

ALESSANDRA AMORE
Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Palermo
alessandra.amore@unipa.it

**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 (?)**

**THE JUDGMENT OF ANOMALY OF THE OFFER IN THE NEW
"SEASON" OF THE PUBLIC PROCUREMENT: THE VALUE OF
THE PRINCIPLE OF RESULT AND THE METAMORPHOSIS OF
JUDICIAL REVIEW (?)**

SINTESI

Sullo sfondo della cornice del nuovo codice dei contratti pubblici il lavoro riflette intorno ai seguenti interrogativi: la nuova stagione dei principi della contrattualistica pubblica - in particolare la positivizzazione del principio di risultato - implica una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa? L'accertamento in ordine al corretto conseguimento del risultato implica un sindacato penetrante in sede di giudizio di anomalia dell'offerta? Per provare a rispondere a tali quesiti, è necessario ragionare in ordine alla qualificazione della violazione del principio di risultato e al rapporto tra principio di risultato e principio di legalità.

ABSTRACT

Against the background of the framework of the new code of public procurement, the work reflects on the following questions: does the new season of the principles of public contracts - in particular the positivization of the principle of result - imply a metamorphosis of the discretionary nature of the measure of exclusion from the tender for abnormally low bid? To try to answer this question, it is necessary to reason about the classification of the violation of

the principle of result and the relationship between the principle of result and the principle of legality.

PAROLE CHIAVE: offerta anomala - principio risultato - rapporto principi - sindacato giurisdizionale.

KEYWORDS: offer anomaly - result principle - principles report - judicial review.

INDICE: 1. Inquadramento del tema. -2. Il giudizio di anomalia dell'offerta nello scenario del nuovo Codice dei contratti pubblici. -3. Il principio di risultato come valore dominante dell'interesse pubblico da perseguire. -4. La dimensione piramidale dei principi e la (in)certa posizione sovra ordinata del principio di risultato: quali implicazioni giuridiche? -5. Il principio di risultato e l'eco ridondante di un sindacato più penetrante: breve lettura della prima giurisprudenza in tema di giudizio di anomalia. -6. Il risultato qualificato come causa dell'atto amministrativo (?): se e come cambia il sindacato giurisdizionale in sede di anomalia dell'offerta? -7. Considerazioni conclusive: la riemersione del valore (?) della ctu e della verifica per la valutazione dell'anomalia dell'offerta.

1. Inquadramento del tema

La consapevolezza di confrontarsi su temi centrali in un settore caratterizzato da un ampio contenzioso - qual è quello degli appalti pubblici, con particolare riferimento ai provvedimenti di esclusione dalla gara di appalto per anomalia dell'offerta - suggerisce allo studioso di riflettere sulle criticità per individuare soluzioni da rimettere, con atteggiamento prudentiale, alla successiva sperimentazione della giurisprudenza.

Uno degli aspetti maggiormente dibattuti in dottrina e giurisprudenza affinisce il sindacato giurisdizionale c.d. debole in tema di anomalia dell'offerta¹.

1 In generale sulle distinzioni tra sindacato "debole-estrinseco" e sindacato "forte-sostitutivo", F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. St.*, 2000, 2, p. 2371 ss.; Id., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 986 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 80 ss. In generale, per ulteriori approfondimenti in tema di discrezionalità amministrativa, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: U. FORTI, *Contributo alla teoria della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, II, p. 444; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939 (oltre a *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 486). Inoltre: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, 4, p. 16 ss.; R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della p.a.*, in *Foro amm.*, 1935, 4, p. 65; P. DEL PRETE, *La discrezionalità della p.a. nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, 1941, p. 46 ss.; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig.it.*, V, Torino, 1960, p. 1098 ss.. Di recente: A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 401 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, p. 488 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 2, p. 3165 ss.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità* in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e*

Com'è noto, la valutazione dell'offerta anormalmente bassa è espressione della discrezionalità tecnica di cui la p.a. è titolare per il perseguimento dell'interesse pubblico affidatole dalla legge: detta valutazione non è oggetto di sindacato di legittimità, salvo sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà².

In tali casi, dunque, la verifica del carattere anomalo si sostanzia nel mero accertamento dell'attendibilità e affidabilità dell'offerta, ossia in una valutazione

controllo giudiziario, Milano, 1998, p. 113; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 150; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, p. 212 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. dir. pub.*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006, p. 1993 ss.; F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, p. 471 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 3; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausola generale e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 299; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Milano, 2018, p. 1 ss. Sulla discrezionalità tecnica, cfr.: P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss.; A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Studi in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, 3, p. 293 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. SALVIA, *Attività amministrativa e valutazioni tecniche*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1998. Di recente: E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 2, p. 61 ss.; S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminazione della norma e opinabilità del fatto da sussumere*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, p. 349 ss.; A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 5, p. 1211 ss.; F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, p. 597 ss.; P. CARPENTIERI, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, p. 489 ss.; A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 1, p. 87 ss.; A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica?* Recensione al volume curato da A. MOLITERNI, "Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento", in *Il dir. proc. amm.*, 2022, p. 761 ss.; E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2023, 3, p. 558 ss.

² 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, p. 350.

globale e sintetica, in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; senza focalizzarsi sulle singole voci del prezzo³.

Per svolgere tale accertamento, il giudice amministrativo non può condurre alcuna attività valutativa di carattere sostitutivo, potendo ricorrere alla verifica solo per acquisire competenze correlate ad accertamenti tecnici privi di natura valutativa⁴.

Tuttavia, nel corso del tempo proprio la ritrosia del giudice ad avvalersi del mezzo istruttorio della verifica o consulenza tecnica, nel rispetto della riserva di amministrazione, e il rischio che il sindacato c.d. debole possa compromettere la piena ed effettiva giustiziabilità dell'atto amministrativo impugnato e, di riflesso, il diritto di difesa e il giusto processo, hanno accresciuto la necessità di ri-tratteggiare i confini di una discrezionalità amministrativa mediata dalla tecnica che non si traduce né nell'abbandono del pieno accesso al fatto né nella riserva di irragionevoli ambiti di privilegio per l'amministrazione.

D'altronde, lo stesso Giannini nell'opera *"Potere discrezionale e pubblica amministrazione"* affermava che: *«la discrezionalità non può equivalere affatto a insindaca-*

³ Va altresì rilevato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, *«la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse»*, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2002, n. 5945, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2396; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007 n. 4694, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, p. 2473; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978, in *Red. giuffrè* 2017; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430, in *Red. giuffrè* 2018; 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; T.A.R. Roma, sez. II, 26 settembre 2023, n.14269; Cons. Stato sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589; *«Ius receptum la valutazione in ordine alla sospetta anomalia dell'offerta implica, dunque, una valutazione d'insieme dell'offerta nonché un bilanciamento interno tra le diverse voci, essendo evidente che l'analisi delle singole voci è servita alla stazione appaltante a maturare il convincimento relativo alla complessiva inattendibilità dell'offerta per aver eccessivamente inciso al ribasso sul costo della manodopera per l'esecuzione dell'appalto»*; T.A.R. Trento, sez. I, 7 agosto 2023, n. 13, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2021, n. 6533, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

bilità, e che troppo spesso si abusa del concetto di discrezionalità per eludere con imprecisione di linguaggio giuridico ogni tutela giurisdizionale»⁵.

E di ciò, il giudice amministrativo ha acquisito maggior consapevolezza nel corso degli anni quando afferma che «il sindacato sulla discrezionalità tecnica non possa risolversi in un semplice accertamento di macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione»⁶; pertanto, occorrerà accertare se la scelta amministrativa sia quella dotata di maggiore attendibilità e non dunque semplicemente quella ascrivibile alle svariate opzioni possibili.

Così chiarito, sullo sfondo della cornice del nuovo Codice dei contratti pubblici la riflessione ruota intorno ai seguenti interrogativi: la nuova stagione dei principi - in particolare la positivizzazione del principio di risultato, art. 1, co. 1, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - implica una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa: da discrezionalità tecnica a mista? Come è stata qualificata la violazione del principio di risultato? Qual è il possibile impatto prodotto dal suddetto principio sul terreno del sindacato giurisdizionale in tema di giudizio di anomalia dell'offerta? Il giudice amministrativo lungo quali binari condurrà il sindacato? L'accertamento in ordine al corretto conseguimento del risultato implica un sindacato penetrante?

5 M. S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p.170.

6 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 novembre 2005, n. 6152: «La discrezionalità tecnica non gode di uno statuto peculiare di impermeabilità al sindacato del giudice ma va sindacata in relazione alla natura del giudizio tecnico espresso nel caso particolare ed allo stato epistemologico della scienza applicata (il che comporta la necessità di modulare il controllo giudiziario in modo più o meno penetrante a seconda della controllabilità del giudizio, secondo i dettami della scienza applicata), in guisa che si avrà un sindacato forte, in presenza di una discrezionalità tecnica ordinaria, e un sindacato debole, a fronte di una discrezionalità tecnica pura o assoluta (quest'ultima riconducibile a cd. merito amministrativo). Da ciò deriva che se quella discrezionalità - che si manifesta attraverso i giudizi espressi in base alle cd. scienze sociali, connotate da un'ampia componente di giudizi valoriali opinabili - comporta un necessario self restraint da parte del giudice amministrativo (che può solo verificare la logicità, congruità e ragionevolezza delle statuizioni amministrative e correttezza della loro motivazione, ma non sostituire con i propri giudizi di merito le valutazioni effettuate in sede amministrativa), non v'è dubbio che tale limite non sussiste nei confronti dei giudizi tecnici, per loro natura, connotati da un maggior grado di estrinseca controllabilità», in www.giustizia-amministrativa.it.

2. Il giudizio di anomalia dell'offerta nello scenario del nuovo Codice dei contratti pubblici

Chiarito l'obiettivo dell'indagine, pare opportuno richiamare brevemente le principali norme che costituiscono il fondamento di diritto positivo del tema oggetto di analisi.

Il giudizio di anomalia dell'offerta è disciplinato dall'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità della offerta che in base a elementi specifici, indicati nel bando di gara, inclusi i costi, appaia anormalmente bassa. Individuata l'offerta anormalmente bassa l'amministrazione aggiudicatrice richiede per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnandogli un termine non superiore a 15 gg⁷.

Come si legge nella Relazione al Codice la *ratio* sottesa alla norma precisata poggia sull'idea che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, nonostante consenta risparmi economici significativi, potrebbe essere indice sintomatico di un comportamento spregiudicato di alcuni operatori economici;

7 Ai sensi dell'art. 110, co. 3, d.lgs. n. 36 del 2023: «Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.4. Non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge; b) in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.5. La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13». Per ulteriori approfondimenti in ordine al procedimento di verifica delle offerte anomale, cfr.: D. CAPOTORTO, *L'anomali dell'offerta: criteri di individuazione delle offerte sospette e incombenti concernenti gli oneri per la sicurezza*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di) *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, p. 492 ss.; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in tema di anomalia dell'offerta*, in *Il correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 289 ss.; D. IARIA - I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 738 ss.

i quali, nonostante i molti presidi a tutela della serietà delle offerte, offrirebbero uno scarso rapporto qualità-prezzo.

Pertanto, in linea di continuità con quanto asserito dalla giurisprudenza europea sin dal 2001, qualsiasi operatore economico sospettato di aver presentato una offerta anomala può presentare giustificazioni in ordine ai vari elementi dell'offerta in un momento - che si colloca necessariamente dopo l'apertura di tutte le buste - in cui egli ha conoscenza non solo della soglia di anomalia applicabile all'appalto di cui trattasi nonché del fatto che la sua offerta è apparsa anormalmente bassa, anche dei punti che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice⁸.

Detto diversamente, secondo la Corte di giustizia europea la stazione appaltante deve: anzitutto, individuare le offerte sospette; in secondo luogo, consentire agli operatori economici interessati la serietà dell'offerta, attraverso la presentazione di osservazioni che ritengono opportune; in terzo luogo, valutare la pertinenza dei chiarimenti forniti dagli interessati per pronunciarsi da ultimo circa l'accoglimento o il rigetto di tali offerte⁹.

Ebbene, solo ove siano state compiute tali fasi si ritengono soddisfatti tutti i requisiti inerenti al carattere del contraddittorio procedimentale e scongiurata l'esclusione di offerte che, in quanto più basse, meglio si inseriscono in una logica della concorrenza e del mercato¹⁰.

La verifica dell'anomalia, quindi, da un lato presuppone l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti; dall'altro, riserva alla stazione appaltante poteri istruttori per condurre un accertamento efficace, secondo canoni di correttezza e imparzialità.

⁸ Corte di giustizia europea, 27 novembre 2001.

⁹ Pertanto, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione, al fine di garantire una sana concorrenza, tutti gli elementi pertinenti con riferimento a tale prestazione (v., segnatamente, sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punti 29 e 30, nonché del 18 dicembre 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punto 50).

¹⁰ Corte di giustizia europea, 27 novembre 2001.

L'operatore economico, invece, ha la possibilità di fornire spiegazioni in ordine all'attendibilità dell'offerta presentata, fermo restando il divieto del comma 4 dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 di addurre giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.

Il comma 5 statuisce che la stazione appaltante può escludere dalla procedure di gara l'offerta sottoposta a verifica di anomalia solo se le spiegazioni fornite dall'operatore economico non giustificano adeguatamente il livello dei prezzi e dei costi proposti.

Se l'instaurazione del contraddittorio procedimentale rappresenta la regola generale a cui ricorrere, prima di escludere dalla gara le offerte anormalmente basse, l'art. 54 del d.lgs. n. 36 del 2023, invece, prevede alcune ipotesi derogatorie.

La disposizione precitata - che recepisce l'art. 1, co. 3, del d.l. 16 luglio del 2020, n. 76 (conv. in l. 11 settembre del 2020, n. 120) - stabilisce, difatti, al primo comma che, ove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi - e non dunque alle forniture - siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e non presentino un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga all'art. 110 cit., prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, *«qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»*.

Tale scelta - come affermato dal Consiglio di Stato nella Relazione al Codice - si prefigge di celerizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, con riferimento a quelle procedure con un numero di offerte sufficientemente elevato (pari a 5), per cui *«il processo di valutazione dell'anomalia in contraddittorio sarebbe più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti»*.

Volgendo lo sguardo, invece, all'ultimo periodo del comma 1, l'art. 54 cit. riserva all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare la congruità delle offerte presentate, anormalmente basse alla luce di alcuni elementi. Tale facoltà, già prevista dall'art. 97, co. 6, del d.lgs. 18 aprile del 2016, n. 50 si riferisce alla c.d. verifica facoltativa della congruità dell'offerta, manifestazione di discrezionalità tecnica, e, dunque, sindacabile solo per macroscopica irragionevolezza¹¹.

Tuttavia, come affermato dallo stesso Consiglio di Stato, il vero apporto innovativo afferisce il successivo comma 2, il quale introduce l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di indizione della procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oltre alla citata opzione per l'esclusione automatica delle offerte, anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia, individuato - a scelta delle medesime stazioni appaltanti - tra uno dei tre indicati nell'allegato II.2 dello stesso d.lgs. n. 36/2023.

Tratteggiato il quadro normativo in cui si collocheranno le considerazioni di seguito esplicate, il *focus* si pone sui principi cristallizzati nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

3. Il principio di risultato come valore dominante dell'interesse pubblico da perseguire

Come già anticipato in premessa, la codificazione dei principi inaugura una nuova stagione della contrattualistica pubblica.

Nel rispetto dell'art. 4 d.lgs. n. 36 del 2023 le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, per qui di interesse gli artt. 54 e 110 cit., si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2, e 3 cit.

Da un'attenta lettura delle disposizioni precitate si coglie come il nuovo Codice dei contratti pubblici abbia disegnato - secondo la dottrina - una gerar-

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604: «*Gli elementi specifici utilizzati ai fini di siffatta verifica facoltativa non devono necessariamente essere preindicati nel bando di gara in quanto, il comma 2 limita la necessaria preventiva indicazione ai criteri di cui all'allegato II.2. La differenza con la previgente disciplina sta, dunque, nel fatto che oggi la verifica facoltativa della congruità dell'offerta che opera a prescindere dalle soglie di anomalia, è prevista solamente negli appalti sottosoglia*», in www.giustizia-amministrativa.it.

chia tra principi, ossia tra le norme in cui gli stessi sono racchiusi, in cui il risultato si pone in una posizione sovra-ordinata rispetto agli altri¹².

Proprio la positivizzazione e la gerarchizzazione di tali principi rappresentano una grande svolta, poiché la mera definizione ed enunciazione degli stessi - sì come prevista nel d.lgs. n. 50 del 2016 - sarebbe continuata a essere fonte di incertezza interpretativa, di spazi incontrollabili del potere amministra-

12 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, p. 33, la funzione prioritaria del principio di risultato si ricaverebbe da un'attività interpretativa. «(...) l'art. 1, richiamato dal cit. art. 4, ha cura di precisare che la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile, mentre l'art. 2, del pari richiamato dall'art. 4 (...), dispone che il principio della fiducia guida le valutazioni e le scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni "secondo il principio di risultato": emerge dunque il riconoscimento di una posizione prioritaria del risultato anche sotto il profilo dell'operazione ermeneutica rimessa agli interpreti». Per ulteriori approfondimenti in tema di principio di risultato: R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, p. 8, secondo cui «dal principio di risultato nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principi cui l'agire dell'amministrazione deve attendersi», fino a far scomparire «l'idea che il risultato costituirebbe il criterio prioritario ordinante la valutazione discrezionale»; E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi*, in V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023, p. 1; F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3, il quale pur ritenendo il risultato come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», lo qualifica come un ampliamento della discrezionalità amministrativa; G. D. COMPORTE, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. econ.*, 2024, p. 11; S. VALAGUZZA, *I principi (artt. 1 - 12) Un nuovo asse portante per le procedure di evidenza pubblica: i principi guida liberano la discrezionalità delle stazioni appaltanti e responsabilizzano il legame con gli operatori economici*, in F. DALL'ACQUA, A. MEOLA, A.S. PURCARO (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Pisa, 2023, p. 49. In giurisprudenza, la terza sezione del Consiglio di Stato con le sentenze del 15 marzo 2023, n. 9812 e del 26 marzo 2024, n. 286, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, ha affermato: «anche se il principio in commento è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina ha ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023)». In via generale, per ulteriori approfondimenti sul tema dell'amministrazione di risultato si v.: S. CASSESE, *Presentazione del volume* di D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, p. 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, p. 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, p. 38 ss. Ancora, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 127 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, p. 107 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per*

tivo e quindi oggetto di sindacato tendenzialmente debole¹³: nelle more della procedura di gara la p.a. doveva perseguire l'interesse fiscale, oppure quello di individuare il contraente più affidabile al prezzo più basso, o a condizioni economicamente più convenienti, ovvero quello a garantire la più ampia ed effettiva concorrenza di mercato?

A quanto sin qui affermato rileva, poi, che proprio tali gravi incertezze, unitamente alle interpretazioni giurisprudenziali, «(...) sono state il frutto di una

risultati”, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalità e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 79 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 87 ss.; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 295 ss.; F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato*, 210 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 230 ss.; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 234 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. In ordine agli altri principi positivizzati dal Codice dei contratti pubblici, invece, si rinvia a: F. SAIITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-insieme.it; D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 288 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un “diritto amministrativo”)*, in www.giustizia.amministrativa.it; G. MORBIDELLI, *I principi nel codice dei contratti pubblici*. Introduzione al Convegno Studi organizzato dalla fondazione cesifin su I principi del codice dei contratti pubblici, Firenze, 14 aprile 2023; E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi generali (artt. 1-12)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, cit., p. 1 ss.; C. CONTESSA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici: alcuni spunti di riflessione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, p. 33 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., p. 44ss.; R. URSI, *La “trappola della fiducia” nel codice dei contratti pubblici*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 44 ss.; R. DI PACE, *Principio dell'accesso al mercato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 85 ss.; F. DI LASCIO, *I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento nel nuovo codice appalti*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 115 ss.; F. ROTA, *Il principio di auto-organizzazione*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 173 ss.

13 L. R. PERFETTI, *Art. 1 D.Lgs. 31.03.2023, n. 36 – Principio del risultato*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Bologna, 2023.

mancata definizione dei principi generali e, con essi, del pubblico interesse che l'amministrazione è tenuta a perseguire, ma soprattutto, sono la conseguenza della mancata gerarchizzazione dei principi»¹⁴.

Da quanto sopra, ne è derivato che in ipotesi di «*tensione tra due o più di essi, in assenza di un criterio di prevalenza, la generica evocazione di principi tra loro in parte contrastanti conduce ad assegnazione di significato alle norme in gran parte incontrollabili razionalmente. Infatti, basterà evocare l'interesse pubblico in forma generica ovvero enfatizzarne un profilo, per legittimare le più diverse letture di istituti controversi*» proponendo così soluzioni che, «*pur motivate da esigenze di giustizia nel caso singolo, vanno oltre la legge*»¹⁵.

Senonché, al riguardo un cambiamento sarebbe determinato proprio dal principio di risultato, che - assolvendo una posizione prioritaria - è inteso come criterio normativo esegetico sia per l'attività valutativa compiuta dalla p.a. sia per quella interpretativa del giudice¹⁶.

14 L. R. PERFETTI, *o.n.c.* Sul punto, per ulteriori approfondimenti si v. a: L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gara*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, pp. 151-153 e 154: «(...) la costruzione dogmatica non consente da sola di stabilire quale sia la funzione della gara, quale gerarchia di obiettivi l'amministrazione debba perseguire». «(...) non emergono criteri di valutazione circa la gerarchia dei diversi obiettivi che l'amministrazione può perseguire - e che vengono qualificati come interesse pubblico; sicché ne deriva, che sia le stazioni appaltanti che la giurisprudenza (c) possono, caso per caso, scegliere la declinazione preferita dell'interesse pubblico, senza alcuna possibilità di adeguato controllo razionale di questa scelta». «(...) Si tratta dell'interesse fiscale, oppure di quello ad individuare il contraente più affidabile al prezzo più basso, o a condizioni economicamente più convenienti, ovvero di quello a garantire la più ampia ed effettiva concorrenza di mercato o, ancora, ad assicurare che l'amministrazione non agisca in modo corrotto o corruttibile ed i suoi contraenti, al tempo stesso, siano esenti da ogni possibile ombra? Siccome la normativa protegge tutti codesti profili di pubblico interesse, resta da chiarire quale prevalga in caso di conflitto o alla luce di quale parametro oggettivo e conoscibile essi vadano bilanciati».

15 L. R. PERFETTI, *o.n.c.*

16 Per ulteriori approfondimenti in tema di amministrazione di risultato si rinvia a: F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, p. 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, p. 38 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, p. 813 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 127 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi*

Ciò detto, la lettura delle norme sin qui svolta troverebbe fondamento nelle prime pronunce giurisprudenziali: il principio del risultato - già immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato, ricondotto al principio *ex art. 97 Cost.* - può essere adottato dal giudice amministrativo quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte della procedura ad evidenza pubblica¹⁷.

L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, trattandosi di un «*principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire (...) e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale (...)*». Detto principio, si concretizza nell'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, ma anche la qualità della prestazione, aggiudicando l'appalto all'offerente che riesca meglio a tutelare i diversi interessi pubblici sul piano dell'affidabilità e dell'economicità¹⁸.

Nello specifico, quindi, il principio di risultato è inteso per un verso, come l'interesse primario del Codice stesso, affinché l'affidamento del contratto e la sua esecuzione avvengano con la massima tempestività ed il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza¹⁹; per altro come risultato economico volto a realizzare

economica del diritto e "amministrazione di risultato", in *Dir. amm.*, 2007, 1, p. 63, ss.; Id., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o.u.c., p. 79 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o. u. c., p. 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o. u. c., p. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o.u.c., p. 87 ss. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, p. 1 ss.

17 Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812; Cons. Stato, 26 marzo 2024 n. 286; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024 n. 1924, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

18 Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre del 2022, n. 8773, in www.giustizia-amministrativa.it.

19 T.a.r. Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, in www.giustizia-amministrativa.it: «La massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo costituiscono, dunque, le due declinazioni principali del principio in parola, cui sono funzionali gli altri elementi indicati nei successivi commi: la concorrenza tra gli operatori economici, funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e

l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto²⁰.

E tale considerazione sarebbe ragionevolmente condivisibile nell'attuale scenario normativo in cui il contratto di appalto è inteso sia come mezzo per consentire alla p.a. di procurarsi beni e servizi da erogare alla collettività, sia come "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente²¹.

nell'esecuzione dei contratti, e la trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nell'applicazione delle disposizioni del Codice»; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924: «L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto», in www.giustizia-amministrativa.it.

20 Addentrandoci nella disamina della disposizione normativa, l'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 statuisce: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza». Ne deriva che «il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea» (co.3), il principio del risultato non può che divenire «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», vale a dire criterio direttivo per le scelte discrezionali e per l'attività interpretativa, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Bari, sez. III, 13 marzo del 2023, n. 484, in *Red. giuffrè* 2024.

21 Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre del 2023, n. 11322 la quale richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076: «A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego). La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che «le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità» (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara (nello stesso senso le successive sentenze nn. 6829, 6831, 6834, 6835, 6837 e 6839 del 2021)», tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In generale, sulla funzione sociale del contratto di appalto, si v.: E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, 2020, Napoli.

4. La dimensione piramidale dei principi e la (in)certa posizione sovraordinata del principio di risultato: quali implicazioni giuridiche?

La gerarchizzazione, ossia la dimensione verticale - piramidale, dei principi e dunque delle norme che li racchiudono suggerisce di riflettere in ordine ai seguenti quesiti: siamo davvero certi che si possa parlare di gerarchizzazione? Quale tipologia di gerarchia si configurerebbe? In altri termini, come risolvere eventuali antinomie tra principi-norme, i.e.: tra principio di risultato e principio di fiducia; tra principio di risultato e concorrenza; per qui di interesse, tra principio di risultato e principio di legalità? La fondatezza normativa di tale gerarchizzazione quali implicazioni produrrebbe sul piano del sindacato giurisdizionale?

Procedendo con ordine, l'attenzione si pone *sic et simpliciter* sulle differenti tipologie di gerarchia: materiale o assiologica²².

Nella prima tipologia tra le disposizioni normative (D1 e D2) intercorrere una relazione, in cui una norma non può porsi in contrasto con l'altra, per espressa previsione di una terza disposizione (D3), pena la sua invalidità.

E allora, così come nella Costituzione si distinguono principi costituzionali comuni e principi costituzionali supremi, questi ultimi prevalenti sugli altri, all'interno del Codice dei contratti pubblici, ove volessimo sposare la tesi propensa alla cd. gerarchizzazione dei principi, il principio del risultato si porrebbe in una posizione sovra-ordinata rispetto agli altri²³ e “come antagonista” del principio di legalità, art. 23 Cost.²⁴.

²² Sul punto, per ulteriori approfondimenti si rinvia a: G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, pp. 131-158.

²³ Sul punto si rinvia alle considerazioni condotte nel paragrafo precedente.

²⁴ La letteratura in tema di principio di legalità è vastissima, si rinvia a: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, p. 175 ss.; Id., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 49 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, p. 150 ss. Nella letteratura recente: F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 25 ss.; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1975, p. 679 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 1355 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, p. 49 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*,

Purtuttavia, tale considerazione non sarebbe esente da critiche per le considerazioni di seguito esposte. Anzitutto, nel d.lgs. n. 36 del 2023, il legislatore, pur tratteggiando una gerarchia tra principi, non conferisce alcun carattere prevalente ad alcune disposizioni, da applicare in ipotesi di contrasto tra principi-norme.

In tal senso, la Corte dei conti ha asserito: «*In ogni caso, nessuna di tali disposizioni, ivi comprese quelle di cui ai primi tre articoli, è dotata di una forza normativa particolare e, dunque, le stesse possono essere facilmente derogate da altre norme aventi una fonte normativa di pari grado*»²⁵.

A considerazioni differenti, invece, si perviene sfogliando le pagine della Relazione al Codice dei contratti pubblici, laddove si afferma «*la disposizione in esame evidenzia la natura fondante dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici*».

Se così è: qual è il valore della suddetta Relazione? Qual è la sua qualificazione giuridica? Cosa accadrebbe se la stazione appaltante agisse in violazione della medesima? Quali sarebbero le implicazioni giuridiche per la decisione amministrativa: illegittima?

XVIII, Roma, 1990, p. 4; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, p. 10 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 140 ss.; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., annali*, VI, 2013, Milano, p. 371 ss.; A. BARONE, *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo riflessioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2-3; M.A. SANDULLI, *Il principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo Sandulli*, in *Dir. e società*, 2015, 4, p. 649 ss.; M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là*, cit., p. 247 ss.

²⁵ Corte dei Conti, Contributo scritto su Atto Governo n. 19. Codice dei contratti pubblici, Comunicazione nella Seduta n. 18 del 31 gennaio 2023, Senato della Repubblica, pp. 5-6.

Sul punto, nella premessa della Relazione si legge: essa «(...) si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle linee guida non vincolanti» dell'Anac²⁶.

Senonché, la scelta di conferire alla Relazione la funzione di indirizzo rivestita dalle Linee guida produrrebbe le implicazioni giuridiche di seguito esplicate.

Prima di tutto, deve rilevarsi come la Relazione possa considerarsi alla stregua di “atti amministrativi generali”, analoghi cioè a circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento.

E tale considerazione non è di poco conto. La riconducibilità alla categoria delle Linee guida a carattere non vincolante - difatti - consente alla stazione appaltante - previa adeguata motivazione - di discostarsene. L'assenza di motivazione, in quest'ultimo caso, determinerebbe l'illegittimità dell'atto esecutivo principalmente sotto il profilo dell'eccesso di potere.

La seconda implicazione, invece, attiene la sindacabilità della Relazione: occorre in tal senso distinguere tra l'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice si discosti dalla Relazione e quella in cui decida di conformarsi alla stessa. La scelta di non applicare la Relazione può scaturire da due diverse valutazioni. In primo luogo, la stazione appaltante può ritenere la Relazione non applicabile laddove appuri la sussistenza di elementi di fatto, diversi rispetto alla previsione di cui alla Relazione, e tali da conferire alla fattispecie concreta carattere speciale. Pertanto, in caso di sindacato giurisdizionale, l'organo decidente sarà tenuto a considerare legittimo l'atto adottato.

²⁶ Per ulteriori approfondimenti in tema di Linee guida dell'Anac, cfr.: G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 273; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 503; M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 436; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo, Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, 2; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 2017, 6, p. 763 ss.; V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e app.*, 2018, 2, p. 145 ss.

In secondo luogo, a indurre la stazione appaltante a non applicare la Relazione potrebbe essere una valutazione riguardante l'adeguatezza-fondatezza della medesima. In questo caso, il sindacato si sostanzierà nello svolgimento di un iter logico-giuridico volto ad appurare la fondatezza della valutazione dell'Ente appaltante in ordine a un possibile vizio di eccesso di potere.

Tuttavia, la scelta di propendere per una c.d. gerarchia materiale sarebbe opinabile, anche perché trascurerebbe la circostanza che, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, i rapporti tra le fonti del diritto sono continuamente rivisti e rimessi in discussione dall'operare di un secondo tipo di gerarchia c.d. assiologica.

Questa ultima implica una relazione tra due norme, tale che una delle due è considerata prevalente rispetto all'altra.

Diversamente dalla c.d. gerarchia materiale, quindi, quella assiologica non determina l'invalidità della norma gerarchicamente subordinata, ma la mera disapplicazione della disposizione meno importante in luogo di quella preminente²⁷, in virtù dell'attività interpretativa condotta dal giudice amministrativo sulla base della maggiore forza precettiva da attribuire ad alcune norme rispetto ad altre, alla luce dei valori, principi e dottrine etico-politiche su cui si erge il sistema giuridico²⁸.

Se così è, allora, qual è il ruolo del principio di risultato? Si qualifica come antagonista, frizione del principio di legalità²⁹? In altri termini, cosa acca-

²⁷ Pertanto, in tale caso, ove dovesse riscontrarsi un contrasto tra norme (il provvedimento amministrativo è stato adottato conformemente a quanto disposto dagli artt. 54 e 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, ma potrebbe essere illegittimo per violazione dell'art. 1 cit.) nessuna di essa potrà essere dichiarata invalida.

²⁸ D'altronde lo stesso Berti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1990, p. 824, affermava: «(...) la ratio iuris della norma è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico: giacché solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale».

²⁹ Invero, ancor prima della codificazione dei principi, parte della dottrina ha affermato che: «Da un punto di vista teorico la scelta della stazione appaltante dovrebbe essere diretta al miglior conseguimento dell'obiettivo della procedura - e, quindi, del pubblico interesse - e, tuttavia, essendo questo il riassunto dei

drebbe se il provvedimento amministrativo fosse legittimo per conformità a una disposizione del Codice (i.e. agli artt. 54 e 110 d.lgs. n. 36 del 2023, in tema di anomalia dell'offerta), ma potenzialmente lesivo del principio di risultato, ex art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023?

Sul punto, secondo la giurisprudenza amministrativa il principio di risultato non si pone in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una “potenziale frizione”; *«al contrario (...) il risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad “ampliare” il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenesse- ro al merito e fossero come tali insindacabili»*³⁰.

Proprio tale argomentazione consente, da un lato, di superare la contraddizione prospettata tra risultato e legalità, nel rispetto di quel rapporto di intima connessione, di reciproca dipendenza tra principi stessi, ex art. 1, co.1, del Codice dei contratti pubblici ³¹.

molteplici profili di pubblico interesse senza che sia precisata la gerarchia tra essi ed il loro effettivo contenuto, in concreto finisce per essere una scelta libera dell'amministrazione pubblica - in contrasto con il principio di legalità e con la stessa esigenza dell'uguaglianza tra i partecipanti o, per meglio dire, con il dovere di imparzialità fissato all'art. 97 in Costituzione e con la pienezza del sindacato sulle scelte operate, previste dall'art. 24 Costituzione», cfr.: L. R. PERFETTI, Per una teoria dell'interesse pubblico, in A. MALTONI (a cura di), cit., p. 155..

30 Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 28, secondo il quale il principio di risultato «non deve essere inteso nella prospettiva logica aziendalistica e isolatamente strettamente intesa (...) Il risultato non autorizza forzature del principio di legalità, nel cui perimetro rientrano anche i principi costituzionali e il formante normativo eurounitario».

31 In generale sul rapporto di interdipendenza tra principi, in giurisprudenza si rinvia a: Cons Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Ancora, il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2, specie commi 1 e 2, del Codice «afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile», cfr.: T.a.r. Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, cit. Il principio del risultato, inoltre, costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la “concorrenza”, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento».

Dall'altro, di preservare l'idea dello Stato costituzionale di diritto, secondo cui ogni potere deve trovare fondamento nella Carta costituzionale ed esser esercitato nel rispetto del principio di stretta legalità. D'altronde, lo Stato di diritto presume proprio un modello ove tutti i poteri - ivi compreso quello amministrativo - sono esercitati secondo la legge, con contestuale adozione di atti, dunque, rispettosi dei limiti e vincoli di carattere non solo formale (c.d. principio di legalità formale), ma anche sostanziale (c.d. principio di legalità sostanziale).

Volendo trarre alcune conclusioni, quindi, ancora una volta la mancanza di una gerarchizzazione c.d. sostanziale e la contestuale "inter-dipendenza" tra i principi - norme o gerarchia assiologica, inviterebbero il giudice, come si proverà ad argomentare nelle pagine seguenti, a ricorrere alla tecnica di bilanciamento, per «(...) stabilire la validità definitiva di una norma sulla base di ragioni e di principi in collisione alla luce di circostanze determinate»³².

E per individuare la legge da applicare alla fattispecie concreta - come affermava Berti - occorre condurre due operazioni diverse, ma logicamente connesse: a) l'accertamento della disposizione normativa e la categoria di interessi dalla stessa tutelati; b) «la ulteriore elaborazione della massima richiesta per la decisione del caso: (...) che ha il carattere di una operazione complementare (...), subordinata alle valutazioni legislative previamente accertate»³³.

I principi, intesi come enunciati normativi che inglobano valori, quindi, continuano a rappresentare la stella polare che orienta la scelta della stazione appaltante nonché l'attività interpretativa del giudice all'interno di una struttura connotata dall'interazione di numerosi plessi normativi. E così, bilanciare i principi significa individuare le rispettive relazioni di preferenza e di compatibilità per determinare la norma applicabile al caso concreto.

32 L. DI CARLO, *Bilanciamento e sistema delle fonti. Sulla teoria della convergenza razionale* (a cura di), Torino, 2020, p. 29.

33 E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 819

Le argomentazioni condotte dal giudice per la risoluzione della fattispecie dipenderanno, dunque, da come il sistema dei valori verrà interpretato e applicato alla fattispecie *sub iudice*.

Dalle considerazioni sin qui svolte il bilanciamento giudiziale, condotto alla luce dei principi di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 e in assenza di una c.d. gerarchizzazione materiale, si connota per una elevata creatività interpretativa giurisprudenziale: confermando probabilmente - questo si potrà riscontrare solo nel corso del tempo - quell'attribuzione di significato alle norme, in gran parte incontrollabile razionalmente, tipica del previgente Codice dei contratti pubblici.

5. Il principio di risultato e l'eco ridondante di un sindacato più penetrante: breve lettura della prima giurisprudenza in tema di giudizio di anomalia

Argomentate le ragioni per le quali si ritiene di escludere la c.d. gerarchizzazione tra principi, la riflessione prosegue per comprendere se la positivizzazione del principio di risultato abbia comportato una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa.

Sul punto, nella logica della preminenza del principio di risultato - come precedentemente accennato -, il sindacato giurisdizionale non è più volto all'accertamento della difformità o meno del provvedimento al parametro normativo, ma si sostanzia nell'appurare se l'atto impugnato consente di conseguire anche correttamente il risultato, ossia quel bisogno qualificato come pubblico da una norma, alla cui cura è preposta la stazione appaltante³⁴.

³⁴ Sulla base di detto principio, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, «nell'analisi dei casi concreti va quindi privilegiata l'esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica (con il riconoscimento del prioritario interesse al pronto raggiungimento delle finalità dell'appalto), essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato», cfr. T.a.r. Campania, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 37, in www.giustizia-amministrativa.it. M. S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 47, Giannini afferma: «(...) il pubblico interesse di cui si parla in sede di discrezionalità (amministrativa), non può appartenere a quella sfera di interessi pubblici che non sono giuridicamente rilevanti, e neanche può essere generico, ossia indeterminato: ma sarà specifico, determinato dal diritto (nominato) secondo categorie di variabile ampiezza (di solito sempre decrescente), sia indirettamente con l'ordinamento dei pubblici uffici, sia direttamente con l'attribuzione di un atto amministrativo alla sfera di attività di un'autorità determinata».

Nello scenario del nuovo codice degli appalti, quindi, per garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico non è sufficiente aver individuato un operatore economico idoneo a garantire una corretta esecuzione del contratto di appalto, ma occorre piuttosto valutare se la scelta amministrativa sia effettiva attuazione delle politiche pubbliche.

Il principio di risultato si concretizza in un dovere della stazione appaltante di ispirare le scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare.

In altri termini, la declinazione del principio di risultato racchiusa nel comma 4 dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle p.a., soprattutto con riguardo all'interpretazione e applicazione delle regole di gara *«dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica»*³⁵.

Il giudice verifica - quindi - la valutazione della stazione appaltante, ponendo al centro il risultato, ossia la stretta funzionalizzazione tra il medesimo e l'agere amministrativo, la coerenza e la congruenza delle fasi procedurali.

E tale interpretazione giudiziale c.d. teleologica la si coglie nitidamente tra le righe della sentenza del Tar Catania, secondo cui il "miglior rapporto" non è stato raggiunto nella gara in oggetto, poiché *«la stazione appaltante, addivendo alla propria decisione di aggiudicare l'appalto in favore delle due società controinteressate sulla base di una valutazione che appare largamente basarsi sul maggior ribasso praticato dalla stessa, ha disatteso, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio che quest'ultima è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere»*³⁶.

Nello specifico, ad avviso del Collegio, *«l'Amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità ampliata dai principi della fiducia e del risultato, avrebbe dovuto disporre*

³⁵T.a.r. Napoli, o.n.c.

³⁶T.a.r. Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n.478, in www.giustizia-amministrativa.it.

il giudizio di anomalia nei confronti della parte controinteressata, nell'ottica di assicurarsi di compiere la scelta più funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara»³⁷.

Dall'iter logico-giuridico sopra esposto si possono trarre le seguenti considerazioni; il giudice amministrativo è tenuto ad accertare: a) se la scelta della stazione appaltante abbia o meno garantito il corretto conseguimento del risultato, cristallizzato nella norma di legge ovvero nella *lex specialis*; b) se la valutazione condotta dalla commissione di gara abbia tenuto conto del principio del risultato al momento della valutazione dell'offerta anomala; c) se la scelta a cui è pervenuta l'amministrazione sia ragionevole e coerente con il procedimento istruttorio condotto; d) se il principio di risultato sia stato adottato come criterio da bilanciare con gli altri principi coinvolti; e) se nelle more della valutazione delle offerte anomale la stazione appaltante nell'esercizio dell'attività discrezionale abbia considerato ed eventualmente disapplicato il principio di risultato in luogo di altri criteri.

Ciò detto, l'attenzione si pone sugli obiettivi del lavoro: la codificazione del principio del risultato determina una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa? Come è stata qualificata la violazione del principio di risultato? Il giudice amministrativo lungo quali binari condurrà il sindacato?

Procedendo con ordine, l'aggiudicazione dell'appalto in favore di un'impresa che non riesca a garantire il risultato c.d. virtuoso sarebbe illegittima

³⁷ T.a.r. Catania, *o.m.c.* Ciò, in conformità anche alla sentenza della Corte di giustizia europea, sez. IV, 15 settembre 2022, n. 669, in *Foro amm. (I)*, 2022, 9, II, p. 1081: «(...) qualora un'amministrazione aggiudicatrice non abbia avviato una procedura di verifica in merito all'eventuale carattere anormalmente bassi di un'offerta, in quanto ha ritenuto che nessuna delle offerte presentate 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». Per ulteriori approfondimenti in ordine al fenomeno di ampliamento della discrezionalità della stazione appaltante, cfr.: L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici* (a cura di) C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, Napoli, 2023, p. 12; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *www.federalismi.it*, 2023, p. 24.

per violazione dell'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023; pertanto, il principio di risultato si qualificherebbe come parametro di legittimità³⁸.

Tuttavia, come più volte accennato, il sindacato giurisdizionale potrebbe consistere in un bilanciamento tra principi “pariordinati” (risultato e legalità), con contestuale ricorso al criterio di proporzionalità.

Tale tipologia di criterio si articola in tre fasi; esso è indirizzato ad accertare se la misura sotto esame sia: a) idonea a perseguire lo scopo prefissato dalla legge; b) “necessaria”, ossia insostituibile con un'altra, più efficace per perseguire l'obiettivo e meno incisiva per gli interessi contrapposti; c) proporzionata “in senso stretto”, in quanto non impone all'interesse antagonista un sacrificio eccessivo se confrontato con il vantaggio conseguito dall'altro³⁹.

In tale sede non si tratterà del terzo *step* per una duplice ragione: nel presente lavoro la riflessione ruota intorno al bilanciamento di principi e non di interessi (pubblici e privati, come richiesto nell'ultima fase del *test* di proporzionalità); in questa fase il confronto riguarda i benefici e i sacrifici rispettivi; pertanto, mancando un parametro normativo utile per riscontrare la correttezza del bilanciamento il merito amministrativo resterebbe invalicabile.

Ciò precisato, nel tema in esame il criterio di proporzionalità si arresterebbe alla prima fase, ossia il giudice dovrebbe riscontrare se la scelta della sta-

38 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 25, secondo l'A. il principio di risultato «è anche elemento di cui il giudice dispone per verificare la validità della scelta, posto che esso è ora immesso nel perimetro della legalità».

39 Per ulteriori approfondimenti in tema di principio di proporzionalità, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 210 ss.; Id., voce *Proporzionalità* nel *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano, 2006, p. 4643; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Il Foro amm TAR*, 2007, 2, p. 603 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità- Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 296 ss.; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attrazione fatale”?*, in *Il dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 717 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, 2012; Id., *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, p. 871 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 361 ss.; A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 3, p. 567 ss.

zione appaltante sia o meno idonea garantire il corretto conseguimento del risultato virtuoso.

Se solitamente la verifica dell'idoneità dello scopo non genera problemi in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, le difficoltà affiorano in sede di valutazione della relazione tra mezzo e scopo, poiché il giudice potrebbe sindacare la scelta amministrativa solo se manifestamente errata, irragionevole o eccessiva. Ma anche tale obiezione sarebbe superata, laddove il criterio di proporzionalità consente al giudice di riscontrare se la scelta della stazione appaltante apporti o meno un vantaggio per lo scopo individuato dal legislatore.

In senso contrario, invece, vi è chi sostiene che per appurare se la scelta della stazione appaltante garantisca il risultato occorre accertare la c.d. necessità della misura (seconda fase), ossia se vi sia o meno una misura sostituibile (meno incisiva per gli interessi privati contrapposti), ma pur sempre parimenti efficace rispetto al risultato virtuoso⁴⁰.

Nel tema in esame, dunque, l'operatività del principio di proporzionalità richiederebbe un sindacato giurisdizionale c.d. diretto, relativo alle differenti fasi di cui si compone il procedimento logico: nel dettaglio, mentre nella fase centrale - nella quale si esaurisce la verifica di proporzionalità, per qui di interesse - il parametro di riferimento è l'obiettivo, il risultato, art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023; nella fase relativa alla c.d. necessità, invece, gli altri interessi coinvolti sono considerati non sotto il profilo della loro meritevolezza, ma per la maggiore estensione dei sacrifici cui la decisione impugnata li sottopone, rispetto a quella che ne deriverebbe ove si ricorresse a misure alternative, ma comunque efficaci per perseguire lo scopo.

In conclusione, l'operatività del principio di proporzionalità c.d. diretto non implica l'interferenza del giudice nella discrezionalità amministrativa (c.d. sconfinamento della riserva di amministrazione), poiché per verificare se la

40 E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, p. 846.

scelta dell'amministrazione aggiudicatrice sia conforme o meno al principio di risultato il giudice non attribuisce una qualità alla decisione amministrativa oggetto di sindacato, ma ricava la medesima (qualità) dal confronto condotto sulla base dell'obiettivo indicato dal legislatore, a prescindere dalla complessità delle indagini richieste per definire i termini del confronto.

6. Il risultato qualificato come causa dell'atto amministrativo (?): se e come cambia il sindacato giurisdizionale in sede di anomalia dell'offerta?

Il mancato conseguimento del risultato si potrebbe qualificare non solo come violazione del parametro di legittimità, ma anche come vizio della causa. In tale ultima circostanza in capo al giudice si configurerebbe l'onere di riscontrare se l'atto amministrativo risponda o meno all'interesse pubblico specifico, e l'eventuale non corrispondenza si qualifica come mancanza di causa.

E allora se la scelta discrezionale amministrativa incide su differenti interessi, solo un numero limitato dei quali è disciplinato dalla legge (c.d. interessi principali), è senz'altro vero che la discrezionalità amministrativa è vincolata al rispetto della norma. Quella norma che se da un lato, disciplina le modalità dell'*agere* amministrativo, dall'altro è preposta alla tutela di un interesse essenziale.

Tale tutela deve essere efficiente ed efficace, ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 3, d.lgs. n. 36 del 2023 e art. 1 della l. n. 241 del 1990, e garantire il maggior grado possibile di realizzazione dell'interesse principale.

Se così è, dunque, la libertà di apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe libera, ma vincolata all'aderenza agli interessi normativamente qualificati rappresentanti della ragion d'essere delle funzioni a essa attribuite.

In altri termini, la discrezionalità amministrativa nel tema in esame sarebbe in parte vincolata, con contestuale onere per il giudice di valutare il fatto og-

getto della scelta amministrativa con l'interesse specifico (il risultato, *ex art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023*) da perseguire.

Sicché, la decisione amministrativa sarà sempre sindacabile sotto il profilo della causa, ogniqualvolta sia messa in discussione la sua idoneità a realizzare gli interessi normativamente qualificati a cui esso è funzionale.

D'altronde, come affermato già da Giannini: *«attraverso la causa si pone in evidenza, il modo con cui un atto amministrativo provvede a una situazione specifica di pubblico interesse, poiché tra l'atto e il pubblico interesse essenziale che forma il centro della ponderazione d'interessi viene a porsi un nesso, che (...) non può mai scomparire del tutto»*⁴¹.

E allora, punto cruciale della riflessione è il seguente: come la p.a. nell'emanare un atto, muove dal fondamento di una norma di legge, allo stesso modo il giudice- interprete, in sede di sindacato, deve individuare la norma applicabile e accertare come la p.a. abbia interpretato e applicato la medesima (disposizione) al caso concreto⁴². Detto diversamente, il dover essere di cui si parla implica un confronto tra l'attività amministrativa cristallizzata nell'atto impugnato e la norma di riferimento⁴³. Solo così, difatti, si riescono a individuare gli elementi astratti dell'atto amministrativo, utili per l'interpretazione dell'atto e per un corretto sindacato sulla discrezionalità:

*«se l'interpretazione della legge è la chiave per comprenderne l'applicazione compiuta dall'autorità, essa è il mezzo fondamentale per l'interpretazione dell'atto amministrativo»*⁴⁴.

41 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 285.

42 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo, o.u.c.*, conoscere la norma è logicamente *«necessario per intendere ogni atto concreto, essendo i requisiti di ogni atto disciplinati da leggi»*.

43 Sul punto, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Napoli, 2023, p. 410 ss.: *«(...) Il risultato, nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Non siamo di fronte a un interesse (quello del risultato) che costituisce il fondamento di un diritto (...). I principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un'attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto»*.

44 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo, cit.*, p. 303. Inoltre, per ulteriori approfondimenti in ordine alle differenti tipologie di interpretazioni elaborate da Giannini, si v.: In ipotesi di interpretazione di merito, *«l'interprete dovrà conoscere la legge, averla interpretata, per possedere tutto il sistema dei fini-motivi e delle norme tecniche»*. Ulteriori forme di operazione

In tali casi, il sindacato giurisdizionale verterà sul nesso tra l'interesse essenziale e contenuto dell'elemento discrezionale dell'atto; e dunque sulla conformità del provvedimento impugnato al risultato, sì come previsto dalla legge.

In altri termini, il giudice amministrativo svolgerebbe un'indagine sulla causa, che, esulando dalla valutazione degli interessi secondari, non si sostanzia in un controllo indiretto del merito⁴⁵ e pertanto in uno sconfinamento del prin-

interpretativa sono quella c.d. piena e quella c.d. meramente qualificatoria, nelle quali «l'interprete è costretto a ripetere l'interpretazione della legge quale fu compiuta dall'autorità che emanò l'atto, al fine di poterlo comprendere. È questo abbastanza semplice finché si tratta di atti presi in esercizio di attività vincolata: ma non in quelli presi in esercizio di attività discrezionale, in cui si tratta di trovare quegli elementi dell'atto che restano indeterminati, specie gli elementi teleologici, che raramente sono espressamente indicati dalla legge». Nel dettaglio, per quanto concerne «l'interpretazione meramente qualificatoria esiste indipendentemente dall'essere l'atto amministrativo discrezionale o vincolato, oggetto di accertamento principale, o di questione pregiudiziale o altro. (...) La sua caratteristica fondamentale, l'incertezza della qualificazione giuridica dell'atto, benché possa apparire strana a prima vista, si spiega solo che si rifletta sull'organizzazione dell'amministrazione e dello svolgersi della di lei attività, ossia alle sfere di competenza e al principio della nominatività dell'atto amministrativo. (...) L'altra condizione perché si abbia interpretazione meramente qualificatoria, oltre l'incertezza della qualificazione, è, com'è logico, la certezza della ricostruzione del fatto», pp. 297 e 304.

45 Né si potrebbe obiettare sul punto che in tale ipotesi il giudice svolgerebbe un sindacato di merito. D'altronde lo stesso Giannini affermava che il problema del sindacato di merito, «si può concepire sia come un semplice controllo dell'esattezza dell'apprezzamento comparativo di vari interessi, sia anche come controllo della completezza o della sufficienza dello schema degli interessi presi in esame come secondari, cui quindi seguirebbe un integramento dell'incompleto giudizio dell'autorità che ha emanato l'atto. Il sindacato di merito ha così diversa ampiezza: nella sua forma meno ampia esso può stranamente avvicinarsi a quello di legittimità di puro diritto, quando l'apprezzamento comparativo degli interessi compiuto dall'autorità risulti ex actis, non richiedendo alcun'altra indagine, e gli stessi atti offrano elementi sufficienti per controllare e procedere nuovamente a quell'apprezzamento», *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 180. Per ulteriori approfondimenti sul merito amministrativo, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; P. G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagine storiche*, Milano, 1958, p. 50 ss.; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra C.I.S.A. (Perugia, 1968), Firenze, 1969, p. 101. Di recente: A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 1437 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Milano, 2013; R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri della giurisdizione nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 981 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, *ivi*, 2018, p. 219 ss.; A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2018, p. 263 ss.; F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, p. 49 ss.; F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*,

cipio di separazione dei poteri⁴⁶. Quest'ultimo profilo rappresenta indubbiamente lo snodo interpretativo più delicato, con le conseguenze che ne scaturirebbero sul piano della profondità del sindacato giurisdizionale e dell'effettività della tutela⁴⁷. Difatti, nel nuovo scenario dei contratti pubblici, il risultato, entrando nella valutazione, «trasforma qualsivoglia forma di valutazione tecnica in discrezionalità pura, nel senso che la valutazione deve essere effettuata anche alla luce di un interesse pubblico indicato dalla legge»⁴⁸.

Ne deriva che, in tema di anomalia dell'offerta, il giudice non dovrebbe limitarsi solo a verificare la correttezza, la serietà e l'attendibilità del percorso valutativo condotto dalla stazione appaltante, ma dovrebbe condurre una disamina compiuta sulla fattispecie controversa, senza sconfinare nella riserva di amministrazione, che tenga conto del risultato, art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del

in *Dir. amm.*, 2021, 1, p. 29 ss.

46 Per ulteriori approfondimenti in tema di separazione dei poteri, cfr.: A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XXIII, p. 1; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 20 ss.; L. ROSSI, *Potere (divisione dei)*, in *Noss. dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 100; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 372. Non si prescinda da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985. Di recente, cfr.: G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 965 ss.; M. TRIMARCHI, *“Problema dell'amministrazione” e “problema del giudice”: principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, Milano, 2011, p. 179 ss.; G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 1, p. 1 ss.; S. CASESE, *La nuova discrezionalità (Rapporti tra politica e amministrazione)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 6, p. 725 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, p. 393; A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di “ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri” di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 1, p. 235 ss.

47 T.a.r. Napoli, sez. VIII, 9 dicembre 2010, n. 27136, in *Foro amm. TAR* 2010, 2, 3995, sul punto si rammenta, come precisato più volte nel corso del lavoro, che «Il sindacato del giudice amministrativo in materia si compendia nell'accertare se il potere dell'amministrazione appellante sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e dunque se le valutazioni tecniche operate siano attendibili, non potendo invece consistere nell'integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dall'Amministrazione, ciò comportando un'inammissibile violazione del principio di separazione dei poteri», in *Foro amm. TAR* 2010, 12, 3995. Ancora, Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2007, n. 4933, in *Foro amm. C.d.s.* 2007, 9, 2546; Cons. Stato, 18 settembre 2008, n. 4494, in *Foro amm. C.d.s.* 2008, 9, 2427; T.a.r. Napoli, sez. I, 8 ottobre 2009, n. 5207, in *Foro amm. TAR* 2009, 10; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3769, in *Foro amm. C.d.s.* 2009, 6, 1482.

48 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 38.

2023. In altri termini, come già accennato nel precedente paragrafo, si dovrà riscontrare: a) se la scelta della stazione appaltante abbia o meno garantito il corretto conseguimento del risultato, cristallizzato nella norma di legge ovvero nella *lex specialis*; b) se la valutazione condotta dalla commissione di gara abbia tenuto conto del principio del risultato al momento della valutazione dell'offerta anomala; c) se nelle more della valutazione delle offerte anomale la stazione appaltante nell'esercizio dell'attività discrezionale abbia considerato ed eventualmente bilanciato o disapplicato il principio di risultato in luogo di altri criteri.

In tali circostanze il giudice-interprete indaga il reale accertamento dei fatti, quali emergono dal contesto dell'atto, e valuta come la p.a. li abbia qualificati⁴⁹.

E allora, nonostante il provvedimento in tema di giudizio di anomalia dell'offerta sia manifestazione di discrezionalità amministrativa - richiamando Giannini - « *l'interprete accetta la soluzione scelta dall'autorità, come se essa sia la migliore possibile, limitandosi a vedere come il fatto qualificato in questo elemento possa rientrare nel disposto dalla legge relativo all'elemento stesso nell'uno o nell'altro atto; qui l'opera dell'interprete è veramente una riqualificazione dei fatti*»⁵⁰.

In altri termini, il giudice è chiamato a interpretare la disposizione normativa, attraverso l'accertamento del fatto e la valutazione del dato tecnico richiamato. In tale ultima circostanza, non si può certamente affermare che il giudice vada a esprimere un giudizio riservato al potere dell'amministrazione. Il

49 A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 9: «*Il fatto rappresenta il punto di origine di qualsiasi vicenda giuridica: la qualificazione sulla base di una norma riguarda sempre un fatto. Di conseguenza il fatto è sempre rilevante, nella relazione giurisdizione e amministrazione: riservare il fatto all'amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale. L'equilibrio fra giurisdizione e amministrazione esige che il fatto sia conoscibile e valutabile da parte del giudice di merito; la ricostruzione del fatto deve essere verificata, e non può rappresentare un postulato demandato all'amministrazione; l'insostenibilità delle concezioni che attribuivano al giudice amministrativo una giurisdizione solo di diritto è stata dimostrata ormai da lungo tempo*».

50 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 306.

giudice, difatti, se compie un'indagine piena e diretta sulla valutazione tecnica, dà semplicemente esecuzione della norma, a garanzia degli artt. 24 e 113 Cost.

Da tale tipologia di sindacato giurisdizionale, quindi, riemerge l'importanza e il valore del ricorso alla consulenza tecnica o alla verifica da parte del giudice amministrativo⁵¹; così, difatti, quest'ultimo potrebbe svolgere un maggior controllo formale ed estrinseco dell'iter logico condotto dalla stazione appaltante nell'esprimere le proprie valutazioni, senza sconfinare nel merito, e verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche poste in esse nonché la correttezza quanto ai criteri tecnici applicati e il corretto perseguimento del risultato, interesse pubblico individuato dal legislatore⁵².

51 Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2017, n.4848: «ai sensi dell'art. 67 d.lgs. n. 104 del 2010, la consulenza tecnica si estrinseca in una valutazione - e quindi in un giudizio - alla stregua della discrezionalità tecnica, il consulente non si limita infatti ad un'attività meramente ricognitiva e circoscritta ad un elemento o fatto specifico ma, utilizzando le proprie specifiche cognizioni tecniche, prende in carico situazioni ed oggetti complessi al fine di elaborare un proprio giudizio e, di conseguenza, rispondere al quesito ritenuto dal giudice utile ai fini del decidere con una soluzione tecnicamente idonea alla stregua di un "giudizio di valore"; invece, al contrario, la verifica, di cui all'art. 66 c.p.a., è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare, nella realtà delle cose, la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali; la verifica si estrinseca, quindi, in un giudizio di risultato che, come tale, non richiede un momento di contraddittorio; come la giurisprudenza ha affermato, il contraddittorio concerne esclusivamente gli sviluppi e le risultanze della verifica», in Red. giuffrè, 2017; Cons. Stato, sez. III, 18 marzo 2013, n. 1571, in *Foro amm. C.d.s.* 2013, 3, p. 639 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 682, in *Foro amm.(I)*, 2014, 2, p. 503; Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5552, in *Foro amm. (I)* 2014, 11, p. 2808; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in *Foro amm. (I)*, 2016, 5, p. 1498; T.a.r. Palermo, sez. II, 17 gennaio 2018, n.139: «Nelle gare pubbliche gli apprezzamenti in ordine all'idoneità tecnica delle offerte, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la insussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle dette valutazioni tecnico-discrezionali; comunque, incombe sul soggetto che contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare e specificare gli elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole, ovvero sia basata su fatti erronei o travisati, atteso che il sindacato del giudice rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. Pertanto, non può essere accolta la richiesta del ricorrente di disporre l'esecuzione di una consulenza tecnica d'ufficio o di una verifica al fine di accertare l'effettiva rispondenza del prodotto offerto in gara alle caratteristiche tecniche previste dal capitolato di gara, qualora le valutazioni di natura tecnico-discrezionale poste a fondamento delle cause di esclusione non appaiono manifestamente irragionevoli o affette da errori di fatto», in Red. giuffrè 2018.

52 A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 9: «(...) in tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico dell'amministrazione non sia convincente, il giudice deve poterla disattendere. Un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore».

In conclusione, quindi, le argomentazioni sin qui condotte consentono di asserire che il giudice, anche in tema di giudizio per anomalia dell'offerta, sia, grazie anche alla positivizzazione del principio del risultato, tenuto ad analizzare il procedimento effettuato dalla p.a. e i relativi esiti valutativi, per riscontrare l'eventuale presenza dei tre vizi di illegittimità, limiti della discrezionalità amministrativa o tecnica; secondo un apprezzamento interpretativo «vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità»⁵³.

7. Considerazioni conclusive: la riemersione del valore (?) della ctu e della verifica per la valutazione dell'anomalia dell'offerta

Le considerazioni condotte nel corso del lavoro consentono di meditare sull'effettiva gerarchizzazione in senso c.d. sostanziale dei principi nonché sulle eventuali implicazioni che la medesima produrrebbe in tema di giudizio di anomalia dell'offerta.

Da un'attenta lettura delle prime pronunce emesse dalla giurisprudenza amministrativa emerge come tra i principi del nuovo Codice vi sia un rapporto di interdipendenza, più che di supremazia. Ancora una volta, dunque, il Codice dei contratti pubblici si qualificherebbe come fonte di incertezza in cui il giudice assolverebbe l'arduo compito di bilanciare i differenti principi coinvolti per sagomare l'operatività della norma alla fattispecie concreta.

Nel dettaglio, il giudice è chiamato a valutare la serietà e l'attendibilità complessiva del giudizio di anomalia nonché a comprendere se la scelta adoperata dalla stazione appaltante sia idonea a garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, qual è il risultato.

In tale scenario, come accennato in premessa, il compito dello studioso si sostanzia nel rivedere la natura discrezionale del giudizio di anomalia che, da

⁵³ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 822. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091, in *Foro amm. CDS* 2010, 11, p. 2374; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7262, in *Foro amm. CDS* 2010, 10 p. 2119; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2012, n. 1369, in *Foro amm. CDS* 2012, 3, p. 628; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1085, in *Red. giuffrè* 2014; T.a.r. Trentino Alto Adige, 11 febbraio 2015, n. 60, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

espressione di discrezionalità tecnica potrebbe qualificarsi come da discrezionalità mista, grazie proprio alla funzione di parametro di legittimità assoluta dal principio di risultato.

Tale metamorfosi, però, non sarebbe priva di implicazioni giuridiche: mentre la discrezionalità tecnica e amministrativa comportano entrambe giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro normativo definito; differiscono, invece, in ordine all'oggetto dei giudizi: nella discrezionalità tecnica rileva la qualificazione dei fatti; diversamente, nella discrezionalità amministrativa invece il sindacato verte sull'assetto di interessi.

Ciò detto, volgendo lo sguardo sul tema in esame, si configurerebbe una discrezionalità c.d. mista e pertanto il giudice sarà tenuto ad accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall'amministrazione aggiudicatrice che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica.

Nello specifico, il giudice non dovrebbe tener conto delle massime d'esperienza appartenenti al sapere comune, ma, avvalendosi del c.t.u., è chiamato ad acquisire tutte le conoscenze tecnico-specialistiche necessarie per una completa conoscenza dei fatti⁵⁴.

In conclusione, dunque, se il risultato è il preminente interesse pubblico garantito dalla p.a. sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione, il giudice rappresenta l'ago della bilancia proprio di quel rapporto economico in cui è parte la p.a.

54 In tale ultima evenienza il Collegio non recepirebbe acriticamente le risultanze della consulenza tecnica, ma le utilizzerebbe per ripercorrere le argomentazioni poste a fondamento della scelta amministrativa e avvalorare la propria decisione. Ancora, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 129, che con riferimento alla consulenza tecnica chiarisce che: «(...) il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce, prima ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

Pertanto, la scelta di avvalersi di verificatori o consulenti tecnici nella fase istruttoria processuale per decidere in ordine al carattere anomalo dell'offerta, risulta indispensabile per arricchire le conoscenze tecniche del giudice.

In senso contrario, come affermato da Autorevole dottrina, «ogni area di apprezzamento tecnico, che sia riservata all'amministrazione, e non sia quindi verificabile in giudizio, comporta una lesione (una compressione) del principio di piena e generale tutela giurisdizionale, fissato in via generale dall'art. 24, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113 della Costituzione»⁵⁵.

⁵⁵ Cfr.: F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero del Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2000, p. 1066 ss. Sul punto si rinvia anche a: N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 489 ss: «in applicazione dell'art. 24 e 113 Cost. [...] deve affermarsi il principio che non c'è sfera dell'attività amministrativa, diversa da quella realmente ed effettivamente discrezionale, che possa sfuggire ad un sindacato pieno e diretto da parte del giudice». Per ulteriori approfondimenti in tema di diritto di difesa e giusto processo si rinvia a: A. POLICE, *Commento all'art. 24 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Milano, 2006, p. 502 ss.