CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **77/2025** (ECLI:IT:COST:2025:77)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **AMOROSO** - Redattore: **D'ALBERTI**
Udienza Pubblica del **08/04/2025**; Decisione del **08/04/2025**
Deposito del **30/05/2025**; Pubblicazione in G. U. **04/06/2025**
Norme impugnate: Art. 108, c. 12°, del decreto legislativo 31/03/2023, n. 36.
Massime: **46838 46839 46840**
Atti decisi: **ord. 126/2024**

SENTENZA N. 77

ANNO 2025

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta da: Presidente: Giovanni AMOROSO; Giudici : Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI, Marco D'ALBERTI, Giovanni PITRUZZELLA, Antonella SCIARRONE ALIBRANDI, Massimo LUCIANI, Maria Alessandra SANDULLI, Roberto Nicola CASSINELLI, Francesco Saverio MARINI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio 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) promosso dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima, nel procedimento vertente

tra Consorzio Cadel scarl, il Comune di Napoli e La Metropoli scarl, con ordinanza del 21 maggio 2024, iscritta al n. 126 del registro ordinanze 2024 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 27, prima serie speciale, dell'anno 2024.

Visti l'atto di costituzione del Consorzio Cadel scarl, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica dell'8 aprile 2025 il Giudice relatore Marco D'Alberti;

uditi l'avvocato Armando Profili per Consorzio Cadel scarl e l'avvocato dello Stato Luigi Simeoli per il Presidente del Consiglio dei ministri;

deliberato nella camera di consiglio dell'8 aprile 2025.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 21 maggio 2024, iscritta al n. 126 reg. ord. 2024, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, questioni 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), limitatamente all'inciso «successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale».

2.– Il rimettente espone che il Comune di Napoli aveva indetto una gara d'appalto per lavori di manutenzione straordinaria, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, avvalendosi della "inversione procedimentale" di cui all'art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici, in forza della quale le offerte economiche sono esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. A seguito dell'apertura delle offerte economiche e della determinazione della soglia di anomalia, mediante il calcolo elaborato dal *software* di gestione della procedura, si perveniva all'individuazione delle offerte automaticamente escluse e di quelle non anomale. Dopo questa operazione, risultava primo in graduatoria il Consorzio Cadel scarl. Venivano, quindi, sottoposti alla verifica della documentazione amministrativa i primi due concorrenti in graduatoria, nonché ulteriori otto operatori economici, pari per approssimazione al 5 per cento dei partecipanti ed estratti casualmente dalla piattaforma di gestione della procedura, come previsto dal disciplinare della procedura. Il seggio di gara attivava il cosiddetto soccorso istruttorio nei confronti di otto dei concorrenti sottoposti a verifica, chiedendo di regolarizzare la documentazione. Sei concorrenti depositavano quanto richiesto e il seggio dichiarava conforme la documentazione così prodotta. Venivano, invece, esclusi i due concorrenti che non avevano fornito riscontro alla richiesta di regolarizzazione. All'esito di queste operazioni, era rinnovato il calcolo della soglia di anomalia e, per l'effetto, al primo posto della graduatoria si collocava La Metropoli scarl, alla quale veniva aggiudicata la gara. Il Consorzio Cadel scarl impugnava gli atti di gara sostenendo, tra l'altro, che, una volta prescelta l'inversione procedimentale, l'esito del soccorso istruttorio non avrebbe potuto incidere sulla determinazione della soglia di anomalia già effettuata. Ciò in quanto non potrebbe essere affidato agli operatori economici il destino della selezione e l'individuazione dell'aggiudicatario, di fatto consentendo – essendo conosciute le proposte economiche di tutti i concorrenti – di incidere, con la scelta di regolarizzare o meno la propria offerta, sulla nuova soglia di anomalia.

3.– Il giudice rimettente, dopo aver rilevato che il Comune di Napoli aveva correttamente fatto ricorso al soccorso istruttorio, essendo questo attivabile per ogni ipotesi di regolarizzazione della domanda, con il solo divieto di integrazione postuma dei requisiti, dubita

della legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, cod. contratti pubblici, riguardante il "principio di invarianza", individuando nel provvedimento di aggiudicazione il termine ultimo per la modifica della soglia di anomalia. In applicazione di tale disposizione, infatti, il Comune di Napoli aveva proceduto due volte alla determinazione della predetta soglia: la prima, a seguito dell'apertura delle offerte economiche (avendo fatto ricorso all'inversione procedimentale); successivamente, all'esito del soccorso istruttorio. In tal modo, osserva il rimettente, verrebbe contraddetto il principio di segretezza delle offerte, essendo «ipotizzabile che si possa calcolare in anticipo quale variazione della soglia si produrrebbe, a seconda del numero dei concorrenti che vengono in seguito definitivamente ammessi e dell'esclusione di altri concorrenti».

4.– In punto di rilevanza, il giudice *a quo* rileva che, in applicazione della disposizione censurata, nel caso di inversione procedimentale, la modifica della soglia di anomalia può avvenire «a seguito della successiva esclusione di uno o più concorrenti, all'esito del soccorso istruttorio, quando tutti i valori economici degli offerenti sono noti». In tale evenienza, aggiunge il rimettente, «è ipotizzabile che si possa calcolare in anticipo quale variazione della soglia si produrrebbe, a seconda del numero dei concorrenti che vengono in seguito definitivamente ammessi e dell'esclusione di altri concorrenti». Il rimettente evidenzia anche che la disposizione censurata non si presta ad alcuna possibile diversa interpretazione e che dalla sua applicazione conseguirebbe il rigetto sia del ricorso sia dei motivi aggiunti presentati dal Consorzio Cadel scarl.

5.– Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, il rimettente, premesso un *excursus* normativo e giurisprudenziale sul principio di invarianza, ritiene che la limitazione dell'operatività di tale principio soltanto alla fase successiva dell'aggiudicazione dell'appalto stabilita dall'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023, si potrebbe porre in contrasto, in primo luogo, con l'art. 97 Cost.

Secondo il giudice *a quo*, i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione «inducono ad escludere che l'esito della procedura di evidenza pubblica possa, in qualsivoglia modo, farsi dipendere dal comportamento di un concorrente». Nella fattispecie in esame, «prescelto il ricorso all'inversione procedimentale, erano conosciute le offerte economiche di tutti concorrenti e, pertanto, era calcolabile la variazione della soglia di anomalia che, nella suddetta evenienza, sarebbe intervenuta». In questo contesto, «la possibilità, concessa alla Pubblica Amministrazione, di operare (quale effetto del comportamento di un concorrente) successive determinazioni della soglia di anomalia, sino all'aggiudicazione» sarebbe suscettibile di violare i richiamati principi espressi dall'art. 97 Cost. In particolare, potrebbe essere leso il principio del buon andamento perché l'operato dell'amministrazione non può «anche solo astrattamente farsi dipendere da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato». Aggiunge il rimettente che il principio di imparzialità impone, al contempo, che sia garantita la parità di trattamento tra tutti i concorrenti, come previsto – proprio per l'ipotesi di inversione procedimentale – dall'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, che stabilisce il rispetto di criteri di selezione «in maniera imparziale e trasparente».

Per queste ragioni, il TAR Campania ritiene che sarebbe maggiormente rispondente ai richiamati principi costituzionali «l'individuazione di un unico momento, corrispondente all'originaria determinazione della soglia di anomalia, oltre il quale la stessa resta insensibile a qualsivoglia sopravvenienza, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali che in conseguenza dell'esclusione di concorrenti». Dunque, poiché la *ratio* del principio di invarianza è quella di evitare un «andamento "altalenante" della gara», il momento oltre il quale non dovrebbe essere consentita la variazione della soglia di anomalia dovrebbe coincidere con quello dell'apertura delle offerte economiche in seduta pubblica.

Il giudice *a quo* aggiunge che il legislatore, in considerazione dell'esigenza di fissare il

principio di invarianza in un momento antecedente all'aggiudicazione, lo aveva ancorato – con la novella all'art. 95, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) operata dall'art. 1, comma 1, lettera *s*), numero 4), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici) – alla «fase amministrativa di prima ammissione» delle offerte. Tuttavia, tale modifica non è stata recepita nella legge 14 giugno 2019, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici).

Ne consegue, conclude il rimettente sul punto, che l'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023, limitatamente all'inciso «successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale», potrebbe violare i principi di cui all'art. 97 Cost.

6.– La disposizione censurata sarebbe suscettibile di porsi in contrasto anche con gli artt. 3 e 41 Cost., poiché essa, consentendo all'amministrazione di variare la soglia di anomalia sino al momento dell'aggiudicazione, ancorché ne abbia già effettuato il calcolo, da cui sia risultato aggiudicatario un determinato soggetto, lederebbe il principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica privata. Infatti, qualora venga ricalcolata la soglia di anomalia pur essendo conosciute tutte le offerte economiche, «l'effetto è fatto dipendere dalla volontà di un soggetto privato, "arbitro" della sorte della gara e che di fatto dispone del potere di sottrarre all'originario aggiudicatario il bene della vita agognato, favorendone il conseguimento per un altro concorrente».

7.– È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Campania siano dichiarate non fondate. La difesa statale, dopo essersi soffermata sull'istituto dell'inversione procedimentale, come operante alla luce del principio di invarianza nella determinazione della soglia di anomalia e della prevalente interpretazione giurisprudenziale formatasi in materia, sostiene che la disposizione censurata terrebbe conto del necessario contemperamento tra il principio di immodificabilità della soglia di anomalia e quelli di buon andamento e di imparzialità dell'attività amministrativa. In tale contesto, solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, e non nelle fasi antecedenti, assumerebbe rilevanza l'affidamento degli offerenti, che il richiamato principio è finalizzato a tutelare. Non sarebbero, inoltre, violati i canoni di segretezza e imparzialità, in quanto essi «devono trovare attuazione non astrattamente, ma in un iter caratterizzato da "definitività procedimentale", tale da correlare la segretezza delle fasi endoprocedimentali alla chiara formulazione del solo provvedimento amministrativo conclusivo dell'iter di gara (l'aggiudicazione)».

Aggiunge l'Avvocatura che sarebbe contrario al principio di proporzionalità travolgere, sulla scorta di considerazioni ipotetiche e puramente di fatto, «un sofisticato meccanismo che introduce elementi di semplificazione (e quindi di maggior efficacia ed efficienza) dell'azione amministrativa, al contempo preservando la certezza del modulo procedimentale».

8.– Si è costituito in giudizio il Consorzio Cadel scarl, chiedendo l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Campania, sulla scorta delle considerazioni svolte nell'ordinanza di rimessione e anche alla luce di quanto previsto all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prevede la tutela dell'affidamento dell'operatore economico «anche prima dell'aggiudicazione», così prefigurando una situazione giuridica meritevole di tutela qualora tale operatore abbia confidato, senza sua colpa, di poter conseguire l'appalto e veda svanire tale risultato.

Considerato in diritto

1.– Il TAR Campania, sezione prima, con l'ordinanza indicata in epigrafe ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, cod. contratti pubblici, limitatamente all'inciso «successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale».

1.1.– Il giudizio *a quo* concerne una gara d'appalto per lavori di manutenzione stradale straordinaria, indetta dal Comune di Napoli e da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, avvalendosi della inversione procedimentale di cui all'art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici. In forza di tale meccanismo, era previsto che le offerte economiche sarebbero state esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti.

Nell'ambito della gara ha trovato applicazione il "principio di invarianza", che determina, ai sensi dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023, l'immodificabilità della soglia di anomalia solo dopo il provvedimento di aggiudicazione.

Applicando la suddetta previsione normativa, il Comune di Napoli aveva proceduto due volte alla determinazione della soglia di anomalia: la prima, a seguito dell'apertura delle offerte economiche (avendo fatto ricorso all'inversione procedimentale); successivamente, all'esito del soccorso istruttorio, in ragione della mancata regolarizzazione della documentazione presentata da taluni partecipanti. Tuttavia, sostiene il rimettente, in tal modo verrebbe compromesso il principio di segretezza delle offerte, essendo «ipotizzabile che si possa calcolare in anticipo quale variazione della soglia si produrrebbe, a seconda del numero dei concorrenti che vengono in seguito definitivamente ammessi e dell'esclusione di altri concorrenti».

1.2.– Secondo il TAR Campania, il censurato art. 108, comma 12, cod. contratti pubblici si porrebbe in contrasto con l'art. 97 Cost. in quanto, una volta prescelto il ricorso all'inversione procedimentale, e quindi conosciute le offerte economiche di tutti i concorrenti, «la possibilità, concessa alla Pubblica Amministrazione, di operare (quale effetto del comportamento di un concorrente) successive determinazioni della soglia di anomalia, sino all'aggiudicazione» violerebbe i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, non potendosi «anche solo astrattamente» far dipendere l'esito della gara «da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato». Sarebbe, invece, maggiormente rispondente ai richiamati principi costituzionali «l'individuazione di un unico momento, corrispondente all'originaria determinazione della soglia di anomalia, oltre il quale la stessa resta insensibile a qualsivoglia sopravvenienza, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali che in conseguenza dell'esclusione di concorrenti».

1.3.– La disposizione censurata sarebbe in contrasto anche con gli artt. 3 e 41 Cost., poiché essa, consentendo alla stazione appaltante di variare la soglia di anomalia sino al momento dell'aggiudicazione ancorché ne abbia già effettuato il calcolo, con la conseguenza che ne sia risultato aggiudicatario un determinato soggetto, sarebbe lesiva del principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica privata. In tale ipotesi si farebbe dipendere l'esito della procedura di affidamento «dalla volontà di un soggetto privato, "arbitro" della sorte della gara».

2.– Per una migliore comprensione delle questioni, è innanzitutto opportuna una disamina concernente il meccanismo dell'inversione procedimentale di cui all'art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici.

La possibilità di fare ricorso all'inversione procedimentale è prevista dalla direttiva (UE) 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e

che abroga la direttiva 2004/18/CE, per i settori ordinari (art. 56, paragrafo 2) e nella direttiva (UE) 2014/25 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 e che abroga la direttiva 2004/17/CE, per i settori speciali (art. 76, paragrafo 7).

Nell'ordinamento nazionale l'inversione procedimentale è stata introdotta per la prima volta dall'art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, che ne consentiva l'utilizzo per i soli appalti nei settori speciali. Successivamente, la legge n. 55 del 2019, nel modificare, in sede di conversione, l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 32 del 2019, ne ha esteso l'applicazione, fino al 31 dicembre 2020, anche ai settori ordinari. Il termine è stato oggetto di successive proroghe finché, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, l'inversione procedimentale è stata definitivamente consentita, a regime, sempre in via facoltativa a discrezione della stazione appaltante, per tutte le procedure aperte.

L'inversione procedimentale interviene sull'ordinaria scansione delle fasi della procedura di affidamento di contratti pubblici che prevede l'apertura, per prime, delle buste contenenti la documentazione amministrativa comprovante il possesso dei requisiti che le imprese partecipanti devono possedere per partecipare alla gara. Tale documentazione viene sottoposta a verifica e, nel caso di documentazione irregolare o incompleta, è attivato il soccorso istruttorio. Si procede, poi, all'esclusione dei concorrenti che non hanno presentato documentazione idonea a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. Vengono, quindi, aperte le buste contenenti le offerte dei concorrenti rimasti in gara e, in base al valore delle offerte economiche presentate e al numero degli offerenti, si calcola la soglia di anomalia. Escluse le offerte anomale, si procede alla formazione della graduatoria, alla predisposizione della proposta di aggiudicazione e alla verifica del possesso dei requisiti in capo al soggetto individuato quale miglior offerente; superata positivamente tale verifica, viene adottato il provvedimento di aggiudicazione.

Ai sensi dell'art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici, la stazione appaltante che intenda utilizzare nelle procedure aperte il meccanismo dell'inversione procedimentale prevede negli atti di gara che – in deroga all'ordinaria scansione sopra descritta – le offerte dei concorrenti siano esaminate prima della verifica della documentazione comprovante l'idoneità a partecipare alla gara.

Dunque, per effetto dell'inversione procedimentale, il momento di valutazione delle offerte è anteposto a quello della verifica della documentazione amministrativa.

La finalità della disposizione è quella di semplificare e accelerare l'iter di gara e di ridurre il possibile contenzioso: qualora la stazione appaltante dichiari nel bando di volersi avvalere dell'inversione procedimentale, non sarà necessario effettuare nei confronti di tutti gli offerenti il controllo della documentazione amministrativa.

In conformità a quanto previsto dall'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, la stazione appaltante è comunque tenuta a verificare in maniera «imparziale e trasparente» che gli offerenti siano in possesso dei requisiti prescritti. La disposizione non impone una specifica modalità di verifica, lasciando alle stazioni appaltanti la relativa scelta.

3.– Quanto, poi, al principio di invarianza della soglia di anomalia, va premesso che sono anomale quelle offerte ritenute non attendibili e non affidabili in relazione alla concreta esecuzione dell'appalto. Dovendosi procedere all'esclusione degli operatori economici che hanno presentato simili offerte, la stazione appaltante deve individuare la soglia di anomalia, vale a dire il valore percentuale che esprime il punto di riferimento oltre il quale il prezzo di un appalto viene considerato anormale, in quanto esorbita dall'intervallo dei prezzi medi di mercato. La soglia di anomalia calcolata nell'ambito della procedura di affidamento di un appalto pubblico, essendo condizionata dal numero dei concorrenti e dall'importo dell'offerta

da questi elaborata, può subire variazioni, qualora uno o più di uno dei concorrenti venga escluso ovvero riammesso in gara. La rideterminazione della soglia, in applicazione del meccanismo della regressione procedimentale, comporta la rinnovazione degli atti di gara successivi alla individuazione della prima soglia e la conseguente modifica della graduatoria già predisposta.

Il principio di invarianza consiste nella intangibilità della soglia di anomalia e nella conseguente immodificabilità della graduatoria, in deroga all'ordinario meccanismo della regressione procedimentale. In applicazione di tale principio non è dunque consentita la variazione della soglia già calcolata nel corso della gara, variazione derivante da provvedimenti amministrativi o giurisdizionali di esclusione (o anche di riammissione) dei concorrenti successivi all'aggiudicazione.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il principio 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, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche […]"» (Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 27 ottobre 2020, n. 6542).

Il d.lgs. n. 36 del 2023 ha così disciplinato, al comma 12 dell'art. 108, il principio in esame: «[o]gni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara».

4.– Ciò premesso, occorre ribadire che la gara indetta dal Comune di Napoli e oggetto del giudizio *a quo* prevedeva il ricorso al meccanismo dell'inversione procedimentale. Il disciplinare di gara stabiliva, inoltre, che, a seguito della valutazione delle offerte economiche, si sarebbe verificata la sola documentazione amministrativa presentata dal primo e dal secondo concorrente in graduatoria, nonché quella di un campione di concorrenti, estratti a sorte tramite la piattaforma informatica di gestione della gara. Era prevista, inoltre, l'esclusione automatica delle offerte anomale, in applicazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Dunque, il Comune di Napoli, in conformità agli atti di gara, aveva disposto innanzitutto l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, calcolato la soglia di anomalia e formato una prima graduatoria, tenendo conto dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse. Aveva, quindi, controllato la documentazione amministrativa dei primi due soggetti in graduatoria e di altri sei candidati, estratti a sorte. Tuttavia, alcuni degli operatori economici sottoposti a controllo avevano presentato documentazione incompleta e non avevano risposto alla richiesta di integrarla, venendo così esclusi. La diminuzione della platea dei concorrenti che avevano presentato offerte valide aveva causato una variazione della soglia di anomalia originariamente calcolata. Per effetto della rideterminazione di tale soglia il Comune stesso aveva formulato una nuova graduatoria e adottato il provvedimento di aggiudicazione in favore di un operatore economico diverso da quello che si era posizionato al vertice della graduatoria in precedenza stilata.

5.– Può ora tornarsi alle questioni sollevate dal giudice *a quo*.

Il TAR Campania dubita della legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, cod. contratti pubblici limitatamente alla parte in cui stabilisce che il principio di invarianza della soglia di anomalia trova applicazione solo successivamente al provvedimento di aggiudicazione

«tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale».

6.– Il rimettente sostiene, in primo luogo, che la disposizione censurata sarebbe in contrasto con l'art. 97 Cost., sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto consentirebbe al concorrente sottoposto a verifica della documentazione prodotta di incidere sulla graduatoria e così influenzare l'esito della gara, attraverso la decisione di dare riscontro o meno alla richiesta di soccorso istruttorio.

La questione non è fondata.

Come già precisato, la *ratio* sottesa al principio di invarianza della soglia è quella di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, precludendo impugnazioni meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria, che possono causare una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara e un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche.

Questa finalità è coerente con il «[p]rincipio del risultato», di cui all'art. 1 cod. contratti pubblici, che è uno dei principi che reggono l'azione amministrativa nel settore degli appalti pubblici (sentenza n. 132 del 2024). Tale principio costituisce diretta attuazione del canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., in quanto orienta l'azione delle stazioni appaltanti affinché si realizzi «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» (art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023).

Il principio di invarianza della soglia, tuttavia, opera solo a seguito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Fino quel momento, la soglia può essere oggetto di rettifica, in modo che si tenga conto dell'esclusione dalla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o presentatrici di offerte invalide, ovvero della riammissione di imprese illegittimamente escluse.

In questo modo, l'obiettivo di conferire stabilità all'esito dell'appalto trova un contrappeso nella possibilità di correggere, fino a che la gara non si è conclusa, eventuali distorsioni del confronto competitivo tra gli operatori economici causate da illegittime ammissioni o esclusioni dalla procedura, così tutelando la *par condicio* tra i partecipanti e il buon andamento dell'azione amministrativa.

La circostanza che questo sia previsto anche nel caso di gare con inversione procedimentale non si pone in contrasto con il principio di buon andamento. La disposizione censurata realizza, infatti, un bilanciamento tra opposti interessi, individuando nel momento dell'aggiudicazione il ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza di stabilità, efficienza e celerità nella gestione degli appalti pubblici e il rispetto del canone di imparzialità. Infatti, qualora nel corso della gara con inversione procedimentale non fosse più consentita, dopo l'apertura delle offerte economiche, la modifica della soglia di anomalia, la possibilità di selezionare la migliore offerta potrebbe risultare eccessivamente compromessa. Ciò in quanto la stazione appaltante potrebbe trovarsi costretta, nonostante la gara non si sia ancora conclusa, 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.

La disposizione censurata è altresì in linea con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, che ha osservato come il legislatore statale, nell'adottare meccanismi di accelerazione delle procedure di affidamento, sia tenuto a operare «un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure» (sentenze n. 23 del 2022 e n. 39 del 2020).

Il rimettente prospetta anche un *vulnus* ai principi di segretezza delle offerte e di trasparenza del procedimento. La censura, tuttavia, si risolve in una critica al meccanismo stesso dell'inversione procedimentale, che non è oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale.

Quanto all'asserito rischio di condizionamento dell'esito della gara causato dalla condotta degli operatori economici sottoposti a verifica, va rilevato che nell'ambito delle procedure di affidamento trova applicazione il principio della «fiducia» di cui all'art. 2 cod. contratti pubblici, che è anch'esso corollario di quello costituzionale di buon andamento e secondo il quale l'operato delle stazioni appaltanti si basa sulla «reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici» (art. 2, comma 1). Il che è essenziale per garantire la correttezza di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo di scelta del contrente, correttezza che dovrà poi contraddistinguere anche la fase a valle di esecuzione del contratto.

Dunque, la scelta del legislatore di individuare nell'aggiudicazione il momento oltre il quale non è più consentita la variazione della soglia di anomalia, anche nel caso di gare nelle quali ha trovato applicazione l'inversione procedimentale, risulta coerente col rispetto del principio di buon andamento.

7.– Il rimettente dubita, altresì, della legittimità costituzionale della disposizione censurata in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., in quanto, nelle procedure di affidamento in cui si applica l'inversione procedimentale, l'operatore economico destinatario della richiesta di regolarizzazione della documentazione amministrativa prodotta potrebbe farsi «"arbitro"» della sorte della gara, con la conseguente lesione del principio di eguaglianza tra tutti i concorrenti e la compromissione della libera esplicazione dell'iniziativa economica privata.

Anche tali questioni non sono fondate.

7.1.– Quanto all'art. 3 Cost., deve rammentarsi che la stazione appaltante, qualora intenda fare uso dell'inversione procedimentale, è comunque tenuta a verificare in maniera «imparziale e trasparente» che gli offerenti siano in possesso dei requisiti richiesti (art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici). Dunque, è imposto alle stazioni appaltanti di introdurre nelle gare con inversione procedimentale adeguati rimedi procedurali – quali, a titolo di esempio, la scelta tramite sorteggio delle imprese da sottoporre a verifica dei requisiti – volti a tutelare il rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, così riducendo il rischio che alcuni partecipanti cerchino di accordarsi per condizionare l'esito della fase di controllo della documentazione amministrativa e, per tale via, l'aggiudicazione della gara.

7.2.– Non vi è neppure contrasto con l'art. 41 Cost., in quanto la scelta del concorrente di non rispondere alla richiesta della stazione appaltante di integrare o regolarizzare la documentazione prodotta è il frutto di una autonoma strategia imprenditoriale, essa stessa espressiva del principio di libertà di iniziativa economica. Tra l'altro, eventuali condotte illecite delle imprese, che decidano di accordarsi nel corso di una gara al fine di far conseguire un vantaggio a una di esse, sono comunque oggetto di specifiche sanzioni. Infatti simili condotte, oltre a costituire illeciti anticoncorrenziali ai sensi della normativa *antitrust*, possono integrare il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 del codice penale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni 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), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima, con l’ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l’8 aprile 2025.

F.to:

Giovanni AMOROSO, Presidente

Marco D'ALBERTI, Redattore

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 30 maggio 2025

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.