli operatori economici*, in *Riv. Appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2018;

DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2023, 136;

DI PAOLO T., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle autorizzazioni dei progetti di ricerca sulla sperimentazione animale*, in Riv. Giurisprudenza italiana, fasc. 3, 2020, 532;

DIPACE R., *Manuale dei contratti pubblici*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2023, 243 ss.;

FADDA L., *La Commissione di Gara nel Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.luigifadda.it, 2023;

FANASCA C.; *Il meccanismo di esclusione automatica di cui all'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020*; in *L'amministrativista*;

FANTINI S. e SIMONETTI H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè Editore, 2022, 99-101;

FENNI B., *La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo*, in Riv. diritto&diritti, 2013;

FRAIOLI A.L., *Il responsabile unico del procedimento – RUP*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro: v. 1, Disciplina pubblicistica*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 257 ss.

FRENI F., DE LUCA F., *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, Dike giuridica, 2011, 12 s.;

GALANTI E., *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Riv. quaderni di ricerca scientifica, fasc. 64, 2009, 10 s.;

GALLO C.E., *Autorità e consenso nei contratti pubblici: il Codice 2016 e la Legge Delega 2022*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2022;

GALLO C.E., *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione: atti del convegno, Salerno 14-15 novembre 2014*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 38 ss.;

GAMBARDELLA F., *La verifica in contraddittorio dell'anomalia delle offerte dopo la riforma del Codice dei contratti pubblici*, In Riv. Diritto Amministrativo, 2018, 12-15;

GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2016, 107-108;

GAROFALO D., *Appalti e lavoro: v. 1, Disciplina pubblicistica*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2017;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, 48 s.;

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè Editore, 1939, 52 s.;

GIOVAGNOLI R., *Il Responsabile del Procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in Riv. Giustizia amministrativa, 2013, 7-8.;

GIURDANELLA A., *Discrezionalità tecnica e controllo del giudice. Il caso del bene culturale*, in Giurdanella&Partners, 2020;

GRANARA D.; *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*; in Riv. Diritto Amministrativo, fasc. 3, 2023, 591 ss.;

GRANATA R., *Il TAR Firenze torna sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica*, in Riv. Ius in itinere, 2023;

GRECO G., *L'atto amministrativo condizionato*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2013, 52 ss.;

GRISELLI L., *Criteri di aggiudicazione*, in *L'Amministrativista. Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2016.

IARIA D., MARRONE I., *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 738-751;

LIGUORI F., *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in Riv. teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale, 2022, 1 ss.;

LONGO A., CANZONIERI E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2018, 160 ss.;

LOPILATO V., *Manuale di Diritto amministrativo*, IV, Torino, Giappichelli Editore, 2023, 603 ss.;

MACCHIA M., *Costruire e acquistare: Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2024;

MALTONI A., *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”*, In Riv. *interdisciplinare sul diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Ceridap, 2023, 1 ss.;

MANGANARO F., PARISI R., *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell’ANAC*, in Riv. *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2018, 591 s.;

MANZI A., *La struttura trifasica del procedimento di verifica dell’anomalia (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2012 n. 5846)*, in Riv. *Urbanistica e Appalti*, fasc. 3, 2013, 346;

MANZI A., *Le novità in materia di offerte anomale*, in Riv. *Urbanistica e Appalti*, fasc. 3, 2010, 270-282;

MARIANI M., TOMA E., SPAGNOLETTI L., *La legge sblocca cantieri: Legge 14 giugno 2019 n. 55: le novità del Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2019;

MASSARI A., *Verso il nuovo Codice: dal “RUP”..... al “RUP”*, in Riv. *Appaltiecontratti*, 2023, Maggioli;

MASTRAGOSTINO F., PIPERATA G., *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, IV, Torino, Giappichelli Editore, 2024;

MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV, Torino, Giappichelli Editore, 2022, 246 ss.;

MICHIARA P., *La rigenerazione dei territori urbanizzati. Frammenti di una nozione*, in Riv. *il diritto dell’economia*, fasc. 1, 2023, 71;

MIT Servizio Supporto Giuridico, Parere 4 luglio 2023, n. 2098;

MORZENTI PELLEGRINI R., *Le procedure di scelta del contraente*, in C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici: il Codice 2016 e la Legge Delega 2022*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2022;

NERI V., *Offerte anormalmente basse*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2019, 627 ss.

NICODEMO G.F., *Anomalia dell'offerta e sindacato del Giudice Amministrativo*, in Riv. *Urbanistica e Appalti*, fasc. 4, 2015, 1029 ss.;

NICODEMO G.F., *La verifica dell'anomalia negli appalti pubblici*, in Riv. *appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2021, 7 ss.;

OCCHIENA M., *Note sulle offerte anomale negli appalti di servizi e sulla riforma della pubblica amministrazione*, in Riv. *giustizia civile*, 1996, 549;

OLIVIERI L., *Rup nel nuovo Codice appalti: profilo di ruolo o profilo professionale? (Parte III)*, in Riv. *Appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2023;

ONOFRI G., *Sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche della P.A.. Superamento del sindacato estrinseco e debole*, in www.studioonofri.it, 2015;

PALMA G., *Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2018, 4 ss.;

PERONGINI S., *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione: atti del convegno, Salerno 14-15 novembre 2014*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2017;

PERONGINI S., *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in convegno "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica", 2022;

PERULLI G., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2018, 176;

PISTIS E., *La commissione giudicatrice*, in M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 595 ss.;

PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in Riv. Giur. it., 1910, IV, 44 s.;

QUINTO G., *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici*, in Riv. AmbienteDiritto, fasc. 1, 2020, 14;

RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Luigi Pierro Editore, 1912, 365 ss.;

REDAZIONE, *Anomalia e congruità delle offerte: rientra nella discrezionalità tecnica*, in Riv. appaltiecontratti, 2016;

REDAZIONE, *Riflessioni di Diritto Amministrativo: la discrezionalità tecnica e mista*, in AccademiaTributaria, 2020;

ROMANO A., *Diritto amministrativo*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2023;

SALIERNO F., *Criteri di aggiudicazione e anomalia dell'offerta: questioni attuali*, in G.M. Caruso, D. Pappano, D. D'Alessandro (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni: questioni attuali*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 90;

SALTELLI C., *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici Vol. II*, Milano, Giuffrè Editore, 2019, 53-72

SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in Riv. Diritto Processuale Amministrativo, Milano, Giuffrè Editore, 1992, 684 ss.;

SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, in *Trattato sui contratti pubblici Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2019

SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., *Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, in *Trattato sui contratti pubblici Vol. II*, Milano, Giuffrè Editore, 2019

SANSONE L., *Discrezionalità amministrativa e tecnica, differenze e tutela per il privato*, in *JureConsultus*, 2014;

SANTORIELLO C., *I contratti di appalto per lavori, servizi e forniture*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 228 ss.;

SANTORO M., *Commissione giudicatrice*, in M. Mariani, E. Toma, L. Spagnoletti (a cura di), *La legge sblocca cantieri: Legge 14 giugno 2019 n. 55: le novità del Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 118-119;

SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, VII, Torino, Giappichelli Editore, 2021, 190 ss.;

SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115;

SECCIA L., *Aggiudicazione per i settori ordinari*, in M. Corradino, S. Sticchi (a cura di), *I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, II, Milano, Giuffrè Editore, 2021;

SENZANI D., *Discrezionalità della pubblica amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. Trimestrale degli Appalti*, 2013, 902;

SENZANI D., *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, IV, Torino, Giappichelli Editore, 2024, 415-418;

SEVERINI G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Riv. Aedon*, Il mulino, fasc. 3, 2016, 2 s.;

SOPRANO E., VOSA P., *Profili formali e sostanziali delle offerte. Varianti in sede di offerta.*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2019, 322

SPAMPINATO B., *Sulla "crisi" di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Riv. Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n. 11, 2017, 493 ss.;

TARASCO A.L., *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in Riv. *Il Foro amministrativo*, 2004, 2451 ss.;

TEMPESTA G., *Ambito di applicazione, il RUP e i contratti esclusi*, in B. Brunella, M. Mariani, E. Toma (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: commento al d.lgs 31 marzo 2023, n. 36, I*, Torino, Giappichelli Editore, 2023;

USAI S., *Appalti, il nuovo Codice assegna al Rup anche funzioni decisorie e non solo propositive*, in Riv. *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore;

USAI S., *Commissioni di gara, nel sottosoglia potranno essere presiedute anche dal Rup non dirigente*, in Riv. *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore;

USAI S., *Gare, il nuovo Codice cancella l'incompatibilità del commissario che si è occupato dell'appalto*, in Riv. *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore;

USAI S., *Gare, tutte le novità su nomina e composizione del seggio nel nuovo Codice*, in Riv. *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore;

USAI S., *Il RUP e il sub-procedimento di verifica dell'anomalia nel nuovo Codice*, in *Le Autonomie*, 2023;

USAI S., *Il RUP nel nuovo Codice, nelle linee guida dell'Anac e nel parere del Consiglio di Stato*, in Riv. *appaltiecontratti*, Maggioli Editore, 2016, 36;

USAI S., *La nomina del responsabile unico del procedimento*, in www.mediappalti.it, 2018;

USAI S., *Nuove commissioni di gara, funzionari presidenti e niente incompatibilità per attività endoprocedimentale*, in Riv. *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 2023, Il Sole 24 Ore;

VACIRCA G., *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove in materia di pubblico impiego*, in Riv. *Foro amm.*, 1987, 1343 s.;

VENEZIANO S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in Riv. *Diritto&Diritti*, 2005;

VENTURA L., *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei.*, in Riv. *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 1, 2020, 243;

VESE D., *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in Riv. *Civil Procedure Review*, 2020, 94 s.;

VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 152 ss.;

WCED, "*Our common future*", Report of the World Commission on Environment and Development (*Brundtland report*), 1987;

ZANOBINI G., *l'attività amministrativa e la legge*, in Riv. *di Diritto Pubblico*, Milano, 1924, 211.