

queste istituzioni

L'equivalenza dei criteri di
aggiudicazione degli appalti come
tutela dell'*interest rei publicae*

Nicola Andriulli

Numero 4/2021
31 dicembre 2021

L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione degli appalti come tutela dell'*interest rei publicae*

di Nicola Andriulli*

Sommario

1. Introduzione. – 2. I criteri di selezione delle offerte. Evoluzione normativa e giurisprudenziale. Gli interventi dell'AVCP. – 3. La scelta del criterio di aggiudicazione. Equivalenza dei due criteri e suo superamento: la Direttiva 2014/24/UE e la legge delega n. 11/2016. – 4. Il nuovo orientamento del d.lgs. n. 50/2016: il d.l. n. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri), il d. l. n. 76/2020 e il d.l. n. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni bis). – 5. La funzionalità dei criteri di aggiudicazione all'interesse pubblico. Opportunità dell'equivalenza. – 6. Natura giuridica dell'atto di scelta del criterio di aggiudicazione. – 7. Analisi di alcune ipotesi di discrezionalità della stazione appaltante. – 7.1. Il potere di non aggiudicazione dell'appalto nel caso di nessuna offerta idonea o conveniente. – 7.2. Il sub-procedimento di anomalia dell'offerta. – 7.2.1. L'anomalia dell'offerta: l'utile pari a zero. – 7.3. La revoca dell'aggiudicazione. – 8. Conclusioni. L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione alla luce dei compiti del RUP. – 8.1. Conclusioni. L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione alla luce della prossimità della stazione appaltante all'oggetto del contratto. La scelta tra procedure ristrette e procedure aperte. – 8.2. Conclusioni. La discrezionalità quale predicato fisiologico dell'azione della stazione appaltante. L'equipollenza dei criteri di aggiudicazione come tutela dell'interesse pubblico.

Sintesi

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di dimostrare come il principio di equivalenza dei criteri di aggiudicazione sancito nel d.lgs. n. 163/2006, parzialmente superato nell'attuale Codice degli Appalti, sia funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico di cui la stazione appaltante è portatrice ed al corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali all'interno del mercato di riferimento.

Tale obiettivo viene raggiunto muovendo dalla previgente disciplina in materia, dove la scelta del canone di selezione della migliore offerta era affidato alla discrezionalità dell'Amministrazione.

Quest'ultima era esercitata fondamentalmente nella fase di formazione della volontà della stazione appaltante ed acquistava particolare pregnanza ove chiamata a non aggiudicare il contratto o a revocare l'aggiudicazione definitiva.

Il nuovo Codice degli Appalti, inizialmente, ha collocato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in posizione privilegiata, per limitarla, successivamente agli affidamenti sopra la soglia comunitaria.

* Vice Dirigente Logistico Gestionale Comando Provinciale VVF Matera.

L'esito del presente lavoro è raggiunto, dunque, attraverso un approfondito confronto tra le norme di cui innanzi con i più recenti interventi normativi, nazionali e comunitari, visti anche alla luce dei contributi forniti dalla giurisprudenza unionale e dalle riflessioni dottrinali.

Abstract

This paper aims to demonstrate how the principle of equivalence of the award criteria enshrined in Legislative Decree no. 163/2006, partially superseded in the current Procurement Code, is functional to the pursuit of the public interest of which the contracting authority is the bearer and to the correct performance of competitive dynamics within the reference market.

This objective is achieved by starting from the previous regulations on the subject, where the choice of the fee for selecting the best offer was entrusted to the discretion of the Administration.

The latter was basically exercised in the phase of formation of the will of the contracting authority and acquired particular significance when called upon not to award the contract or to revoke the definitive award.

The new Procurement Code, initially, placed the criterion of the most economically advantageous offer in a privileged position, to limit it, subsequently to the assignments above the community threshold.

The outcome of this work therefore is achieved through an in-depth comparison between the rules mentioned above with the most recent legislative interventions, both national and community, also seen in the light of the contributions provided by the EU jurisprudence and doctrinal reflections.

Parole chiave

Appalti pubblici; Criteri di aggiudicazione; Offerta economicamente più vantaggiosa.

1. Introduzione.

Il presente elaborato si pone la finalità di affrontare, in chiave critica, la disciplina dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici introdotta con il d.lgs. n.50/2016, che, riscrivendo il previgente sistema fondato sull'equiparazione degli stessi, ha fissato, limitatamente agli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria, una gerarchia al cui vertice è collocato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, significativamente modificato tanto nella nozione quanto nella struttura.

Con una scelta innovativa, il criterio del prezzo più basso è relegato ad una posizione marginale, con l'immediata ricaduta di una certa disomogeneità del sistema poiché la stazione appaltante, se negli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria è tenuta ad osservare il criterio di aggiudicazione preventivamente fissato dal legislatore, in quelli di importo inferiore a detta soglia, esercita un potere discrezionale con il quale optare per l'una ovvero l'altra formula di selezione della migliore offerta.

La trattazione muove dall'esame della coerenza delle pertinenti disposizioni interne, *id est*, la legge delega n. 11/2016 ed il d.lgs. n. 50/2016, con l'impianto della direttiva 2014/24/UE, mirando, attraverso l'equivalenza dei canoni di aggiudicazione e l'analisi delle più importanti fattispecie in cui il soggetto pubblico esprime il proprio apprezzamento, sia tecnico sia amministrativo, ad evidenziare l'inopportunità delle recenti soluzioni normative.

Allo scopo contribuiscono, altresì, gli ultimi interventi legislativi, ossia il d.l. n. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri), il d.l. n. 76/2020, il d.l. n. 77/2021 e le loro rispettive conversioni in legge, che hanno inciso sensibilmente su alcuni istituti fornendo ulteriori spunti di riflessione.

Necessaria chiave di lettura si pongono la verifica della funzionalità di queste innovazioni al perseguimento dell'*interest rei publicae*, e, non disgiunte, le prospettive della legislazione comunitaria, cioè la creazione di un uniforme quadro normativo in materia di contratti pubblici ed il regolare svolgimento del sistema concorrenziale.

Gli ambiti dell'evidenza pubblica interessati sono quelli delicati in cui si tracciano le coordinate per garantire una corretta azione amministrativa, ossia la fase prodromica alla gara e quella della sua celebrazione.

L'elaborato, pertanto, giunge sino all'aggiudicazione, chiusura del momento pubblicistico, connotato, da un verso, dall'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'Amministrazione, la quale può essere chiamata più volte a formulare le proprie valutazioni attraverso la discrezionalità tecnica e, con lo *ius poenitendi*, anche quella amministrativa; dalla coerenza del rispetto dei principi comunitari, dall'altro.

La successiva stipulazione del contratto, dal quale, per le parti, scaturisce la reciprocità di obblighi e diritti, infatti, inaugura la fase negoziale che, retta da norme civilistiche, principalmente per il profilo esecutivo, vede i contraenti in posizione di tendenziale parità.

2. I criteri di selezione delle offerte. Evoluzione normativa e giurisprudenziale. Gli interventi dell'AVCP.

I criteri di aggiudicazione sono gli strumenti mediante i quali, all'interno di una procedura ad evidenza pubblica, è selezionata la proposta più adatta a perseguire l'interesse dell'Amministrazione.

In una visione più generale, sebbene siano indirizzati verso l'unico obiettivo dell'acquisizione della migliore prestazione tra quelle presentate dai competitori, essi presentano caratteristiche e strutture estremamente diverse che ne giustificano la distinta regolamentazione.

La normativa nazionale di riferimento in materia, inizialmente, era l'art. 21 l.n. 109/1994¹, che operava una netta distinzione in merito alla loro applicazione, privilegiando il criterio del prezzo più basso per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, mentre, per gli appalti di importo ad essa superiore, stabiliva l'equivalenza con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale impostazione, sebbene ispirata dalla precisa volontà di ridurre gli spazi dove corruzione e collusione potessero insinuarsi, mal si conciliava con la direttiva 93/37/CEE che, all'art.30 n.1, li aveva collocati in posizione paritetica².

Sul punto, la dottrina maggioritaria riteneva che il legislatore comunitario si fosse limitato a sancire l'equivalenza dei due criteri di aggiudicazione³, mentre, per le prestazioni dettagliatamente definite sotto il profilo tecnico, insuscettibili di modifiche ovvero di miglioramenti, latitando un'esplicita riserva in favore dell'Amministrazione, si affermava la possibilità di una aprioristica determinazione normativa dell'impiego del canone del prezzo più basso⁴.

Affrontando il tema della compatibilità dell'art.21 l.n. 109/1994 con la finalità perseguita dalla Direttiva di garantire una concorrenza effettiva⁵, la Corte di Giustizia interveniva con la sentenza 7 ottobre 2004 nel procedimento C-247⁶.

La pronuncia poneva l'accento sulla circostanza in forza della quale la fissazione a livello legislativo, quindi in termini generali ed astratti, di un criterio di affidamento degli appalti di lavori pubblici spogliava le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prenderne *in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari*, impedendo, *singillatim*, l'individuazione

¹ L.n.109/1994, art. 21 c.1 e c.1-ter.

² Direttiva 93/37/CEE, art. 30, par.1: «1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico».

³ F. DEGNI *Il criterio del prezzo più basso e l'aggiudicazione degli appalti di lavori: la svolta viene dalla Corte di giustizia*, in www.giustamm.it, 2004.

⁴ R. BARATTA, *Sul criterio di aggiudicazione dell'appalto di lavoro pubblico di cui all'art.30 c.1, della direttiva n. 93/37/CEE*, in *Giust. Civ.*, 2004, 12, 2898.

⁵ Direttiva 93/37/CEE, Considerando 2: «considerando che la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

⁶ Corte di Giustizia C.E. sent. 7 ottobre 2004, in causa C- 247/02: «35. Si deve rilevare che la direttiva, come emerge dal suo secondo "considerando", mira a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici (v. sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. pag. I-5697, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 89)», in <https://curia.europa.eu>.

di quello più adatto *a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta*.

La Corte concludeva mettendo in rilievo sia l'opportunità di porre sullo stesso piano i due criteri sia la strumentalità della scelta discrezionale tra gli stessi alla tutela della concorrenza ed all'acquisizione di una prestazione idonea, sotto il profilo tecnico ed economico, a soddisfare l'interesse pubblico.

Dello stesso tenore era la Determinazione n. 6/2005⁷, con la quale l'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici, condividendo l'orientamento seguito dal giudice comunitario, ribadiva che la scelta del sistema di selezione del miglior contraente affidata alle singole amministrazioni aggiudicatrici costituiva attuazione del principio di libera concorrenza previsto nell'art. 81 del trattato UE.

L'impostazione della giurisprudenza unionale ha successivamente trovato rango normativo nella Direttiva 2004/18/CE, segnatamente nel Considerando 46, il quale individuava nella comparazione delle offerte e nella loro valutazione oggettiva gli strumenti per garantire la parità di trattamento, consentendo, in questo modo, *all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto*, nonché nell'art. 53, nel quale erano cristallizzati i principi di equivalenza e tassatività dei criteri di aggiudicazione.

Con il primo, si affermava l'attitudine di entrambi a garantire tanto il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, elemento necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico, quanto il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Il secondo, invece, escludeva il ricorso ad altri criteri di affidamento delle commesse pubbliche, emergendo, diversamente, una scelta adottata in violazione di legge.

⁷ Determinazione Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici n. 6/2005: «In sostanza, dunque, la libera scelta in merito ai criteri di aggiudicazione da utilizzare, che si intende salvaguardare a favore delle singole amministrazioni aggiudicatrici, viene giustificata dal Giudice comunitario alla luce della più efficace attuazione del principio della libera concorrenza, sancito dall'art. 81 del Trattato UE, che costituisce uno dei principi generali del diritto comunitario. Poiché, come è noto, tali principi generali, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia ormai comunemente accettata, devono ritenersi applicabili anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, dalle conclusioni del Giudice comunitario discende che, essendo applicazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario, la libertà di scelta in merito al criterio di aggiudicazione da utilizzare spetta alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le ipotesi in cui le stesse lo riterranno opportuno; quindi, non solo nei casi espressamente previsti dal legislatore nazionale (appalto concorso, concessione di costruzione e gestione, appalti di importo superiore alla soglia comunitaria con prevalenza della componente tecnologica o con particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali), ma per tutti gli appalti che ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva (appalti sopra soglia) ed anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria», in www.anticorruzione.it.

Il d.lgs. n.163/2006 recepisce integralmente le disposizioni sovranazionali, riconoscendo la pari idoneità funzionale di entrambi gli strumenti di aggiudicazione ed introducendo l'innovazione dell'estensione della loro disciplina anche agli appalti di servizi e forniture.

Sull'argomento, la Determinazione AVCP n. 5/2008, seguendo l'indirizzo della giurisprudenza unionale, evidenziava come la *ratio* di cui al c.1 dell'art. 81 del d.lgs. n.163/2006 fosse quella «della scelta del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante, in modo indipendente dal tipo di procedura adottata e tenuto conto della maggiore adeguatezza rispetto all'oggetto del singolo contratto. Da tale impostazione normativa deriva l'impossibilità di dare indicazioni preventive ed astratte circa la scelta del criterio più adeguato senza incorrere nel rischio, peraltro già censurato dalla Corte di Giustizia, di privare “le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta”. [omissis]»⁸.

3. La scelta del criterio di aggiudicazione. Equivalenza dei due criteri e suo superamento: la Direttiva 2014/24/UE e la legge delega n. 11/2016.

Posti *aeque principaliter* entrambi gli strumenti per l'individuazione della migliore offerta, l'art.81 c.2 d.lgs. n. 163/2006 rimetteva alle stazioni appaltanti la scelta di quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto.

⁸ Determinazione AVCP n. 5/2008: «3. Ritenuto quanto sopra, l'Autorità ritiene tuttavia opportuno fornire le presenti indicazioni affinché, nel rispetto del citato principio di equivalenza tra i due criteri, possano essere di ausilio agli operatori del settore nella scelta del criterio di aggiudicazione effettivamente più “adeguato” ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse sotteso all'indizione della gara.

4. Allo scopo appare utile, quindi, ribadire che la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione (da intendersi quale mera discrezionalità tecnica e non certo amministrativa) è conformata, in primo luogo, da quanto previsto nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, dove viene chiaramente evidenziato come “l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza”.

Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia al fine di sviluppare una concorrenza effettiva deve adottarsi una modalità di attribuzione degli appalti tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi (sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, punto 89).

In secondo luogo, come previsto nell'art. 81, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 “Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell' oggetto del contratto”.

Le stazioni appaltanti, pertanto, sono vincolate, nella scelta del criterio di aggiudicazione, a valutarne l'adeguatezza in aspetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto.

Ciò comporta che, nella fase di elaborazione della strategia di gara la stazione appaltante è tenuta ad interrogarsi se lo specifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia più adeguatamente soddisfatto tenendo conto esclusivamente del fattore prezzo o se, invece, sia preferibile valutare una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte», in *www.anticorruzione.it*.

Il *discrimen* tra i due criteri si potrebbe definire di natura soggettiva, in quanto perimetrato dal ruolo svolto dalla stazione appaltante nella definizione dell'oggetto del contratto, esclusivo nel criterio del prezzo più basso, concorrente nell'altro.

Il primo, infatti, in virtù della puntuale descrizione della prestazione richiesta, è privo del momento della valutazione del profilo tecnico, per cui l'affidamento è disposto in favore dell'impresa che ha presentato l'offerta economicamente meno onerosa per l'Amministrazione; diversamente si atteggiano gli elementi alla base del secondo, in cui la prestazione da acquisire è soltanto tratteggiata poiché suscettibile di miglioramenti che il competitore deve individuare e proporre, collocandosi, in questo modo, in una posizione collaborativa.

Contributi da parte dell'AVCP⁹ e della giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁰ chiarivano come il criterio del prezzo più basso si presentasse funzionale all'interesse pubblico per gli affidamenti aventi ad oggetto prestazioni standardizzate, a differenza di quello dell'OEPV, fondato sullo scrutinio di una pluralità di fattori variabili di natura qualitativa.

La Direttiva 2014/24/UE ripensa significativamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, accordandogli una preferenza esplicitata nella facoltà degli Stati membri di restringere l'ambito di operatività del criterio del prezzo più basso.

A tal proposito, l'affermazione contenuta nel Considerando 89 in base alla quale «tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte», annuncia il diverso modo di intendere l'OEPV rispetto alle precedenti Direttive in materia di appalti.

Qualsiasi proposta selezionata in seguito all'espletamento di una gara è da considerare vantaggiosa sotto il profilo economico, per cui si è reso necessario, da parte del legislatore sovranazionale, un intervento di natura terminologica che ha individuato l'OEPV principalmente nel miglior rapporto qualità/prezzo quale espressione di una valutazione che investe una serie di fattori (ad es. quelli ambientali e sociali)¹¹.

L'art.67¹² della Direttiva in esame include, altresì, una pluralità di paradigmi volti ad indirizzare gli operatori economici verso una competizione incentrata esclusivamente

⁹ Determinazione AVCP n.7/2011, Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture, in www.ppneurope.org.

¹⁰ *Ex pluribus*: Cons. Stato sez. V, n. 2848/2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Direttiva 2014/24/UE Considerando 89: «Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come “offerta economicamente più vantaggiosa” nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il “miglior rapporto qualità/prezzo”».

¹² Direttiva 2014/24/UE, art. 67 par .2: «L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione».

sull'aspetto qualitativo, essendo il profilo economico costituito da un prezzo ovvero da un costo fisso¹³.

La struttura dell'OEPV è innovativamente ridisegnata, altresì, dall'art.68 alla luce della metodologia del costo del ciclo di vita di un bene, di un servizio o di un lavoro (*Life Cycling Cost*)¹⁴, per cui il giudizio sulla convenienza economica della prestazione non viene più elaborato soltanto in base al prezzo di acquisizione, ma si estende sino a comprendere il suo costo totale, composto sia da costi interni che da quelli derivanti dalle esternalità ambientali, cioè dall'impatto che la prestazione stessa ha sull'ambiente¹⁵.

Spostando l'asse del discorso sulle disposizioni della legge delega e muovendo da quanto detto in merito al Considerando 89, per offerta economicamente più vantaggiosa è da intendersi anche quella che corrisponde al tradizionale criterio del prezzo più basso, il cui utilizzo, secondo l'art.67, può essere limitato a determinate amministrazioni aggiudicatrici o ad alcuni tipi di appalto, così come è possibile vietarne l'applicazione quale unico strumento di aggiudicazione.

Tale facoltà, se non viene contemplata all'interno della legge delega, la quale indica, tra i principi di indirizzo, la regolamentazione *di caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta*¹⁶, trova piena attuazione nel nuovo Codice degli Appalti, e, segnatamente, nell'art. 95 c.4 lett. b), in cui è data la possibilità di impiegare il criterio del minor prezzo che, di conseguenza, è collocato in posizione di subalternità.

Obiter dicta, considerando che la procedura di evidenza pubblica si pone in rapporto di specialità rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo, per cui la prima non può che ispirarsi ai canoni dettati dalla seconda (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza e divieto di aggravio del procedimento), oltre a quelli espressamente indicati dal Codice degli Appalti¹⁷, poco comprensibile si presenta il rinvio della stessa legge

¹³ Direttiva 2014/24/UE, art. 67 par. 2 u. cpv.: «L'elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi».

¹⁴ Direttiva 2014/24/UE, art. 2 par. 1 n. 20): «“ciclo di vita”: tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione».

¹⁵ Direttiva 2014/24/UE Considerando 96: «Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati. I metodi impiegati dalle amministrazioni aggiudicatrici per valutare i costi imputati alle esternalità ambientali dovrebbero essere stabiliti anticipatamente in modo oggettivo e non discriminatorio ed essere accessibili a tutte le parti interessate».

¹⁶ L. n. 11/2016, art.1 c. 6 lett. ff).

¹⁷ D.lgs. n. 50/2016, art. 30 c.1; c.8.

delega relativamente «alla disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia, ai criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti»¹⁸.

4. Il nuovo orientamento del d.lgs. n.50/2016: il d.l. n.32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri), il d.l. n.76/2020 ed il d.l. n.77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni bis).

Il quadro normativo sin qui delineato è mutato in seguito al decreto legge n. 32/2019 convertito nella legge n. 55/2019 che, introducendo il c.9-*bis* all'art.36 d.lgs. n. 50/2016, conduce al parziale superamento del *favor* nei confronti del criterio dell'OEPV, adesso privilegiato solo negli affidamenti sopra la soglia comunitaria.

Il legislatore nazionale, segnatamente, ripristina l'originario equilibrio dei metodi di selezione delle migliori offerte, disponendo, tuttavia, un'equivalenza che non include le prestazioni indicate nell'art. 95 c.3.

Ciò che è agevole notare è l'assenza, all'interno della l. n.11/2016, di elementi che congiurino nel senso di stabilire o meno l'indifferenza dei criteri di aggiudicazione e di disporla in virtù della soglia comunitaria.

In realtà, tale opzione è da ricondurre alla volontà di arginare il momento di profonda crisi economica agendo sul fronte dell'accelerazione delle procedure di affidamento, e, con tale strumento, restringere i tempi del pagamento dei corrispettivi agli operatori economici.

Queste soluzioni si riflettono nell'anticipazione del prezzo, nella misura del 20% anche agli appalti di servizi e di forniture¹⁹ e nella rivisitazione del sistema degli affidamenti degli appalti al di sotto della soglia comunitaria mediante l'innalzamento dell'importo entro il quale è possibile ricorrere all'affidamento diretto²⁰.

Quest'ultima opzione, difettando della competizione tra gli operatori economici, presta il fianco all'insorgenza del rischio di una *deminutio* della tutela della concorrenza, la cui concretizzazione viene, tuttavia, scongiurata dall'obbligo del rispetto del principio di rotazione.

Con la cogenza imposta dalla situazione pandemica in corso, il legislatore è intervenuto nuovamente, con il d.l. Semplificazioni n. 76/2020 convertito nella l.n. 120/2020, sulle procedure sotto soglia, stabilendo un regime transitorio di deroga a quelle di cui all'art.36 del Codice degli Appalti, prorogato, con alcune modifiche, sino al 30 giugno 2023 dall'art. 51 d.l. n. 77/2021.

¹⁸ L.n. 11/2016, art.1 c.1 lett. g).

¹⁹ D.lgs. n.50/2016 art.35 c.18.

²⁰ Con il d.l. n.32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri) il regime dell'affidamento diretto di cui all'art. 36 c.2 risulta essere il seguente: «le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di servizi, lavori e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta [omissis]; b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto».

L'azione del legislatore, in particolare, si è concentrata sulla riduzione dei termini perentori delle procedure di affidamento al fine di assicurarne la celere conclusione²¹.

Quest'ultimo profilo investe il ruolo del RUP, posto come garante del raggiungimento degli obiettivi acceleratori fissati *ex lege*, in piena coerenza con la visione, senz'altro corretta, di *dominus* assoluto della procedura di gara.

Infatti, se i compiti relativi *alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione* sono appostati sul RUP, *a fortiori* egli deve porsi a presidio della normativa emergenziale in commento, cioè curare *il corretto e razionale svolgimento* delle stesse²².

Tuttavia, la configurabilità di una sua responsabilità erariale derivante dall'infruttuoso decorso dei termini stabiliti ovvero dalla tardiva stipulazione del contratto e della sua esecuzione può trovare fondamento nelle ipotesi di affidamento diretto, ma perplessità sorgono ove vengano celebrate procedure negoziate ovvero aperte.

Il *punctum pruriens* si ravvisa, infatti, nella durata della fase della valutazione delle offerte tecniche, prerogativa di un organo collegiale i cui componenti sono, di regola, dipendenti pubblici chiamati a contemperare gli adempimenti derivanti dall'incardinazione degli Uffici di appartenenza con quelli connessi all'incarico di membri della commissione giudicatrice.

Una scelta sicuramente rispondente all'ottica di incentivazione degli strumenti di semplificazione ed accelerazione delle procedure di aggiudicazione è stata la valorizzazione dell'inversione procedimentale di cui al c.8 art.133 d.lgs. n. 50/2016, fattispecie espressamente contemplata dall'art.56 par.2 della Direttiva 2014/24/UE²³.

Con tale strumento, le Amministrazioni hanno la possibilità di vagliare le offerte prima di verificare il rispetto dei criteri di selezione e la sussistenza di motivi di esclusione, purché utilizzino accorgimenti finalizzati ad impedire che l'affidamento venga disposto a favore di un concorrente privo dei requisiti richiesti per competere ovvero che avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara in seguito all'esperimento del soccorso istruttorio.

La Corte Costituzionale ²⁴ ha evidenziato come la *ratio* che informa l'istituto in parola si rinvenga nell'esigenza acceleratoria della procedura di gara laddove sia alto il numero dei partecipanti e l'Amministrazione non adotti misure atte a ridurlo.

In realtà, la pronuncia si spinge oltre il dettato della disposizione unionale, arrivando ad affermare l'astratta applicabilità dell'inversione procedimentale anche alle procedure negoziate «articolate in modo tale da non consentire una limitazione dei soggetti da invitare»²⁵.

²¹ D.L. n. 76/2020, art. 1 c.1 convertito nella l. n. 120/2021.

²² D.lgs. n.50/2016, art. 31.

²³ L'operatività dell'inversione procedimentale nei settori ordinari è stata prorogata sino al 30 giugno 2023 in forza dell'art.51 d.l. n. 77/2021.

²⁴ Corte Costituzionale sent. n. 39/2020.

²⁵ *Ibidem*.

Ruolo fondamentale nel perseguimento degli obiettivi di accelerazione e semplificazione, anche in questo caso, è ricoperto dal RUP, non solo alla luce dei suoi compiti, ma soprattutto perché chiamato a gestire un aspetto problematico strettamente legato all'inversione procedimentale, cioè quello del ricalcolo della soglia di anomalia nell'ipotesi di concorrenti esclusi all'esito della verifica dei requisiti o del soccorso istruttorio.

Secondo una prima impostazione, giacché il principio di invarianza della soglia di anomalia, cristallizzato nell'art.95 c.15 del Codice degli Appalti agisce in un momento successivo a quello di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, e tale fase «include anche le ammissioni e le esclusioni disposte in esito all'eventuale soccorso istruttorio, analogamente, nelle gare svolte secondo il modulo dell'inversione procedimentale, le esclusioni disposte in sede di verifica dei requisiti e di eventuale soccorso istruttorio, verificandosi ancora nell'ambito della fase di ammissione delle offerte, dovrebbero necessariamente comportare il ricalcolo della soglia di anomalia»²⁶.

L'attenzione, dunque, è posta sull'attività di verifica dei requisiti che, volta all'obiettivo rispetto della legge di gara, oblitera l'avvenuto esame delle offerte, con la conseguente necessità, estromessi i concorrenti privi dei titoli per partecipare alla gara, di determinare nuovamente la soglia di anomalia.

Condivisibile per il maggior pregio delle argomentazioni su cui poggia si presenta l'orientamento di segno opposto²⁷.

La prima considerazione riguarda l'incidenza del ricalcolo della soglia di anomalia sulla celerità dello svolgimento della gara, fortemente pregiudicata perché ne provocherebbe la «retrocessione [...] ad una fase antecedente, e quindi un appesantimento della gara, in aperto contrasto con le finalità di semplificazione procedimentale che stanno alla base dell'introduzione di tale modulo procedimentale»²⁸.

In ogni caso, l'evidenziata esigenza di impedire l'intervento di soggetti che, privi dei requisiti di partecipazione, contribuiscano alla fissazione della soglia di anomalia risulterebbe parzialmente frustrata in quanto, astrattamente, tale operazione potrebbe includere le offerte di concorrenti che dovrebbero essere estromessi dalla gara ma che non sono stati sottoposti alla verifica a campione²⁹.

Colta la *ratio* obbediente ai principi generali posti a presidio del procedimento amministrativo, probabilmente, sarebbe stato più opportuno indirizzare gli sforzi normativi³⁰

²⁶ TAR Lombardia sez. Distaccata di Brescia sent. n. 476/2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ TAR Lombardia *cit.*

²⁸ TAR Lombardia *cit.*

²⁹ TAR Lombardia *cit.*

³⁰ Così come ritiene il Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, dell'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (ITACA), reperibile in www.osservatorioappalti.unitn.it: «In fase di recepimento di questa innovazione e dei suesposti principi di natura

verso l'applicazione generalizzata dell'istituto in parola, provvedendo, non solo ad eliminarne le criticità di più immediata percezione, come ad esempio la verifica dell'anomalia dell'offerta e l'alterazione del mercato di riferimento, ma anche a dare concreta attuazione, mediante disposizioni di natura procedimentale, ai principi di trasparenza ed imparzialità.

In tal senso, utile contributo è fornito dal *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici* redatto da ITACA, nel quale l'art.56 della norma unionale è stato interpretato nel senso che «l'inversione in parola dovrebbe riguardare non tanto l'attività di verifica sostanziale del possesso dei requisiti e del rispetto dei criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, da porre in essere individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, quanto piuttosto la verifica della documentazione amministrativa ed in particolare dei contenuti e della regolarità formale del citato DGUE»³¹.

È appena il caso di citare la norma di cui alla l.p. 26 settembre 2014, n. 8, art. 4 emanata dalla Provincia Autonoma di Bolzano che, discostandosi da quanto stabilito dalla Direttiva *de qua*, sembra attribuire valenza generale all'applicazione dell'inversione procedimentale, stabilendo che nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici ricorrano a tale figura, sono esonerate dall'effettuare le verifiche a campione, procedendo alla rideterminazione della soglia di anomalia solo ove necessario³².

procedimentale, si segnala tuttavia l'esigenza di valutare le implicazioni che possono derivare dall'inversione delle fasi procedurali, sotto il profilo di una possibile alterazione della concorrenza e della trasparenza del confronto. Al fine di escludere le fattispecie a maggiore rischio di collusione, appare opportuno in fase di recepimento fornire indicazioni sulle condizioni in presenza delle quali si può ipotizzare il ricorso a questa facoltà».

³¹ Documento citato alla nota che precede.

³² L. p. Bolzano 26 settembre 2014, n. 8, art. 4: «Al capo IV della legge provinciale 22 ottobre 1993, n. 17, e successive modifiche, dopo l'articolo 23 è inserito il seguente articolo:

“Art. 23/bis (Controlli sul possesso dei requisiti)

1. Al fine di semplificare e accelerare le procedure di scelta del contraente, ridurre gli oneri a carico degli operatori economici e contrastare il contenzioso, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario, successivamente alla valutazione delle offerte. In tal caso la partecipazione alle procedure vale quale dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale come stabiliti dalla normativa nazionale, specificati ed eventualmente integrati dal bando di gara o dalla lettera d'invito.

[omissis]

3. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono della facoltà di cui al comma 1, on applicano alcuna verifica a campione.

4. Fermo restando che il possesso dei requisiti deve sussistere a far data dalla presentazione dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, l'aggiudicatario a completare o a fornire, entro un termine non superiore a dieci giorni, chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati e documenti richiesti. Qualora la prova non è fornita o i chiarimenti non confermano il possesso dei requisiti richiesti, le amministrazioni aggiudicatrici escludono il suddetto concorrente, procedono all'escussione della relativa cauzione e alla segnalazione del fatto all'Autorità competente.

Se necessario, l'amministrazione aggiudicatrice procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova applicazione.»

5. La funzionalità dei criteri di aggiudicazione all'interesse pubblico. Opportunità dell'equivalenza.

Alla luce di queste considerazioni, giova verificare se la mutata struttura e la nuova concezione del criterio dell'OEPV possano effettivamente giustificare la posizione di parziale privilegio in cui lo colloca il d.lgs. n. 50/2016, e, quindi, ricercare eventuali elementi tramite i quali si possa affermare che, rispetto a quello del prezzo più basso, per l'Amministrazione sussistano maggiori garanzie di acquisire la migliore prestazione.

La nozione di offerta economicamente più vantaggiosa presenta, accanto al paradigma tradizionale del miglior rapporto qualità/prezzo, quello del prezzo ovvero del costo alla luce del rapporto costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita (*Life Cycling Cost* di cui all'art. 96 cit.), che comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture e dei servizi.

Premesso che dignità legislativa al *LCC* era già stata riconosciuta con l'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 così come modificato dalla l.n. 221/2015 (recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali"), nella valutazione dei profili ambientali e sociali dell'offerta cui l'art. 95 c.6 fa riferimento, si scorge la volontà di tutelare interessi ulteriori rispetto alla concorrenza, premiando la prestazione qualitativamente elevata.

Il legislatore, infatti, si concentra sui profili ambientali e sociali strettamente connessi alla natura del contratto, riconoscendo nella collettività, in quanto portatrice dei corrispondenti interessi, il soggetto direttamente coinvolto dalle scelte dell'Amministrazione.

Sul filo di questo ragionamento, la valutazione positiva della prestazione non è misurata soltanto sulla sua idoneità al soddisfacimento dell'esigenza che ha determinato l'indizione della gara, ma passa attraverso aspetti che investono la collettività sulla quale gli effetti degli adempimenti contrattuali si ripercuotono.

Altro elemento di novità è la nozione di offerta economicamente più vantaggiosa estesa sino al punto da contemplare una competizione incentrata esclusivamente sull'aspetto economico.

L'art. 95 c.7 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, prevede la possibilità di una gara che verte unicamente sull'aspetto qualitativo, avendo l'Amministrazione provveduto a stabilire, preventivamente e di importo immodificabile, il prezzo ovvero il costo della prestazione.

Si tratta di una forma di OEPV in cui è completamente esclusa qualsiasi forma di concorrenza sull'aspetto economico dell'offerta.

Il superamento della classica nozione di OEPV, quale ponderata comparazione tra l'elemento tecnico ed elemento economico, ossia come il miglior rapporto qualità/prezzo, viene,

dunque, portato a compimento grazie al ruolo assegnato al profilo economico, il quale, nell'articolarsi anche in termini di costo, è rapportato all'efficacia dell'adempimento richiesto.

Parallelamente, si rende necessario indagare sull'idoneità del criterio del prezzo più basso a raggiungere gli stessi obiettivi garantiti dall'OEPV, soprattutto in un ambito come quello degli appalti di lavori, dove maggiore è l'esposizione al rischio di prestazioni qualitativamente insufficienti.

In realtà, la concretizzazione di tale pericolo, legato soprattutto al basso profitto conseguito dall'operatore economico, è impedita attraverso la previsione di un complesso sistema di calcolo della soglia di anomalia, parametrato in base al numero delle offerte presentate, nonché dalla redazione di capitolati tecnici elaborati per soddisfare le esigenze dell'Amministrazione.

Posta l'OEPV quale *tertium comparationis*, la dimostrata funzionalità del criterio del prezzo più basso alla selezione della migliore prestazione pare rendere infondato il differente trattamento regolatorio di cui è destinatario.

Si può, dunque, ritenere che, l'ontologica differenza tra i due criteri di selezione del contraente, per cui, dove l'uno si sostanzia nell'automatismo dell'affidamento, l'altro acquista la connotazione di una finalità cui deve tendere l'azione amministrativa, non impedisce di riconoscere ad entrambi pari idoneità nel raggiungimento dell'interesse pubblico.

6. Natura giuridica dell'atto di scelta del criterio di aggiudicazione.

La questione della natura giuridica dell'atto di scelta del criterio di aggiudicazione ha animato il dibattito all'interno della giurisprudenza amministrativa, la quale, inizialmente, si era pronunciata riconducendolo al merito amministrativo, per cui, sottratto al sindacato di legittimità, ne affermava la censurabilità nei limiti dell'eccesso di potere se inficiata da manifesta illogicità, arbitrarietà ovvero macroscopicamente viziata da travisamento di fatto relativamente alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto³³.

Di segno opposto, invece, la Determinazione AVCP n. 5/2008³⁴ che qualificava la scelta del criterio di aggiudicazione come espressione della «discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto. [omissis] Le stazioni appaltanti, pertanto, sono vincolate, nella scelta del criterio di aggiudicazione, a valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto».

³³ In questo senso *Cons. di Stato sez. III n. 7131/2018*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Determinazione AVCP n.5/2008, in www.anticorruzione.it.

L'orientamento appena citato pare condivisibile in virtù della considerazione che allo scrutinio effettuato dalla stazione appaltante sono estranei i profili di opportunità propri del proprio merito amministrativo, rilevando, invece, il distinto piano delle valutazioni tecniche.

In altri termini, la scelta non verte sulla convenienza dell'applicazione di un canone di selezione delle offerte ovvero di un altro, ma è fondata sulle caratteristiche della prestazione, così come definite dalla stazione appaltante stessa e rispetto alle quali sarà richiesto o meno ai partecipanti un apporto migliorativo.

Attribuire natura tecnica ovvero amministrativa alla discrezionalità della stazione appaltante equivale, in ogni caso, ad esprimere un giudizio che deve essere immune da elementi di illogicità per non essere affetto da eccesso di potere.

Il d.lgs. n. 50/2016 consegna un'impostazione che fa perno sulla soglia comunitaria, poiché, al di sopra di questa, la stazione appaltante, nell'applicazione del criterio di aggiudicazione, è vincolata alla scelta effettuata a monte dalla disposizione codicistica, con la conseguenza che, una determinazione ad essa non conforme recherebbe altra patologia, ossia l'illegittimità per violazione di legge.

7. Analisi di alcune ipotesi di discrezionalità della stazione appaltante.

A questo punto è opportuno esaminare alcune ipotesi in cui l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante svolge un ruolo di particolare pregnanza, essendovi connesse le sorti della procedura di gara.

L'interesse pubblico, in questo percorso, costituisce una chiave di lettura ulteriore per la solidità delle argomentazioni esposte.

7.1. Il potere di non aggiudicazione dell'appalto nel caso di nessuna offerta idonea o conveniente.

La prima importante fattispecie da vagliare è senza dubbio quella dell'art.81 c.3 d.lgs. n. 163/2006, che contemplava il potere di non procedere all'aggiudicazione nel caso di nessuna offerta idonea o conveniente.

Considerato espressione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, di natura discrezionale, non previsto dalle Direttive 17-18/2004, era altrettanto inedito per la normativa interna sino ad allora vigente.

Interessanti spunti di riflessione offre l'esercizio di siffatto potere nel caso di affidamento con il criterio dell'OEPV, in quanto, ove la stazione appaltante avesse riscontrato, in seguito all'esame sia del profilo economico sia di quello tecnico-qualitativo, l'inidoneità ovvero la non

convenienza della prestazione proposta, avrebbe potuto decidere di non procedere all'aggiudicazione.

La scansione procedimentale, più precisamente, portava all'avvicinarsi di valutazioni, che, sebbene solo *in nuce*, potevano porsi in contrapposizione, essendo l'una, quella formulata dalla commissione giudicatrice, relativa alla conformità delle offerte alle prescrizioni della legge di gara; l'altra, cronologicamente successiva e prerogativa della stazione appaltante, attinente alla loro convenienza ed idoneità.

In quest'ultima, infatti, secondo consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, la stazione appaltante, con un proprio *iter* logico-motivazionale, poteva formulare il suo giudizio affrancandosi dalla rispondenza dell'offerta tecnica ai requisiti richiesti dalla *lex specialis*, poiché la discrezionalità di non aggiudicare la gara concerneva «da valutazione complessiva dell'offerta (nella sua intierezza) come non rispondente alle esigenze della stazione appaltante e, pertanto, si pone su un piano generale nel quale va ricompreso, quale singolo aspetto, il superamento di un preliminare scrutinio di qualità minima da parte delle offerte in gara»³⁵.

Accanto ad «un giudizio prognostico»³⁶ relativo alla funzionalità della prestazione all'interesse pubblico, si richiedeva, altresì, un apprezzamento patrimoniale che, se avesse verificato l'eccessiva onerosità dell'offerta, *id est*, la sua non convenienza, avrebbe costituito legittimo motivo di diniego dell'aggiudicazione³⁷.

In tale contesto, la discrezionalità tecnica esercitata per la valutazione dell'idoneità dell'offerta, in ragione dei parametri ivi indicati (ad es. gli elementi di carattere estetico, ambientale, etc ...), sembrava muoversi nel ristretto ambito tracciato dalle coordinate dell'art.83 c.1. cit.

A ben vedere, l'art.68 c.4 d.lgs. n. 163/2006, nel quale era compendiato il principio di equivalenza, poneva il divieto di escludere l'operatore economico nel caso di specifiche tecniche che, seppur non conformi a quelle richieste, recassero una corrispondenza funzionale alle stesse, verificata dalla commissione giudicatrice attraverso l'esercizio della discrezionalità tecnica³⁸.

L'inveramento del principio in parola era, dunque, affidato a valutazioni censurabili se affette da eccesso di potere.

Queste considerazioni mettono in luce la diversa impostazione del nuovo Codice degli Appalti, che pare orientarsi verso una contrazione dell'area delle valutazioni riservata all'Amministrazione.

³⁵ Tar Lazio, sez.III quater n.1258/2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ A. SDANGANELLI, *Il diniego di aggiudicazione nel Codice dei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it, 2007.

³⁷ In questo senso, *Cons. Stato*, sez. IV n. 1766/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ *In questo senso*, ex pluribus: *Cons. Stato*, sez.III n.2273/2014, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'art. 95 c.12 d.lgs. n. 50/2016, infatti, sostanzialmente riproduce l'art. 81 c.3, aggiungendovi, tuttavia, l'elemento di novità costituito dalla subordinazione dell'esercizio del potere di non aggiudicazione all'inserimento di apposita clausola di riserva nel bando di gara ovvero nella lettera di invito.

Il tenore letterale della norma pone in rilievo l'aspetto problematico delle ripercussioni dell'omissione della clausola *de qua*, per cui il dubbio da sciogliere è se, in assenza di un'esplicita riserva in tal senso, una volta acclarato l'interesse pubblico a non proseguire la gara, permanga o meno la facoltà di non concludere la procedura.

In altri termini, se l'attuale disciplina richiede un'apposita previsione, quella previgente recava un potere di carattere generale che poteva essere esercitato sulla base di un semplice rinvio alla disposizione interessata.

L'impostazione allora prevalente affermava che la decisione di non portare la procedura di affidamento al suo fisiologico epilogo richiedesse, di per sé, un puntuale corredo motivazionale anche nell'ipotesi di presenza della pertinente clausola³⁹, implicitamente ammettendo l'irrilevanza di un'esplicita riserva nel bando o nella lettera di invito.

L'opposta soluzione adottata rispetto all'analoga fattispecie di cui all'art. 55 c.4 a mente del quale, in caso di una o due offerte valide, l'esercizio della facoltà di non aggiudicare era subordinata alla presenza della pertinente previsione all'interno della *lex specialis*⁴⁰, confermava l'assunto.

L'assetto regolatorio del nuovo Codice degli Appalti, invece, ove il bando di gara non preveda espressamente una simile facoltà, induce a concludere per l'illegittimità del provvedimento con il quale la stazione appaltante determina di non procedere all'aggiudicazione.

La discrezionalità conoscerebbe, dunque, un ulteriore assottigliamento.

Richiamando la matrice della norma in esame, ossia il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, è possibile acquisire una prospettiva più ampia della questione.

Invero, alla *deminutio* della discrezionalità dell'Amministrazione corrisponde un significativo *favor* delle disposizioni unionali verso gli interessi delle imprese, con inevitabile conculcazione del principio di buona amministrazione nel caso in cui venga stipulato un contratto di cui siano state preventivamente accertate la non convenienza sotto il profilo economico e l'inidoneità a soddisfare l'interesse pubblico.

L'incongruenza si riscontra ponendo mente alla portata generale del principio di equivalenza di cui all'art.68 d.lgs. n. 50/2016, che, espressione, per un verso del *favor*

³⁹ Cons. di Stato, sez. V n.6137/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰ In questo senso C. GUCCIONE, *Commentario all'art. 81*, in AA. VV. (a cura di S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti), *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2014.

participationis, e per l'altro, della discrezionalità tecnica, trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica⁴¹.

Nel dettaglio, la disposizione in commento non prevede che i concorrenti dichiarino formalmente l'equivalenza funzionale della propria prestazione, in quanto la commissione di gara può formularla anche in forma implicita⁴².

È agevole cogliere come, sia il potere di non aggiudicare previsto dall'art. 95 c.12 sia la valutazione delle specifiche tecniche ai fini dell'art.68 d.lgs. n. 50/2016 rispondano ai canoni della discrezionalità tecnica; tuttavia, se nel primo caso, è imposta l'introduzione di una riserva espressa, nel secondo, se ne prescinde, poiché, essendo evidentemente legata all'interesse pubblico, si riconosce alla competenza della commissione giudicatrice a verificare la fungibilità funzionale della prestazione una valenza generale⁴³.

I comuni denominatori delle due fattispecie dovrebbe portare alla sovrapposibilità delle rispettive discipline, realizzata attraverso l'attribuzione di un potere di natura generale: alla stazione appaltante, di non procedere all'aggiudicazione; alla commissione giudicatrice, di verificare l'equivalenza degli elementi tecnici dell'offerta a quelli richiesti dalla *lex specialis*.

In questo modo, la tutela degli interessi degli operatori economici, in ossequio al *favor participationis*, sarebbe comunque garantita mediante la censura avverso le determinazioni della stazione appaltante, mentre quest'ultima vedrebbe eliminata la sperequazione ai suoi danni e, contestualmente, trarrebbe giovamento dall'incremento delle possibilità di acquisire la prestazione più idonea a soddisfare l'interesse pubblico.

Si comprende, dunque, come privare del carattere generale il potere di non procedere all'aggiudicazione in assenza di offerte convenienti o idonee per subordinarlo ad una apposita previsione costituisca un ostacolo al soddisfacimento delle esigenze che hanno dato l'avvio alla gara e, più estensivamente, limiti gli strumenti volti all'inveramento del principio di buona amministrazione.

7.2. Il sub-procedimento di anomalia dell'offerta.

Un'ulteriore ipotesi in cui l'operato discrezionale dell'Amministrazione esibisce particolare rilevanza è rappresentata dal sub-procedimento di anomalia dell'offerta.

⁴¹ Consiglio di Stato, sez. IV, n.1863/2021, sul tema, si esprime in questi termini: «la possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione».

Il principio trova altresì applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica», in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² In questo senso: Cons. Stato, sez. V, n. 6035/2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ In questo senso: Cons. di Stato sez. III n. 7404/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

La stazione appaltante, al fine di selezionare gli operatori economici affidabili, verifica la congruità delle offerte attraverso un procedimento che si dipana in modo differente a seconda del criterio di aggiudicazione applicato.

Tale esigenza è frutto della competizione che, all'interno del mercato di riferimento, spinge le imprese a rendere appetibile la propria proposta economica, con il rischio, favorito dal risparmio di spesa, di compromettere la qualità degli adempimenti ed alterare le dinamiche di mercato.

Al fine di scongiurare il pericolo di prestazioni sicuramente vantaggiose e convenienti per l'eccessivo ribasso del costo di uno o più voci, ma carenti sotto il profilo tecnico-qualitativo, l'Amministrazione accerta «in concreto se la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale»⁴⁴.

Più di recente, approfondendo il tema, si è affermato che «il giudizio di anomalia è teso alla verifica dell'affidabilità complessiva del progetto tecnico-economico elaborato dall'offerente e non alla rielaborazione dell'offerta secondo canoni di congruità oggettivi assunti quale parametro insuperabile»⁴⁵.

In quest'ottica, la discrezionalità investe il piano della individuazione delle voci di costo ritenute fondamentali per testare la serietà ed l'attendibilità dell'offerta, divenendo, contemporaneamente, strumento di attuazione, da un lato, dei principi comunitari di *par condicio* e libera concorrenza; dall'altro, dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa desunti dall'art.97 Cost.⁴⁶.

Individuatene le motivazioni e le finalità, è necessario evidenziare come il vaglio delle offerte interessate debba essere svolto attraverso la lente della discrezionalità tecnica⁴⁷, per cui le valutazioni finali sono sindacabili esclusivamente in caso di «macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto»⁴⁸, realizzandosi, in caso contrario, «una un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica Amministrazione»⁴⁹ da parte del giudice amministrativo.

Il quadro sin qui tratteggiato rivela un'Amministrazione posta sicuramente a presidio dei principi nazionali così come di quelli comunitari, ma, soprattutto, chiamata a gestire un procedimento il cui esito si muove sul duplice crinale del perseguimento dell'*interest rei publicae* e su quello della tutela della concorrenza.

⁴⁴ Cons. St., sez.V n. 2053/ 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ Cons. Stato sez.III, n. 1361/2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ In questo senso: Cons. di Stato, sez.III n. 6442/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ ANAC Delibera n. 354/2020, in www.anticorruzione.it.

⁴⁸ ANAC Delibera n. 354/2020, in www.anticorruzione.it.

⁴⁹ Cons. di Stato sez. III, n. 211/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

Infatti, nel caso di giustificazioni insufficienti, le determinazioni della stazione appaltante possono andare, ove normativamente previsto, anche nella direzione di una sanzione espulsiva, con conseguente restringimento del numero dei competitori.

7.2.1. Utile pari a zero.

Una rinnovata attenzione intorno all'argomento può dirsi senz'altro in atto in virtù della posizione assunta dalla giurisprudenza comunitaria sul tema dell'ammissibilità di un'offerta economica pari a zero.

La *querelle* trae origine dalla definizione di appalti pubblici⁵⁰ che, in quanto contratti a titolo oneroso, cioè connotati da un sinallagma in forza del quale in capo alle parti sorge, reciprocamente, una serie di obbligazioni giuridiche, non potrebbe includere quelle figure negoziali in cui l'Amministrazione non corrisponde il prezzo a fronte dell'acquisizione di un servizio, di una fornitura o di un lavoro.

Recentemente, la CGUE sez. IV, 10 settembre 2020, in causa C-367/19⁵¹ ha risolto la questione affermando che l'offerta pari ad euro zero non è suscettibile di automatica esclusione, bensì è assoggettata al sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

Il Giudice Comunitario, in altri termini, si affranca dalla declinazione sovranazionale di contratto a titolo oneroso fornito dalla Direttiva 2014/24 per accedere ad una fattispecie negoziale in cui il sinallagma delle prestazioni si realizza tra l'implementazione curriculare o, più in generale, l'ingresso al mercato e l'acquisizione di una prestazione a costo zero: la prima, a favore dell'operatore economico; la seconda, dell'Amministrazione.

Tradizionalmente, dalla constatazione dell'impossibilità di stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta potesse considerarsi non congrua, parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato concludeva che in ogni caso dovesse essere garantito all'impresa un adeguato margine di guadagno⁵².

Ondivago era, invece, l'atteggiamento nei confronti dell'offerta pari a zero, talvolta ritenuta ingiustificata⁵³, talaltra, equiparata ad una mancata offerta⁵⁴.

Nella direzione dell'inattendibilità *ex se* dell'offerta economica così formulata, milita la considerazione in forza della quale il margine di revisione degli elementi costitutivi della proposta contrattuale non può estendersi sino ad alterarne o modificarne la logica complessiva.

⁵⁰ D.lgs. n. 50/2016, art. 3 lett. ii).

⁵¹ In <https://eur-lex.europa.eu>.

⁵² In questo senso: Cons. di Stato, sez. V n. 4755/2016; Cons. di Stato, sez. V n. 270/2018 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ In questo senso: Cons. di Stato sez. V, n. 4206/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ In questo senso: Cons. di Stato sez. V n. 1090/2016; Cons. di Stato sez. III n. 242/2016. in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Campania-Salerno, sez. I n. 1911/2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

Significativa, sul tema, è l'ascrizione, tra le clausole escludenti, e, pertanto, immediatamente impugnabili, di quella che, all'interno della *lex specialis*, preveda un importo a base d'asta tale da non assicurare un minimo margine di utilità ovvero da comportare l'adempimento contrattuale in perdita, «essendo evidente che l'Amministrazione nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni (specialmente economiche) relativamente più favorevoli deve temperarlo con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale»⁵⁵.

Parallelamente a questo orientamento di netta chiusura, si è sviluppata una diversa elaborazione di segno opposto, sfociata in quella che è divenuta la posizione attualmente maggioritaria.

All'ammissibilità di un'offerta economica pari a zero la giurisprudenza del Consiglio di Stato giunge dilatando l'area semantica del contratto a titolo oneroso tracciata dal d.lgs. n. 50/2016⁵⁶.

Infatti, all'utilità finanziaria costituita dal corrispettivo dovuto dall'Amministrazione è possibile contrapporre quella economicamente apprezzabile derivante dall'adempimento delle prestazioni contrattuali, come, ad esempio, il ritorno di immagine per l'impresa aggiudicataria.

Emerge, dagli sviluppi di questa impostazione, unitamente dalla cornice normativa del nuovo Codice degli Appalti, il sempre più pregnante ruolo della c.d. *economia dell'immateriale* che nel contratto di sponsorizzazione trova la sua più compiuta realizzazione.

Ulteriore conforto all'indirizzo in parola poggia sul superamento del principio del *c.d. utile necessario*, per cui parte della giurisprudenza riconosce ai soggetti che operano all'interno del terzo settore, quindi con scopi non lucrativi, la possibilità di partecipare alle procedure di gara.

Di conseguenza, «le finalità ultime per cui un soggetto può essere ammesso a essere parte di un contratto pubblico possono prescindere da una stretta utilità economica, dando luogo, ad un contratto “gratuito” in senso finanziario ma non economico»⁵⁷.

L'affermata possibilità di presentare un'offerta economica pari a zero, dunque, esclude l'automatica inaffidabilità delle prestazioni proposte.

Alla luce di queste considerazioni, tutt'altro che inconferente risulta porre l'accento sulla maggiore caratura che caratterizza la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione nell'ipotesi di che trattasi.

Nell'accertare se l'impresa sia in grado di garantire l'esatto adempimento dei futuri obblighi contrattuali, di regola, la stazione appaltante può concentrarsi sulle voci più importanti che compongono l'offerta⁵⁸ e, nei limiti in cui rimanga seria, si ritiene che la stessa

⁵⁵ Cons. di Stato sez. III n. 513/2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Cons. di Stato sez. V n. 4614/2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷ Cons. di Stato sez. V, n. 4614/2017.

⁵⁸ In questo senso: Cons. Stato sez. III, n. 6430/2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

possa essere modificata attraverso una riduzione dell'utile ammettendo, altresì, la coesistenza di alcune voci di costo eccessivamente basse, quindi, inattendibili, ed altre sovrastimate, «purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto»⁵⁹.

Ricorrendo ad una indagine sui prezzi praticati nel mercato di riferimento, la stazione appaltante è agevolata nel suo compito; tuttavia, nel caso in cui vi sia perfetta equivalenza tra il costo ovvero il prezzo delle singoli voci e l'utile derivante da ciascuna di esse, la congruità dell'offerta sotto il profilo economico risulta sicuramente di più ardua da provare perché lo scrutinio deve necessariamente confrontarsi, in maniera ancora più pregnante, con i principi comunitari di massima partecipazione, non discriminazione e libera concorrenza.

La questione acquista maggiore complessità anche perché le scelte della stazione appaltante sono indissolubilmente vincolate all'interesse pubblico ed alle sue molteplici articolazioni in termini di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, e, non ultime quelle rinvenibili nel risparmio di spesa.

7.3. La revoca dell'aggiudicazione.

Un'altra ipotesi in cui la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una scelta si registra al di fuori del d.lgs. n.50/2016.

Il riferimento è al generale potere di revoca previsto dall'art.21-*quinquies* l.n. 241/1990, al quale è possibile ricorrere prima della stipulazione del contratto, ossia avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva⁶⁰.

I suoi presupposti, tassativamente previsti dal legislatore e relativi esclusivamente a motivi di opportunità, sono costituiti dalla sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse; dal mutamento della situazione di fatto alla quale il provvedimento è connesso e dalla nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, cioè di quello che ha dato la stura all'azione amministrativa.

Pur beneficiando di un'ampia discrezionalità, la stazione appaltante, in questi casi, è tenuta al contemperamento degli interessi in gioco, sia pubblici che privati, spiccando, tra questi ultimi, l'affidamento alla stipulazione del contratto da parte dell'impresa che ha presentato la migliore offerta.

Il confronto tra questo strumento caducatorio e la facoltà di non procedere all'aggiudicazione nei termini precedentemente descritti evidenzia un'altra profonda contraddizione.

⁵⁹ Cons. di Stato, sez. VI n. 3146/2009, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁰ In questo senso: Consiglio di Stato, sez. V, n. 1744/2020; Cons. di Stato, sez. I n.2244/2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Entrambe le fattispecie, sebbene sotto il profilo temporale intervengano in un momento anteriore alla sottoscrizione del contratto, presentano presupposti diversi, così come diversa è la natura della valutazione effettuata.

Nella disposizione codicistica, al fine di vagliare la convenienza della prestazione ovvero l'idoneità della stessa a soddisfare l'interesse pubblico, la stazione appaltante esercita la discrezionalità tecnica; nello *ius poenitendi*, che scaturisce dalla sopravvenienza di motivazioni di interesse pubblico particolarmente stringenti ovvero da una nuova valutazione di quello alla base della procedura di gara, quella amministrativa.

In termini generali, l'esercizio del potere discrezionale di non affidare l'appalto in seguito ad una valutazione sulla convenienza e/o idoneità delle prestazioni è subordinato all'inserimento della pertinente clausola nella lettera di invito o nel bando di gara, mentre quello del di autotutela garantito dall'art.21-*quinquies* l.n. 241/1990 presenta natura generale.

L'incongruenza è percepibile ove si ponga mente al fatto che entrambe le fattispecie costituiscono espressione del principio di buona amministrazione, ed è più chiara appuntando l'attenzione su di una ipotesi che potrebbe costituire sia motivo di non aggiudicazione sia di revoca.

Si tratta dell'oggetto del contratto, *id est*, della prestazione offerta che, se inidonea, può portare alla non aggiudicazione ovvero alla revoca dell'aggiudicazione stessa.

Infatti, come la difformità della prestazione offerta da uno dei canoni elencati dall'art. 95 c.6 e definiti con la legge di gara giustifica la mancata aggiudicazione, «così il ripensamento dell'Amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione prescritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura [...] l'aggiudicazione della gara a un'impresa che diligentemente confezionato la sua offerta conformemente alle prescrizioni della *lex specialis* può essere validamente rimossa con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre»⁶¹.

La valutazione della stazione appaltante, dunque, si muove sul duplice crinale della tutela della concorrenza nonché su quello del perseguimento dell'interesse pubblico.

Alla luce dei tratti comuni della derivazione, della finalità cui tendono e della fase procedimentale in cui intervengono le fattispecie appena esaminate, sfuggono le ragioni del differente trattamento normativo, soprattutto essendo entrambe assoggettate all'obbligo di

⁶¹ Cons. di Stato sez. III, n. 5026/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

congrue e stringenti motivazioni, in assenza delle quali si potrebbe configurare una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

8. Conclusioni. L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione alla luce dei compiti del RUP. La scelta tra procedure aperte e procedure ristrette.

È, a questo punto, possibile svolgere una serie di riflessioni conclusive.

La prima, di carattere generale, muove dalla coerenza della precedente disciplina codicistica e dall'esame dei compiti complessi ed eterogenei che ricorrono in capo alla figura del RUP, per cui la sua nomina avviene «*intuitus personae*, nel senso che non può prescindere dalla previa verifica e valutazione dell'esistenza di una professionalità adeguata in capo alla persona che si intende nominare [...]. Il legislatore vuole che il delicato compito di coordinamento e di impulso di tali procedimenti sia svolto più che da una determinata unità organizzativa, da una persona fisica dotata di adeguati titoli di studio e competenze professionali»⁶².

Queste considerazioni sono plasticamente compendiate nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 36/2012 del Consiglio di Stato secondo il quale «alla stregua dello stesso art. 10, è al R.U.P. che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione committente».

Dalla visione complessiva dei compiti dell'art.10 d.lgs. n. 163/2006 e, parallelamente, dagli artt. 272 e 273 del d.P.R. n. 207/2010, emergeva il ruolo assolutamente baricentrico del RUP nella realizzazione dell'interesse pubblico e che investiva sia la fase prodromica alla celebrazione della gara sia quella della selezione della migliore offerta, per estendersi sino all'esecuzione degli obblighi contrattuali.

L'attribuzione alla stazione appaltante del potere di scelta del criterio di aggiudicazione dunque, si incardinava coerentemente all'interno di un'architettura logico-normativa tale che il titolare dell'interesse pubblico non solo dovesse *ab initio* individuarlo, ma anche, munito della necessaria competenza, realizzarlo, approntando tutti gli strumenti tecnici ed amministrativi, tra cui il bando di gara.

A tal proposito, è opportuno rammentare non solo come la più recente giurisprudenza consideri la competenza del RUP di natura generale, riconducendo ad essa anche l'adozione dei provvedimenti di esclusione delle imprese partecipanti⁶³, ma anche l'attenzione riservata al

⁶² R. GIOVAGNOLI, *Il Responsabile del Procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ In questo senso: Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104, in www.giustizia-amministrativa.it.

RUP dalle Linee Guida n.3/2017 emanate dall'ANAC che, richiede per tale ufficio qualificanti requisiti di professionalità.

Alla luce di questi rilievi, appare ingiustificata l'opzione di privare, seppure parzialmente, la stazione appaltante della scelta del criterio di selezione del contraente, proprio perché si tratta di un compito appostato sulla figura catalizzatrice dell'intera procedura di gara, ossia sul soggetto che è chiamato ad acquisire tutti gli elementi necessari per la corretta formazione della volontà dell'Amministrazione.

8.1. Conclusioni. L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione alla luce della prossimità della stazione appaltante all'oggetto del contratto.

Altre considerazioni hanno origine dalla precedente disciplina, nella quale l'Amministrazione scioglieva l'alternativa tra i due criteri di aggiudicazione accertando l'idoneità dell'uno ovvero dell'altro a soddisfare l'interesse pubblico alla base dell'avvio della procedura di gara.

Segnatamente, essendo equivalenti, erano considerati assolutamente neutri, per cui la scelta doveva riflettere la funzionalità di ciascuno di essi alla realizzazione degli obiettivi dell'Amministrazione.

Di conseguenza, soltanto l'utilizzo di criteri di aggiudicazione oggettivi potevano garantire un sistema veramente concorrenziale e porsi come strumenti di realizzazione dell'interesse pubblico⁶⁴.

La valutazione appena richiamata evidenziava il fatto che «la stazione appaltante conosce l'oggetto della procedura di affidamento per averlo definito ed ha l'esatta percezione dei limiti di dettaglio del progetto da eseguire, sicché solo la stazione appaltante può conoscere se, nel caso concreto, l'aggiudicatario deve essere un mero esecutore o se è utile stimolare un apporto progettuale da parte degli offerenti»⁶⁵.

Questa impostazione trovava sviluppo nell'ambito dell'OEPV, con l'art. 83 c.2 d.lgs. n. 163/2006, che assegnava alla stazione appaltante il potere di determinare, per ciascun criterio di valutazione dell'offerta tecnica, una soglia di sbarramento al fine di garantire l'acquisizione di una prestazione dallo standard qualitativamente elevato, per cui, l'Amministrazione, non solo aveva la facoltà di richiedere «un punteggio complessivo minimo superiore alla mera sufficienza ma altresì, di fissare soglie di sbarramento per ogni singolo sottocriterio di valutazione [...]». Rientra insomma nella piena discrezionalità della stazione appaltante il potere di fissare soglie

⁶⁴ In questo senso: D. D'ALESSANDRO, *Libera concorrenza e aggiudicazione: "nuove frontiere" e principi giuridici ed economici, non in toto esplicitati?*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 1/2005, p. 188.

⁶⁵ R. DE NICTOLIS, *Offerte anomale e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica ed Appalti*, 2000, p. 469.

di sbarramento anche per i singoli criteri di valutazione dell'offerta tecnica, valorizzando peraltro sul piano qualitativo taluni di questi criteri rispetto ad altri e l'appropriatezza dello scarto, al fine di valutare la ragionevolezza dell'elevato standard qualitativo privilegiato dalla stazione appaltante in ogni singolo criterio, non può che essere valutata, secondo un criterio di proporzione matematica, rispetto al punteggio massimo assegnato ad ogni singolo criterio»⁶⁶.

I connessi provvedimenti, estrinsecazione della discrezionalità tecnica, non erano, pertanto, sindacabili, se non per macroscopici errori o travisamenti fattuali oppure nel caso in cui fossero stati ravvisati elementi di irragionevolezza o illogicità.

In generale, il vaglio che investiva l'oggetto del contratto, ossia la prestazione individuata quale strumento per il perseguimento delle finalità pubbliche, acquistava un maggior rilievo nella misura in cui andava ad intervenire sul meccanismo concorrenziale, concernendo, in particolare, il momento della determinazione delle clausole della *lex specialis* relative ai requisiti di partecipazione ovvero alle specifiche tecniche.

Infatti, l'interesse dell'operatore economico è certamente l'aggiudicazione, ma ancor prima, quello a competere con regole non discriminatorie.

Pertanto, se il provvedimento di aggiudicazione può essere impugnato in base al vizio che si assume lo infici, il diritto di concorrere all'interno di un mercato non alterato, invece, è soddisfatto attraverso la contestazione di quelle clausole del bando ostative alla partecipazione alla gara perché in contrasto con particolari disposizioni di legge ovvero perché sproporzionate oppure irragionevoli nei requisiti di ammissione richiesti o rispetto alle caratteristiche tecniche dell'oggetto del contratto.

Corollario di queste argomentazioni è, dunque, l'incongruenza della scelta di cancellare l'iniziale simmetria dei due canoni di aggiudicazione rispetto all'interesse pubblico, poiché quest'ultimo, al pari di quello degli operatori economici, gode, come dimostrato, di adeguati strumenti di tutela.

Il carattere neutro di entrambi i metodi di affidamento delle commesse pubbliche ha spinto attenta dottrina ad indicare nella concorrenza effettiva tra gli operatori economici⁶⁷ lo strumento principale per selezionare, tra quelle presentate, la migliore prestazione.

In particolare, nel caso di impiego del canone dell'OEPV, il corretto funzionamento del mercato di riferimento si riteneva fosse garantito dalla censurabilità dell'attribuzione ad uno ovvero più elementi di un valore tale da costituire preventivamente, per uno o più eventuali partecipanti, illegittime posizioni di vantaggio⁶⁸.

⁶⁶ Cons. di Stato sez. III, n.31/2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ D. D'ALESSANDRO, *Libera concorrenza*, cit.

⁶⁸ In questo senso: Cons. di Stato, sez. V n. 1079/2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sul piano della tutela, identici risultati potevano dirsi raggiunti anche nel caso di impiego del criterio del prezzo più basso: le coordinate fornite dall'AVCP, i contributi della giurisprudenza amministrativa, i capitoli tecnici approfonditi e rispondenti alle reali esigenze della stazione appaltante, sicuramente contribuivano alla riduzione dei casi di provvedimenti lesivi della *par condicio* tra le imprese.

In un sistema così strutturato, la scelta del criterio di aggiudicazione, coerentemente, produceva effetti anche sulla tipologia della procedura di gara da utilizzare⁶⁹, ossia se aperta o ristretta: l'opzione in favore dell'una ovvero dell'altra era improntata a valutazioni di opportunità e convenienza, ascrivibile al merito e censurabile per eccesso di potere.

Se l'art. 95 c.8 d.lgs. n.50/2016 conferma la previgente disciplina in materia di soglie di sbarramento così come innanzi sinteticamente delineate, l'art.59 si muove nella direzione opposta alla restrizione della discrezionalità dell'Amministrazione⁷⁰.

Infatti, la comparazione tra le due discipline che si sono avvicinate dimostra come sia venuta meno l'iniziale preferenza nei confronti delle procedure ristrette rispetto a quelle aperte, avendo il legislatore equiparato le tipologie e rimesso la scelta alla discrezionalità della stazione appaltante.

La disciplina in esame, dunque, costituisce ulteriore conferma della incoerenza della restrizione dell'ambito di esercizio della discrezionalità della stazione appaltante in favore della predeterminazione normativa dello strumento di selezione del contraente.

8.2. Conclusioni. La discrezionalità quale predicato fisiologico dell'azione della stazione appaltante.

L'ultimo ordine di considerazioni affronta invece i due piani della disciplina prevista in materia di appalti, quello statale e quello comunitario.

In entrambi si riscontra, accanto a norme procedurali di contenuto puntuale, una serie di disposizioni che, invece, orientano l'azione della stazione appaltante limitandosi ad indicare i principi da rispettare e a cui dare invero nello svolgimento delle procedure di affidamento degli appalti.

Inizialmente, alcune direttive in materia di appalti⁷¹ e la giurisprudenza comunitaria⁷², erano accomunate dalle finalità di realizzare, prioritariamente, una concorrenza effettiva ed avversarne pratiche restrittive⁷³.

⁶⁹ D.lgs. n.163/2006 art.55 c.2 *Le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

⁷⁰ D.lgs. n.50/2016, art.59 c.1: *Nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara.*

Nella vigenza del d.lgs. n.163/2006, invece, avvertita dottrina individuava, quale elemento di novità, il ruolo di secondo piano del principio di libera concorrenza.

L'assunto si fondava sull'art.27⁴ il cui tenore letterale lasciava scorgere l'indice di una diversa prospettiva che revocava in dubbio il ruolo della tutela della concorrenza quale guida principale dell'agere delle stazioni appaltanti.

Anche in seguito all'analisi del testo dell'art.18 della Direttiva 2014/24/UE per il quale *Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata*, parte della dottrina perveniva analoghe conclusioni⁷⁵ affermando che *la concorrenza lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio*⁷⁶.

Non pare condivisibile tale conclusione essendo le premesse viziate da un errore di fondo, ossia dall'assunto che la soccombenza del principio di concorrenza derivi dall'essere riportato nell'art.30 d.lgs. n.50/2016 ed omesso all'interno dell'art.18 della Direttiva 24, quando, invece, la primazia di un principio deriva dalla sua matrice comunitaria, in questo caso, derivante dalla normativa in materia di concorrenza nel corpo del TFUE.

⁷¹ Direttiva 92/50/CEE, Considerando 20; Direttiva 93/36/CEE, Considerando 14; Direttiva 93/37/CEE, Considerando 10, in <https://eur-lex.europa.eu>.

⁷² *Ex pluribus*: sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Germania; sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland Oy; sentenza 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda GmbH, in <https://curia.europa.eu>.

⁷³ Le Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-247/02 testualmente recitano: «32. Secondo una costante giurisprudenza, le direttive, e, in generale il diritto comunitario, impediscono in primo luogo, pratiche restrittive della concorrenza e, in secondo luogo, aprono alla concorrenza il rispettivo settore di mercato interessato, vale a dire garantiscono il libero accesso segnatamente ad imprese di altri Stati membri.

33. Il principio della concorrenza rientra quindi tra i principi fondamentali del diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici», in <https://curia.europa.eu>.

⁷⁴ «Del resto anche l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, nell'individuare i principi che ispirano l'intero corpo normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La disposizione aggiunge che l'affidamento dei contratti “deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità”. Potrebbe costituire forse una forzatura instaurare una gerarchia tra l'uno e l'altro gruppo di principi, ma certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto». Così: M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Relazione in occasione del 61° Convegno di Studi Amministrativi, 17-19 settembre 2015*.

⁷⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, p. 16, afferma che nel diritto europeo, non si individua «un “principio” di concorrenza economica quale parametro per valutare la legittimità delle misure del diritto nazionale incidenti sul mercato».

⁷⁶ La validità dell'assunto, secondo l'autore, troverebbe conforto nella constatazione che «gli artt. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea in materia di concorrenza hanno come destinatari diretti gli operatori economici e non gli Stati membri nella veste di regolatori del mercato» (M. CLARICH, *La nuova disciplina*, cit.).

A sostegno di questa tesi milita la regolamentazione integrativa, ossia il rinvio ai principi comunitari, tra i quali è annoverato proprio quello della libera concorrenza, previsto per consentire la corretta formazione della volontà dell'Amministrazione.

Questa premessa è resa necessaria dalla constatazione che, intorno alla fase pubblicistica, ossia il luogo dove maggiormente emergono l'*interest rei publicae* e la cogenza della tutela della concorrenza, esiste una costellazione di fattispecie in cui la stazione appaltante, agendo talvolta in base ai paradigmi della discrezionalità tecnica talaltra in base a quelli della discrezionalità amministrativa, obbedisce ai canoni dell'imparzialità e della parità di trattamento.

Si tratta di una gamma di ipotesi particolarmente significative⁷⁷ all'interno della quale mal si colloca la preventiva determinazione di rango legislativo dei criteri di aggiudicazione.

Più in generale, tramite l'esame delle disposizioni, tanto unionali quanto statali, si può ritenere come l'ordinario *modus operandi* delle stazioni appaltanti sia quello di dare attuazione ai principi di volta in volta interessati dall'azione amministrativa.

A livello comunitario, l'art.18 della Direttiva 2014/24/UE pone a governo dell'aggiudicazione degli appalti i principi di parità, di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, mentre l'art. 30 d.lgs. n. 50/2016 diviene collettore di quelli che, in generale, devono orientare l'azione del soggetto pubblico.

Il quadro disegnato, è, dunque, quello di un'Amministrazione che non opera attraverso l'osservanza di precetti dal contenuto dettagliato, puntuale e definito, bensì mediante l'adozione di provvedimenti i cui unici parametri di valutazione sono costituiti dalla logicità, dalla proporzionalità e dalla ragionevolezza.

Il principio, come è noto, non descrive una condotta da tenere o da non adottare in una determinata circostanza, ma reca un contenuto generico, la cui concretizzazione è rimessa al soggetto il cui comportamento supera il vaglio di validità nella misura in cui è logicamente riconducibile al principio da cui è orientato⁷⁸.

In un sistema così congegnato, la scelta operata dal legislatore non appare condivisibile ove si rifletta sulla circostanza a mente della quale l'applicazione dei principi comunitari prescinde dalla soglia comunitaria, governando tutte le procedure di affidamento delle commesse pubbliche.

La figura della discrezionalità, tecnica e amministrativa, si rivela, dunque, misura angolare dell'azione della stazione appaltante.

⁷⁷ Si tratta, come innanzi evidenziato, di una gamma di fattispecie che si inarca dalla scelta della procedura di gara e, attraverso la determinazione delle soglie di sbarramento, si estende sino alla decisione di non affidare l'appalto o di revocare l'aggiudicazione.

⁷⁸ «Il principio [...] è un "bene iniziale" che chiede di realizzarsi attraverso attività "conseguenzialmente orientate" [...]. Il criterio dei validità dell'azione e del giudizio è la riconducibilità logica al principio» G. ZAGREBELSKY, in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 93.

Circoscritta agli affidamenti superiori alla soglia comunitaria, la formula della sovraordinazione gerarchica del criterio dell'OEPV, consacrata attraverso un'apposita previsione legislativa, pare rispondere all'indirizzo delle disposizioni comunitarie, ma non seguire l'inflessione logica delle coordinate di un apparato in cui, nei termini innanzi declinati, è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in capo all'Amministrazione.

Si può dunque, ritenere che la natura discrezionale della scelta del criterio di aggiudicazione affidata alla stazione appaltante, ove inserito in un regime normativo di equipollenza dei metodi di selezione della migliore offerta, possa costituire presidio tanto dell'interesse pubblico quanto del principio di libera concorrenza.