

Il principio della fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici

*Antonino Ripepi**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La fiducia nella teoria generale del diritto - 3. Il principio della fiducia nell'ordinamento positivo - 4. Il problema (o l'opportunità) della discrezionalità - 5. Il principio della fiducia nella giurisprudenza - 5.1. La giurisprudenza consolidata in materia di offerte anomale e il perimetro del sindacato del G.A. - 5.2. Il principio della fiducia e l'art. 2 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36. - 5.3. Principio della fiducia e sindacato giurisdizionale a confronto sul terreno della valutazione di anomalia dell'offerta. T.a.r. Sicilia-Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478 - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Come noto, il D.Lgs. n. 36/2023 si contraddistingue, rispetto al precedente Codice dei contratti pubblici, per una nuova impostazione normativa: la disciplina di dettaglio è preceduta da una Parte I (“Dei principi”), contrassegnata da un Titolo I (“I principi generali”) il cui contenuto presenta molteplici profili di rilevanza: guida per l’interprete a fronte di casi dubbi (1), funzione integrativa a fronte di lacune normative involontarie, espressione dei valori di fondo che permeano la materia.

Particolare interesse ha destato l’innovativo principio della fiducia, cui è dedicato questo contributo.

2. La fiducia nella teoria generale del diritto.

“Quando il diritto interviene è perché ormai la fiducia è diventata rischio insopportabile e, quindi, bisogna abbassare la soglia della gratificazione e innalzare quella della delusione” (2). È l’efficace sintesi della tradizionale impostazione secondo la quale il diritto si lega indissolubilmente a un’idea di sospetto e sfiducia: «è perché non abbiamo fiducia che “contrattiamo” e che rientriamo nella *logica simmetrica* del rapporto creditore-debitore» (3). Essa è stata individuata con la locuzione “machiavellismo giuridico”, in quanto l’autore del Principe aveva individuato un preciso legame tra concezione dell’uomo e natura della legge: “è necessario a chi dispone una repubblica, ed ordina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini rei, e che li abbiano sempre a usare la malignità dello animo loro, qualunque

(*) Procuratore dello Stato - Avvocatura Distrettuale di Reggio Calabria, Referente distrettuale per la “Rassegna dell’Avvocatura dello Stato”.

(1) Tutt’altro che infrequenti nella complessa materia dei contratti pubblici.

(2) E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Laterza, 2009, p. 8.

(3) M. MARZANO, *Avere fiducia*, Mondadori, 2012, p. 9.

volta ne abbiano libera occasione ... Gli uomini non operarono mai nulla bene se non per necessità” (4). La concezione negativa dell’essere umano è molto vicina a quella di un filosofo pur diversissimo come Thomas Hobbes, il quale aveva negato l’idea dell’uomo naturalmente portato ad associarsi sin dalla nascita per affermare, invece, la dipendenza dei legami umani dalla convenienza e dalla costrizione (5).

È un paradigma che ritroviamo anche nella scienza economica, ove la nascita dell’*homo oeconomicus* è legata alla convinzione che i consociati, laddove ne abbiano possibilità, “tendono ad agire da furfanti o imbroglioni” (6), sebbene non manchino impostazioni in senso contrario, secondo cui l’idea che l’uomo sia individualista in senso assoluto e privo di scrupoli non ha fondamento nella scienza antropologica e psicologica.

Anche sul piano sociologico, nell’ambito di una ricerca attinente alle basi morali di una società arretrata, Banfield aveva individuato il modello del *familismo amorale*, nell’ambito del quale si sarebbe agito in violazione della legge ogni qualvolta non vi fosse ragione di temere una punizione (7). Lo studio concerneva classi sociali e zone geografiche ben definite (i contadini meridionali; l’indagine è ambientata in un paesino immaginario), ma è stato successivamente generalizzato e posto alla base di un paradigma sfiduciario capace di spiegare tutte le relazioni umane. Anche in questo settore, tuttavia, si è osservato che l’immagine di un’Italia affetta dalla sindrome particolarista non è nient’altro che uno stereotipo (8).

In tale quadro, di recente, un filosofo del diritto ha proposto di superare il paradigma secondo il quale, quando agiamo secondo norme giuridiche, lo facciamo pensando agli altri come nostri nemici, ciò che è frutto di una “percezione distorta” (9). Infatti, l’obbligo derivante da una norma o da un contratto non può prescindere dal riconoscimento delle reciproche aspettative, che è momento essenziale della dinamica giuridica e si pone in rapporto di essenziale circolarità con la fiducia (10).

In tale concezione, mettere innanzi la minaccia della sanzione vuole dire avvelenare la relazione, soffocando sul nascere la fiducia (11). D’altronde, il

(4) N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, 3, in Niccolò Machiavelli. *Tutte le opere*, a cura di M. MARTELLI, Sansoni, 1971, p. 282.

(5) T. HOBBS, *De Cive*, I, 2, trad. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di N. BOBBIO, Utet, 1948, p. 73.

(6) B.S. FREY, *Non solo per denaro. Le motivazioni disinteressate dell’agire economico* (1997), Mondadori, 2005, p. 49.

(7) E.C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, 2010, p. 101.

(8) L. SCIOLLA, *Italiani. Stereotipi di casa nostra*, Il Mulino, 1997.

(9) T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021, p. 60.

(10) B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, 2007, p. 11.

(11) N. LUHMANN, *La fiducia*, Il Mulino, 2002, p. 55.

diritto positivo conosce clausole generali quali la buona fede, che si fondano su doveri di cooperazione (12), sulla necessaria valutazione della posizione altrui e, in definitiva, sulla fiducia, nonché principi costituzionali, quali la solidarietà *ex art. 2 Cost.*, che secondo una consistente corrente dottrinale e giurisprudenziale costituisce il fondamento ultimo della buona fede (13).

Proseguendo l'esame del modo di concretizzarsi della fiducia nelle varie entità giuridiche, si è recentemente evidenziato come “le regole implicano certamente un livello piuttosto ridotto di fiducia sia nei confronti dei consociati, sia nei confronti dei funzionari e degli apparati burocratici, sia di coloro che sono chiamati ad intervenire in caso di disobbedienza alle norme” (14).

La normazione per principi, invece, implica un maggiore intervento dell'interprete, chiamato a concretizzare il precetto e, conseguentemente, una maggiore fiducia nei confronti degli apparati burocratici e degli esecutori in generale, che devono modulare la portata del principio a seconda della situazione concreta che si palesa all'attenzione di chi deve applicarlo (15).

Infatti, i sistemi di regolamentazione troppo severi e restrittivi, oltre a restringere “gli spazi nei quali può operare e manifestare i suoi effetti positivi la fiducia interpersonale” (16), rischiano di produrre una limitazione dell'auto-determinazione da cui deriva la deresponsabilizzazione degli individui, esprimibile nell'adagio “non sono io, sono le regole!” (17).

In definitiva, “alle regole si ubbidisce”, mentre “ai principi si aderisce” (18).

3. Il principio della fiducia nell'ordinamento positivo.

E proprio le sembianze di un principio ha acquisito la fiducia nell'ambito dei contratti pubblici.

Come noto, il D.Lgs. n. 36/2023, attuativo della delega al Governo in materia di contratti pubblici *ex art. 1 L. n. 78/2022* e recante il “nuovo codice dei contratti”, si apre con una Parte I del Libro I dedicata ai principi, di cui viene codificata la forza ordinante, secondo una scelta che non ha precedenti in materia di contratti pubblici (19).

(12) F. POGGI, *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 2/2012, pp. 241-268.

(13) Basti citare le note ordinarie della Corte costituzionale 24 ottobre 2013, n. 238 e 2 aprile 2014, n. 77. Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, si rinvia a Cass. Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, ove si legge che “l'affidamento, che costituisce il nucleo costitutivo della nozione di buona fede, ha un sicuro ancoraggio costituzionale nell'art. 2 Cost.”.

(14) T. GRECO, *op. cit.*, p. 116.

(15) *Ivi*, p. 118.

(16) V. PELLIGRA, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Il Mulino, 2007, p. 88.

(17) T. GRECO, *op. cit.*, p. 126.

(18) G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018, p. 233.

(19) A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*,

Tra questi annoveriamo il principio della fiducia, che ha portata bidirezionale, concernendo sia la P.A. che il cittadino, in quanto “ad un’amministrazione trasparente e corretta deve rapportarsi un cittadino - nella specie, un operatore economico - altrettanto trasparente e corretto” (20), e prevede quale termine di riferimento l’“azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici” (art. 2, c. 1, D.Lgs. n. 36/2023).

Il principio in esame, che non ha valenza esclusivamente e semplicemente declamatoria, come rivela il comma 4 dell’art. 2 in tema di copertura assicurativa dei dipendenti e formazione degli stessi, è animato da una filosofia di fondo descritta in modo illuminante dalla Relazione di accompagnamento: si tratta di “un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l’azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni [...] e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l’esercizio della discrezionalità, dall’altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento” (21), le quali hanno generato «“paura della firma” e “burocrazia difensiva”», a loro volta “fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente” (22).

Si tratta del fenomeno precedentemente descritto, cui il nuovo Codice vorrebbe porre rimedio dando, “sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che - fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità - miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all’alto rischio che accompagna il loro operato” (23).

Si tratta di un vero e proprio cambio di paradigma *culturale, ancor prima che giuridico-normativo*, che aveva già manifestato un punto di emersione con il D.L. n. 76/2020, teso a limitare i confini della responsabilità (penale ed era-

2023, disponibile in <https://www.apertacontrada.it/2023/01/16/prima-lettura-del-nuovo-codice-dei-contratti-e-dei-suoi-tre-principi-fondamentali/>.

(20) F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, 2023, disponibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-general-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>.

(21) *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di 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”*, disponibile in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420, p. 14.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ivi*, p. 15.

riale) dei dipendenti pubblici, concepita quale fattore alla base di rallentamenti e inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa, non ammissibili in un'epoca in cui il Paese si avviava a superare i danni cagionati dalla pandemia attraverso l'utilizzo dei fondi collegati al PNRR. In tale contesto, e in disparte l'intervento sull'art. 323 c.p., il legislatore ha ritenuto opportuno contenere in via transitoria la responsabilità per colpa grave alla sola ipotesi omissiva, quale stimolo all'azione e all'adozione di decisioni necessarie per evitare la paralisi burocratica.

È fuor di dubbio che tale intervento normativo abbia attirato numerose critiche, incentrate sull'indebita equiparazione della condotta gravemente colposa (ma non sanzionabile) al comportamento rispettoso del dovere costituzionale di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina e onore e pienamente conforme agli obblighi di servizio (24), sul rischio di deresponsabilizzazione della dirigenza pubblica (25), sulla implicita legittimazione di un ampio catalogo di fattispecie gravemente lesive dell'integrità patrimoniale pubblica ex artt. 81 e 97 Cost. (26), sull'impatto negativo dell'attenuazione dei controlli giurisdizionali contabili sulle strategie di prevenzione della corruzione, dovuto alla creazione di ampie aree di deresponsabilizzazione e di impunità nell'ipotesi di utilizzo improprio degli aiuti comunitari (27).

Tuttavia, è altrettanto certo che il concetto di lotta alla "burocrazia difensiva" sia riemerso, a distanza di quasi tre anni, nella *ratio* dell'art. 2 D.Lgs. n. 36/2023 e sia stato espressamente citato dalla Relazione di accompagnamento al nuovo codice dei contratti (28), simbolo di un chiaro (e perdurante) intento del legislatore che, in quanto frutto del recepimento di istanze sociali ben definite, non può essere *tout court* ignorato dall'interprete.

4. Il problema (o l'opportunità) della discrezionalità.

Tali considerazioni inducono ad affermare che il Legislatore abbia inteso segnare il punto di emersione di un radicale cambio di paradigma: il codice dei contratti pubblici non è più il presidio dell'anticorruzione e del sospetto

(24) L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *federalismi.it*, n. 30/2020, p. 10.

(25) M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund: scelta di "buoni" progetti, semplificazione delle procedure, reperimento di adeguate professionalità, limitazione delle responsabilità gestorie. Analisi e rilievi*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2020, p. 233.

(26) D. IMMORDINO, *Responsabilità erariale e "buona amministrazione" nell'evoluzione dell'interesse pubblico*, in *Rivista Corte dei conti*, n. 3/2022, p. 75.

(27) F. ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il PNRR è adeguatamente protetto?*, 2021, disponibile in <https://dirittoeconti.it/limitazione-della-responsabilita-amministrativa-e-anticorruzione-il-pnrr-e-adequatamente-protetto/>.

(28) V. nota 27.

nei confronti del pubblico dipendente, ma è il *corpus* normativo che regola le procedure di evidenza pubblica avendo costante riguardo alle stelle polari del risultato, dell'accesso al mercato e, soprattutto, della fiducia.

Queste coordinate ermeneutiche, come si è cercato di argomentare recentemente in altre sedi (29), potrebbero costituire il sostrato di fondo da cui muovere per reinterpretare anche il sistema dell'anticorruzione.

Infatti, in quella sede si è detto come, in base alle formalizzazioni matematiche del fenomeno corruttivo, la discrezionalità compaia - almeno secondo le acquisizioni dominanti - tra i fattori che lo alimentano, in quanto consente al decisore pubblico di fruire di una possibilità di scelta tra più soluzioni consentite nella quale potrebbero allignare deviazioni dal perseguimento dell'interesse pubblico. Di conseguenza, all'atto della mappatura dei processi si consiglia di porre particolare attenzione ai settori in cui sussistono tali possibilità di manovra, con particolare riferimento al settore della contrattualistica pubblica.

Tali acquisizioni sono frutto di una precisa evoluzione storica. Le vicende di Tangentopoli dimostrarono l'inadeguatezza dell'assetto normativo allora vigente e suggerirono l'irrigidimento del sistema, con preferenza per l'azzeramento della discrezionalità dei funzionari pubblici e il ricorso alla gara per esigenze di trasparenza, unitamente alla diffusione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che avrebbe reso meccanicistiche le procedure nella misura in cui il privato si limitava a indicare il corrispettivo in denaro, "la sola cosa rimasta in bianco dello schema adottato dalla pubblica amministrazione".

Il D.Lgs. n. 163/2006 confermò questa tendenza alla iper-regolamentazione, ma fu accusato di rigidità e di sostanziale inidoneità a combattere il fenomeno corruttivo; inoltre, andò consolidandosi la consapevolezza del fatto che a poco serve limitare la discrezionalità dei funzionari se il quadro normativo è denso e incerto, aperto a diverse possibili interpretazioni, nell'ambito di una complessità che rende difficile distinguere condotte in buona fede o meno, con il rischio di eccessiva pressione sugli operatori pubblici e conseguente paralisi dell'azione amministrativa.

Il D.Lgs. n. 50/2016 avrebbe dovuto risolvere questo problema di "bulimia e incertezza legislativa, ponendo *ex ante* le regole certe (perché prodotte dall'autorità di regolazione e validate dal Consiglio di Stato), tramite linee guida prontamente aggiornate e aggiornabili a fronte di eventuali modifiche legislative sopravvenute". Nonostante gli aspetti indubbiamente positivi, quali l'istituzione della Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, ne è risultato

(29) Sia consentito il richiamo ad A. RIPEPI, *Anticorruzione e fiducia: un binomio possibile (?)*, in *Rivista Ratio iuris*, 2024, disponibile in <https://www.ratioiuris.it/anticorruzione-e-fiducia-un-binomio-possibile/>.

un complesso normativo in cui la parola “corruzione” era reiterata numerose volte, senza trascurare l’impressione generalizzata di una certa sfiducia nei confronti delle stazioni appaltanti e l’eccessiva preoccupazione di evitare reati piuttosto che garantire il buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici.

D’altronde, lo stesso legislatore sembra aver manifestato insofferenza nei confronti del soffocamento dell’iniziativa dei dipendenti preposti all’aggiudicazione delle gare, come dimostra l’imporsi di modelli alternativi, quali il “contromodello Genova”, il decreto “sblocca-cantieri” e, da ultimo, l’avvento del PNRR, in cui si avverte l’esigenza di realizzare le opere pubbliche nel minor tempo possibile al fine di rendicontare in sede europea, come dimostra - prima ancora dell’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti - l’impostazione del D.L. n. 77/2021, recante “un binario parallelo per gli investimenti che riguardano il Pnrr”.

L’affresco storico rapidamente tratteggiato dimostra come l’eccessiva enfaticizzazione della “lotta alla discrezionalità”, nel settore dei contratti pubblici così come in qualsiasi altro ambito dell’azione amministrativa, possa condurre a conseguenze paradossali, pervenendo a una visione razionalistica e meccanicistica della pubblica amministrazione che, con l’eliminazione dell’elemento personale come fattore di insicurezza, riesce a concepirsi in modo ideale. Si tratta dell’estremizzazione di quell’impostazione di base secondo cui “il *civil servant* è intrinsecamente visto come un potenziale corrotto, a cui va messa una stretta briglia con finalità contenitive e preventive”.

Tuttavia, tale filosofia di fondo appare controproducente, in quanto mortifica l’iniziativa del pubblico dipendente, in netto contrasto con il principio della fiducia che, come anticipato, è oggi desumibile da una norma cogente di legge, senza trascurare l’ulteriore conseguenza negativa dell’incremento dei costi di transazione e controllo (maggiori tempi per le decisioni, rigidità operative, più personale coinvolto).

D’altronde, è lo stesso legislatore a fare riferimento all’iniziativa e autonomia decisionale dei funzionari pubblici (art. 2, c. 2, D.Lgs. n. 36/2023) e la Relazione di accompagnamento afferma che “il nuovo codice vuole dare, sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che - fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità - miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici”.

La discrezionalità, infatti, è il nucleo essenziale del potere amministrativo, implicante la ponderazione di interessi primari e secondari, pubblici e privati, che è il *proprium* della funzione amministrativa. Un sistema anticorruzione che voglia dirsi rivisitato nelle fondamenta e adeguato alla nuova visione legislativa, più che irreggimentare i procedimenti e i processi sino a soffocare qualsiasi spiraglio di discrezionalità, dovrebbe focalizzarsi sull’adeguatezza

della motivazione, presupposto, fondamento, baricentro ed essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo nonché presidio di legalità sostanziale insostituibile.

Solo la motivazione, a prescindere dal singolo e atomistico adempimento procedimentale, può dare evidenza delle scelte compiute e delle ragioni di fatto e di diritto che le sorreggono, così consentendo la comprensibilità del provvedimento, il sindacato giurisdizionale e il controllo diffuso da parte della collettività. Tale rivoluzione culturale condurrebbe a superare quello che autorevole dottrina definisce “declino della decisione motivata” e che incide negativamente sulla legittimazione dei pubblici poteri (che un sistema anticorruzione virtuoso dovrebbe aiutare a recuperare, più che ad annullare del tutto).

5. Il principio della fiducia nella giurisprudenza.

Occorre, conclusivamente, dare atto dei più recenti interventi della giurisprudenza in punto di applicazione concreta dell’innovativo principio della fiducia.

In quest’ottica, di grande interesse risulta *T.a.r. Sicilia-Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478*, recentissima pronuncia che rivela l’impatto del nuovo principio della fiducia sul sindacato del Giudice Amministrativo sulla discrezionalità tecnica della stazione appaltante in tema di anomalia dell’offerta (30).

5.1. La giurisprudenza consolidata in materia di offerte anomale e il perimetro del sindacato del G.A.

Ai sensi dell’art. 110, comma 1, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, “*Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell’articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l’avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione*”. I commi successivi prevedono, nell’ambito del subprocedimento di valutazione dell’anomalia delle offerte, l’attivazione di un contraddittorio endoprocedimentale tra la stazione appaltante e le imprese interessate, e disciplinano le circostanze che possono essere addotte a fondamento del prezzo o dei costi proposti (comma 3) e i profili in relazione ai quali “*non sono ammesse giustificazioni*” (comma 4) per esigenze di tutela dei lavoratori.

L’illustrazione del quadro normativo non sarebbe completa senza la menzione dell’art. 54 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il quale stabilisce, al comma 1, che “*Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di*

(30) Per una disamina più approfondita della pronuncia, sia consentito il richiamo ad A. RIPEPI, *Principio della fiducia ed estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2024, in corso di pubblicazione.

contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Il meccanismo dell'esclusione automatica viene, tuttavia, meno con riferimento alle forme di affidamento di cui all'art. 50, comma 1, lett. a) e b), D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevedendo che le stazioni appaltanti possano comunque valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Viene, così, confermata la disciplina già recata dall'art. 97, comma 6, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di “verifica facoltativa” della congruità dell'offerta.

Già prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, si era consolidato un indirizzo della giurisprudenza amministrativa in virtù del quale, dal momento che la stazione appaltante esercita discrezionalità tecnica nel vagliare l'anomalia delle offerte presentate e nel valutare le eventuali osservazioni delle imprese interessate, il sindacato del G.A. sulla medesima sarebbe stato senz'altro possibile, purché limitato a profili di manifesta illogicità, incongruità e irragionevolezza (*Cons. St., sez. V, 29 novembre 2021, n. 7951*), ferma restando l'impossibilità di operare un'analitica verifica delle singole voci dell'offerta (*Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 16 gennaio 2024, n. 5*).

La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce, infatti, espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'Amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge; detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del G.A., salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti (*Cons. St., sez. V, 1° giugno 2021, n. 4209*).

5.2. Il principio della fiducia e l'art. 2 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Con un approccio innovativo e radicalmente diverso rispetto all'impostazione di fondo del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il nuovo Codice dei contratti pubblici, come già detto, prevede che “*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con*

particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato".

Il principio della fiducia, tuttavia, dev'essere rettammente inteso: esso intende esprimere un incoraggiamento di fondo per il pubblico dipendente che è costantemente chiamato ad affrontare problemi di particolare complessità avvalendosi dello strumento della discrezionalità amministrativa, ma non costituisce fonte di deresponsabilizzazione del decisore pubblico e, per altro verso, non può erodere i margini del sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative.

5.3. Principio della fiducia e sindacato giurisdizionale a confronto sul terreno della valutazione di anomalia dell'offerta. T.a.r. Sicilia-Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478.

Sulla questione è intervenuto, di recente, T.a.r. Sicilia-Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478, affermando che il principio della fiducia non può essere invocato al (preteso) fine di limitare il sindacato del G.A. sulla discrezionalità tecnica che la stazione appaltante esercita in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, purché lo stesso, conformemente ai principi generali, sia limitato a profili di manifesta illogicità, incongruità e irragionevolezza.

A fronte di una fattispecie concreta in cui la stazione appaltante ha effettuato valutazioni scarsamente verosimili in punto di congruità dell'offerta presentata da alcune tra le imprese concorrenti, il T.a.r. Sicilia-Catania non può esimersi dal rilevare come l'esercizio della discrezionalità tecnica risulti, nel caso di specie, inficiato da irragionevolezza e illogicità manifesta e contrario al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., con la conseguenza del necessario intervento caducatorio dell'Autorità giurisdizionale.

Infatti, è indubbio che il principio di fiducia sia stato introdotto, all'art. 2 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara, come già evidenziato nel paragrafo precedente. Tale principio, dunque, è animato dalla funzione di ampliare e incoraggiare i poteri valutativi e la discrezionalità della stazione appaltante, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Tuttavia, la latitudine applicativa del principio non può essere estesa sino a pretendere che il sindacato giurisdizionale receda a fronte di ipotesi concrete in cui il potere amministrativo viene esercitato, come nel caso in commento, in modo assolutamente arbitrario e illogico. A tale conclusione si giunge non solo ribadendo i tradizionali principi in materia di sindacato del G.A. sulla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, bensì valorizzando, in ottica sistemica, anche il principio del risultato, di cui all'art. 1 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Infatti, considerato che le stazioni appaltanti, ai sensi dell'articolo da ultimo citato, "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", laddove ciò non accada a causa di valutazioni illogiche e antieconomiche, non può invocarsi il principio della fiducia al preteso fine di legittimare *ex post* scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento.

In definitiva, la sentenza in esame consente di comprendere come il principio della fiducia, seguendo un monito già esplicitato nella "Relazione agli articoli e agli allegati" del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, debba essere sicuramente valorizzato, ma anche rettamente inteso.

6. Conclusioni.

La panoramica offerta in questo breve scritto rispecchia un quadro variegato e sicuramente suscettibile di interessanti sviluppi.

Attraverso l'art. 2 del "nuovo Codice", il Legislatore ha inteso esplicitare una nuova e diversa filosofia di fondo del sistema della contrattualistica pubblica, che potrebbe innervare, in chiave assolutamente innovativa, anche l'apparato normativo preventivo dell'anticorruzione.

Tuttavia, il principio della fiducia non può spingersi sino a erodere i tradizionali margini di sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti emanati dalle stazioni appaltanti, soprattutto laddove affetti da illogicità o incongruità e, in generale, da vizi dell'azione amministrativa rispetto ai quali il principio in esame non può certamente avere alcuna efficacia "sanante".