Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa
Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 49 dell'11 giugno 2025
a cura dell'Ufficio del massimario

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal T.a.r. per la Campania, dell'art. 108, comma 12, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, nella parte in cui, anche nel caso di inversione procedimentale, fissa nell'aggiudicazione il momento di cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia.

Corte costituzionale, 30 maggio 2025, n. 77 – Pres. Amoroso, Red. D'Alberti

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Appalto lavori – Soglia di anomalia – Principio di invarianza – Aggiudicazione – Inversione procedimentale – Questioni infondate di costituzionalità

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, dal T.a.r. per la Campania, sezione I, con ordinanza 21 maggio 2024, n. 3280. (1)

(1) I. – Con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.a.r. per la Campania, sez. I, con ordinanza n. 3280 del 2024 (oggetto della News UM n. 65 del 26 giugno 2024 alla quale si rinvia per la ricostruzione della vicenda processuale e per approfondimenti sul principio di stabilità della soglia di anomalia delle offerte e sulla inversione procedimentale prevista dall'art. 107, comma 3, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36). Va premesso che il dubbio di legittimità costituzionale consisteva, in sintesi, in un possibile uso strumentale dell'istituto, per il rischio che i concorrenti possano «pilotare» l'esito della gara, con conseguente violazione degli articoli 3, 41 e 97 della Costituzione; difatti, una volta conosciute sia le offerte economiche preventivamente aperte per effetto della inversione procedimentale, sia la soglia di anomalia calcolata dal *software* di gestione della procedura, tali operatori potrebbero incidere sull'esito della selezione scegliendo di regolarizzare o meno - in tal caso facendosi escludere - la propria offerta oggetto di soccorso istruttorio e, conseguentemente, influire sulla nuova soglia di anomalia determinata dalla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione e, quindi, sulla individuazione dell'aggiudicatario.

II. – Questo il percorso motivazionale della sentenza:

a) il meccanismo della inversione procedimentale è previsto dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e dalla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali;

b) nell'ordinamento nazionale l'istituto è stato introdotto dall'art. 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i soli appalti nei settori speciali e, in seguito, è stato esteso anche ai settori ordinari, da ultimo, con l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023 per tutte le procedure aperte, in via facoltativa a discrezione della stazione appaltante;

c) la procedura di affidamento dei contratti pubblici si articola, in via ordinaria, come segue:

   c1) apertura e verifica delle buste contenenti la documentazione amministrativa comprovante il possesso dei requisiti delle imprese partecipanti e, in caso di irregolarità o incompletezza, attivazione del soccorso istruttorio;

   c2) esclusione dei concorrenti che non hanno presentato documentazione idonea a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti;

   c3) apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei concorrenti rimasti in gara e calcolo della soglia di anomalia in base al numero degli offerenti;

   c4) esclusione delle offerte anomale, formazione della graduatoria, predisposizione della proposta di aggiudicazione, verifica del possesso dei requisiti in capo al miglior offerente e, infine, adozione del provvedimento di aggiudicazione;

d) viceversa, per effetto della inversione procedimentale, il momento di valutazione delle offerte è anteposto a quello della verifica della documentazione amministrativa;

e) la disposizione di cui all'art. 107, comma 3, ha lo scopo di semplificare l'*iter* della procedura e ridurre il contenzioso in quanto, avvalendosi di tale strumento, non sarà necessario effettuare la fase di controllo della documentazione amministrativa nei confronti di tutti gli offerenti;

f) va comunque evidenziato che la disposizione prevede nell'ultima parte una verifica sul possesso dei requisiti in maniera imparziale e trasparente, senza tuttavia imporre una specifica modalità di controllo e lasciando alle stazioni appaltanti la relativa scelta;

g) a sua volta, il principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte consiste nella intangibilità di tale valore (normalmente condizionato dal numero dei concorrenti e dall'importo delle relative offerte) e nella conseguente non modificabilità della graduatoria, in deroga all'ordinario meccanismo della regressione procedimentale, con conseguente neutralità ed indifferenza di eventuali esclusioni o riammissioni in gara di concorrenti;

h) l'istituto mira a garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla

determinazione della soglia di anomalia delle offerte in caso di esclusioni o riammissioni di concorrenti, evitando un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542), precludendo impugnazioni meramente speculative e strumentali da parte dei concorrenti non utilmente collocati in graduatoria;

i) tale finalità è coerente con il «principio del risultato» di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 che è uno dei criteri prioritari che reggono l'azione amministrativa nel settore degli appalti pubblici (Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, in *NJus* 16 luglio 2024 con nota di FAILLACI) e, a sua volta, costituisce diretta attuazione del canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.;
j) l'esigenza di conferire stabilità alla procedura di gara trova così un contrappeso nella possibilità di correggere eventuali distorsioni del confronto competitivo dovute ad ammissioni o esclusioni fino alla aggiudicazione che segna il momento a partire dal quale opera il principio della invarianza della soglia;
k) anche nel caso di inversione procedimentale appare coerente cristallizzare la soglia di anomalia al momento dell'aggiudicazione che rappresenta il punto di equilibrio tra esigenza di stabilità, efficienza, celerità della gestione degli appalti pubblici e rispetto del canone di imparzialità;
l) la diversa soluzione proclive a congelare la soglia di anomalia dopo la apertura delle buste economiche e prima dell'aggiudicazione, in caso di ricorso all'utilizzo dell'istituto di cui all'art. 107, comma 3, del codice dei contratti pubblici, rischierebbe di compromettere la scelta del miglior offerente e si porrebbe in contrasto con il principio di buon andamento;
m) difatti, la stazione appaltante potrebbe trovarsi costretta, nonostante la gara non si sia ancora conclusa con l'aggiudicazione, a mantenere ferma una graduatoria in cui sono presenti operatori economici che, non avendo dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione, non avrebbero potuto partecipare alla selezione e, quindi, non sarebbero stati in grado di esprimere un'offerta valida;
n) inoltre l'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023 è coerente con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui l'esigenza di accelerazione delle procedure di affidamento deve coniugarsi con la tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità (Corte cost., 28 gennaio 2022, n. 23; 6 marzo 2020, n. 39);
o) quanto al possibile *vulnus* ai principi di segretezza delle offerte e di trasparenza del procedimento, la Corte rileva che la censura si traduce in una contestazione di legittimità sul meccanismo stesso della inversione procedimentale sul quale, tuttavia, il giudice remittente non ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale;
p) contro il rischio di condizionamento dell'esito della gara causato dalla condotta degli operatori sottoposti a verifica con soccorso istruttorio, la Corte evoca il principio di fiducia in materia di appalti pubblici (art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023) che promuove un rapporto di fiducia reciproca tra amministrazione, funzionari e operatori economici, incentivando una collaborazione trasparente e corretta;
q) in riferimento al presunto contrasto della disposizione censurata con gli artt. 3 e 41 Cost., per il rischio che la procedura venga «pilotata» da operatori destinatari di richieste di regolarizzazione, la Corte evidenzia che:

q1) la scelta di non dare corso al soccorso istruttorio è una decisione imprenditoriale autonoma, espressione della libertà di iniziativa economica;

q2) per evitare fenomeni collusivi, è necessario che le stazioni appaltanti, qualora intendano avvalersi della inversione procedimentale, introducano rimedi procedurali (ad esempio, sorteggio delle imprese da sottoporre a controllo) per le verifiche preventive sul possesso dei requisiti da parte dei partecipanti, come prevede l'art. 107, comma 3, del codice degli appalti pubblici, al fine di tutelare il rispetto della *par condicio* e ridurre il rischio di accordi tra operatori per condizionare l'esito della fase di controllo della documentazione amministrativa e, per tale via, l'aggiudicazione dell'appalto;

q3) in ogni caso, eventuali accordi illeciti tra concorrenti per «pilotare» l'esito della gara sono sanzionabili sia come illeciti anticoncorrenziali dalla normativa *antitrust*, sia come reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 del codice penale.

III. – Per ulteriori approfondimenti:

r) sulla nozione sostanzialistica del principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, si veda: Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1620 secondo cui esso mira:

r1) nella fase di affidamento, a giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto;

r2) nella fase di esecuzione, a perseguire il risultato di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto ed impone alla stazione appaltante di concentrarsi sulla rapidità ed economicità, ma anche sulla qualità della prestazione;

s) sul principio della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 con particolare riguardo alle prime applicazioni della giurisprudenza, si veda in dottrina: QUADRI, in *Riv. trim. scienza ammin.* 4/2024;

t) sul soccorso istruttorio e sul principio della fiducia alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, si veda: Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2025, n. 1985, in *NJus* 11 marzo 2025 con nota di DE GIOIA secondo cui:

t1) la chiave interpretativa della disciplina prevista dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 è la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i principi di buona fede e della *par condicio* (relazione illustrativa al codice dei contratti pubblici);

t2) il soccorso istruttorio è una forma di collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione che va raccordata con il principio della fiducia di cui all'art. 2 che ha una valenza più generale in tutti i contesti nei quali si sviluppa una relazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati;

t3) il principio della fiducia si fonda sull'idea che amministrazione e consociati rispettino le regole e si comportino di conseguenza in modo

corretto gli uni verso gli altri e tutti insieme nei confronti dei terzi e della comunità;
t4) si tratta di un dovere riconducibile all'art. 2 della Costituzione che vale sia per i funzionari pubblici, sia per gli operatori privati, sia per l'amministrazione, sia infine per le organizzazioni dei cittadini.