amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'anomalia dell'offerta in bilico tra "serietà" e "realizzabilità" quali criteri alternativi di verifica

di **Dario Capotorto**

(Professore Associato Abilitato di Diritto Amministrativo - Docente e Ricercatore (RTT) alla Sapienza Università di Roma)

Sommario

1. Genesi dell'istituto e modelli nell'evoluzione normativa – 2. I metodi di individuazione delle offerte "sospette" – 2.1. La verifica di equivalenza delle tutele e la verifica di congruità dei costi della manodopera – 2.2. La verifica di attendibilità degli impegni sociali – 3. Il contraddittorio – 4. Le implicazioni sul piano teleologico del nuovo quadro normativo: dal controllo di serietà alla verifica di realizzabilità e sostenibilità – 4.1. Il limite di comprimibilità degli utili di impresa – 5. La motivazione del provvedimento conclusivo del sub-procedimento – 6. I confini del sindacato giurisdizionale tra tradizione e innovazione.

Abstract

The clearest description of the distortions produced by the mechanisms for awarding contracts based on the greater competitiveness of the offered price can be found in an epistle dating back to 17 July 1693, written by the architect Marquis of Vauban and addressed to the then French Minister of War, where he denounced how public works were frequently completed with abnormal delays or even left unfinished and identified the cause of these worrying dysfunctions in the «confusion caused by the frequent reductions which are made.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Genesi dell'istituto e modelli nell'evoluzione normativa.

La descrizione più limpida delle distorsioni prodotte dai meccanismi di aggiudicazione delle commesse fondati sulla maggiore competitività del prezzo offerto si ritrova in un'epistola, risalente al 17 luglio 1693, scritta dall'architetto Marchese di Vauban e indirizzata all'allora Ministro della guerra francese, ove si denunciava come le opere pubbliche fossero frequentemente ultimate con ritardi abnormi o addirittura lasciate incompiute e si individuava la causa di queste preoccupanti disfunzioni nella «confusione causata dai frequenti ribassi che si apportano»[1].

Il Marchese precisava i termini del problema e spiegava: «poiché va certo che tutte le rotture di contratti, così come i mancamenti di parola ed il ripetersi degli appalti ad altro non servono che ad attirarvi, quali Impresari, tutti i miserabili che non sanno dove batter del capo ed i bricconi e gli ignoranti, facendo al tempo medesimo fuggire da Voi quanti hanno i mezzi e la capacità per condurre un'impresa. E dirò, inoltre, che tali ribassi ritardano e rincarano considerevolmente i lavori, i quali ognora più scadenti diverranno. E dirò pure che le economie realizzate con tali ribassi e sconti cotanto accanitamente ricercati, saranno immaginarie, giacché similmente avviene per un Impresario che perde, quanto per un individuo che s'annoia: s'attacca egli a tutto ciò che può, ed attaccarsi a tutto ciò, che si può, in materia di costruzioni, significa non pagare i mercanti che fornirono i materiali, compensare malamente i propri operai, imbrogliare quanto più gente si può, avere la mano d'opera più scadente, come quella che a minor prezzo si dona, adoperare i materiali peggiori, trovare cavilli in ogni cosa e leggere la vita ora di questo ora di quello. Ecco dunque quanto basta, Eccellenza, perché vediate l'errore di questo Vostro sistema; abbandonatelo quindi in nome di Dio; ristabilite la fiducia, pagate il giusto prezzo dei lavori, non rifiutate un onesto compenso ad un imprenditore che compirà il suo dovere. Sarà sempre questo l'affare migliore che Voi possiate fare».

Individuata la causa di molte delle inefficienze generate dai criteri di valutazione comparativa concorrenziale, ci sono voluti circa tre secoli per delineare un primo tentativo di disciplina delle offerte anomale. È del 1971 la direttiva 71/305/CEE sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, con la quale si fissava il principio secondo cui, quando talune offerte presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione richiesta, l'amministrazione aggiudicatrice può non aggiudicare la commessa, purché attivi un contraddittorio con l'offerente consentendogli di rendere giustificazioni al riguardo[2].

---

[1] Il testo integrale della lettera viene riportato in S. VINTI, *Le offerte anomale*, in *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di Bargone, Stella Richter, Milano, 2001, 352, nt. 1.

[2] L'art. 29 della direttiva, inoltre, stabiliva che a tal fine l'amministrazione «chiede all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili. Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'aggiudicazione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a motivare

ISSN 2036-7821

Per passare da questa embrionale disciplina a quella attualmente vigente, ci sono voluti oltre trenta interventi normativi (considerando quelli dettati a livello sia nazionale che comunitario), succedutisi con un ritmo incalzante dagli anni Settanta sino a oggi nella spasmodica ricerca di modelli efficaci per l'individuazione delle offerte inaffidabili e per il loro affinamento[3].

Ciò a riprova di quanto la materia sia tormentata e di quanto siano probabili ulteriori modifiche normative in futuro.

Senza addentrarsi nella disamina delle discipline previgenti, già ampiamente analizzate in dottrina[4], possono tracciarsi i lineamenti essenziali di alcuni modelli che hanno concorso a determinare l'attuale assetto normativo caratterizzato dalla compresenza di meccanismi differenziati in rapporto a diverse variabili, come il criterio di aggiudicazione utilizzato (che implica l'applicazione di diversi metodi di determinazione della soglia al raggiungimento della quale deve essere attivata la verifica di anomalia) e l'importo a base di gara.

La molteplicità dei sistemi attualmente in vigore risente di diversi fattori. Tra questi,

---

il rigetto delle offerte ritenute troppo basse presso il Comitato consultivo istituito con decisione del consiglio del 26 luglio 1971».

[3] Ordinando in senso cronologico l'impressionante mole di disposizioni normative intervenute si deve partire dalla l. n. 14/1973, per proseguire con la l. n. 584/1977 (che avrebbe dovuto recepire la direttiva 71/305/CEE), seguita da una serie di decreti legge (d.l. n. 206/1987, d.l. n. 302/1987, d.l. n. 393/1987), con cui il Governo reiterava la medesima disciplina, avallata dal Parlamento solo con la l. n. 478/1987. Gli interventi del legislatore continuarono sul finire degli anni Ottanta con la l. n. 67/1988 e con il d.l. n. 65/1989, convertito con l. n. 155/1989. A distanza di qualche mese fu introdotta, a livello europeo, una nuova disciplina della verifica di anomalia con l'art. 1, direttiva n. 89/449/CEE del 18 luglio 1989, seguita dal d.lgs. n. 406/1991 che all'art. 29, 5° co. recepiva le nuove indicazioni comunitarie. Successivamente intervenne la direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993 (art. 30) e subito dopo fu varata la l. n. 109/1994 (c.d. legge Merloni), più volte novellata proprio nelle parti concernenti i meccanismi di verifica di anomalia, prima con il d.l. n. 101/1995, convertito con l. n. 216/1995 (c.d. legge Merloni *bis*), poi con il d.l. n. 670/1996, con la l. n. 415/1998 (c.d. legge Merloni *ter*) e, infine, con la l. n. 166/2002. Anche il regolamento di cui al d.p.r. n. 554/1999 non mancò, a sua volta, di prevedere ulteriori disposizioni di attuazione sempre attinenti al meccanismo di verifica di anomalia. Alla disciplina dell'anomalia relativa ai contratti di lavori doveva aggiungersi quella parallela prevista per gli appalti di servizi (art. 25, d.lgs. n. 157/1995) e forniture (art. 19, d.lgs. n. 358/1992), nonché per gli ex settori speciali (art. 25, d.lgs. n. 158/1995). La normazione europea si è poi sviluppata prima con le direttive 2004/18/CE (art. 55) e 2004/17/CE (art. 57) che hanno unificato la disciplina di lavori, servizi e forniture, recepite dal d.lgs. n. 163/2006, e poi con le direttive 2014/23/UE, 104/24/UE e 2014/25/UE, recepite prima dal d.lgs. n. 50/2016 e poi dal d.lgs. n. 36/2023, così come modificato dal d.lgs. n. 209/2024, con disposizioni che hanno toccato anche i meccanismi di determinazione delle soglie di anomalia negli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

[4] Per un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione normativa e dei principali problemi applicativi riscontrati dal 1971 al 2001, S. VINTI, *Le offerte anomale*, cit., 352; nonché R. VILLATA, *Le offerte anomale*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004, 505. Per il periodo successivo, S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, VIII, 1, Torino, 2007, 356; C. LAMBERTI, *Offerte anomale fra vecchia e nuova disciplina*, *Urbanistica e app.*, 2007, 901, e R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevazione della congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, a cura di A. M. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2199. Un'analisi dell'evoluzione normativa nella disciplina negli appalti di servizi si trova in E. DE CARLO, *L'offerta anomala negli appalti pubblici di servizi. Evoluzione giurisprudenziale e normativa*, *Nuova rassegna*, 2006, 2107.

ISSN 2036-7821

un ruolo decisivo è stato indubbiamente giocato dalla resistenza del legislatore domestico ad abbandonare i vecchi sistemi automatici di esclusione delle offerte (più volte stigmatizzati dalla Corte di Giustizia[5]) che privavano la stazione appaltante di qualsiasi potere discrezionale, obbligandola a escludere tutte le offerte collocatesi al di sopra della soglia di anomalia, senza attivare alcun contraddittorio con il concorrente.

La permanenza di discipline diversificate a seconda dell'importo contrattuale, infatti, è il frutto di una parziale attività di adeguamento della normativa interna rispetto alle indicazioni europee, operata nei limiti dello stretto necessario, vale a dire con esclusivo riferimento agli appalti rilevanti nell'ambito del mercato comune europeo.

Ancora oggi, per gli appalti di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea[6], che non presentino un interesse transfrontaliero certo[7] e quando il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del prezzo più basso è prevista la possibilità di procedere direttamente all'esclusione delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia[8], purché la stazione appaltante si sia premurata di indicare nel bando l'intenzione di procedere secondo questo sistema e

[5] C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, *Riv. trim. appalti*, 2003, 369, con nota di De Candia, *La "persuasione" e la "rettorica" comunitaria del legislatore statale italiano in tema di offerte anomale negli appalti pubblici di lavori, nella recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 27 novembre 2001, n. 285/99*; nonché *Urbanistica e app.*, 2002, 23, con nota di R. De Nictolis, *La Corte CE si pronuncia sul giusto procedimento in tema di offerte anomale*, ove si afferma che è indispensabile consentire all'offerente di presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni che ritenga utili.

[6] Così come determinate dall'art. 14 del d.lgs. n. 36/2023.

[7] La prescrizione normativa si è resa necessaria per adeguare la disciplina domestica alle indicazioni rese nella pronuncia della C. Giust. CE, sez. IV, 15 maggio 2008, nn. C-147/06 e C-148/06, *Giornale dir. amm.*, 2008, 1103, e *Urbanistica e app.*, 2008, 1123, ove si è chiarito che «le norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia stabilita dall'art. 6, n. 1, lett. *a*), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime. Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica».

[8] Determinata sulla base di uno dei metodi descritti nell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36/23 prescelto al momento dell'indizione della procedura di gara oppure selezionato in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2. Per un'analitica descrizione dei meccanismi di determinazione delle soglie con delle preziose esemplificazioni cfr. L. Bertonazzi, *Esclusione automatica delle offerte anomale: disciplina sostanziale e qualche spunto processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2025, 243.

ISSN 2036-7821

sempreché le offerte ammesse siano pari o superiori a cinque[9].
Viceversa, per le commesse di importo economico più elevato le stazioni appaltanti vengono private di tale facoltà, con la conseguenza che la collocazione dell'offerta al di sopra di eventuali soglie di anomalia (fissate discrezionalmente dalla stazione appaltante) non determina alcuna automatica estromissione, implicando solo l'attivazione di un contraddittorio con l'impresa, all'esito del quale la committente dovrà assumere le proprie determinazioni tecnico-discrezionali in merito alla congruità o meno dell'offerta sottoposta a verifica.
Le modalità di espletamento del contraddittorio non sono sempre state omogenee.
In passato, le stazioni appaltanti potevano richiedere ai concorrenti (nel bando di gara o nella lettera di invito) di produrre, anche a pena di esclusione, le c.d. giustificazioni preventive (da allegarsi unitamente all'offerta) contenenti delucidazioni in merito alle singole voci di prezzo elaborate, da rendersi, quindi, prima e a prescindere dell'avvio del sub-procedimento di verifica di anomalia.
Tale forma di contraddittorio "anticipato" ha dato luogo a significativi problemi applicativi, sia con riguardo alle conseguenze derivanti dall'eventuale mancata allegazione di tali documenti, sia in rapporto alla necessità di garantire comunque l'espletamento di un contraddittorio successivo.
Questa variante procedimentale, che allontanava il sistema domestico dalla legislazione degli altri Stati membri, è stata poi espunta dall'ordinamento da un colpo di penna del legislatore, che se non ha trasformato in carta straccia intere biblioteche[10], ha sicuramente sgombrato il campo da diverse questioni spinose, che talora riaffiorano laddove le stazioni appaltanti impongano la presentazione di analisi di dettaglio ancor prima dell'attivazione del sub procedimento di verifica di anomalia[11].

2. I metodi di individuazione delle offerte "sospette".

L'individuazione delle offerte da sottoporre a verifica di anomalia segue diversi binari.
Per gli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea le stazioni appaltanti dispongono di margini di manovra piuttosto limitati.
I metodi di determinazione della soglia di anomalia sono predeterminati per legge (nell'allegato II.2 del d.lg. n. 36/23) e le stazioni appaltanti possono scegliere di

[9] In questo senso dispone l'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023.
[10] Secondo la felice formula di J. VON KIRCHMANN, *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), trad. e pref. di Paolo Frezza, Pisa, 1942, dove è raccolta la celebre constatazione secondo cui sono sufficienti «tre parole di rettifica del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia».
[11] Cfr. TAR Veneto, sez. III, 3 giugno 2025, n. 879 che ha ritenuto illegittima la richiesta di produrre a pena di esclusione ulteriori elementi di dettaglio di scomposizione del costo della manodopera, per contrasto con il principio del risultato, in combinato disposto con il principio di celerità delle procedure di affidamento.

ISSN 2036-7821

applicare uno dei tre metodi ivi indicati o procedere con un sorteggio tra uno dei tre metodi in sede di valutazione delle offerte, qualora il metodo non sia stato previamente indicato negli atti di gara.

Per i contratti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, invece, le amministrazioni godono di ampissimi margini di discrezionalità sia in relazione alla definizione dei parametri da indicare nella *lex specialis* per individuare le offerte da sottoporre a verifica, sia in relazione al potere di sottoporre a verifica qualsivoglia offerta che appaia, in base a elementi specifici, anormalmente bassa (cfr. art. 110 d.lgs. n. 36/23)[12].

Ad ogni modo, in presenza di offerte che superino le soglie di anomalia previste dalla *lex specialis* o dalla legislazione primaria (solo per gli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea) non sussiste una mera facoltà, bensì un obbligo di attivazione della verifica di anomalia, senza che permanga alcun potere discrezionale in capo alla stazione appaltante, in ordine all'*an* dell'avvio del sub-procedimento.

Tuttavia, anche quando non possano essere impiegati i metodi predeterminati per legge (perché *e.g.* vi è un numero troppo esiguo di concorrenti) o in assenza di offerte che si collochino al di sotto delle soglie prefissate nella *lex specialis*, permane la generale facoltà del committente di sottoporre a controllo qualsiasi offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa[13].

La stazione appaltante, dunque, viene chiamata a svolgere, già in sede di avvio del sub-procedimento, una valutazione tecnico discrezionale che richiede una pur stringata motivazione sugli indici da cui è sorto il sospetto di anomalia[14]; ciò anche

[12] Cfr. TAR Lazio, sez. II – *ter*, 9 luglio 2025, n. 13506, ove si assume che la Stazione Appaltante avrebbe il potere di sottoporre le offerte a verifica di anomalia anche qualora la commissione giudicatrice non abbia ritenuto prima facie sussistenti i presupposti specifici ex art. 110 d.lgs. n. 36/2023.

[13] Tanto si ricava dalla lettura dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023 per gli appalti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea e dal richiamo contenuto nell'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 per gli appalti di importo inferiore. Sui dubbi interpretativi legati alla previgente disciplina che non conteneva l'espresso riconoscimento di questo potere generale A. IANNOTTA, *Sulla valutazione dell'anomalia delle offerte al di fuori del controllo obbligatorio* ex lege, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2004, 449. Sempre durante la vigenza della normativa anteriore al codice dei contratti, Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1267, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1999, 1228, che ha ammesso la possibilità di sottoporre a verifica di anomalia anche le offerte con ribassi contenuti nei limiti della soglia, precisando, però, che tale evenienza rivestiva carattere del tutto eccezionale e richiedeva una specifica e adeguata motivazione. Analogamente, Cons. Giust. Amm. Sic., 12 febbraio 2003, n. 52, *Cons. Stato*, 2003, I, 460. Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici aveva riconosciuto tale facoltà con la determinazione 26 ottobre 1999.

[14] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3143, ove si ricorda inoltre che «il sistema legislativo italiano – che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia – è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette». Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. I *bis*, 15 gennaio 2009, n. 196, *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 727, che ha

ISSN 2036-7821

per garantire l'esperibilità di un controllo effettivo ed evitare che siffatte determinazioni si prestino a forme di abuso sottratte al vaglio giurisdizionale.
Va precisato che anche la decisione di non sottoporre l'offerta aggiudicataria a verifica di anomalia può essere oggetto di sindacato giurisdizionale.
Tanto è stato chiarito da C. Giust. UE, 15 settembre 2002, in C- 669/20, ove si è precisato che qualora un'amministrazione aggiudicatrice non abbia avviato una procedura di verifica in merito all'eventuale carattere anormalmente basso di un'offerta, in quanto ha ritenuto che nessuna delle offerte presentatele avesse un carattere siffatto, la sua valutazione può formare oggetto di un controllo giurisdizionale nell'ambito di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (punto 48)[15].
Il nuovo codice dei contratti prevede poi ulteriori ipotesi di attivazione obbligatoria di forme di verifica dell'anomalia dell'offerta, sconosciute alla normativa previgente.
La prima è solo eventuale e deve essere attivata quando il concorrente indichi un costo della manodopera inferiore alle stime predisposte dalla Stazione Appaltante a base di gara.
La seconda deve essere espletata per verificare l'attendibilità degli impegni sociali assunti dall'aggiudicatario ai sensi degli artt. 102 e 57 del d.lgs. n. 36/23.
Le due fattispecie meritano un'analisi separata.

2.1. La verifica di equivalenza delle tutele e la verifica di congruità dei costi della manodopera

L'obbligo di espletamento di un'autonoma verifica sulla congruità del costo del lavoro indicato in offerta dal concorrente non è più espressamente codificata nelle norme del nuovo codice dei contratti pubblici e richiede un inquadramento più ampio.
È bene rammentare che tale accertamento non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto dei minimi salariali e la coerenza con il CCNL applicabile.
Come noto, infatti, il d.lgs. n. 36/23 ha introdotto principi e regole che rafforzano la tutela del lavoro innanzitutto sul piano salariale[16].
Le stazioni appaltanti sono tenute a individuare già negli atti indittivi della procedura (o nella determina a contrarre per gli affidamenti diretti) il contratto

---

reputato legittima la determinazione di sottoporre a verifica un'offerta collocatasi al di sotto della soglia di anomalia, in ragione della congruità della motivazione resa al riguardo dalla stazione appaltante.

[15] Per un'applicazione di questo principio cfr. TAR Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478.

[16] Sul tema la letteratura è vastissima. Per una prima analisi alla luce delle previsioni del d.lgs. n. 36/2023 cfr. E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2023, 863; F. CAMPOLO, *La tutela dei lavoratori nel d.lgs. n. 36 del 2023*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 425.

ISSN 2036-7821

collettivo nazionale e territoriale di riferimento per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della commessa (scegliendolo tra quelli in vigore per il settore e la zona nella quale si eseguono le prestazioni, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale)[17].

Grava ancora sulle stazioni appaltanti l'onere di stimare ed esplicitare i costi della manodopera a base d'asta, tenendo conto del CCNL individuato, del personale da impiegare, della produttività attesa e del monte ore di attività che si presume sarà necessaria per l'esecuzione della commessa.

Le imprese appaltatrici, a loro volta, sono tenute a dichiarare se applicheranno il contratto collettivo nazionale indicato dalla stazione appaltante o un contratto diverso. Nel secondo caso sorgerà l'obbligo di dichiarare in offerta che il CCNL impiegato dal concorrente sia in grado di offrire ai lavoratori le medesime tutele economiche e contrattuali previste dal CCNL indicato dalla stazione appaltante, pena l'esclusione dalla gara.

Tale dichiarazione dovrà essere acquisita già in gara per consentire l'espletamento della verifica di congruità dell'offerta tenendo conto di quanto dichiarato dal concorrente in merito alle caratteristiche del CCNL applicato.

Sarà poi la Stazione Appaltante a dover verificare l'effettiva equivalenza delle tutele usando i parametri indicati per legge e in sede regolatoria[18].

Ebbene, la necessità di attivare delle verifiche di anomalia in relazione alle offerte che presentino un costo della manodopera più basso di quello stimato dalla stazione appaltante nasce dalle soluzioni interpretative emerse in fase di applicazione del codice dei contratti pubblici per dare puntuale applicazione ad alcune regole puntuali.

In particolare, l'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/23 (da leggersi in combinato disposto con l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/23)[19] ha introdotto un precetto che ha generato molteplici dubbi interpretativi.

La norma citata recita espressamente: «I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per

[17] Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 36/23. In argomento, cfr. F. MARTINI, *Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore negli appalti pubblici. Prospettive, criticità e contraddizioni delle nuove funzioni della legge di gara*, in *Dir. Amm.*, 2024, 1077.

[18] Secondo le indicazioni fornite dall'allegato I.01 del d.lgs. n. 36/2023. Cfr. in particolare artt. 3 (rubricato: Presunzione di equivalenza), 4 (Indicazione da parte dell'operatore economico di un diverso contratto collettivo nazionale di lavoro) e 5 (Verifica della dichiarazione di equivalenza). L'art. 5 prevede: "Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, in sede di presentazione dell'offerta. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato".

[19] A norma del quale: "Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale."

ISSN 2036-7821

l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale».

I due enunciati sono tra loro contraddittori.

Lo scorporo dei costi della manodopera dall'importo assoggettato a ribasso indurrebbe a ritenere che non siano ammissibili riduzioni del costo del lavoro, così come avviene per gli oneri della sicurezza indicati a base d'asta dalla stazione appaltante. L'inciso successivo, invece, apre le porte a un ribasso sul costo del lavoro, purché lo stesso sia giustificato dall'individuazione di soluzioni organizzative più efficienti e giammai da forme di dumping salariale.

Come sciogliere l'antinomia?

L'ANAC[20] e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti[21] hanno offerto una prima lettura alle previsioni che può essere sinteticamente riassunta in questi termini:

a) l'offerta economica, ai fini della sua valutazione, non può essere costituita solo dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera;

b) il costo della manodopera deve considerarsi un importo che si aggiunge all'importo dell'offerta economica e soggetto solo alla valutazione di congruità dell'offerta medesima.

---

[20] Cfr. ANAC, delibera del 15 novembre 2023 n. 528, ove si legge: «Considerato che l'interpretazione del dettato normativo sposata dall'Autorità consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la Stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia; (…) ritenuto, pertanto, che l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato come volto a sancire l'obbligo della Stazione appaltante di quantificare ed indicare separatamente, negli atti di gara, i costi della manodopera che, tuttavia, continuano a far parte dell'importo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore per definire l'importo contrattuale».

[21] Cfr. MIT parere n. 2154 del 19 luglio 2023 e successivamente con parere n. 2505 del 17 aprile 2024. In quest'ultimo parere si formula anche un'esemplificazione "Es: importo a base di gara euro 100, di cui manodopera 30 (nel presente esempio si prescinde da IVA e costi/oneri sicurezza, riferendosi solo ai costi della manodopera a fini esemplificativi). Il concorrente dovrà formulare un "ribasso complessivo" a norma dell'art. 41, c. 14 del Codice dei contratti pubblici, ma a sua volta, dovrà indicare, come proprio costo, i costi della manodopera. Es: ribasso del 10% (quindi richiesti euro 90), di cui manodopera 20. La stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, dovrà confrontare i costi parametrici dalla stessa indicati (30) e i costi del concorrente (20). Ove i costi parametrici siano superiori a quelli indicati dal concorrente (come nell'esempio qui fornito), lo stesso concorrete dovrà essere chiamato a giustificare gli stessi. Se i giustificativi saranno accolti, vi sarà aggiudicazione. In sede di esecuzione si pagherà quanto offerto dal concorrente (90 euro di cui 20 manodopera)".

ISSN 2036-7821

La giurisprudenza amministrativa si è orientata in senso analogo[22] valorizzando innanzitutto il combinato disposto degli artt. 41, comma 14 (appena citato), 108, comma 9 (che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica i costi del lavoro, a pena di esclusione) e 110, comma 1 (in tema di verifica di anomalia dell'offerta) del d.lgs. n. 36/23. Si è notato al riguardo che se il legislatore avesse voluto considerare i costi della manodopera fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta[23]. Analogamente si è notato che interpretare l'espressione "sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso" nel senso di ritenerli fissi ed invariabili si porrebbe in contrasto con l'ultimo capoverso della disposizione che prevede che "resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"; se di ribasso complessivo si discorre, non può che riferirsi ad una diminuzione da applicarsi al prezzo complessivo proposto, ricomprendente al suo interno anche i costi della manodopera[24].

Si è anche evidenziato come la tesi contraria imporrebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, soprattutto nei contratti ad alta intensità di manodopera, laddove l'operatore economico potrebbe dimostrare che il ribasso è correlato a scelte strategiche aziendali più efficienti, così privilegiando un punto di equilibrio tra tutela della libertà di iniziativa economica privata e la responsabilizzazione degli operatori economici, di modo che questi – nel proporre il "ribasso complessivo" – siano indotti a una valutazione di tali costi compatibile con l'effettivo prezzo del lavoro[25].

Chiarito quanto sopra in merito alla ribassabilità del costo del lavoro può ora passarsi alla disamina delle verifiche che devono essere condotte nel vigente quadro regolatorio, anch'esse frutto di un percorso interpretativo tutt'altro che univoco.

Secondo un primo orientamento, in forza del combinato disposto dell'art. 108, co. 9 e dell'art. 110, co. 5, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, le amministrazioni sarebbero sempre tenute a verificare che il costo del personale obbligatoriamente indicato dal concorrente nella propria offerta a pena di esclusione[26] non sia inferiore ai minimi

[22] I primi contributi della giurisprudenza, nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, hanno ammesso il ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. nn. 9254 e 9255 del 19 novembre 2024.

[23] In questi termini cfr. TAR Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120.

[24] In questi termini, più di recente, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390.

[25] Cfr. TAR Lazio, 8390/2025, cit. Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2025, n. 3611; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146; TAR Puglia Bari, Sez. II, 15 marzo 2025, n. 353; TAR Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712.

[26] Sulle modalità di determinazione del costo del lavoro da indicare all'interno dell'offerta si vedano le precisazioni fornite da TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 dicembre 2023, n. 18510, ove si distingue tra costi indiretti e costi diretti, comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. Nella sentenza si assume che "L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della

ISSN 2036-7821

salariali, pena la compromissione del diritto dei lavoratori a una retribuzione minima, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione[27].

Un secondo orientamento, più recente, esclude che sussista un onere istruttorio in caso di concordanza dell'offerta con quanto previsto in sede di gara e in assenza di dubbi sulla congruità dei costi dichiarati dall'operatore[28]; ciò in forza della nuova formulazione dell'articolo 108, co. 9 d.lgs. n. 36/23 che non reca più la necessità generalizzata di procedere d'ufficio alla verifica della congruità dei costi della manodopera.

Anche il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si è espresso in termini analoghi opinando che il generale obbligo di verifica di congruità del costo della manodopera non opererebbe qualora l'operatore primo in graduatoria abbia indicato il medesimo CCNL previsto dalla Stazione appaltante nei documenti di gara ed abbia indicato il medesimo importo indicato dalla Stazione appaltante come costi della manodopera, salvo il caso in cui l'operatore economico nella propria offerta tecnica abbia indicato varianti o migliorie che richiedano impiego aggiuntivo di manodopera[29].

In sintesi, secondo questo secondo orientamento (che appare sicuramente più in linea con le esigenze di economia procedimentale), la verifica di congruità del costo del lavoro si renderebbe necessaria e imprescindibile quando il concorrente pratichi un ribasso sul costo stimato dalla stazione appaltante o quando, pur non praticando un ribasso sul costo della manodopera predefinito dal committente, abbia offerto migliorie o varianti che implichino un maggior impiego di manodopera rispetto alle stime a base d'asta.

Nelle altre ipotesi, invece, l'attivazione della verifica sulla congruità del costo del lavoro sarebbe invece facoltativa e rimessa ad apprezzamenti tecnico discrezionali della stazione appaltante.

2.2. La verifica di attendibilità degli impegni sociali.

---

loro congruità imposta alla Stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto".

[27] Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 novembre 2023, n. 6128. Nello stesso senso, ancor più di recente, cfr. TAR Piemonte, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 449. Per l'indirizzo giurisprudenziale analogo formatosi sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016 cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776; TAR Campania, Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 1° giugno 2020, n. 978; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 26 marzo 2018, n. 608.

[28] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2025, n. 2316; TAR Campania, Salerno, sez. II, 28 aprile 2025, n. 793; TAR Campania, Salerno, sez. I, 8 aprile 2024, n.776; TAR Toscana, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493; TAR Toscana, sez. I, 1.02.2024, n. 133.

[29] Cfr. MIT, parere del 6 dicembre 2024, n. 2993.

ISSN 2036-7821

Si collega strettamente alla verifica di anomalia una nuova attività di analisi imposta dal d.lgs. n. 36/2023 in relazione agli impegni sociali che gli operatori economici sono chiamati ad assumere in forza del combinato disposto degli artt. 57 (in materia di clausole sociali)[30] e 102 del codice dei contratti pubblici.

Quest'ultima previsione impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici di assumere una serie di impegni, tenendo conto della prestazione oggetto del contratto, finalizzati a:

"a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate".

La norma si inserisce a pieno titolo, ed è forse una delle manifestazioni più avanzate, nel progressivo processo che altrove abbiamo definito di arricchimento assiologico

[30] Per un'analisi aggiornata delle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 36/23 in materia di clausole sociali cfr. F. LAMBERTI, *L'esigibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici: profili problematici tra elasticità dell'applicazione ed effettività delle tutele*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2025, 99. Sul tema cfr. ancora E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, "a cura di" M.T. CARINCI- C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SCARPELLI, *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 133 ss. Sul tema delle clausole sociali si segnalano, tra i contributi più recenti, F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, 571; M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RATTI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali*, "a cura di" M.T. CARINCI - C. CESTER - M. MATTAROLO - F. SCARPELLI, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, 2014, 196; per un interessante accostamento tra la disciplina domestica e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, cit. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*", in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2021, 47.

ISSN 2036-7821

della contrattualistica pubblica[31].

Lo Stato, nella sua veste di imponente consumatore, abbandona l'approccio liberale, mirato a conseguire il proprio benessere individuale (in termini di miglior rapporto qualità/prezzo del bene che acquista o dei lavori o servizi di cui si approvvigiona) per seguire il paradigma del consumatore progressista, che cerca di migliorare il mondo orientando eticamente le proprie scelte di acquisto, anche a discapito dell'economia domestica.

In Europa le politiche afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP) sono state già ampiamente sperimentate, pur con metodi e obiettivi divergenti[32].

In Italia, le esperienze più consolidate hanno riguardato le clausole di stabilità occupazionale, mentre un ampiamento degli orizzonti di tutela verso la promozione delle pari opportunità si è registrata con l'introduzione della normativa speciale che ha accompagnato il Piano nazionale di ripresa e resilienza[33].

Il Legislatore del nuovo codice, forse anche in ragione della deludente applicazione delle nuove clausole sociali negli appalti PNRR[34], ha rafforzato il sistema dei

[31] Per una più ampia descrizione della citata tendenza sia consentito rinviare a cfr. D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 161; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento,* in "a cura di" M. CAFAGNO – F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia, Firenze, 2017*. Sulle disfunzioni correlate cfr. S. VINTI, *Il naufragio della presunzione di innocenza*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2021, 26. L'A. in particolare auspica un processo inverso e nota che "liberare la disciplina dei pubblici affidamenti dall'esigenza di perseguire obiettivi ad essa collaterali, se non addirittura estranei, non solo comporterebbe vantaggi funzionali rispetto agli obiettivi primari che la disciplina di settore deve assicurare, ma risponderebbe ad una esigenza logico sistematica".

[32] Sul tema del *sustainable and socially responsible public procurement* è d'obbligo il richiamo allo studio di R. CARANTA - M. TRYBUS "a cura di", *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, 2010, ove vengono esaminate e attentamente comparate le esperienze della Danimarca, Francia, Germania, Polonia, Romania Spagna e Regno Unito, oltre all'Italia. Lo studio evidenzia un forte grado di eterogeneità nelle politiche di attuazione delle previgenti Dir. UE 2004/18 e Dir. UE 2004/17 e individua due modelli agli antipodi. Il Regno Unito, da un lato, sembra fortemente guidato dalla necessità di garantire in ogni caso il *value for money* e ammette la rilevanza delle considerazioni sociali (e ambientali) solo ove armoniche col primo e con le esigenze di tutela della concorrenza. Sul versante opposto si pone la Spagna per la forte predominanza dei criteri di sostenibilità sociale (ed ambientale) sugli altri valori in gioco nella contrattualistica pubblica. In questo senso cfr. M.E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *op. ult. cit.*, 319; A. F. ZUMBINI, *Gli equilibri di genere nella normativa europea*, "a cura di" F. ASTONE – F. MANGANARO– R. ROLLI– F. SAITTA, *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., 137. Tra gli studi più ampi sull'uso strategico degli Appalti pubblici si segnalano: OECD (2019*), Reforming Public Procurement: Progress in Implementing the 2015 OECD Recommendation, OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris, *www.doi.org/10.1787/1de41738-en*; PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*", Final report, 2015, DG GROW, *www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1*.

[33] Sul tema sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 799. Sempre sull'argomento cfr. F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2022, 169. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 667.

[34] Secondo le informazioni diramate dall'ANAC, infatti, quasi il 70% degli appalti del Pnrr e del Pnc (Piano nazionale complementare) ha operato in deroga alle clausole che obbligavano le imprese a occupare almeno il 30% di giovani under 36 e donne, disapplicando le previsioni speciali dettate in materia. Cfr. comunicato del 9

ISSN 2036-7821

controlli.
Si è innanzitutto previsto che (art. 102, comma 2, d.lgs. n. 36/2023) l'operatore indichi nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere agli impegni sociali sopra enucleati.
A fronte della formalizzazione di tali impegni si è poi previsto che la stazione appaltante verifichi l'attendibilità degli stessi con qualsiasi adeguato mezzo, potendo impiegare le modalità di cui all'articolo 110 del d.lgs. n. 36/2023, ovverosia il procedimento previsto per l'espletamento della verifica di anomalia.
Tale verifica di attendibilità degli impegni sociali deve essere svolta nei confronti dell'impresa aggiudicataria e deve tener conto sia degli standard imposti dalla *lex specialis*, sia delle modalità concrete che l'impresa deve aver delineato nella propria offerta tecnica.

3. Il contraddittorio.

Al di fuori delle ipotesi di esclusione automatica, la collocazione dell'offerta in corrispondenza della soglia di anomalia o l'emersione di profili di incongruità rilevati dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria facoltà generale, nonché le ulteriori ipotesi previamente descritte impongono l'avvio di un sub-procedimento volto a valutare l'effettiva congruità dell'offerta sulla scorta di un'analisi puntuale delle singole voci di prezzo o degli altri elementi di valutazione che si rende necessario analizzare in relazione al caso concreto.
Il procedimento è condotto dal Responsabile Unico del Progetto (RUP), eventualmente con l'ausilio della commissione giudicatrice o della struttura di supporto (ex artt. 93, comma 1 e 15, comma 6, del D.lgs. n. 36/23).
Già dal 2009 (a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 102/2009 agli artt. 86 e 87, d.lg. n. 163/2006) non è più espressamente previsto che le stazioni appaltanti possano chiedere ai concorrenti la produzione – in un momento anteriore all'attivazione della verifica di anomalia e segnatamente unitamente all'offerta – delle c.d. «giustificazioni preventive»[35] con cui rendere chiarimenti in merito alle modalità di determinazione

giugno 2023 reperibile on line: https://www.anticorruzione.it/-/pnrr-il-70-degli-appalti-derogano-alle-quota-rosa-e-giovanili.

[35] Sulle conseguenze in caso di mancata produzione delle giustificazioni preventive il quadro giurisprudenziale all'epoca della vigenza delle norme che disciplinavano l'incombente è sempre stato ondivago. Riteneva necessario estromettere dalla gara l'impresa che non avesse adempiuto all'onere (previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis*) di corredare l'offerta, fin dalla sua presentazione, delle giustificazioni circa i suoi elementi costitutivi, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6006. Nella pronuncia si assume che in tali ipotesi non si discuterebbe dell'anomalia, ma dell'adempimento di un ragionevole obbligo volto a comprovare che l'offerta presentata sia meditata e consapevolmente assunta, «sicché non si vede per quale ragione, una volta violato tale obbligo, la sanzione non debba essere quella dell'esclusione». Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1348; Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2005, n. 349. *Contra* Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, ove si afferma che le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta, rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento e, pertanto, «non possono mai essere

ISSN 2036-7821

delle voci di prezzo che hanno concorso a formare l'importo complessivo a base d'asta.

Nel vecchio quadro normativo (ante 2009), la prima operazione cui la committente provvedeva per comprendere come il concorrente avesse elaborato la propria proposta negoziale sotto il profilo economico consisteva, appunto, nell'apertura della "busta dei giustificativi": se i chiarimenti venivano reputati sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta il sub-procedimento di verifica poteva chiudersi immediatamente, mentre, nel caso opposto (laddove fossero residuati dei dubbi), veniva attivato il c.d. contraddittorio successivo invitando l'offerente a rendere giustificazioni sulle voci di prezzo apparentemente sottostimate.

L'attuale quadro normativo sembrerebbe ostacolare l'esperibilità di questo «contraddittorio anticipato», atteso che l'utilizzo di clausole (inerite nei bandi o nelle lettere d'invito) richiedenti giustificazioni preventive o analisi dei prezzi, sebbene non espressamente vietato dal legislatore, sarebbe privo di copertura normativa con conseguente nullità quantomeno delle clausole che dovessero sancire l'esclusione del concorrente che non produca i giustificativi preventivi, in omaggio al principio di tassatività delle ipotesi di esclusione sancito dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/23[36].

Si determinerebbe, infatti, un appesantimento degli oneri di partecipazione privo di copertura normativa che porrebbe problemi di armonizzazione non solo con il generale divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, 2° co., l. n. 241/1990[37], ma anche con le regole sancite dall'art. 110, co.2, d.lgs. n. 36/2026, ove è

---

intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione». Analogamente escludevano la possibilità di disporre l'esclusione per la mancata produzione delle giustificazioni preventive, quantomeno in assenza di chiare clausole della *lex specialis* che prevedano la predetta sanzione, Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4842; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 826; TAR Abruzzo Pescara, sez. I, 6 marzo 2009, n. 147, *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 810; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6772; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2003, n. 7615; TAR Puglia Lecce, sez. III, 24 settembre 2009, n. 2186; nonché, Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, ove si ribadisce la tesi secondo cui le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. Nella pronuncia la *ratio* della prescrizione (ormai abrogata), contenuta nell'art. 87, d.lgs. n. 163/2006, viene individuata oltre che nella necessità di accelerare il procedimento anche nel consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte.

[36] Sul tema con una motivazione in parte diversa cfr. TAR Veneto, n. 879/2025, cit., che ha ritenuto invalida la richiesta di produrre a pena di esclusione ulteriori elementi di dettaglio di scomposizione del costo della manodopera, per contrasto con il principio del risultato, in combinato disposto con il principio di celerità delle procedure di affidamento. In precedenza, sempre nel senso dell'illegittimità di clausole che a pena di esclusione richiedevano la produzione di giustificazioni preventive, cfr. Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, parere 19 novembre 2009, n. 136, *www.avcp.it*.

[37] Applicabile a tutte le procedure di evidenza pubblica bandite anche da soggetti diversi dalle amministrazioni pubbliche, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2, 3° co., d.lgs. n. 163/2006 a norma del quale «per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni».

ISSN 2036-7821

previsto che in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltante richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando un termine non superiore a quindici giorni.
La facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere documenti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla disciplina di settore sembra subordinata all'esistenza di specifiche ragioni che rendano gli stessi necessari o utili, così da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.
È anche vero, però, che questa modalità di conduzione del sub-procedimento se, da un lato, alleggerisce gli oneri partecipativi, dall'altro, rischia di dilatare i tempi della procedura, atteso che le giustificazioni preventive consentivano alla stazione appaltante di disporre già al momento dell'apertura dell'offerta dei più importanti elementi conoscitivi per apprezzarne la strutturazione. Il che in molti casi permetteva di accertare immediatamente la congruità della proposta, evitando l'espletamento di ulteriori attività istruttorie.
Ad ogni modo, affinché il contraddittorio venga condotto correttamente è necessario garantire che lo stesso sia improntato a uno spirito collaborativo, che si esprime innanzitutto attraverso la diretta esplicitazione, sin dai primi momenti di confronto, dei «punti precisi che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice»[38], al fine di evitare che la procedura si esaurisca in una dialettica meramente apparente.
La necessità di impiegare un metodo che si potrebbe definire maieutico è funzionale alla principale finalità cui è preordinato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, teso a far prevalere l'interesse all'accertamento della reale possibilità

[38] In termini C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, cit., pt. 53. Analogamente Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009 n. 1417, cit., che ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione per anomalia fondato su aspetti sui quali non vi è stata, nel corso del sub-procedimento di verifica, specifica e puntuale contestazione, non essendo stato consentito all'impresa interessata di approntare in modo pertinente le proprie giustificazioni. In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2019, n. 1969; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2006, 608; Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 232, *Giust. amm.*, 2003, 145; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2007, 1260; TAR Lazio Roma, sez. III, 16 luglio 2004, n. 7002, ove si segnala come talvolta possa accadere che «l'amministrazione aggiudicatrice si trovi in difficoltà ad individuare specificatamente con la prima richiesta di chiarimenti i punti precisi controversi – ben potendo chiedere in tal caso delucidazioni più ampie su tutti gli elementi costitutivi dell'offerta – ma è chiaro che una volta ottenuti i dati di massima sulla base dei quali è stata predisposta l'offerta, qualora manifesti ulteriori dubbi sulla sua attendibilità, deve procedere all'effettivo contraddittorio […] deve quindi procedere ad individuare specificatamente quali siano i punti precisi che hanno suscitato perplessità, chiedendo delucidazioni al riguardo». Analogamente, più di recente, cfr. TAR Lazio, sez. II-ter, 9 luglio 2025, n. 13506 occupatasi di un caso in cui la stazione appaltante ha convocato il concorrente per l'espletamento di un'audizione orale, senza precisare quali fossero i profili che avrebbero necessitato di essere chiariti e ha poi disposto l'esclusione del concorrente, sia in ragione della mancata comparizione dello stesso alla data fissata per il contraddittorio orale, sia in ragione di profili di incongruità mai sollevati per iscritto dalla Stazione appaltante. Nella pronuncia si annulla la determinazione di esclusione del concorrente e si dispone la riedizione del contraddittorio, ricordando la centralità di un confronto pieno ed effettivo nell'espletamento del giudizio di anomalia.

ISSN 2036-7821

dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte, nel pieno rispetto dei diritti dei lavoratori e della normativa a tutela dei molteplici interessi orizzontali che si intersecano con l'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In questa prospettiva, ben si comprendono le ragioni per le quali si ammette che l'amministrazione possa reiterare le proprie richieste e invitare a produrre ulteriori precisazioni e nuova documentazione di supporto in relazione ai chiarimenti ricevuti[39], senza soggiacere a quelle limitazioni di tipo formalistico che caratterizzano le procedure di affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, i procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale[40].

Esaminate sinteticamente struttura e tempistiche del sub-procedimento si può passare all'analisi dei possibili contenuti del confronto tra stazione appaltante e impresa sottoposta a verifica.

Nell'art. 110, comma 3, d.lgs. n. 36/23 si trova un'elencazione della tipologia di giustificazioni che possono legittimamente essere fornite dal concorrente[41].

Il principio generale accolto dal nostro ordinamento – dopo alcune resistenze iniziali superate grazie all'intervento della Corte di Lussemburgo[42] – è che i concorrenti

[39] Nel senso che la verifica di anomalia si possa sempre svolgere in più riprese, Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, cit. Analogamente, cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 aprile 2023, n.632: «Deve reputarsi sempre consentito alla stazione appaltante, che non abbia maturato un completo e definitivo convincimento dalle prime giustificazioni fornite dal concorrente sottoposto a verifica di anomalia, richiedere ad esso ulteriori spiegazioni o chiarimenti. In altri termini, fino a quando la stazione appaltante non ritenga di poter esprimere un giudizio definitivo di anomalia dell'offerta, essa ha la piena facoltà di richiedere al concorrente ulteriori spiegazioni o chiarimenti. Il legittimo svolgimento del procedimento di verifica presuppone, così, l'effettività del contraddittorio con il concorrente soggetto a verifica, che ben può articolarsi in più fasi successive alla prima richiesta di chiarimenti».

[40] Per l'enucleazione di questa categoria giuridica e per la ricostruzione dei principi comuni ai vari modelli ivi inclusi, si rinvia alle riflessioni, sempre attuali, di S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: **la diversificazione delle regole e la tenuta dei principi***, Padova, 2002, spec. 145 ss.

[41] Nella disposizione citata vengono individuate le seguenti voci da cui è possibile enucleare ragioni di minor costo: 1) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; 2) 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; 4) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

[42] Sempre C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, cit., ove fu stigmatizzato il sistema previsto dall'art. 21, co. 1°-*bis*, l. n. 109/1994 che in senso diametralmente opposto indicava un elenco tassativo delle giustificazioni ammissibili, escludendo la possibilità di avvalersi di giustificazioni diverse. Nella pronuncia si chiarisce che l'art. 30, n. 4, direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE «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, con 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». Dopo la pronuncia, il legislatore italiano intervenne a modificare la disposizione con la l. n. 166/2002 ed eliminò la preclusione relativa alla presentazione di giustificazioni relative a elementi con valori minimi predeterminati. Per una dettagliata ricostruzione di queste vicende, R. DE NICTOLIS, *Le offerte*

ISSN 2036-7821

possono addurre qualsiasi circostanza che permetta loro di ridurre i costi, senza soggiacere a limitazioni di sorta[43].

Le uniche deroghe a questo principio sono stabilite nel citato art. 110, comma 4, d.lgs. n. 36/2026 con riferimento ai trattamenti salariali minimi inderogabili (fissati dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge)[44] e in relazione ai costi di sicurezza di cui alla normativa vigente.

Al riguardo, la norma richiamata sancisce che al concorrente non è consentito invocare l'esistenza di specifiche ragioni che gli consentano di "abbattere" i costi relativi agli oneri per la sicurezza o quelli relativi ai trattamenti salariali inderogabili, con la doverosa precisazione, rispetto a questi ultimi, che ciò non impedisce di addurre l'esistenza di specifiche economie comunque afferenti al costo del lavoro, ma estranee ai trattamenti salariali minimi, come quelle relativi a oneri accessori (quali quelli assicurativi, sindacali o per assunzioni obbligatorie, ecc.) e in relazione alle quali i dati ufficiali di rilevamento indicano valori medi e non già minimi inderogabili[45]. Ciò con l'ulteriore conseguenza che eventuali scostamenti dai costi del lavoro – indicati periodicamente dalle apposite tabelle del Ministro del lavoro[46] o da quelle enucleate su base provinciale dalle associazioni di categoria – non potranno

---

anomale, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e A.M. Sandulli, Milano, 2005, 782.

[43] Ribadisce che i concorrenti possono allegare la sussistenza di qualunque circostanza che permetta la riduzione dei costi, TAR Lombardia Brescia, sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1440, che nella specie ritiene ammissibili giustificazioni relative a benefici contributivi e fiscali di cui goda l'impresa. Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. III, 14 febbraio 2008, n. 1370; TAR Puglia Bari, sez. I, 19 aprile 2006, n. 1365.

[44] Considerando quindi anche le indicazioni provenienti dalla contrattazione collettiva.

[45] Tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, in *Urbanistica e app.*, 2000, 1325; Cons. Stato, 11 ottobre 2002, n. 5497, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2442; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15 ottobre 2003, n. 8421; TAR Lombardia Milano, sez. III, 18 gennaio 2006, n. 105, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2006, 482. In dottrina, cfr. R. De Nictolis, *Le offerte anomale*, in *Il nuovo diritto*, cit., 803.

[46] Delle quali, ai sensi dell'art. 110, co. 5, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti devono tener conto sia in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, sia (e ancor prima) nella predisposizione della gara (ex art. 41, co.13, d.lgs. n. 36/2023). Tali tabelle devono tener conto dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, considerando i diversi settori merceologici e le diverse aree territoriali. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata il costo della manodopera indicato dagli operatori economici può discostarsi dai valori indicati nelle tabelle ministeriali, a condizione che il concorrente dimostri, in sede di giustificazione, in modo dettagliato e rigoroso le ragioni che legittimano lo scostamento. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2540. In argomento cfr. di recente TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 gennaio 2025, n. 39, ove si segnala come trattamento salariale minimo inderogabile, oneri della sicurezza, costo medio orario indicato nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13 e costo della manodopera siano concetti diversi nella sistematica del codice degli appalti, che non devono tra loro essere confusi. Nella sentenza si ricorda come la retribuzione minima sia soltanto uno dei fattori che concorre a determinare il costo complessivo della manodopera. Quest'ultimo, invece, è il riflesso anche di scelte aziendali (quanti lavoratori e con quale inquadramento destinare a determinate mansioni, per quanto tempo e con quale organizzazione; eventuale accesso ad agevolazioni pubbliche; ecc.), che eccedono la questione del rispetto del minimo salariale. Si precisa infine: "Un conto poi è il minimo salariale inderogabile stabilito dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, altro è il costo medio orario individuato nelle apposite tabelle ministeriali (non espressamente qualificato come inderogabile dal legislatore)".

ISSN 2036-7821

portare a ritenere di per sé inammissibile la giustificazione enucleata, occorrendo una verifica specifica volta a verificare se le stessa si riferisca a valori medi oppure a trattamenti salariali inderogabili.
Sempre al fine di evitare che le imprese riducano le risorse destinate alla sicurezza (già garantita mediante l'indicazione nel bando di oneri non soggetti a ribasso d'asta) o comprimano eccessivamente i costi del lavoro è stabilito, ex art. 108, co. 9, d.lgs. n. 36/23, l'obbligo, a pena di esclusione, per i concorrenti di indicare specificatamente nell'offerta i costi afferenti a tali voci, che dovranno formare oggetto di specifica valutazione da parte dalla stazione appaltante al fine di controllarne la congruità rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture (obbligo non applicabile solo per le forniture senza posa in opera e per i servizi di natura intellettuale).
A ben vedere, si tratta delle uniche forme di "giustificazioni preventive", a pena di esclusione, ancora ammesse dall'ordinamento domestico, rispetto alle quali, tuttavia, non si ripropone il dilemma delle conseguenze derivanti dall'eventuale omissione in seno all'offerta delle predette informazioni, attesa l'espressa previsione normativa che ha sancito la necessità di estromissione del concorrente che non abbia separatamente indicato in offerta i costi della manodopera e/o gli onoeri per la sicurezza, senza possibilità di disporre forme di sanatoria o di soccorso istruttorio (espressamente escluso dall'art. 101 d.lgs. n. 36/2023 per integrare carenze dell'offerta economica).

4. Le implicazioni sul piano teleologico del nuovo quadro normativo: dal controllo di serietà alla verifica di realizzabilità.

Secondo un indirizzo tralatizio il giudizio di anomalia è globale e sintetico e mira a un'analisi complessiva dell'offerta[47]. Sul piano metodologico, si sottolinea da tempo come il giudizio non possa sfociare in forme di valutazioni comparative con altre offerte, sul presupposto che lo stesso debba essere incentrato sugli elementi costitutivi dell'offerta scrutinata e sulla capacità dell'impresa – tenuto conto della specifica organizzazione aziendale – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo

[47] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 luglio 2015, n. 5822; nonché Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2024, n. 9419: «Nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta». Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690; Id., 23 gennaio 2018, n. 430; Id., V, 20 dicembre 2018, n. 7178; Id. 30 ottobre 2017, n. 4978.

ISSN 2036-7821

proposto[48].

Ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/23, la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi 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;

b) non rispetta gli obblighi in materia di subappalto;

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche delle prestazioni;

d) il costo del personale non rispetta i minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali;

e) l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato non compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 del TFUE.

Queste prime coordinate non sono però sufficienti a ordinare la materia, che resta caratterizzata da una casistica giurisprudenziale molto ricca, ma da indirizzi non sempre coerenti.

Alcune delle questioni interpretative più controverse si concentrano attorno alla definizione dell'ampiezza dei margini di manovra di cui dispone il concorrente per dimostrare l'affidabilità complessiva della propria proposta, allorché la stazione appaltante abbia individuato e segnalato nel corso del contraddittorio la presenza di voci di costo sottostimate.

L'unico nodo che sembrava destinato a sciogliersi grazie all'evoluzione normativa era quello relativo alla discussa necessità che le giustificazioni rese dal concorrente nel corso del contraddittorio instaurato a seguito dell'attivazione del sub-procedimento di verifica di anomalia fossero coerenti con quanto allegato dallo stesso nelle giustificazioni preventive[49], atteso che l'eliminazione delle seconde avrebbe risolto *ab ovo* ogni potenziale conflitto.

L'onere di indicare in offerta i costi della manodopera e gli oneri per la sicurezza già in offerta, ha però, determinato una reviviscenza del problema quantomeno con riferimento alle predette voci di costo[50].

---

[48] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604.

[49] Per un'analisi delle principali posizioni giurisprudenziali affermatesi sulla questione si rinvia a A. MEZZOTERO, *Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, I, Roma, 2009, 788.

[50] Sull'argomento cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 18 settembre 2024, n. 986, ove si legge: «invero, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 [ora art. 108, co. 9 d.lgs. n. 36/2023], pone a carico di ogni operatore economico l'onere di indicare espressamente nell'offerta economica "i propri costi della manodopera", anche al fine di consentire lo svolgimento del successivo subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta previsto dall'art. 97 [ora art. 110 d.lgs. n. 36/2023]. La norma prevede, infatti, che la stazione appaltante, "relativamente ai costi della manodopera", proceda, prima dell'aggiudicazione, a "verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97,

ISSN 2036-7821

Rimangono infatti nell'arena, apparentemente inalterate, le problematiche relative alla possibilità per il concorrente di correggere nel corso del contraddittorio le componenti in cui si articola il prezzo complessivo offerto: *in primis* costo della manodopera e oneri per la sicurezza[51].

---

comma 5, lettera d)" [ora articolo 110, co. 5, lett. d)], ossia che il costo del personale non sia inferiore, salvo idonee spiegazioni, ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriale, ai sensi dell'art. 23, comma 16 [ora art. 41, co. 13]. La norma non preclude che i costi della manodopera possano essere diversamente stimati, nel corso nella verifica dell'anomalia dell'offerta: ciò proprio alla luce della lettera e della ratio del subprocedimento di verifica dell'anomalia, preordinato a legittimare giustificazioni "sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte". Tali giustificazioni possono risolversi anche nell'indicazione di una diversa stima di un costo già indicato in precedenza, sempre che la modifica o lo diversa stima del costo non si risolvano in un espediente elusivo delle regole di gare poste a pena di esclusione (…), oppure nella violazione della par condicio e sempre che si giunga a un giudizio di attendibilità della dichiarazione resa e di congruità dell'offerta». In senso analogo, ma con alcune precisazioni, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 487, ove si legge che "la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta. Orbene, in coerenza con tali indicazioni di principio, nel caso di specie il concorrente ha indicato nell'offerta economica costi della manodopera per euro 350.000 che, nella successiva fase delle giustificazioni, sono stati analiticamente quantificati e giustificati in euro 344.753,01. Tale ultimo importo, oltretutto in riduzione, è stato reputato dalla stazione appaltante congruo e coerente con i minimi salariali inderogabili». Sempre nella sentenza citata si assume che "La lieve modifica in diminuzione del costo non assume il rilievo di illegittimità, posto a fondamento della sentenza impugnata, in quanto entrambi gli importi (quello originario e quello variato) risultano coerenti con i "minimi salariali retributivi" indicati nelle apposite tabelle ministeriali di cui alle norme invocate. 2.1 In linea generale, va infatti ribadita l'ammissibilità della modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873 e 11 dicembre 2020, n.7943). 2.2 Al riguardo, tale ammissibilità incontra un duplice limite: il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni; il limite della revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896) Inoltre, la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta. 2.3 In definitiva, relativamente alla fase di verifica dell'anomalia, va ribadito che sono modificabili le giustificazioni dei contenuti dell'offerta, essendo consentite in particolare anche compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate, purché tuttavia l'offerta non sia 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 (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140)".

[51] Sempre sul tema della eventuale modificabilità del costo del lavoro indicato in offerta in sede di verifica di anomalia cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2025, n. 488, ove si assume una posizione più rigida rispetto agli orientamenti segnalati nella nota precedente. Nella citata sentenza si affrontano le censure con cui l'appellante ha contestato l'assunto, abbracciato dai giudici di prime cure, della assoluta e radicale immodificabilità, in sede di giustificativi, dei costi complessivi della manodopera indicati nell'offerta economica. La pronuncia si sofferma

ISSN 2036-7821

Gli *escamotage* con cui i concorrenti tentano di compensare le sottostime individuate dalla stazione appaltante sono, in effetti, molteplici.
Il "recupero" di risorse da destinare alla copertura dei costi sottostimati può avvenire attraverso la riduzione della quota di utile o quella di spese generali, mediante la segnalazione di errori "in eccesso" nella stima di altre voci di costo (che danno luogo a risparmi imprevisti), o, ancora, per mezzo dell'individuazione di sopravvenienze attive emerse dopo la data di presentazione dell'offerta (e quindi non note al momento dell'elaborazione della proposta negoziale), legate, ad esempio, alle oscillazioni nel tempo dei prezzi dei materiali e delle forniture.
D'altronde, che dal fattore tempo possano scaturire alterazioni nelle condizioni in cui opera l'impresa, incidendo in vario modo sull'andamento del mercato ne aveva piena contezza anche il legislatore della l. n. 415/1998, quando prescriveva all'uopo che le stazioni appaltanti dovessero prendere in considerazione le giustificazioni (preventive) sull'anomalia entro sessanta giorni dalla presentazione delle offerte, ponendo, però, dubbi amletici in merito alle conseguenze del mancato rispetto del termine[52].
L'individuazione della soluzione al problema dell'ammissibilità dei diversi strumenti impiegati per porre rimedio alle incongruenze dell'offerta può essere agevolata prospettando un ulteriore quesito, per certi versi estremo, che aiuta a cogliere il nucleo della *vexata quaestio* e che può esporsi in questi termini: il concorrente può avvantaggiarsi del caso fortuito beneficiando di eventi non previsti e magari imprevedibili, che hanno fatto sì che il prezzo proposto, originariamente anomalo (alla luce delle condizioni di mercato presenti al momento della formulazione dell'offerta) sia risultato *ex post* complessivamente congruo rispetto alle prestazioni da eseguire? In altri termini, il concorrente "temerario" che per un mero accidente si sia trovato ad aver proposto un prezzo, tutto considerato, capiente ha, o meno, diritto ad aggiudicarsi la commessa?

---

sulla circostanza che la riduzione dei costi del personale, pur mantenendo immutato il costo complessivo dell'offerta, avrebbe inciso sulla stessa in modo significativo. La motivazione della pronuncia prosegue in questi termini: "Correlativamente, la modifica del costo del lavoro operata [dall'appellante], quale elemento essenziale dell'offerta, non può considerarsi ammissibile né sul piano economico rispetto all'offerta complessivamente considerata, né sul piano strutturale dei costi della manodopera a causa di uno scostamento dai valori tabellari non adeguatamente giustificato, come emerso dalla riparametrazione dei predetti costi operati dal verificatore medesimo (e della quale viene dato motivatamente atto nella relativa relazione finale). In ragione di quanto precede, ancorché in presenza di un (ulteriormente ridotto) utile residuo, il Collegio condivide le conclusioni del verificatore nel ritenere complessivamente non congrua l'offerta dell'appellante, in quanto modificata in modo sostanziale in ragione degli scostamenti significativi ed ingiustificati rispetto al costo della manodopera".

[52] Secondo M. ZOPPOLATO, *I criteri di aggiudicazione*, in D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni* ter*): commento alla legge 18 novembre 1998, n. 415*, Milano, 1999, 336, il mancato rispetto di quel termine determinava la necessità di ripetere la gara. *Contra* R. DE NICTOLIS, *Art. 21 – (Criteri di aggiudicazione – Commissioni giudicatrici)*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Caringella, 1999, 664, che qualificava quel termine come ordinatorio, ritenendo però che il responsabile del procedimento fosse passibile di sanzioni ove fosse emersa l'illegittimità del ritardo.

ISSN 2036-7821

E viceversa il concorrente diligente che abbia attentamente dimensionato un'offerta congrua merita di essere escluso qualora ci siano sopravvenienze che determinino un incremento dei costi imprevisto e imprevedibile che porta l'offerta in perdita?
In altri termini: l'offerta seria che sia divenuta incolpevolmente incapiente in ragione di sopravvenienze imprevedibili deve essere esclusa per anomalia?
La risposta a questi interrogativi è strettamente legata al modo in cui si ricostruisce l'istituto della verifica di anomalia sotto il profilo teleologico.
In questa prospettiva, sono due i concetti – frequentemente proposti, impropriamente, come elementi di un'endiadi – che si contendono il campo: quello di realizzabilità e quello di serietà.
Mentre il primo (realizzabilità) presuppone una disamina del rapporto tra le prestazioni oggetto della commessa e l'offerta nella loro dimensione "oggettiva", il secondo (serietà) sembra prendere più propriamente in considerazione il momento – per così dire – "soggettivo" della scelta imprenditoriale, spostando il fulcro dell'indagine sullo scrupolo con cui l'offerente ha meditato e costruito la propria proposta negoziale[53].
Il concetto di serietà è stato enucleato in via pretoria e di esso non v'è traccia nelle direttive europee, ma è stato espressamente recepito nell'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, laddove si precisa che le stazioni appaltanti valutano la "congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta".
La scelta del legislatore di richiedere che l'affidabilità venga accertata non già con riferimento alle tante voci in cui si articola la proposta *singulatim*, bensì con riguardo all'offerta nella sua globalità ha consentito di "cristallizzare" in sede normativa gli approdi dell'orientamento interpretativo che ben prima dell'entrata in vigore del primo codice dei contratti già sottolineava come la valutazione dei singoli prezzi non potesse prescindere dall'analisi della loro incidenza sull'offerta complessiva[54]. La

[53] La giurisprudenza amministrativa, invero, attribuisce al concetto di serietà dell'offerta accezioni diverse. Talvolta si utilizza una nozione coincidente con quella appena esposta: in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451, ove si afferma che «nel giudizio di congruità, infatti, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, i registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra». In altre pronunce, invece, s'intende per seria «l'offerta non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali»: cfr., Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.

[54] Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 707, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2000, 493; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 432; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, 157, *Foro it.*, 2003, III, 507; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2002, n. 702, *Appalti urbanistica edilizia*, 2003, 591; Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 990, *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1279; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4323, *Giust. amm.*, 2003, 950; Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657, *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 327; Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969, *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2209; TAR Lazio, sez. II, 16 maggio 2001, n. 4187; TAR Calabria Reggio Calabria, sez. I, 9 febbraio 2005, n. 89, *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 524; TAR Lazio Roma, sez. III, 20 febbraio 2003, n. 1357, *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1011. Dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti, il medesimo principio è stato ribadito, *ex plurimis*, da Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348, *Arch. giur. opere*

ISSN 2036-7821

codificazione di quel metodo di valutazione "globale" porterebbe a ritenere avallati anche i corollari desunti in via interpretativa e, in primo luogo, quello della sussistenza della facoltà del concorrente di modificare nel corso del sub-procedimento di verifica di anomalia la rappresentazione dei costi rispetto a quanto prospettato nell'offerta[55], ferma, soltanto, l'ovvia immutabilità del prezzo complessivo offerto o dei singoli prezzi unitari[56], atteso che il compenso dell'aggiudicatario non può formare oggetto di rinegoziazione[57].

Tuttavia, anche nella giurisprudenza si registrano posizioni decisamente più rigide che non ammettono aggiustamenti "*in itinere*", ritenendo preclusa al concorrente, ad esempio, la possibilità di trasmigrare costi da una voce all'altra nel corso del contraddittorio con la stazione appaltante. A sostegno di queste tesi si richiama il principio secondo cui nel giudizio di anomalia si farebbe questione non soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà, con la conseguenza che andrebbero escluse le offerte non adeguatamente meditate[58], quand'anche sostanzialmente "capienti".

Non sono mancate opzioni esegetiche più estreme (e discusse) che reputavano ammissibile che le stazioni appaltanti si avvalessero dei propri poteri istruttori per accertare "d'ufficio" l'esistenza di sopravvenienze attive, non segnalate dall'impresa e utili per far fronte ad altre sottostime, appurando, in questo modo, l'affidabilità complessiva dell'offerta[59].

Da questa ricostruzione si evince chiaramente come i due concetti di "realizzabilità" e di "serietà", per come definiti nel diritto vivente, possano dar luogo a soluzioni

---

pubbl., 2008, 405; Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4934; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 4 novembre 2009, n. 10828.

[55] Tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3041. Più di recente cfr. Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406, ove si assume che in sede di contraddittorio il concorrente potrebbe apportare modifiche alle giustificazioni dell'offerta economica, compresi aggiustamenti e compensazioni tra voci di costo, purché l'offerta rimanga affidabile per l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto. In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021, n. 6957. Ritengono ammissibili giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, a condizione che l'offerta risulti complessivamente affidabile al momento dell'aggiudicazione e garantisca una seria esecuzione del contratto in quel momento: Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7596; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633.

[56] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° febbraio 2022, n. 706 ove si nota come queste modifiche non devono però trasformare l'offerta iniziale in modo sostanziale. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146.

[57] Per un'approfondita disamina delle implicazioni scaturenti dal divieto di rinegoziazione nell'ambito della contrattualistica pubblica e delle relative eccezioni S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, spec. 501 ss.

[58] Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1452, ove si esclude che il concorrente possa trasmigrare in via "postuma" una quota di costi originariamente allocati tra le spese generali per coprire i costi della sicurezza, dell'Irap e dell'Ires, nonché il costo per la sostituzione di personale per infortunio, malattia o maternità.

[59] Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2006, n. 4261, *Urbanistica e app.*, 2006, 1443.

ISSN 2036-7821

applicative divergenti.
Attribuendo prevalenza alla realizzabilità dovrebbero escludersi le offerte, originariamente serie divenute insostenibili per fatti sopravvenuti e, di converso, andrebbero ammesse le offerte temerarie divenute capienti grazie a eventi imprevisti[60].
Riconoscendo prevalenza alla serietà gli esiti, viceversa, si ribaltano.
Come bilanciare dunque questi parametri non convergenti?
È sicuramente doveroso aprire l'armamentario predisposto dal Codice dei contratti pubblici per risolvere i dubbi interpretativi prospettati, partendo dalle previsioni contenute nell'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023, ove si stabilisce che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1 (Principio del risultato), 2 (Principio della fiducia) e 3 (Principio dell'accesso al mercato).
Tra i diversi principi sembra utile allo scopo il principio del risultato, sia per la collocazione apicale nella gerarchia disegnata dalla sistematica del nuovo Codice dei contratti pubblici, sia per la capacità di orientare l'esercizio del potere discrezionale[61]

[60] Assumono che le singole voci di costo riportate nell'offerta possano essere modificate in presenza di sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o in caso di errori di calcolo comprovati Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874; Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2023, n. 6254. In quest'ottica si inseriscono anche le pronunce più risalenti del Consiglio di Stato in cui si è ribadito che «deve ritenersi ammissibile che a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci. Risulta soddisfatto l'obiettivo dell'amministrazione, di aggiudicare l'appalto ad una offerta affidabile nel suo complesso, e non vi è violazione della *par condicio* perché l'offerta iniziale resta immutata, e ciò che cambia è il costo di singole voci»: Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit., ove si è ritenuta legittima la condotta della stazione appaltante che ha consentito a un concorrente di giustificare la congruità della propria offerta adducendo, come elemento sopravvenuto, la possibilità di fruire di sgravi inerenti il costo del personale. In una prospettiva simile si muoveva già in precedenza Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, cit., e Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4773, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 1297, ove si precisava in termini più generali che «il sub-procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta non è vincolato a formalità particolarmente stringenti, prevalendo l'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte». In merito al fattore tempo, Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657, cit., afferma che «il giudizio di anomalia non può non tener conto anche di quegli elementi scaturenti da più ponderate analisi dell'offerente, imposte dal lasso temporale intercorso tra la primitiva offerta e le richieste di chiarimenti formulate dalla p.a.».

[61] La letteratura sul principio del risultato è sconfinata. Per una rassegna dei principali contributi e per i profili problematici posti dalla codificazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, 47. Tra i contributi più recenti sul tema si segnalano M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 9, 2024; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazione*, in *Dir. Amm.*, 2023, 829; D. IARIA, *Il risultato o la fiducia: principi generali o slogan?* in *Riv. trim. app.*, 2024, 293; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it*; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, www.judicium.it*, settembre 2023.

ISSN 2036-7821

quale criterio prioritario per l'individuazione della regola del caso concreto (cfr. art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023).

Ebbene, se è corretto individuare il nucleo del principio del risultato nell'esigenza della stazione appaltante di affidare ed eseguire il contratto alle migliori condizioni di mercato sembra difficile poter ipotizzare che il concorrente abbia diritto all'aggiudicazione anche quando l'offerta sia divenuta insostenibile per fatti sopravvenuti imprevisti e imprevedibili, fatta salva la possibilità di procedere a una revisione del corrispettivo indicato in offerta già prima della stipula del contratto; tema su cui permangono forti incertezze interpretative[62] (e fatta salva la verifica dell'incidenza che possono avere i meccanismi revisionali per l'adeguamento del corrispettivo contrattuale in fase di esecuzione).

In assenza di una revisione del corrispettivo, la salvaguardia della serietà a discapito della realizzabilità valorizzerebbe l'affidamento incolpevole dell'operatore economico, ma consegnerebbe alla stazione appaltante un'offerta incapace di garantire la copertura dei costi sopravvenuti, con rischi di insolvenza e conseguente allontanamento dell'esigenza primaria posta dal principio di risultato.

In quest'ottica paiono allora condivisibili le conclusioni cui è giunta una parte della giurisprudenza che ha ritenuto come la verifica di anomalia non possa prescindere dall'esame delle variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dalla stessa amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera a base d'asta[63].

---

[62] La giurisprudenza prevalente si è espressa nel senso dell'impossibilità di accordare revisioni del corrispettivo per sopravvenienze anteriori alla stipula del contratto. Secondo un primo e più tradizionale orientamento, infatti, non può trovare accoglimento la domanda di modifica delle pattuizioni prima di procedere alla stipulazione del contratto. Secondo tale indirizzo il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni dell'appalto modifiche che lo rendano sostanzialmente diverso rispetto alla sua configurazione iniziale cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2022, n 9426. Analogamente cfr. TAR Lombardia, 10 giugno 2022, n. 1343 e ANAC, parere n. 1/2024. In senso opposto cfr. TAR Piemonte, 20 febbraio 2023, n. 180 ove si assume che costituisca onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale (analogamente cfr. TAR Piemonte, 28 giugno 2023, n. 667; TAR Sardegna, 16.11.2022, sent. n. 770; TAR Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228). Una posizione mediana sembra invece assunta da ANAC nella delibera 2 aprile 2025, n. 129, ove si ribadisce il principio per cui la stazione appaltante è tenuta a fare puntuale applicazione dei prezzi correnti alla data di approvazione del progetto, ma si chiarisce che ai fini di una rinegoziazione prima della stipula occorrerebbe riscontrate circostanze straordinarie ed imprevedibili sopravvenute all'aggiudicazione ed estranee al normale ciclo economico.

[63] Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453. In termini analoghi cfr. TAR Lombardia, n. 2780 del 2024 (resa sotto l'egida del vecchio codice) ha ritenuto che "la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto e, per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura

ISSN 2036-7821

In termini simmetrici, anche l'offerta originariamente sottostimata, ma divenuta capiente per una sopravvenienza imprevista, sembrerebbe poter beneficiare dello stesso tipo di bilanciamento; ciò per evitare che l'aggiudicazione venga disposta verso soluzioni che non garantiscono il miglior rapporto qualità prezzo alla luce della situazione di mercato delineatasi nel corso dell'espletamento della procedura di gara.
Si tratta di soluzioni che sull'altare della realizzabilità sacrificano offerte serie e valorizzano offerte incaute, ma probabilmente questo tipo di approccio è coerente con il ridimensionamento del valore della concorrenza e la sua funzionalizzazione agli scopi primari perseguiti dal committente sancita dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

4.1. Il limite di comprimibilità degli utili di impresa.

Un tema connesso a quello appena trattato è l'individuazione del limite estremo sino al quale è possibile per il concorrente ridurre la percentuale di utile, anche per far fronte alle sottostime evidenziate nel corso della verifica di anomalia[64].
La giurisprudenza non ha mai fornito parametri certi ritenendo impossibile fissare, in astratto, una rigida percentuale al di sotto della quale l'offerta vada considerata incongrua perché scarsamente remunerativa[65]. Tuttavia, vi è generale convergenza sull'idea per cui non possano giammai ammettersi abbattimenti della percentuale di utile che ne determinino un totale azzeramento[66], mentre le maggiori incertezze si hanno nella definizione dei casi in cui i margini di profitto residui siano

esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi".

[64] Nel senso che non possa escludersi l'impresa per anomalia a causa di singole sottostime nelle voci di costo laddove le stesse possono essere agevolmente assorbite mediante una corrispondente riduzione degli utili previsti in offerta (sempreché questi siano indicati in misura cospicua), cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit., ove si osserva che «in presenza di un utile assolutamente cospicuo e di per sé idoneo ad assorbire i profili di inattendibilità relativi ad aspetti comunque non preponderanti dell'offerta (come nel caso di specie), il giudizio di inattendibilità non potrà correttamente essere fondato sul solo dato – per così dire – 'monadologico' riferito alla rilevata incongruità di un unico aspetto dell'offerta». Sul tema, GAVIANO, *«Cactus, tamen voluit»: sulla rinunziabilità o meno all'utile di impresa alla luce della disciplina vigente per le offerte anomale*, *Urbanistica e app.*, 1998, 878.

[65] In questo senso C.G.A.R.S., sezione giurisdizionale, 16 gennaio 2024, n. 5: «Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché 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 derivante per l'impresa dall'essere aggiudicataria di un appalto pubblico e di averlo portato a termine. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527; Id., 29 maggio 2017, n. 2556; Id., 13 febbraio 2017, n. 607; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384, cit. Ancora nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5315, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2005, 1068; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072, cit., e *Arch. giur. opere pubbl.*, 2004, 332; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2002, 378.

[66] TAR Lazio Roma, sez. III *ter*, 21 febbraio 2007, n. 1527, *Urbanistica e app.*, 2007, 1035; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.

ISSN 2036-7821

estremamente esigui[67].

Ad ogni modo, prescindendo dalle ondivaghe indicazioni dei giudici amministrativi, un aspetto del quale occorre in ogni caso tener conto è che i benefici legati all'aggiudicazione di una commessa pubblica vanno ben al di là del conseguimento degli utili d'impresa e ricomprendono ulteriori interessi, in alcuni casi preponderanti (e sempre meritevoli di tutela), come quello di maturare requisiti per la partecipazione ad altre gare pubbliche o di accrescere il patrimonio "contrattuale" dell'impresa (da cui deriva, come noto, un immediato aumento di valore del plesso aziendale stesso). Ciò con l'inevitabile conseguenza che la presunzione secondo cui il concorrente che indichi un margine di utile pari a zero confidi nella possibilità di trarre profitto dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali può rivelarsi fuorviante, soprattutto ove l'offerta provenga da enti del terzo settore[68].

5. La motivazione del provvedimento conclusivo del sub-procedimento.

In linea di prima approssimazione, il provvedimento conclusivo del sub-procedimento di verifica di anomalia dovrebbe dar conto delle modalità di espletamento del contraddittorio, delle risultanze ivi emerse e delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad assumere la determinazione finale, così da

[67] Assume che l'utile di impresa, pur se contenuto, non possa essere simbolico o puramente teorico Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6295. Afferma che un utile poco al di sotto del 2 % per quanto esiguo non infici l'affidabilità dell'offerta, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146. Analogamente, sottolinea come un utile apparentemente modesto possa comportare «un guadagno importante» quando il contratto abbia un importo elevato Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215. In una prospettiva simile pare anche muoversi Cons. Giust. Amm. Sic., 15 aprile 2009, n. 241, ove si osserva che, sebbene non siano ammesse offerte «in perdita», la previsione di un utile, seppure contenuto in una percentuale bassissima, può risultare comunque sufficiente a dimostrare l'esistenza di un adeguato equilibrio economico fra costi e ricavi, in particolare laddove dall'acquisizione della commessa possano discendere significative prospettive di espansione dell'azienda nel settore. Sempre sul tema, *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Sic., 4 ottobre 2001, n. 520, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 1342; nonché Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882, cit., e *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 374, ove si ricorda che «può prescindersi dalla tenuità dell'utile che l'impresa si prefigge di conseguire, in quanto ciò che rileva è la certezza che il concorrente non abbia intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento […] delle obbligazioni contrattuali (tenendo presente che su tale certezza, purché si sia verificato un margine di utile, possono influire varie considerazioni relative all'impegno che l'esecuzione dell'appalto richiede, alla sua entità, alla natura individuale o societaria o cooperativa dell'impresa, ed ai vantaggi indiretti che l'appalto può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di prequalificazione per successivi appalti)».

[68] Ritiene che l'obbligo di garantire un utile non sia estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3805; nonché TAR Lazio, Roma, sez. I, 6 dicembre 2019, n.14029, ove si assume che per questi soggetti l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. Se ne ricava quindi che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, "l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile, in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico". Più di recente, sempre nello stesso senso, cfr. TAR Veneto, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 1183; TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 1° aprile 2025, n. 134.

ISSN 2036-7821

garantire un più efficace controllo sull'esercizio della funzione, destinata, per definizione, a ledere le aspettative del concorrente, o dei diversi concorrenti[69], rimasti insoddisfatti.

Quale che sia il contenuto del provvedimento conclusivo vi sarà necessariamente almeno un operatore economico che vedrà sacrificate le proprie aspirazioni di aggiudicarsi la commessa, con l'insorgenza di situazioni di conflitto che di sovente sfociano in contenziosi[70].

Dunque, le esigenze di controllo appaiono le medesime sia se la stazione appaltante reputi l'offerta anomala, sia se la ritenga congrua; ciò che varia è solo il soggetto che avrà interesse a dolersi delle relative determinazioni.

Nonostante l'evidenziata identità di esigenze, la giurisprudenza amministrativa si è prevalentemente orientata nel senso di differenziare gli obblighi motivazionali a seconda degli esiti della verifica di anomalia, ammettendo un sostanziale azzeramento degli stessi, laddove l'offerta sottoposta a verifica sia stata ritenuta congrua[71]. Si ritiene che in queste ipotesi la stazione appaltante non sia tenuta, anche

[69] L'uso del plurale è d'obbligo in ragione dell'ampio novero di soggetti legittimati a contestare il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha reputato congrua l'offerta sottoposta a verifica, che può essere impugnato non solo dal concorrente che segue in graduatoria, ma anche da ulteriori *competitores*. Per un caso in cui è stato ritenuto ammissibile il ricorso proposto dal terzo graduato, di recente, TAR Piemonte Torino, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2553, *www.giustamm.it*, che ha sottolineato come l'eventuale annullamento del provvedimento impugnato non avrebbe determinato l'automatica aggiudicazione in favore dell'impresa seconda graduata giacché anche l'offerta di quest'ultima doveva essere sottoposta a verifica di anomalia. Sempre nella pronuncia, si è affermato in termini ancor più generali che in tutte le ipotesi in cui tra l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa collocatasi prima e l'aggiudicazione alla seconda classificata s'inserisce un elemento di alea, l'impresa terza classificata può agire in sede giurisdizionale a tutela del proprio interesse strumentale, «riguardato nell'ottica di una qualificata *chance* di conseguire l'aggiudicazione».

[70] Sul punto S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, *Dir. proc. amm.*, 2002, 521 nota come i procedimenti di valutazione comparativa concorrenziali, per la loro naturale attitudine a distribuire utilità e per la loro ineludibile componente competitiva, rappresentino una della categorie a più alto tasso di «litigiosità».

[71] In questo senso, cfr. TAR. Campania, Napoli, sez. IV, 3 giugno 2024, n. 3521: «È necessario un giudizio particolarmente motivato solo nell'ipotesi in cui la valutazione di anomalia o meno di un'offerta risulti di segno negativo, ossia esiti, a seguito dell'esame delle giustificazioni prodotte dall'impresa aggiudicataria in sede procedimentale ovvero acquisite in seno al subprocedimento delineato dall'art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [n.d.r. ora art. 110 del d.lgs. n. 36/2023], in un giudizio finale di non congruità; qualora il giudizio risulti di segno positivo, dichiarando la congruità e bontà dell'offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l'assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell'amministrazione (ovvero della commissione appositamente nominata) essere operata anche *per relationem* alle giustificazioni prodotte». Cfr., nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; TAR Trentino Alto Adige Bolzano, 26 giugno 2009, n. 230; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2007, 441; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949; Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5314, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2939; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1853, *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 952; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 4 novembre 2009, n. 10828, cit.; TAR Piemonte Torino, sez. I, 10 novembre 2008, n. 2858; TAR Lazio Roma, sez. III *quater*, 7 aprile 2008, n. 2919; TAR Lazio Roma, sez. III, 19 febbraio 2008, n. 1462; TAR Lazio Roma, sez. III, 6 febbraio 2008, n. 1026. In senso contrario, Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, cit., e *Cons. Stato*, 2001, I, 2658, ove si assume che «l'obbligo di motivazione del giudizio sulle offerte anomale si impone non solo nel caso di giudizio finale negativo (l'offerta è ritenuta anomala) ma anche nel caso di giudizio finale positivo (l'offerta è

ISSN 2036-7821

per ragioni di economicità e tempestività dell'azione amministrativa[72], a rendere un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili (o espressiva di ulteriori apprezzamenti), con la conseguenza che sarebbe sufficiente anche una motivazione *per relationem* alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente. In tal caso, spetterà a chi ricorre contro l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui possa evincersi che la valutazione dell'amministrazione sia manifestamente irragionevole[73].

Questa significativa attenuazione degli oneri gravanti sulla stazione appaltante poggia sul presupposto secondo cui le giustificazioni scritte dei concorrenti possono considerarsi acquisite al procedimento, rendendo possibile la *relatio*[74]. Ovviamente, se i chiarimenti sono stati forniti solo oralmente (evenienza espressamente ammessa nel vecchio quadro normativo), sarà indispensabile procedere alla verbalizzazione degli stessi, pena l'illegittimità del provvedimento stesso[75].

Le giustificazioni rese dall'impresa divenuta aggiudicataria, quindi, finiscono per essere parte integrante del provvedimento conclusivo del sub-procedimento di verifica e divengono l'unico bersaglio contro cui appuntare eventuali censure.

In sede giurisdizionale, infatti, i soggetti controinteressati vengono in qualche misura "costretti" ad indirizzare le loro doglianze non già contro il provvedimento della stazione appaltante, bensì avverso le giustificazioni rese dal proprio *competitor*, in un sistema processuale che, nonostante le sempre più ampie aperture, rimane ancora

---

ritenuta non anomala e risulta perciò aggiudicataria), e tanto sia in ossequio all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi (art. 3, l. n. 241/1990), sia a tutela della *par condicio* dei concorrenti, essendo da un lato interesse dell'escluso poter controllare il giudizio di anomalia negativo, e dall'altro lato interesse dei non aggiudicatari poter controllare il giudizio positivo». Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. II *ter*, 9 luglio 2008, n. 6478; TAR Lazio Roma, sez. III *bis*, 12 dicembre 2007, n. 12973; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1231, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 769; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2517, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 403, ove si assume che in presenza di un ribasso particolarmente consistente occorre un'istruttoria particolarmente rigorosa e una conseguente motivazione congrua e dettagliata.

[72] Tali esigenze vengono richiamate da Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481, cit., che aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritenendolo espressione del miglior punto di equilibrio «fra il dovere di garantire la *par condicio*, le esigenze di salvaguardare gli spazi di autonomia tecnico discrezionale riservati all'amministrazione, l'economicità e la tempestività dell'azione amministrativa apprezzate in chiave sostanzialistica, conformemente al disegno riformatore enunciato nei principi divisati dall'art. 1, l. n. 241 del 1990».

[73] Così Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, cit. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 55, ove si ribadisce che per «per la pacifica giurisprudenza amministrativa, le valutazioni della commissione sulla non anomalia della offerta – in quanto basate su valutazioni di natura tecnico-discrezionale – sono censurabili in sede di legittimità solo ove risultino manifestamente ingiustificate o irrazionali, sulla base delle specifiche censure formulate da chi le contesti». Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066; Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2023, n. 8640.

[74] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2002, n. 4094, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1633.

[75] Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080, *Urbanistica e app.*, 2004, 671, con nota adesiva di R. De Nictolis, *Offerta «non anomala» e obbligo di motivazione*, che ha annullato per difetto di motivazione il giudizio di non anomalia di un'offerta, supportato da un verbale ove ci si è limitati a dare atto dell'incontro con i rappresentanti dell'impresa interessata, senza specificare i contenuti dei chiarimenti forniti.

ISSN 2036-7821

saldamente ancorato all'impugnazione di atti amministrativi.
Un simile contesto, così peculiare, ha portato la giurisprudenza a ritenere ammissibili i motivi di impugnazione articolati da un concorrente avverso le giustificazioni rese dall'impresa (la cui offerta è stata ritenuta congrua), piuttosto che contro il giudizio formulato al riguardo dall'amministrazione[76].
A questo punto, c'è da chiedersi cosa accada se il giudice amministrativo ritiene di accogliere le censure mosse avverso le giustificazioni rese dall'aggiudicatario
Non potendo dichiarare l'offerta anomala (perché ciò implicherebbe un inammissibile esercizio di una funzione di amministrazione attiva), la sentenza di accoglimento del ricorso dovrà limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato (nella parte in cui ha condiviso le giustificazioni rese dal concorrente anziché rigettarle) con salvezza delle ulteriori determinazioni dell'amministrazione[77].
Tuttavia, in ragione dei limitati effetti conformativi del giudicato di annullamento, la stazione appaltante potrà successivamente emettere un provvedimento di identico contenuto dispositivo dichiarando nuovamente la congruità dell'offerta per ragioni diverse da quelle ritenute inaccettabili dall'organo giurisdizionale, salvo le precisazioni che si faranno nel prosieguo in presenza di plurimi annullamenti con la possibile applicazione del principio del cd. *one shot* temperato.

6. I confini del sindacato giurisdizionale tra tradizione e innovazione.

Le limitazioni agli spazi di tutela riconosciuti al concorrente pregiudicato dal provvedimento conclusivo del procedimento di verifica di anomalia non attengono solo al tipo di intervento che il giudice amministrativo può assumere all'esito del giudizio, ma anche, e soprattutto, all'ampiezza degli spazi di cognizione di cui dispone nel vagliare la "bontà" delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante; questione che si inserisce nella più generale e controversa tematica del sindacato giudiziario sulla c.d. discrezionalità tecnica[78].

---

[76] La questione viene affrontata da Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit., che, dopo aver pienamente aderito al consolidato orientamento secondo cui, laddove l'amministrazione consideri congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su una motivazione espressiva di ulteriori apprezzamenti o ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili, aggiunge che «se questo è vero, però, ciò non significa che sia preclusa agli altri concorrenti la possibilità di sollecitare in sede giurisdizionale la valutazione della legittimità dell'operato dell'amministrazione […] ed allora, potendo in questo caso legittimamente mancare una espressa e analitica motivazione, l'impugnazione delle determinazioni della stazione appaltante non potrà che concentrarsi sulle giustificazioni fornite dal concorrente, al fine di censurare indirettamente il giudizio positivo al riguardo formulato dall'amministrazione medesima. Pertanto, non è per il mero fatto di aver diretto le proprie critiche avverso le giustificazioni fornite dal R.T.I. [aggiudicatario], piuttosto che contro il giudizio al riguardo formulato dall'Amministrazione, che può affermarsi nella specie la inammissibilità dei motivi di impugnazione articolati in punto di congruità-anomalia dell'offerta».

[77] Come statuito nella pronuncia resa da Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit.

[78] La letteratura sul tema è sconfinata. Tra i contributi più risalenti si segnalano E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, *Giur. it.*, 1910, IV, 10; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*,

ISSN 2036-7821

Anche gli autori che si sono occupati specificatamente del sindacato del giudice amministrativo sui giudizi di anomalia non hanno individuato peculiarità tali da indurre a una trattazione della questione avulsa dalla tematica più ampia[79]. L'attenzione della dottrina è stata più che altro sospinta dalla ricca casistica giurisprudenziale, caratterizzata da alcune aperture verso forme di controllo più penetranti rispetto a quelle tradizionali, astrette nella mera verifica di logicità e

---

Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *Dir. proc. amm.*, 1983, 371; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1983; F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa,* Padova, 1986; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione,* in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 403; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, *Dir. proc. amm.*, 1992, 685; G. PELEGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158. Più recenti e sempre di ampio respiro gli studi di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 e N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000. A seguito della storica sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, *Foro it.*, 2001, III, 9 (con nota di richiami ed Osservazioni di A. Travi) e con la successiva introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo la tematica ha suscitato un rinnovato interesse della dottrina testimoniato dai tanti contributi dell'ultimo decennio, tra cui D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, *Giornale dir. amm.*, 1999, 1179; G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, *Giust. amm.*, 2002, 1203; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 80; F. AGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, *Urbanistica e app.*, 2003, 448; F. AULETTA, *In tema di consulenza tecnica nel giudizio davanti al tribunale amministrativo regionale*, osservazioni a Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292, *Giust. civ.*, 2001, I, 2244; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *Dir. proc. amm.*, 2000, 185; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, *Urbanistica e app.*, 2000, 1340; F. LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, *Giornale dir. amm.*, 2003, 596; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, *Giur. it.*, 2000, 2402; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.,* nota a Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, *Urbanistica e app.*, 2001, 873; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205, Foro Amm. T.a.r.*, 2002, 2251; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2004, 983; ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 791; E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2023, 558.

[79] Cfr. M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, 350; A. AMORE, *Il giudizio di anomalia dell'offerta nella nuova "stagione" dei principi della contrattualistica pubblica: il valore del principio di risultato e la metamorfosi del sindacato giurisdizionale (?)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 14, 345; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in tema di anomalia dell'offerta*, in *Il correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 289; E. GIARDINO, *Le offerte anomale nelle gare di appalto pubbliche*, *Riv. trim. appalti*, 2003, 432, nota a Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217; G. MANGIALARDI, ***Il sindacato del g.a. sulla valutazione di anomalia dell'offerta,* in *Urbanistica e app.,*** 2004, 83; A. MIGLIORE, *Discrezionalità tecnica ed obbligo di motivazione nel giudizio sull'anomalia dell'offerta di gara*, *Giust. amm.*, 2004, 160; M.G. DELLA SCALA, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni tecniche e il controllo giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2003, n. 4409, *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3345; L. FUMAROLA, *Offerte anomale: un passo avanti verso il sindacato diretto del giudizio di anomalia?*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2003, 460; M. LONGO, *Sindacato sulle valutazioni di anomalia delle offerte e conseguenze dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto* medio tempore *stipulato*, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 1519; S. MIRATE, *Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo*, *Urbanistica e app.*, 2007, 187.

ISSN 2036-7821

ragionevolezza estrinseca dell'operato della stazione appaltante.

Per un verso, l'orientamento tradizionale continua ad affermare l'insindacabilità in sede giurisdizionale degli esiti delle verifiche in esame, fuorché nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza[80]. Per altro verso, in molte pronunce si richiama la necessità di operare un sindacato intrinseco sull'attendibilità delle valutazioni sotto il profilo della correttezza della regola tecnica impiegata e del relativo procedimento applicativo, addentrandosi nelle modalità impiegate per stimare i costi dell'esecuzione della commessa, al fine di saggiarne l'effettiva correttezza e intervenendo ove emerga che la stazione appaltante ha posto la sua decisione al di fuori del margine di opinabilità che le è riservato[81].

I nuovi approdi giurisprudenziali fanno sì che il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica venga operato non più con gli "occhi del profano", ma con gli "occhi dell'esperto", come testimoniato dal sempre più frequente utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio. In qualche caso, isolato, i giudici si sono direttamente "avventurati" nella fitta trama dei rilievi tecnici sollevati dal ricorrente e, senza neppure avvalersi dell'ausilio di un perito, hanno annullato le determinazioni assunte dalla stazione appaltante in ragione di incongruenze ravvisate nelle soluzioni ingegneristiche ideate dal concorrente per la realizzazione dell'opera[82].

---

[80] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2025, n. 5822; Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10542, ove si ribadisce che il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere un'autonoma verifica circa la sussistenza o meno dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva valutazione dell'amministrazione; analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2024, n. 7284: "La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione". Ancora nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3854; Id., 5 marzo 2019, n. 1538; Id., 30 ottobre 2017, n. 4978; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1069; Con. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Id., 19 novembre 2012, n. 5846; Id., 23 luglio 2012, n. 4206. Al riguardo M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, cit. 355 nota come il sindacato sulle valutazioni in materia di anomalia si riveli ancora in larga parte insoddisfacente, impedendo una tutela piena ed effettiva.

[81] Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, *Urbanistica e app.*, 2008, 1164; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *Urbanistica e app.*, 2007, 187; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563, *Urbanistica e app.*, 2005, 734; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, cit., e *Foro it.*, 2003, III, 508.

[82] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit., ha annullato l'aggiudicazione disponendo la rinnovazione della verifica di anomalia, all'esito di un sindacato sulla congruità dei costi indicati dall'offerta aggiudicataria per le operazioni di realizzazione di banchine a mezzo di cassoni cellulari condotto attraverso la

ISSN 2036-7821

Ancora incerta, invece, è la possibilità di introdurre in corso di giudizio nuovi elementi non vagliati nel corso del procedimento amministrativo di verifica di anomalia.

La giurisprudenza ha fornito al riguardo risposte non sempre lineari.

Se, da un lato, si è osservato che in virtù di una non meglio precisata «finalità deflattiva del meccanismo normativo di verifica della congruità dell'offerta» non potrebbero essere articolate per la prima volta in sede giurisdizionale giustificazioni che non siano state proposte nell'ambito del sub-procedimento amministrativo svoltosi dinanzi alla stazione appaltante[83] , dall'altro, si è assunto che il CTU possa prendere in considerazione i rilievi esposti nel ricorso incidentale promosso dalla controinteressata e ritenere legittimo il provvedimento di esclusione per anomalia (impugnato dal ricorrente principale) in ragione di considerazioni diverse da quelle esposte in sede amministrativa[84].

Ad ogni modo, è doveroso segnalare che le significative aperture verso un sindacato intrinseco vengono puntualmente accompagnate dal richiamo alla necessità di evitare, in ogni caso, che il giudice (o il CTU) si sostituisca all'amministrazione quando questa sia pervenuta a una soluzione che, sebbene opinabile, sia comunque accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica[85], scongiurando, altresì, il rischio di un'integrale ripetizione delle operazioni valutative, ritenuto incompatibile con il principio di separazione dei poteri[86].

Tale rischio, invero, appare ancor più accentuato ove si considerino le conclusioni raggiunte in merito alla finalità dell'istituto in esame.

Si è visto che mentre il controllo di serietà dell'offerta si condurrebbe nel solco tracciato dal procedimento amministrativo e dei dati ivi raccolti grazie alle giustificazioni – esaurendosi in un confronto tra quanto indicato dal concorrente e quanto effettivamente comprovato dallo stesso nel corso del contraddittorio – quello di realizzabilità può richiedere l'acquisizione di elementi ulteriori, sopravvenuti o semplicemente inediti. Questa profonda diversità fa sì che può rendersi necessaria la disamina in sede giurisdizionale di elementi estranei rispetto a quelli già vagliati dall'amministrazione, inducendo il giudice, o i suoi ausiliari, ad «accantonare la bilancia per impugnare la spada»[87].

---

disamina di complesse questioni tecniche (sviluppate nella motivazione della sentenza) relative alle modalità di collocazione in mare dei manufatti.

[83] In questo senso, Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2008, n. 4494.

[84] Come reputato ammissibile da Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, cit.

[85] Tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, cit.

[86] Per tutte, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3769.

[87] La simbologia è ripresa dalla felice metafora di F. LEDDA, *op. cit.*, 434, che ricordava come i dubbi di carattere scientifico non si prestino a essere risolti con lo strumento del potere e che, sotto questo aspetto, «la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore». Ciononostante l'insigne Autore riteneva che l'intervento del giudice si giustificasse solo laddove il giudizio dell'amministrazione fosse risultato inattendibile per

ISSN 2036-7821

V'è da dire che secondo la giurisprudenza più recente l'accertamento di carenze istruttorie in seno al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta non ridonda nel sindacato su poteri non ancora esercitati purché l'esito di tale accertamento sia la riedizione del potere da parte dell'amministrazione e non l'intervento sostitutivo diretto da parte del giudice amministrativo[88].

Un'apertura a forme di sindacato sostitutivo si rinviene solo nei casi di duplice annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi e ciò mediante un'applicazione analogica della regola del c.d. *one shot* temperato, codificata per i procedimenti a istanza di parte dall'art. 10 bis della l. n. 241/1990[89]. Solo in presenza di tale annullamento l'amministrazione, in sede di riesercizio della propria discrezionalità tecnica, sarà tenuta ad esaminare l'affare nella sua interezza, con la conseguenza che, in caso di annullamento anche del secondo provvedimento, la discrezionalità si sarà definitivamente consumata e il successivo atto avrà contenuto vincolato[90].

Tanto con la conseguenza che l'eventuale terzo provvedimento potrà essere sindacato anche nel merito con interventi sostitutivi dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza al giudicato[91].

Ricostruiti sinteticamente gli approdi giurisprudenziali, v'è ancora da dire che le limitazioni frapposte al sindacato giurisdizionale si fondano sull'idea, invero spesso non esplicitata, secondo cui l'attività di verifica di anomalia dell'offerta andrebbe qualificata come esercizio di un vero e proprio potere pubblico.

Tale assioma, tuttavia, non è del tutto accettato in dottrina.

---

l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Diversamente, qualora il medesimo giudizio fosse risultato corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, si reputava comunque preclusa al giudice la possibilità di sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe stato opinabile pur esso.

[88] Cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10542.

[89] In forza del citato principio di fonte pretoria, l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto avente contenuto discrezionale, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza poter in seguito tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Ricostruisce in questi termini il principio Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2080. Analogamente cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480. Notano come tale principio costituisca il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi Cons. Stato, , sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

[90] Giunge a queste conclusioni Cons. Stato, 10542/2024, cit. che riforma la sentenza di prime cure che aveva disposto direttamente l'aggiudicazione in favore della ricorrente conseguentemente all'annullamento del giudizio di congruità dell'offerta controinteressata. Si assume nella pronuncia che in assenza di un preventivo vaglio giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo a contenuto discrezionale, intervento sostitutivo del giudice trasmodi in eccesso di potere giurisdizionale, traducendosi "in un'attività che non si esaurisce nello *ius dicere*, ma che esonda in ambiti tipici di amministrazione attiva". In senso analogo, cfr. Cons. Stato, V, 21 ottobre 2024, n. 8437; Id., 17 novembre 2022, n. 10131; IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2520; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772; Id., 23 maggio 2019, n. 6419.

[91] Cfr. Cons. Stato, 10542/2024, cit.

ISSN 2036-7821

Si è anche ipotizzato che le regole disciplinanti le procedure di evidenza pubblica possano essere qualificate come forme di limitazione dell'autonomia negoziale, piuttosto che come norme attributive di poteri riservati.
Se ci si muove in questa diversa prospettiva, ovverosia se le disposizioni in materia vengono riconsiderate come facenti parte di una disciplina speciale (inquadrata pur sempre nella più ampia regolamentazione dell'attività contrattuale di diritto comune) che lascia inalterata l'originaria qualificazione privatistica degli strumenti di cui dispongono i soggetti aggiudicatori, in forza della loro capacità giuridica di diritto privato, si è portati anche a dubitare della permanente applicabilità dei paradigmi pubblicistici[92]: innanzitutto di quelli che discendono dai peculiari rapporti intercorrenti tra il potere amministrativo e il potere giudiziario.
È chiaro, infatti, che una volta abbandonata la qualificazione in termini autoritativi dell'attività di valutazione della congruità delle offerte, non sarà più possibile rifugiarsi nei rassicuranti confini della discrezionalità amministrativa e/o tecnica, invocabile solo fin quando permanga la necessità di salvaguardare la separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo. Diversamente, derubricando le valutazioni in questione dall'attività autoritativa a quella privatistica, viene meno qualsivoglia ragione che possa giustificare il permanere di limitazioni di sorta al grado di incisività del sindacato giurisdizionale.
Gli scenari che si presentano al cospetto dell'interprete alla luce di questa diversa prospettiva hanno contorni che vanno ben al di là dell'istituto in esame, coinvolgendo i molteplici momenti tecnico valutativi in cui si articolano le procedure di evidenza pubblica, con significative ricadute applicative.
Ci si trova di fronte, quindi, a questioni sulle quali gli studiosi e la giurisprudenza dovranno continuare a interrogarsi, nella prospettiva di garantire che le imprese operanti nel mercato europeo possano disporre di un sistema di tutela giurisdizionale effettivo e coerente con i nuovi principi che orientano la materia.

[92] Sul tema si rinvia alle diffuse considerazioni di S. VINTI, *Limiti funzionali*, cit., spec. 600 ss., che sottolinea come «l'idea che la procedura di scelta del contraente si sostanzi nell'esercizio di potestà autoritative non sembra poi così irresistibile»; nonché a quelle di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, *Foro it.*, 1999, I, 3222, secondo l'illustre studioso le posizioni giuridiche soggettive che le disposizioni comunitarie in materia di appalti riconoscono agli operatori privati vanno qualificate come diritti soggettivi e non già come interessi legittimi.

ISSN 2036-7821