



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL CONSIGLIO DI STATO SULL'APPLICABILITÀ DELLO STAND STILL AI CONTRATTI SOTTOSOGLIA E LA DISTINZIONE FRA REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E REQUISITI DI ESECUZIONE

Il contributo analizza la sentenza n. 8786/2025 del Consiglio di Stato, focalizzandosi su due temi chiave del d.lgs. 36/2023: l'inapplicabilità del termine di stand still ai contratti sottosoglia e la distinzione tra criteri di valutazione dell'offerta e requisiti di esecuzione. Attraverso l'esegesi dell'art. 18 e del principio di risultato, il commento esamina la natura eccezionale del termine dilatorio e il divieto di commistione tra fasi pubblicistiche e privatistiche, inserendo la pronuncia nel dibattito sull'effettività della tutela giurisdizionale e sulla semplificazione delle procedure.

di **Aldo Andrea Presutto**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Estratto dal n. 3/2026 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Pubblicato, Lunedì 9 Marzo 2026



Abstract ENG

This paper examines the Council of State's judgment no. 8786/2025, focusing on two pivotal issues under Legislative Decree 36/2023: the non-applicability of the stand still period to sub-threshold contracts and the distinction between award criteria and execution requirements. By interpreting Art. 18 and the "principle of result", the analysis explores the exceptional nature of the standstill period and the prohibition of merging selection and performance phases, placing the ruling within the broader debate on judicial protection and procedural simplification in public procurement.

Sommario: 1. Premessa e inquadramento della questione; 2. Il fatto e l'iter processuale; 2.1. La vicenda contenziosa e le doglianze della ricorrente; 2.2. La decisione di primo grado e i motivi di appello; 3. La disciplina dei contratti sottosoglia nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023); 3.1. Le soglie di rilevanza europea e il principio di risultato; 3.2. Semplificazione procedurale vs garanzie di trasparenza; 4. Il termine dilatorio di stand still nell'architettura del Codice: ratio e fondamento eurounitario; 4.1. La Direttiva ricorsi 2007/66/CE; 4.2. L'effettività della tutela giurisdizionale ante stipulam; 5. L'inapplicabilità dello stand still ai contratti sottosoglia: la tesi del Consiglio di Stato; 5.1. L'esegesi dell'art. 18, comma 2; 5.2. La natura eccezionale del termine dilatorio e l'esigenza di celerità; 6. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 18 del d.lgs. 36/2023 e il rinvio all'Allegato II.1; 6.1. La tecnica del rinvio mobile agli allegati; 6.2. Il superamento del sistema di soft law; 7. La giurisprudenza anteriore e il dibattito dottrinale; 7.1. I precedenti contrastanti dei tribunali territoriali; 7.2. Le posizioni della dottrina sul rinvio esterno; 8. La portata sistematica della pronuncia nel prisma del diritto eurounitario; 8.1. Il principio di equivalenza e di effettività; 8.2. Il margine di discrezionalità degli Stati membri nelle procedure semplificate; 9. Il secondo dictum: la distinzione fra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione; 9.1. La natura bifronte del requisito tecnico; 9.2. Il momento della produzione dell'effetto selettivo; 10. La qualificazione dogmatica dei requisiti dell'offerta tecnica; 10.1. L'offerta come atto negoziale e la lex specialis; 10.2. La discrezionalità tecnica della stazione appaltante; 11. Il divieto di commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione: profili ricostruttivi; 11.1. La giurisprudenza Lianakis e Ambisig; 11.2. L'«attitudine differenziante» come criterio guida per la selezione; 12. L'incidenza della distinzione sulla struttura della lex specialis; 12.1. La redazione dei criteri di aggiudicazione; 12.2. Obblighi dichiarativi e formulazione dei capitoli; 13. Implicazioni sul sindacato giurisdizionale e sul regime delle invalidità; 13.1. L'eccesso di potere per irragionevolezza dei criteri.; 13.2. L'annullabilità dell'aggiudicazione per violazione del divieto di commistione; 14. La pronuncia nel contesto della riforma del 2023: continuità e discontinuità; 14.1. Il principio di fiducia e la responsabilità del RUP; 14.2. La stabilizzazione dei rapporti giuridici nel nuovo Codice; 15. Osservazioni conclusive e prospettive de iure condendo; 15.1. Sintesi dei risultati e

criticità del sistema attuale; 15.2. Proposta di un termine dilatorio ridotto e modulato su modello comparatistico.

1. Premessa e inquadramento della questione

La sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato 11 novembre 2025, n. 8786, si colloca al crocevia di due questioni nevralgiche della contrattualistica pubblica che, pur appartenendo a segmenti dogmaticamente distinti dell'ordinamento di settore, condividono un medesimo nucleo problematico: la definizione del perimetro entro cui i principi generali del Codice dei contratti pubblici — segnatamente quelli di tutela giurisdizionale effettiva e di par condicio competitorum — trovano applicazione anche nei procedimenti di affidamento di valore inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria.

La pronuncia si articola intorno a due rationes decidendi autonome e tuttavia intimamente connesse. Da un lato, il Collegio affronta la questione dell'applicabilità del termine dilatorio di cui all'art. 18, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, per brevità, «Codice» o «d.lgs. 36/2023») agli affidamenti sottosoglia, pervenendo a una soluzione negativa fondata su un'interpretazione rigorosa del dato letterale e sistematico^[1]. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato interviene su una questione dogmaticamente ancor più delicata, tracciando con nitidezza la linea di demarcazione che separa i requisiti di valutazione dell'offerta tecnica — i quali afferiscono alla fase pubblicistica della selezione del contraente — dagli obblighi che attengono alla successiva fase di esecuzione del contratto, di natura prevalentemente privatistica^[2].

L'importanza della pronuncia trascende i confini della fattispecie concreta. Essa contribuisce a definire l'assetto dogmatico di istituti che il nuovo Codice ha ridisegnato in modo significativo rispetto alla previgente disciplina del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e che rappresentano il terreno su cui si misura la capacità del sistema di coniugare le esigenze di semplificazione e celerità — particolarmente avvertite nel segmento sottosoglia — con le garanzie irrinunciabili del giusto procedimento e della tutela della concorrenza^[3]. Il presente contributo intende sottoporre ad analisi critica entrambi i dicta della sentenza, collocandoli nel quadro dei principi eurounitari, della legislazione nazionale e della più recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, al fine di saggiarne la solidità argomentativa e di proiettarne le conseguenze sistematiche sull'intero ordinamento dei contratti pubblici.

2. Il fatto e l'iter processuale

2.1. La vicenda contenziosa e le doglianze della ricorrente

La vicenda trae origine dall'impugnazione, da parte di un operatore economico classificatosi secondo nella graduatoria finale, del provvedimento di aggiudicazione di un appalto di servizi il cui importo si collocava al di sotto della soglia di rilevanza eurounitaria di cui all'art. 14 del d.lgs. 36/2023^[4]. La stazione appaltante — un ente locale che aveva indetto una procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e), del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo — aveva proceduto alla stipulazione del contratto senza attendere il decorso del termine dilatorio di trentacinque giorni previsto dall'art. 18, comma 3, del medesimo decreto legislativo, ritenendo tale previsione inapplicabile agli affidamenti sottosoglia in ragione del rinvio selettivo operato dall'Allegato II.1 al Codice.

Il ricorrente articolava due distinti ordini di censure. In primo luogo, lamentava l'illegittimità della stipulazione anticipata, assumendo che la violazione del termine di stand still avrebbe determinato l'annullabilità dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 18, comma 6, del Codice, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto^[5]. L'operatore economico invocava, a sostegno della propria tesi, il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e agli artt. 24 e 113 della Costituzione, argomentando che la mancata previsione di un termine dilatorio nel sottosoglia avrebbe privato i concorrenti non aggiudicatari della possibilità concreta di ottenere una tutela ante stipulam e che, pertanto, il termine dovesse ritenersi operante anche al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria, ove non in forza del diritto derivato dell'Unione, quantomeno in ragione dei principi generali del Trattato e della Costituzione.

In secondo luogo, censurava la valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, deducendo che la commissione giudicatrice avrebbe attribuito punteggi a elementi che, a suo avviso, non attenevano alla qualità intrinseca dell'offerta bensì a impegni relativi alla fase esecutiva del rapporto contrattuale — segnatamente, l'impegno ad adottare protocolli operativi conformi a determinati standard organizzativi e la garanzia di livelli minimi di servizio già previsti dal capitolato speciale — con conseguente violazione del principio di separazione tra fase di aggiudicazione e fase di esecuzione e del divieto di commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione^[6].

2.2. La decisione di primo grado e i motivi di appello

Il Tribunale Amministrativo Regionale adito respingeva il ricorso sotto entrambi i profili. Quanto al primo motivo, il giudice di primo grado riteneva che la disciplina dello stand still non trovasse applicazione nel caso di specie, argomentando dal silenzio dell'Allegato II.1 e dalla collocazione sistematica dell'art. 18, comma 3, tra le disposizioni non

richiamate per il sottosoglia. Quanto al secondo motivo, il TAR riteneva che la stazione appaltante godesse di un'ampia discrezionalità nella definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica e che i criteri contestati dal ricorrente, pur presentando profili attinenti alla fase esecutiva, fossero comunque riconducibili alla qualità complessiva della prestazione offerta.

Il soccombente proponeva appello al Consiglio di Stato, riproponendo entrambe le censure e arricchendole con richiami alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e alla più recente elaborazione dottrinale. Il Consiglio di Stato, investito della cognizione dell'intera controversia, confermava la sentenza di primo grado, ma con una motivazione che, per ampiezza e profondità argomentativa, si eleva ben al di sopra delle esigenze del caso concreto, assumendo i connotati di una pronuncia di principio destinata a orientare tanto la futura giurisprudenza quanto la prassi delle stazioni appaltanti e la riflessione scientifica.

3. La disciplina dei contratti sottosoglia nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)

3.1. Le soglie di rilevanza europea e il principio di risultato

Per comprendere appieno la portata della pronuncia in commento, occorre muovere dalla ricostruzione del quadro normativo che governa i contratti sottosoglia nel nuovo Codice. Il Libro II, Parte I, del d.lgs. 36/2023 (artt. 48-55) disciplina in modo organico i «contratti di importo inferiore alle soglie europee», innovando profondamente rispetto al frammentario assetto che caratterizzava la previgente legislazione^[7]. Le soglie di rilevanza comunitaria, periodicamente aggiornate dalla Commissione Europea mediante regolamenti delegati, svolgono nel sistema una funzione discriminante che non si limita a determinare l'applicabilità o meno delle direttive sostanziali, ma irradia i propri effetti sull'intero regime giuridico dell'affidamento, condizionando la scelta della procedura, gli obblighi di pubblicità, il regime delle tutele e — come la sentenza in esame dimostra — la stessa disciplina della stipulazione del contratto^[8].

La scelta architettonica del legislatore delegato è stata quella di configurare un microsistema normativo tendenzialmente autosufficiente, retto dal principio di risultato di cui all'art. 1 del Codice e ispirato ai canoni di semplificazione, speditezza e proporzionalità dell'azione amministrativa^[9]. Il principio di risultato — vera cifra identitaria del nuovo Codice, destinato a informare l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante e a fungere da criterio ermeneutico nella risoluzione delle questioni interpretative^[10] — opera nel sottosoglia con una intensità peculiare, giustificando l'adozione di procedure più snelle e l'esclusione di vincoli procedimentali non strettamente

necessari al perseguimento dell'interesse pubblico. La Relazione illustrativa al Codice è, sul punto, di cristallina chiarezza: «il principio di risultato non si pone in contrapposizione con il principio di legalità, ma ne costituisce una declinazione orientata all'efficacia dell'azione amministrativa, particolarmente avvertita nel segmento degli affidamenti di minore valore economico»^[11].

Entro tale quadro, il rinvio alle disposizioni dettate per i contratti soprasoglia opera soltanto nei limiti espressamente previsti dall'Allegato II.1, che individua analiticamente le norme del Codice applicabili al sottosoglia, operando una selezione che è espressione di una precisa scelta di politica legislativa e non già il frutto di una lacuna involontaria o di un difetto di coordinamento normativo^[12].

3.2. Semplificazione procedurale vs garanzie di trasparenza

L'opzione legislativa per un microsystema autonomo si giustifica alla luce della constatazione che i contratti sottosoglia, non ricadendo nell'ambito di applicazione delle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, sono assoggettati ai soli principi generali del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea — segnatamente, i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità — nonché alle disposizioni nazionali che il legislatore ritenga di dettare nell'esercizio della propria discrezionalità^[13]. Ciò non significa, evidentemente, che il sottosoglia costituisca una «zona franca» sottratta a ogni vincolo pubblicistico: i principi di derivazione eurounitaria, nella misura in cui si radicano nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali, mantengono la propria cogenza anche al di sotto delle soglie, e il principio di trasparenza, ancorché declinato in forme semplificate, continua a presidiare il corretto svolgimento della procedura selettiva^[14].

Si apre, tuttavia, una tensione dialettica — che attraversa l'intera disciplina del sottosoglia e che la sentenza n. 8786/2025 contribuisce a comporre — tra l'istanza di semplificazione, funzionale all'efficienza dell'azione amministrativa e alla rapida soddisfazione dell'interesse pubblico, e l'istanza di garanzia, funzionale alla tutela della concorrenza e dei diritti dei partecipanti alla procedura selettiva^[15]. Tale tensione non è risolvibile in astratto, ma richiede un bilanciamento caso per caso che il legislatore ha operato, a monte, con la tecnica dell'Allegato II.1, e che il giudice è chiamato a verificare, a valle, nel sindacato sulla legittimità degli atti di gara. La pronuncia in commento si colloca esattamente su questa linea di crinale.

4. Il termine dilatorio di stand still nell'architettura del Codice: ratio e fondamento eurounitario

4.1. La Direttiva ricorsi 2007/66/CE

Il termine dilatorio di stand still, nella sua configurazione attuale, costituisce il portato della trasposizione nell'ordinamento interno della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 (c.d. «direttiva ricorsi»), che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE con l'obiettivo dichiarato di rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici^[16]. La direttiva ricorsi nasce dalla presa d'atto, da parte delle istituzioni europee, dell'inadeguatezza degli strumenti processuali sino ad allora disponibili: la prassi di numerosi Stati membri di procedere alla stipulazione del contratto immediatamente dopo l'aggiudicazione rendeva di fatto impossibile l'ottenimento di una tutela in forma specifica, costringendo il ricorrente vittorioso a ripiegare sul risarcimento del danno per equivalente — rimedio che la Corte di Giustizia aveva ripetutamente qualificato come insufficiente a garantire l'effetto utile delle direttive sostanziali^[17].

L'art. 2-bis della direttiva 89/665/CEE, introdotto dalla direttiva 2007/66/CE, impone pertanto agli Stati membri di prevedere un termine dilatorio («standstill period») di almeno dieci giorni civili — o quindici, in caso di comunicazione per posta — tra la comunicazione della decisione di aggiudicazione ai concorrenti e la stipulazione del contratto. Tale termine è stato concepito come strumento funzionale alla tutela giurisdizionale, non già come garanzia procedurale in senso stretto: la sua ratio non risiede nella necessità di consentire una riflessione della stazione appaltante sulla correttezza della propria decisione, bensì nell'esigenza di assicurare ai concorrenti un intervallo temporale sufficiente per valutare l'opportunità di proporre ricorso e per attivare i rimedi cautelari disponibili^[18].

È cruciale evidenziare — e la sentenza in commento ne trae una conseguenza determinante — che la direttiva 2007/66/CE limita espressamente il proprio ambito di applicazione ai contratti che ricadono nella sfera delle direttive sostanziali, ossia ai contratti il cui valore stimato eguagli o superi le soglie di rilevanza comunitaria. L'art. 1, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificato, fa espresso riferimento ai contratti «di cui alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio», con ciò escludendo ab origine i contratti sottosoglia dal proprio raggio d'azione^[19].

4.2. L'effettività della tutela giurisdizionale ante stipulam

La dimensione costituzionale e sovranazionale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva impone, tuttavia, di non arrestare l'analisi al dato letterale della direttiva ricorsi. L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e gli artt. 24 e 113 della Costituzione sanciscono un principio di effettività della tutela che trascende l'ambito di

applicazione delle singole direttive e che vincola il legislatore nazionale nella configurazione degli strumenti processuali^[20].

L'art. 18, comma 3, del d.lgs. 36/2023, recependo la disciplina eurounitaria, stabilisce che «il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione»^[21]. Il legislatore del 2023 ha dunque mantenuto il termine dilatorio nel quantum di trentacinque giorni — superiore al minimo imposto dalla direttiva — confermando una scelta già operata dal previgente art. 32, comma 9, del d.lgs. 50/2016. La violazione del termine determina, ai sensi del comma 6 dell'art. 18, un vizio dell'aggiudicazione, con un regime sanzionatorio che il legislatore del 2023 ha significativamente attenuato rispetto alla più severa previsione che caratterizzava la disciplina previgente^[22].

Il comma 4 dell'art. 18 prevede inoltre talune deroghe al termine dilatorio — nei casi di affidamento diretto, di procedura in cui sia stata presentata o ammessa una sola offerta, e negli altri casi espressamente indicati — che confermano la natura non assoluta del vincolo e la sua modulabilità in ragione delle caratteristiche della procedura di affidamento^[23]. Tali deroghe, come si avrà modo di evidenziare, assumono rilievo sistematico nella ricostruzione del complessivo disegno legislativo in materia di sottosoglia.

5. L'inapplicabilità dello stand still ai contratti sottosoglia: la tesi del Consiglio di Stato

5.1. L'esegesi dell'art. 18, comma 2

Il cuore della prima ratio decidendi della sentenza n. 8786/2025 risiede nell'affermazione secondo cui il termine dilatorio di cui all'art. 18, comma 3, del d.lgs. 36/2023 non trova applicazione con riguardo ai contratti sottosoglia^[24].

Il Consiglio di Stato perviene a tale conclusione muovendo da un percorso argomentativo che si snoda lungo tre direttrici convergenti — letterale, sistematica e teleologica — la cui combinazione conferisce alla pronuncia una solidità ermeneutica difficilmente contestabile.

Sotto il profilo letterale, il Collegio osserva che l'Allegato II.1, nel richiamare le disposizioni del Codice applicabili ai contratti sottosoglia, non menziona l'art. 18, comma 3. L'argomento non si esaurisce nella constatazione del dato testuale, ma si arricchisce di una valenza sistematica di primo rilievo: il silenzio dell'Allegato non può essere

interpretato come una lacuna involontaria (*casus omissus*), bensì deve essere letto come una scelta consapevole del legislatore delegato, coerente con il carattere selettivo dell'elencazione contenuta nell'Allegato medesimo^[25]. L'Allegato II.1, infatti, non si limita a operare un generico rinvio alle disposizioni del Codice, ma individua con precisione analitica le singole norme applicabili al sottosoglia, richiamando, con riferimento all'art. 18, soltanto i commi relativi alla forma e alle modalità di stipulazione del contratto, con esclusione espressa del comma 3 relativo al termine dilatorio e del comma 6 relativo alle conseguenze della sua violazione^[26].

L'argomento si fonda sul consolidato principio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, che il Consiglio di Stato applica con particolare rigore in una materia nella quale il legislatore ha operato una selezione analitica e ragionata delle norme da estendere al segmento sottosoglia^[27]. Il Collegio esclude, altresì, la possibilità di un'interpretazione estensiva o analogica della norma, argomentando che il termine dilatorio, in quanto istituto che limita la libertà negoziale della stazione appaltante e introduce un vincolo temporale alla stipulazione, riveste carattere eccezionale e, come tale, non è suscettibile di applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti (art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale)^[28].

5.2. La natura eccezionale del termine dilatorio e l'esigenza di celerità

Sul piano sistematico, il Consiglio di Stato valorizza la coerenza di tale soluzione con l'impianto complessivo del Codice. Il legislatore del 2023, nella disciplina del sottosoglia, ha perseguito dichiaratamente l'obiettivo di assicurare la massima semplificazione e la riduzione dei tempi procedurali, in attuazione del principio di risultato e del principio di buona fede e tutela dell'affidamento (artt. 1 e 2 del Codice)^[29]. L'imposizione del termine dilatorio — concepito dal legislatore europeo per i soli contratti soprasoglia, ossia per quelli in cui la rilevanza economica dell'affidamento giustifica un livello più elevato di garanzie procedurali — si porrebbe in contraddizione con tale finalità, introducendo un vincolo temporale non richiesto dal diritto dell'Unione e potenzialmente idoneo a frustrare le esigenze di celerità e speditezza che connotano gli affidamenti di minore valore^[30].

Il Collegio osserva, inoltre, che il legislatore ha previsto deroghe al termine dilatorio anche nell'ambito dei contratti soprasoglia — segnatamente, per gli affidamenti diretti e per le procedure con un solo partecipante — il che conferma la natura non generalizzata dell'istituto e la sua operatività limitata ai casi in cui la complessità della procedura e la pluralità delle offerte rendano effettivamente necessario un intervallo temporale tra aggiudicazione e stipulazione^[31]. Se, dunque, lo stand still può essere derogato persino nel soprasoglia in presenza di determinate circostanze, a fortiori la sua inapplicabilità al

sottosoglia — segmento nel quale le procedure sono strutturalmente più semplici e il numero dei partecipanti è tipicamente ridotto — non determina un *vulnus* irragionevole nel sistema delle garanzie.

Sotto il profilo teleologico, infine, il Consiglio di Stato rileva che la *ratio* dello *stand still* — garantire l'effettività della tutela giurisdizionale prima della stipulazione del contratto — trova nei contratti sottosoglia un contrappeso nella previsione di altri strumenti di tutela, che il legislatore ha ritenuto sufficienti a garantire un livello adeguato di protezione degli interessi degli operatori economici^[32]. In particolare, il Collegio richiama la possibilità di proporre un'istanza cautelare ante causam ai sensi dell'art. 61 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ovvero un'istanza cautelare contestuale al ricorso ai sensi degli artt. 55 e 56 c.p.a., strumenti che — nella valutazione del giudice — consentono di ottenere un provvedimento inibitorio della stipulazione in tempi compatibili con le esigenze di tutela del ricorrente^[33].

6. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 18 del d.lgs. 36/2023 e il rinvio all'Allegato II.1

6.1. La tecnica del rinvio mobile agli allegati

L'analisi della sentenza impone un approfondimento della tecnica normativa adottata dal legislatore del 2023 con riferimento al rapporto tra le disposizioni del Codice e gli Allegati, tecnica che costituisce una delle innovazioni più significative — e, al tempo stesso, più discusse — del nuovo assetto normativo^[34].

Il d.lgs. 36/2023 si caratterizza per l'adozione di un modello di regolazione a «doppio livello», nel quale il corpo principale del decreto legislativo contiene i principi e le regole generali, mentre gli Allegati — adottati ai sensi della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 — recano la disciplina di dettaglio, destinata a essere aggiornata con maggiore flessibilità attraverso regolamenti governativi^[35]. Tale struttura — che la Relazione illustrativa al Codice definisce «sistema di regolazione dinamico» — risponde all'esigenza di assicurare l'adattabilità della normativa alle mutevoli esigenze del mercato e dell'amministrazione, senza sacrificare la stabilità dei principi fondamentali^[36].

L'Allegato II.1, in particolare, svolge una funzione di «filtro normativo» tra il corpo del Codice e il sottosoglia: esso non si limita a richiamare in toto le disposizioni del decreto legislativo, ma ne opera una selezione mirata, individuando le norme la cui applicazione al sottosoglia è giustificata dalle specificità di tale segmento e dalle esigenze di tutela che esso pone^[37]. La tecnica è quella del rinvio mobile, che consente di aggiornare il perimetro delle norme applicabili al sottosoglia mediante la modificazione dell'Allegato, senza

necessità di intervenire sul testo del decreto legislativo.

Come il Consiglio di Stato puntualmente osserva nella sentenza in commento, l'art. 1, comma 3, dell'Allegato II.1 richiama espressamente talune disposizioni dell'art. 18 — segnatamente i commi relativi alla forma e alle modalità di stipulazione — ma non il comma 3 relativo al termine dilatorio né il comma 6 relativo alle conseguenze della sua violazione^[38]. L'omissione, come già evidenziato, si inserisce in un disegno coerente nel quale il legislatore ha operato un distinguo ragionato tra le disposizioni che rispondono a esigenze strutturali e irrinunciabili della contrattualistica pubblica — la forma scritta ad substantiam, le modalità di stipulazione mediante atto pubblico notarile, forma pubblica amministrativa o scrittura privata — e quelle che, attenendo a esigenze di tutela giurisdizionale mutate dal diritto eurounitario, non necessitano di essere replicate nel segmento sottosoglia, ove il legislatore ha preferito affidarsi ai rimedi processuali di carattere generale^[39].

6.2. Il superamento del sistema di soft law

La pronuncia in esame offre altresì lo spunto per una riflessione sulla discontinuità che il nuovo Codice segna rispetto al sistema di regolazione del sottosoglia vigente sotto il d.lgs. 50/2016. Nel regime previgente, la disciplina del sottosoglia era in larga misura affidata alle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), strumenti di soft law la cui natura giuridica — vincolante o meramente orientativa — era stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che aveva generato una significativa incertezza applicativa^[40].

Il d.lgs. 36/2023 ha abbandonato tale modello, optando per una disciplina integralmente contenuta in fonti di rango legislativo o regolamentare. Gli Allegati al Codice — ancorché modificabili con regolamento governativo — hanno natura di fonte primaria, in quanto adottati contestualmente al decreto legislativo e abilitati dalla legge delega^[41]. L'Allegato II.1, in questo contesto, sostituisce le previgenti Linee guida ANAC nella funzione di definizione delle regole applicabili al sottosoglia, con il vantaggio di una maggiore chiarezza quanto alla natura e alla forza giuridica delle disposizioni ivi contenute^[42].

Tale evoluzione normativa incide direttamente sulla questione dello stand still: mentre sotto il d.lgs. 50/2016 l'assenza di una previsione espressa circa l'applicabilità o meno del termine dilatorio al sottosoglia aveva alimentato il dibattito interpretativo, il nuovo sistema fondato sull'Allegato II.1 offre un dato normativo più definito, dal quale il Consiglio di Stato trae un argomento risolutivo in favore della tesi negativa^[43].

7. La giurisprudenza anteriore e il dibattito dottrinale

7.1. I precedenti contrastanti dei tribunali territoriali

La questione dell'applicabilità dello stand still ai contratti sottosoglia non era inedita al momento della pronuncia in commento, essendo stata oggetto di un significativo contenzioso che aveva dato luogo a orientamenti giurisprudenziali non univoci.

Un primo orientamento, prevalente nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali, riteneva che il termine dilatorio trovasse applicazione anche agli affidamenti sottosoglia^[44]. Tale orientamento argomentava dalla collocazione sistematica dell'art. 32, comma 9, del d.lgs. 50/2016 tra le disposizioni generali applicabili a tutti i contratti pubblici e dalla necessità di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale indipendentemente dal valore dell'appalto. Il TAR Lombardia, in una pronuncia che aveva assunto il ruolo di leading case nella materia, aveva affermato che «il termine dilatorio costituisce un presidio minimo e irrinunciabile del diritto di difesa del concorrente non aggiudicatario, la cui operatività non può essere condizionata dal valore economico della commessa»^[45]. In senso analogo si erano espressi il TAR Campania e il TAR Toscana, i quali avevano valorizzato il principio di effettività della tutela come parametro di legittimità costituzionale della disciplina, ritenendo che un'interpretazione restrittiva avrebbe sollevato seri dubbi di conformità agli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione^[46].

Un secondo orientamento, minoritario nella giurisprudenza di primo grado ma autorevolmente sostenuto in sede di appello, escludeva l'applicazione dello stand still al sottosoglia. Il Consiglio di Stato, Sezione III, in una pronuncia del 2020, aveva già affermato, ancorché in un obiter dictum, che «il termine dilatorio previsto dalla direttiva ricorsi e recepito dal legislatore nazionale è funzionale alla tutela degli interessi coinvolti nelle procedure di affidamento di rilevanza comunitaria e non è suscettibile di estensione automatica agli affidamenti sottosoglia, rispetto ai quali il legislatore ha legittimamente optato per un regime semplificato»^[47]. Tale orientamento valorizzava il fondamento eurounitario dell'istituto e la sua genesi nella direttiva 2007/66/CE, applicabile ai soli contratti soprasoglia, nonché il principio di stretta interpretazione delle norme che limitano la libertà negoziale della pubblica amministrazione.

7.2. Le posizioni della dottrina sul rinvio esterno

In dottrina, il dibattito si era articolato lungo linee argomentative che ricalcano le posizioni giurisprudenziali, con significative sfumature che meritano di essere sintetizzate.

I fautori dell'estensione dello stand still al sottosoglia invocavano il principio di effettività della tutela giurisdizionale, declinato come principio di rango costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.) prima ancora che eurounitario, e il principio di parità di trattamento tra operatori economici, argomentando che la discriminazione nel livello di tutela fondata sul solo valore economico dell'appalto non trovasse giustificazione in un ordinamento che riconosce il diritto di difesa come inviolabile^[48]. Follieri, in uno studio che aveva animato il dibattito, aveva osservato che «la dimensione economica del contratto non può costituire il criterio discrezionale per la modulazione delle garanzie di tutela giurisdizionale, le quali attengono al diritto fondamentale di difesa e, come tali, non tollerano graduazioni fondate su parametri meramente quantitativi»^[49].

I sostenitori della tesi restrittiva, per converso, evidenziavano come un'indiscriminata estensione di tutti gli istituti del soprasoglia al sottosoglia avrebbe vanificato la stessa ragion d'essere di una disciplina differenziata, producendo un effetto di «appiattimento normativo» contrario alla volontà del legislatore e all'esigenza di proporzionalità che deve informare la regolazione dei contratti pubblici^[50]. Clarich, in un contributo sul tema della semplificazione nel sottosoglia, aveva sottolineato che «la semplificazione procedurale non è un disvalore, ma una legittima scelta di politica legislativa che risponde all'esigenza di proporzionare le garanzie all'entità degli interessi in gioco, in coerenza con il principio di ragionevolezza e con l'architettura multilivello del sistema eurounitario»^[51].

La sentenza n. 8786/2025 prende posizione in modo netto nel dibattito, aderendo alla tesi restrittiva e fornendo un contributo argomentativo che, per solidità e completezza, appare destinato a costituire il precedente di riferimento nella materia e a comporre — quantomeno sul piano della giurisprudenza del Consiglio di Stato — il contrasto esegetico che aveva caratterizzato la fase precedente^[52].

8. La portata sistematica della pronuncia nel prisma del diritto eurounitario

8.1. Il principio di equivalenza e di effettività

La decisione del Consiglio di Stato si inserisce in un più ampio contesto di riflessione sul rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea nella disciplina dei contratti sottosoglia, e investe direttamente i principi di equivalenza e di effettività che, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, condizionano l'autonomia procedurale degli Stati membri.

Il principio di equivalenza impone che le regole processuali applicabili ai rimedi fondati sul diritto dell'Unione non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano i rimedi analoghi di diritto interno^[53]. Il principio di effettività, dal canto suo, vieta che le regole

processuali nazionali rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione^[54]. Entrambi i principi operano come limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri e costituiscono i parametri alla luce dei quali valutare la compatibilità con il diritto eurounitario delle scelte legislative nazionali in materia di tutela giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato affronta la questione della compatibilità eurounitaria della propria soluzione interpretativa in un passaggio motivazionale di notevole ampiezza, nel quale osserva che il legislatore nazionale, nel non estendere lo stand still ai contratti sottosoglia, non ha compiuto un arretramento nel livello di tutela imposto dal diritto eurounitario, bensì ha esercitato la propria discrezionalità legislativa in modo coerente con l'impianto delle fonti sovranazionali^[55]. La direttiva 2007/66/CE, come si è evidenziato, non impone il termine dilatorio per i contratti sottosoglia; i principi generali del Trattato, ancorché applicabili ai contratti con interesse transfrontaliero certo, non prescrivono uno specifico strumento di tutela, ma richiedono soltanto che il sistema processuale nel suo complesso garantisca un'effettiva possibilità di ricorso; il principio di equivalenza non è violato, in quanto il termine dilatorio non è previsto neppure per i rimedi di diritto interno avverso atti di natura analoga adottati al di fuori del settore dei contratti pubblici^[56].

8.2. Il margine di discrezionalità degli Stati membri nelle procedure semplificate

La sentenza si allinea, in questo senso, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che riconosce agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento nella definizione delle regole procedurali applicabili ai contratti di valore inferiore alle soglie comunitarie, purché siano rispettati i principi fondamentali del Trattato e sia garantita un'effettiva possibilità di ricorso giurisdizionale^[57]. La pronuncia SECAP e Santorso della Corte di Giustizia, che il Consiglio di Stato richiama espressamente, rappresenta il leading case in materia: in essa, la Corte ha affermato che i contratti sottosoglia sono assoggettati alle «regole fondamentali del Trattato» soltanto nella misura in cui presentino un «interesse transfrontaliero certo», lasciando per il resto agli Stati membri la facoltà di determinare il regime giuridico applicabile^[58].

La pronuncia Orizzonte Salute ha ulteriormente precisato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, come sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, non impone agli Stati membri di prevedere specifici strumenti processuali, ma richiede soltanto che il sistema nel suo complesso assicuri la possibilità di ottenere una tutela adeguata^[59]. Tale insegnamento è valorizzato dal Consiglio di Stato per affermare che l'assenza dello stand still nel sottosoglia non determina, di per sé, una violazione del principio di effettività, in quanto l'ordinamento processuale italiano offre strumenti di tutela cautelare — in primis, l'istanza cautelare ante causam e la misura cautelare

monocratica — idonei a impedire la stipulazione del contratto anche in assenza del termine dilatorio^[60].

9. Il secondo dictum: la distinzione fra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione

9.1. La natura bifronte del requisito tecnico

La seconda ratio decidendi della sentenza n. 8786/2025 investe una questione di portata dogmatica che trascende il perimetro del diritto dei contratti pubblici e si raccorda con le categorie fondamentali della teoria generale dell'atto amministrativo e del negozio giuridico: la distinzione tra i requisiti che attengono alla valutazione dell'offerta tecnica e gli obblighi che afferiscono alla successiva fase di esecuzione del contratto^[61].

Il Consiglio di Stato muove dalla premessa, di matrice giannianiana^[62], che la disciplina dei contratti pubblici si articola in due fasi ontologicamente distinte, ciascuna retta da principi propri e da un regime giuridico autonomo. La fase di affidamento — dall'indizione della procedura sino all'aggiudicazione efficace — è dominata dai principi di concorrenza, par condicio, trasparenza e imparzialità, ed è presidiata dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^[63]. La fase di esecuzione — dalla stipulazione del contratto sino all'adempimento di tutte le obbligazioni — è governata dalle norme di diritto civile e dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), ed è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva espressamente previste^[64].

Il requisito tecnico dell'offerta presenta, tuttavia, una «natura bifronte» che rende problematica la sua riconduzione all'una o all'altra fase. Nella misura in cui descrive le caratteristiche qualitative della prestazione che l'operatore economico si propone di fornire, esso opera come elemento di differenziazione delle offerte e appartiene alla fase pubblicistica della selezione. Nella misura in cui, tuttavia, prefigura gli standard e le modalità di esecuzione della prestazione, esso anticipa il contenuto dell'obbligazione contrattuale e partecipa della fase privatistica dell'esecuzione^[65]. La linea di confine tra le due dimensioni è, nella realtà delle procedure di gara, assai meno netta di quanto la distinzione teorica lasci intendere, e ciò spiega l'elevato contenzioso che la materia ha generato e continua a generare.

9.2. Il momento della produzione dell'effetto selettivo

Il Consiglio di Stato, consapevole della difficoltà di tracciare il confine in astratto,

individua un criterio discrezionale che, per la sua chiarezza e operatività, merita di essere valorizzato. Il criterio risiede nel «momento della produzione dell'effetto selettivo» dell'elemento considerato: se l'elemento produce il proprio effetto nella fase di selezione — consentendo alla commissione giudicatrice di operare un giudizio comparativo sulla qualità delle offerte — esso è un requisito di valutazione legittimamente apprezzabile in sede di gara; se, per converso, l'elemento produce il proprio effetto nella fase di esecuzione — vincolando il contraente all'adempimento di determinate prestazioni — esso è un obbligo esecutivo che non può costituire criterio di valutazione^[66].

Il criterio del «momento selettivo» consente di superare le incertezze legate alla qualificazione formale degli elementi dell'offerta e di ancorare la distinzione a un dato sostanziale: la funzione che l'elemento svolge nell'economia della procedura di gara. Un piano operativo innovativo, una proposta organizzativa che eccede gli standard minimi del capitolato, l'impiego di tecnologie avanzate o di personale con qualificazioni superiori a quelle richieste sono elementi che, pur prefigurando modalità esecutive, svolgono la propria funzione essenziale nella fase di selezione, in quanto consentono di distinguere le offerte sotto il profilo qualitativo. Per converso, la mera ripetizione di obblighi già previsti dalla legge o dal capitolato, l'impegno a rispettare i termini contrattuali o la dichiarazione di conformità a requisiti normativi sono elementi che non svolgono alcuna funzione selettiva e che, pertanto, non possono essere legittimamente assunti come criteri di valutazione^[67].

10. La qualificazione dogmatica dei requisiti dell'offerta tecnica

10.1. L'offerta come atto negoziale e la *lex specialis*

La qualificazione dogmatica dell'offerta tecnica nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici rappresenta una questione sulla quale la riflessione scientifica ha prodotto risultati non univoci, oscillando tra la riconduzione dell'offerta alla categoria dell'atto negoziale unilaterale — in quanto espressione dell'autonomia privata del concorrente — e la sua qualificazione come atto del procedimento amministrativo, sottoposto ai vincoli della *lex specialis* e alle regole pubblicistiche che governano la fase di affidamento^[68].

Il Consiglio di Stato, pur senza prendere posizione esplicita nel dibattito teorico, adotta una ricostruzione funzionale che valorizza la duplice valenza dell'offerta. Sotto il profilo soggettivo, l'offerta è manifestazione della volontà dell'operatore economico di assumere l'impegno contrattuale alle condizioni ivi indicate: in questo senso, essa partecipa della natura dell'atto negoziale e soggiace, nel suo contenuto, al principio di libertà delle forme e di autonomia nella determinazione del contenuto (art. 1322 c.c.), nei limiti stabiliti dalla

lex specialis^[69]. Sotto il profilo oggettivo, l'offerta è l'atto mediante il quale il concorrente si confronta con i criteri di valutazione predefiniti dalla stazione appaltante: in questo senso, essa è funzionalizzata al procedimento di selezione e il suo contenuto è condizionato dai parametri stabiliti nel disciplinare di gara.

Da tale duplice valenza discende una conseguenza di rilievo sistematico: i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, definiti dalla stazione appaltante nella lex specialis, operano come parametri di giudizio che delimitano lo spazio entro il quale la commissione giudicatrice è chiamata a esercitare la propria discrezionalità tecnica. Se tali criteri sono illegittimamente configurati — perché, ad esempio, includono elementi che attengono alla fase esecutiva anziché alla qualità dell'offerta — il vizio si riflette sull'intera valutazione, inficiandone la legittimità a monte^[70].

10.2. La discrezionalità tecnica della stazione appaltante

La definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica è espressione della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che il Codice affida al Responsabile Unico del Progetto (RUP) e, per suo tramite, alla commissione giudicatrice^[71]. Tale discrezionalità, tuttavia, non è illimitata, bensì è circoscritta dai vincoli di legge, dai principi generali del Codice e dalle regole che la stessa stazione appaltante si è data con la lex specialis.

L'art. 108 del d.lgs. 36/2023, nell'individuare i criteri di aggiudicazione, stabilisce che essi devono essere «connessi all'oggetto dell'appalto» e idonei a «individuare il miglior rapporto qualità/prezzo»^[72]. La connessione con l'oggetto dell'appalto non è una formula vuota, ma un vincolo sostanziale che impone alla stazione appaltante di selezionare criteri che riflettano le caratteristiche essenziali della prestazione richiesta e che consentano una valutazione comparativa effettiva^[73]. Un criterio che si limiti a riprodurre un obbligo esecutivo non è «connesso all'oggetto dell'appalto» nel senso richiesto dalla norma, in quanto non esprime una qualità dell'offerta ma un adempimento dovuto.

Il Consiglio di Stato osserva che la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, deve operare una valutazione ex ante circa la natura degli elementi che intende includere tra i criteri di valutazione, verificando che ciascuno di essi presenti l'«attitudine differenziante» necessaria a giustificare l'attribuzione di un punteggio in sede comparativa^[74]. Tale verifica non è una mera formalità, ma un adempimento sostanziale il cui mancato rispetto espone gli atti di gara al rischio di annullamento per eccesso di potere.

11. Il divieto di commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione:

profili ricostruttivi

11.1. La giurisprudenza Lianakis e Ambisig

La distinzione tracciata dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento si ricollega al più ampio principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione, criteri di valutazione dell'offerta e condizioni di esecuzione del contratto, principio che la giurisprudenza eurounitaria ha progressivamente elaborato a partire dalla sentenza Lianakis della Corte di Giustizia^[75].

In tale pronuncia, la Corte ha affermato che «l'aggiudicazione dell'appalto non può essere effettuata sulla base di criteri che non sono diretti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, bensì che si collegano essenzialmente alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi»^[76]. La ratio della decisione risiede nella constatazione che la confusione tra criteri di selezione qualitativa (che attengono all'idoneità soggettiva del concorrente) e criteri di aggiudicazione (che attengono alla qualità oggettiva dell'offerta) altera il meccanismo concorrenziale, in quanto consente di attribuire punteggi a elementi che non esprimono la qualità della prestazione offerta ma le caratteristiche soggettive dell'operatore economico.

La successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ulteriormente raffinato il principio. La sentenza Ambisig ha ammesso che «l'esperienza del personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto può costituire un criterio di aggiudicazione, qualora la qualità del personale abbia un'incidenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto», con ciò introducendo una modulazione del divieto di commistione che ne attenua la rigidità senza comprometterne la funzione^[77]. La sentenza Connexxion Taxi Services ha poi chiarito che «le condizioni di esecuzione di un appalto possono essere prese in considerazione come criteri di aggiudicazione, purché siano collegate all'oggetto dell'appalto e siano formulate in modo da consentire una valutazione comparativa delle offerte»^[78].

11.2. L'«attitudine differenziante» come criterio guida per la selezione

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, opera una sintesi della giurisprudenza eurounitaria e la declina nel contesto normativo nazionale, formulando un criterio discrezionale che può essere così enunciato: un elemento dell'offerta tecnica può legittimamente costituire criterio di valutazione soltanto se possiede un'«attitudine differenziante», ossia se è idoneo a distinguere le offerte sotto il profilo qualitativo e a consentire alla commissione giudicatrice di operare un giudizio comparativo fondato su parametri oggettivi e verificabili^[79].

Il criterio dell'«attitudine differenziante» — che il Collegio mutua, sviluppandola, dalla giurisprudenza precedente^[80] — opera come test di legittimità dei criteri di valutazione: ogni criterio deve essere sottoposto alla verifica della sua capacità di generare, in concreto, una differenziazione tra le offerte. Ove il criterio si risolva nella mera verifica della conformità a un obbligo normativo o contrattuale — conformità che tutte le offerte ammesse devono necessariamente possedere — esso non supera il test e la sua inclusione tra i criteri di valutazione è illegittima.

Il Collegio chiarisce, peraltro, che il test dell'attitudine differenziante non opera in astratto, ma deve essere applicato con riferimento alla specifica procedura di gara e al concreto contenuto della *lex specialis*. Un medesimo elemento può possedere attitudine differenziante in un contesto e non in un altro, a seconda delle caratteristiche della prestazione richiesta, del livello degli standard minimi fissati dal capitolato e della platea dei potenziali concorrenti^[81]. Tale precisazione è di importanza fondamentale, in quanto impedisce una applicazione meccanica del criterio e preserva lo spazio di discrezionalità della stazione appaltante nella definizione dei parametri valutativi.

12. L'incidenza della distinzione sulla struttura della *lex specialis*

12.1. La redazione dei criteri di aggiudicazione

Le implicazioni della distinzione tracciata dal Consiglio di Stato sulla redazione della *lex specialis* sono di portata considerevole e investono direttamente la prassi operativa delle stazioni appaltanti.

La corretta strutturazione del bando di gara e del disciplinare richiede, alla luce della pronuncia in commento, che la stazione appaltante operi una chiara demarcazione tra tre livelli normativi distinti, ciascuno dei quali risponde a finalità proprie e opera in una fase specifica della procedura: i requisiti di partecipazione, che operano come condizioni di ammissione alla gara e sono verificati in via preliminare nella fase di selezione qualitativa; i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (e dell'offerta economica), che operano nella fase di valutazione comparativa e determinano il punteggio attribuito a ciascun concorrente; le condizioni di esecuzione, che operano nella fase successiva alla stipulazione del contratto e vincolano l'aggiudicatario nell'adempimento delle prestazioni contrattuali^[82].

La commistione tra tali livelli — ancorché frequente nella prassi, spesso indotta dalla comprensibile ma giuridicamente infondata esigenza di «premiare» il concorrente che si

impegna a garantire il massimo livello di adempimento — produce effetti distorsivi che la sentenza individua con rigore analitico. In primo luogo, l'inclusione di obblighi esecutivi tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica altera il confronto concorrenziale, attribuendo un vantaggio competitivo a operatori che si limitano a ribadire, con formulazioni più o meno elaborate, impegni già dovuti per legge o per contratto, senza apportare alcun valore aggiunto in termini di qualità della prestazione^[83]. Si configura, in tali ipotesi, una violazione del principio di par condicio, in quanto il punteggio attribuito non riflette la qualità differenziale dell'offerta, ma la mera capacità del concorrente di reiterare obblighi che tutti i partecipanti sono tenuti a rispettare. In secondo luogo, la commistione rischia di trasformare la fase di valutazione in una verifica di conformità normativa, snaturando la funzione della commissione giudicatrice e comprimendo il margine di discrezionalità tecnica che le è proprio^[84]. La commissione, in tali ipotesi, non è chiamata a operare un giudizio di valore sulla qualità delle soluzioni proposte, ma a verificare l'avvenuta dichiarazione di impegni che, per la loro natura obbligatoria, non ammettono differenziazione.

12.2. Obblighi dichiarativi e formulazione dei capitoli

In terzo luogo — e il profilo è di particolare rilievo pratico — la confusione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione rende più complesso il sindacato giurisdizionale, in quanto il giudice è chiamato a distinguere ex post ciò che la stazione appaltante ha ommesso di distinguere ex ante^[85]. L'onere della ricostruzione della natura dei singoli elementi dell'offerta grava, in tal caso, sul giudice, il quale deve operare un'attività ermeneutica spesso ardua e inevitabilmente esposta al rischio di soggettivismo.

La pronuncia del Consiglio di Stato induce, pertanto, a raccomandare alle stazioni appaltanti una maggiore attenzione nella formulazione della *lex specialis*, suggerendo l'adozione di una struttura documentale che renda immediatamente percepibile la distinzione tra ciò che è oggetto di valutazione e ciò che è oggetto di obbligo. In concreto, il disciplinare di gara dovrebbe contenere una sezione dedicata ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica — nella quale siano indicati soltanto gli elementi che possiedono attitudine differenziante — e il capitolato speciale dovrebbe contenere una sezione separata dedicata alle condizioni di esecuzione, nella quale siano indicati gli standard minimi e gli obblighi cui il contraente è tenuto indipendentemente dal contenuto della propria offerta^[86].

Tale separazione documentale non è imposta da una specifica norma del Codice, ma costituisce un'applicazione del principio di chiarezza e determinatezza della *lex specialis* — principio di elaborazione giurisprudenziale che la sentenza in commento contribuisce a rafforzare — e si traduce in un vantaggio per tutti gli attori della procedura: per i

concorrenti, che possono formulare le proprie offerte con maggiore consapevolezza del perimetro valutativo; per la commissione giudicatrice, che dispone di criteri di valutazione più nitidi e meno esposti al rischio di impugnazione; per il giudice, che può esercitare il proprio sindacato su basi più chiare^[87].

13. Implicazioni sul sindacato giurisdizionale e sul regime delle invalidità

13.1. L'eccesso di potere per irragionevolezza dei criteri

La distinzione tra requisiti di valutazione e obblighi di esecuzione produce rilevanti conseguenze sul piano del sindacato giurisdizionale e, segnatamente, sulla configurazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere per irragionevolezza dei criteri di valutazione.

La pronuncia in esame conferma l'orientamento secondo cui il giudice amministrativo, nel verificare la legittimità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, non può sostituirsi alla stazione appaltante nella definizione dei criteri medesimi — attività che rientra nella sfera insindacabile della discrezionalità amministrativa — ma può e deve verificare che tali criteri non invadano il terreno proprio delle condizioni di esecuzione^[88]. Si tratta di un sindacato di legittimità che opera sul confine tra le due categorie, accertando che la stazione appaltante non abbia travalicato il perimetro della fase valutativa.

Il vizio che affligge il criterio di valutazione illegittimamente configurato è riconducibile alla figura dell'eccesso di potere nella sua declinazione dell'irragionevolezza intrinseca del criterio. L'inclusione, tra i parametri di valutazione, di un elemento privo di attitudine differenziante è irragionevole nella misura in cui non è funzionale alla selezione dell'offerta qualitativamente migliore, ma si risolve in una duplicazione di obblighi già esistenti che non apporta alcun valore aggiunto al processo decisionale^[89]. Il sindacato giurisdizionale, in tali ipotesi, non investe il merito della valutazione operata dalla commissione — merito che resta presidiato dal limite dell'opinabilità e della non manifesta illogicità^[90] — bensì il suo presupposto logico-giuridico, ossia la legittimità del criterio alla luce del quale la valutazione è stata operata.

La distinzione tra sindacato sul criterio e sindacato sulla valutazione, che la sentenza in commento contribuisce a precisare, è di importanza fondamentale nella definizione del perimetro della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici. Il sindacato sul criterio è un sindacato pieno, che il giudice può esercitare senza le limitazioni proprie del sindacato sulla discrezionalità tecnica: se il criterio è illegittimo, il giudice lo annulla senza che sia necessario dimostrare la manifesta illogicità della valutazione concretamente operata^[91]. Il sindacato sulla valutazione, per converso, è un sindacato limitato, che

incontra il confine della opinabilità e della ragionevolezza tecnica.

13.2. L'annullabilità dell'aggiudicazione per violazione del divieto di commistione

Quanto al regime delle invalidità, la commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione vizia la *lex specialis* della gara, determinando l'illegittimità delle relative clausole. La sentenza in commento precisa le conseguenze di tale vizio sull'atto finale della procedura, ossia sul provvedimento di aggiudicazione.

L'illegittimità della clausola che preveda un criterio di valutazione attinente alla fase esecutiva può essere fatta valere mediante l'impugnazione immediata del bando di gara, nei termini decadenziali previsti dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, qualora la clausola sia «immediatamente escludente» ovvero impedisca la formulazione di un'offerta consapevole e informata^[92]. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella nota pronuncia n. 4 del 2018, ha elaborato i criteri per l'individuazione delle clausole immediatamente lesive, includendovi quelle che «impongono oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati» e quelle che «rendono impossibile la formulazione di un'offerta»^[93]. La clausola che preveda un criterio di valutazione illegittimo per commistione non rientra, di regola, in tale casistica, in quanto non impedisce la formulazione dell'offerta ma altera il meccanismo di valutazione: l'impugnazione potrà dunque essere proposta, nella generalità dei casi, unitamente a quella del provvedimento di aggiudicazione, nel termine decorrente dalla comunicazione di quest'ultimo^[94].

L'annullamento della clausola che preveda un criterio di valutazione illegittimo determina, in via derivata, l'annullamento della valutazione dell'offerta tecnica e, ove tale annullamento incida sull'esito della gara, l'annullamento dell'aggiudicazione^[95]. Si tratta di un effetto caducante che discende dalla natura strutturale del vizio, il quale investe non un aspetto marginale della valutazione, bensì il fondamento stesso del giudizio comparativo operato dalla commissione giudicatrice. L'annullamento dell'aggiudicazione determina, a sua volta, l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la fase di valutazione con criteri legittimi ovvero, nei casi più gravi, di rinnovare l'intera procedura di gara.

14. La pronuncia nel contesto della riforma del 2023: continuità e discontinuità

14.1. Il principio di fiducia e la responsabilità del RUP

La sentenza n. 8786/2025 si presta a una lettura che ne evidenzia la collocazione nel più ampio contesto della riforma operata dal d.lgs. 36/2023, consentendo di apprezzare i

profili di continuità e di discontinuità rispetto al sistema previgente e, al tempo stesso, le interconnessioni con i nuovi principi introdotti dal legislatore del 2023.

Tra questi, il principio di fiducia — enunciato dall'art. 2 del Codice e qualificato dalla Relazione illustrativa come «l'altra faccia del principio di risultato» — assume un rilievo diretto nella materia oggetto della pronuncia^[96]. L'art. 2, comma 1, stabilisce 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»^[97]. Il principio opera in una duplice direzione: nei confronti dei funzionari pubblici, ai quali è riconosciuto un legittimo spazio di discrezionalità nell'adozione delle scelte operative, sottratto — entro i limiti della ragionevolezza — al sindacato giurisdizionale sostitutivo; nei confronti degli operatori economici, ai quali è riconosciuto un affidamento legittimo nella stabilità delle regole della procedura e nella coerenza dell'azione amministrativa.

La sentenza in commento interseca il principio di fiducia sotto entrambi i profili. Da un lato, nel respingere la censura relativa allo stand still, il Consiglio di Stato accorda alla stazione appaltante la «fiducia» nella correttezza della propria scelta di procedere alla stipulazione senza attendere il decorso del termine dilatorio, ritenendo tale scelta conforme al quadro normativo e non censurabile in sede giurisdizionale. Dall'altro lato, nel confermare la legittimità dei criteri di valutazione adottati, il Collegio riconosce alla stazione appaltante un margine di apprezzamento nella definizione dei parametri valutativi, in linea con il principio di fiducia nella competenza tecnica dell'amministrazione.

Il principio di fiducia, tuttavia, non opera come schermo incondizionato della discrezionalità amministrativa. Come la stessa sentenza precisa, la fiducia è «reciproca» e presuppone che l'amministrazione agisca in modo «legittimo, trasparente e corretta»: ove i criteri di valutazione siano manifestamente illegittimi — perché, ad esempio, includano obblighi esecutivi privi di attitudine differenziante — il principio di fiducia cede al principio di legalità e la decisione dell'amministrazione è annullabile dal giudice^[98].

Con specifico riguardo alla responsabilità del Responsabile Unico del Progetto, la pronuncia offre un ulteriore spunto di riflessione. Il RUP, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 36/2023, è il soggetto responsabile dell'intera procedura di affidamento e, come tale, risponde della corretta definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica^[99]. La distinzione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione, nei termini chiariti dalla sentenza, diviene pertanto un parametro di diligenza del RUP, la cui inosservanza — ove determini l'annullamento degli atti di gara — può fondare una responsabilità amministrativo-contabile ai sensi dell'art. 2, comma 3, del Codice, che limita la

responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo.

14.2. La stabilizzazione dei rapporti giuridici nel nuovo Codice

Sul versante dello stand still, la pronuncia segna una discontinuità significativa rispetto al regime previgente. Sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016, l'assenza di una disciplina organica dei contratti sottosoglia e la collocazione del termine dilatorio tra le disposizioni generali del Codice avevano alimentato l'incertezza interpretativa, con conseguenze negative tanto per le stazioni appaltanti — esposte al rischio di contenzioso — quanto per gli operatori economici — privi di un quadro normativo chiaro circa gli strumenti di tutela a loro disposizione^[100]. Il nuovo Codice, introducendo l'Allegato II.1 come strumento di selezione delle norme applicabili al sottosoglia, ha fornito un dato normativo più definito, che il Consiglio di Stato ha interpretato nel senso dell'esclusione dello stand still. La discontinuità non risiede tanto nella soluzione interpretativa adottata — che era già sostenuta da una parte della giurisprudenza e della dottrina — quanto nella base normativa su cui essa si fonda, che appare sensibilmente più solida e meno esposta a contestazioni^[101].

La stabilizzazione del quadro normativo si inserisce, peraltro, in una più ampia tendenza del nuovo Codice alla «certezza del diritto» nella materia dei contratti pubblici, tendenza che si manifesta anche nel regime dell'inefficacia del contratto (art. 18, comma 6), nella riduzione dei termini processuali (art. 120 c.p.a., come modificato dal d.lgs. 36/2023), e nella limitazione delle ipotesi di annullamento d'ufficio degli atti di gara (art. 21-nonies della l. 7 agosto 1990, n. 241, come richiamato dall'art. 18 del Codice)^[102]. Si tratta di un disegno coerente nel quale la certezza delle situazioni giuridiche e la stabilità dei rapporti contrattuali sono elevate a valori ordinamentali di pari rango rispetto alla legalità dell'azione amministrativa, in un bilanciamento che privilegia la definitività delle decisioni e la tutela dell'affidamento delle parti.

Sul versante della distinzione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione, la sentenza si colloca invece in una linea di sostanziale continuità con la giurisprudenza formatasi sotto il vigore del d.lgs. 50/2016 e, prima ancora, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163^[103]. Il principio del divieto di commistione affonda le proprie radici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e nella tradizione giuridica nazionale, e il nuovo Codice ne ha confermato la vigenza senza apportare modifiche sostanziali al suo contenuto. L'apporto innovativo della sentenza risiede nella formulazione del criterio dell'«attitudine differenziante» con una chiarezza e una sistematicità che lo rendono immediatamente operativo e ne fanno un punto di riferimento per la prassi e per la futura elaborazione giurisprudenziale.

15. Osservazioni conclusive e prospettive de iure condendo

15.1. Sintesi dei risultati e criticità del sistema attuale

La sentenza del Consiglio di Stato n. 8786/2025 merita un'approvazione complessiva per il rigore argomentativo, la coerenza sistematica dell'impianto motivazionale e la capacità di fornire alla comunità degli interpreti principi di immediata operatività. Nondimeno, essa sollecita riflessioni critiche che appare doveroso formulare nella prospettiva di un perfezionamento del sistema.

Con riguardo al primo dictum — l'inapplicabilità dello stand still ai contratti sottosoglia — la soluzione adottata dal Consiglio di Stato appare corretta sul piano dell'interpretazione del diritto vigente: il dato letterale dell'Allegato II.1, la coerenza sistematica con l'impianto del Codice e il fondamento eurounitario dell'istituto convergono univocamente nel senso dell'esclusione. Tuttavia, sul piano della politica del diritto, la scelta legislativa che il Consiglio di Stato avalla non è immune da riserve significative. L'assenza del termine dilatorio nei contratti sottosoglia determina, in concreto, una compressione delle possibilità di tutela dell'operatore economico non aggiudicatario che può rivelarsi, in determinate circostanze, incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sua dimensione sostanziale, ancorché non nella sua dimensione formale.

Il concorrente non aggiudicatario in una procedura sottosoglia, in assenza di un periodo di stand still, può vedersi opporre la già avvenuta stipulazione del contratto prima ancora di aver potuto valutare compiutamente le ragioni dell'aggiudicazione, redigere il ricorso e depositarlo dinanzi al giudice competente^[104]. Vero è che il ricorrente può proporre un'istanza cautelare ante causam ovvero contestuale al ricorso, ma è altrettanto vero che la tempistica della tutela cautelare non sempre consente di ottenere una pronuncia prima della stipulazione del contratto. L'istanza cautelare ante causam, ai sensi dell'art. 61 c.p.a., richiede la fissazione di un'udienza camerale da parte del presidente della sezione, con tempi che, nella prassi giudiziaria, non sono sempre compatibili con la celerità con cui le stazioni appaltanti procedono alla stipulazione nel sottosoglia. La misura cautelare monocratica, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., può essere concessa dal presidente del TAR «in caso di estrema gravità e urgenza», ma la sua concessione è subordinata alla sussistenza di presupposti stringenti che non sempre ricorrono in materia di contratti pubblici^[105].

Si configura, in definitiva, un «gap di tutela» che, ancorché non determinato dalla sentenza in commento — la quale si limita a interpretare il diritto vigente — è imputabile a una scelta legislativa che meriterebbe di essere riconsiderata.

Con riguardo al secondo dictum — la distinzione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione — il criterio dell'«attitudine differenziante» formulato dal Consiglio di Stato rappresenta un contributo di grande valore sistematico, che offre alle stazioni appaltanti e agli operatori economici un parametro di orientamento nella complessa attività di definizione e interpretazione dei criteri di gara. Nondimeno, non può sottacersi che la sua applicazione concreta rimarrà, inevitabilmente, fonte di incertezza. La linea di confine tra un elemento valutativo e un obbligo esecutivo è, nella realtà delle procedure di affidamento, assai meno netta di quanto la formulazione teorica del principio lasci intendere. Molti elementi dell'offerta tecnica — si pensi alla proposta di un piano di gestione del personale, alla descrizione delle modalità di controllo della qualità, alla presentazione di un cronoprogramma dettagliato o alla proposta di sistemi informativi per il monitoraggio delle prestazioni — partecipano simultaneamente della natura di proposta qualitativa e di impegno esecutivo, e la loro riconduzione all'una o all'altra categoria dipende, in larga misura, dal modo in cui la *lex specialis* li configura^[106].

15.2. Proposta di un termine dilatorio ridotto e modulato su modello comparatistico

Le considerazioni che precedono inducono a formulare una proposta *de iure condendo* che, pur nel rispetto dell'autonomia del legislatore, potrebbe contribuire a superare le criticità del sistema attuale.

Con riguardo allo stand still, appare opportuno introdurre un termine dilatorio anche per i contratti sottosoglia, eventualmente modulandone la durata in misura inferiore a quella prevista per i contratti sopra soglia. Una soluzione di questo tipo — ad esempio, un termine di quindici giorni, anziché trentacinque, dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione — consentirebbe di contemperare le esigenze di celerità con quelle di tutela giurisdizionale, senza imporre un aggravio procedurale sproporzionato rispetto al valore dell'affidamento^[107]. Il termine potrebbe essere ulteriormente modulato in ragione del valore del contratto, prevedendo, ad esempio, l'inapplicabilità dello stand still per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro — per i quali la semplificazione procedurale risponde a un'esigenza particolarmente avvertita — e un termine ridotto per le procedure negoziate di valore compreso tra 40.000 euro e la soglia comunitaria.

L'ordinamento comparato offre esempi significativi di tale approccio modulare. Il diritto tedesco, nel § 134 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), prevede un termine dilatorio di quindici giorni civili dalla comunicazione dell'aggiudicazione — ridotto a dieci giorni in caso di comunicazione elettronica — per i contratti sopra soglia, e la giurisprudenza dei Vergabekammern ha progressivamente esteso l'applicazione di un periodo di attesa anche a talune categorie di contratti sottosoglia, in ragione del principio di proporzionalità e del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva sancito

dall'art. 19, comma 4, del Grundgesetz^[108]. L'ordinamento francese, pur non prevedendo un termine dilatorio specifico per il sottosoglia, impone alle stazioni appaltanti un obbligo di informazione dei concorrenti non aggiudicatari che, nella prassi del *juge des référés précontractuels*, opera come strumento funzionalmente equivalente allo *stand still*^[109].

Quanto alla distinzione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione, la proposta è di carattere interpretativo più che legislativo: appare opportuno che l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni di regolazione soft, adotti linee guida dedicate alla redazione dei criteri di aggiudicazione, nelle quali il principio dell'«attitudine differenziante» — così come formulato dalla sentenza in commento — sia declinato in una casistica esemplificativa che orienti le stazioni appaltanti nella corretta configurazione della *lex specialis*^[110]. Tale iniziativa potrebbe contribuire a ridurre il contenzioso e a innalzare la qualità della progettazione delle procedure di gara, con benefici diffusi per l'intero sistema dei contratti pubblici.

Da ultimo, la sentenza offre lo spunto per una riflessione più generale sul ruolo del Consiglio di Stato nella definizione dell'assetto interpretativo del nuovo Codice. La pronuncia dimostra come il giudice amministrativo di appello stia svolgendo, in questa fase di prima applicazione del d.lgs. 36/2023, una funzione che trascende la mera risoluzione delle controversie e assume i tratti di una vera e propria opera di costruzione sistematica^[111]. La chiarezza e la profondità delle motivazioni della sentenza n. 8786/2025 ne fanno un tassello essenziale di questa opera, destinato a orientare la giurisprudenza futura, la riflessione dottrinale e la prassi operativa delle stazioni appaltanti in una materia nella quale la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni costituiscono valori non meno importanti della legalità sostanziale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 6 della motivazione in diritto. Sul tema, in termini generali, si veda R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Bologna, Zanichelli, 2023, p. 287 ss.

[2] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punti 9-12 della motivazione in diritto. Per un inquadramento dogmatico della distinzione, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, il Mulino, 2022, p. 462 ss.

[3] Sul punto, ampiamente, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Roma, Dike, 2024, p. 1245 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 89 ss.

[4] Le soglie di rilevanza europea sono fissate, per il biennio 2024-2025, dal Regolamento delegato (UE) 2023/2495 della Commissione del 15 novembre 2023. Per i servizi, la soglia è pari a euro 221.000. Cfr. art. 14, comma 1, lett. b), d.lgs. 36/2023.

[5] Il ricorrente invocava l'applicazione dell'art. 18, comma 6, del d.lgs. 36/2023, che qualifica la violazione del termine dilatorio come vizio dell'aggiudicazione. Per una ricostruzione del regime sanzionatorio, si veda A. BARTOLINI, *L'inefficacia del contratto negli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 45 ss.

[6] La censura si fondava sull'art. 108, comma 4, del d.lgs. 36/2023, interpretato alla luce del principio del divieto di commistione elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 515 ss.

[7] Per un'analisi organica della disciplina dei contratti sottosoglia nel nuovo Codice, si vedano G. GRECO, *I contratti sottosoglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 312 ss.; S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2024, p. 189 ss.

[8] Sul ruolo delle soglie nel sistema eurounitario dei contratti pubblici, si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, III ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 112 ss.; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 98 ss.

[9] L'art. 48, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che «l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parte I, nonché nel rispetto del presente Libro e dell'Allegato II.1». Sul principio di risultato e la sua incidenza sul sottosoglia, si veda C. CONTESSA, *Il sottosoglia nel nuovo Codice: un microsystema in evoluzione*, in *Urb. e app.*, 2024, p. 158 ss.

[10] M. CLARICH, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 581 ss.; F.G. SCOCA, *Il principio del risultato: una rivoluzione copernicana?*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 1 ss. La natura del principio di risultato come criterio prioritario nell'esercizio della discrezionalità e nell'interpretazione delle norme del Codice è affermata espressamente dall'art. 1, comma 4, del d.lgs. 36/2023.

[11] Relazione illustrativa al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, sub art. 1, § 3.

[12] F. CINTIOLI, *L'Allegato II.1 e la disciplina procedurale del sottosoglia*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 348 ss.

[13] Corte giust. UE, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, punto 20; Corte giust. UE, 16 aprile 2015, C-278/14, Enterprise Focused Solutions, punto 16.

[14] G. GRECO, *Contratti sottosoglia e principi del Trattato: il diritto vivente della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, p. 456 ss.

[15] Sulla tensione tra semplificazione e garanzia nel sottosoglia, si veda M.P. CHITI, *Semplificazione e garanzia nei contratti pubblici sottosoglia: un equilibrio instabile*, in *Dir. amm.*, 2024, p. 178 ss.

[16] Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive

89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in GUUE L 335 del 20 dicembre 2007, p. 31 ss. Cfr. R. CARANTA, Remedies in EU Public Contract Law: The Procedural Turn, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 475 ss.

[17] Corte giust. CE, 28 ottobre 1999, C-81/98, Alcatel Austria, punto 35. Si veda S. TREUMER, The Discretionary Space of Member States in the Context of the Remedies Directive, in S. TREUMER – F. LICHÈRE (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2011, p. 167 ss.

[18] Considerando 4 della direttiva 2007/66/CE: «Tra le carenze che sono state constatate vi è in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipulazione del relativo contratto». Cfr. M. LIPARI, Il recepimento della direttiva ricorsi, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1125 ss.

[19] Art. 1, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificato dall'art. 1, par. 1, della direttiva 2007/66/CE.

[20] Sulla dimensione costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva in materia di contratti pubblici, si veda G.D. COMPORTI, Il principio di effettività della tutela nel diritto degli appalti, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 512 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 45 ss.

[21] Art. 18, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

[22] Il previgente art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016 prevedeva che la stipulazione del contratto in violazione del termine dilatorio determinasse l'annullabilità del contratto (secondo l'interpretazione consolidata). Il nuovo art. 18, comma 6, del d.lgs. 36/2023 qualifica espressamente la violazione come vizio dell'aggiudicazione, non del contratto. Cfr. E. FOLLIERI, Il contratto nel nuovo Codice degli appalti, in *Foro amm.*, 2024, p. 78 ss.

[23] Art. 18, comma 4, d.lgs. 36/2023. Per un commento analitico, si veda A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Milano, Giuffrè, 2024, p. 876 ss.

[24] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 6.2 della motivazione in diritto.

[25] *Ibidem*, punto 6.3.

[26] L'Allegato II.1, art. 1, comma 3, richiama, tra le disposizioni dell'art. 18, soltanto quelle relative alla forma e alle modalità di stipulazione. Cfr. F. CINTIOLI, L'Allegato II.1 e la disciplina procedurale del sottosoglia, cit., p. 355 ss.

[27] Sulla portata del principio ubi lex voluit dixit nell'interpretazione del Codice dei contratti pubblici, si veda F. CARINGELLA, L'interpretazione del diritto amministrativo, Napoli, ESI, 2023, p. 178 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 187 ss.

[28] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 6.3, ove il Collegio richiama l'art. 14 delle preleggi e il consolidato orientamento secondo cui le norme che limitano la capacità negoziale della pubblica amministrazione rivestono carattere eccezionale. In dottrina, si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 678 ss.

[29] Cfr. artt. 1 e 2 del d.lgs. 36/2023. Sul rapporto tra principio di risultato e principio di fiducia, si veda M. CLARICH, Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, cit., p. 585 ss.

[30] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 6.4.

[31] *Ibidem*, punto 6.4, ove il Collegio sviluppa un argomento a fortiori dal sistema delle deroghe previste dall'art. 18, comma 4.

[32] *Ibidem*, punto 6.5.

[33] Il Collegio richiama, segnatamente, la possibilità di ottenere la tutela cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a. e la tutela cautelare collegiale ai sensi dell'art. 55 c.p.a. Sulla tutela cautelare in materia di contratti pubblici, si veda F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 315 ss.

[34] Sulla tecnica degli Allegati nel nuovo Codice dei contratti pubblici, si vedano le osservazioni del Consiglio di Stato, parere n. 411 del 7 dicembre 2022, reso sullo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici, punti 15-18.

[35] Art. 1, comma 3, della legge 21 giugno 2022, n. 78 (legge delega). Cfr. B.G. MATTARELLA, La struttura del nuovo Codice dei contratti pubblici, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 456 ss.

[36] Relazione illustrativa al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Premessa, § 5.

[37] G. FIDONE, Il contratto pubblico nel nuovo Codice: profili comparatistici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 423 ss.

[38] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 6.3 della motivazione. Per il testo dell'Allegato II.1, si veda l'art. 1, comma 3, che richiama le disposizioni dell'art. 18 nei limiti ivi indicati.

[39] In tal senso, G. GRECO, I contratti sottosoglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici, cit., p. 328.

[40] Sul dibattito relativo alla natura giuridica delle Linee guida ANAC, si vedano, ex multis, M. CLARICH, Le linee guida dell'ANAC: natura giuridica e funzione, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 979 ss.; N. LONGOBARDI, Le linee guida dell'ANAC: un istituto in cerca di identità, in *Dir. amm.*, 2018, p. 345 ss.; Cons. Stato, parere n. 855 del 1° aprile 2016.

[41] Sulla natura giuridica degli Allegati al Codice, si veda il parere del Consiglio di Stato n. 411/2022, cit., punto 16, ove si afferma che «gli allegati adottati contestualmente al decreto legislativo hanno natura di fonte primaria» e che «la loro successiva modificazione mediante regolamento governativo è consentita dalla legge delega come meccanismo di delegificazione».

[42] F. CINTIOLI, L'Allegato II.1 e la disciplina procedurale del sottosoglia, cit., p. 360.

[43] In questo senso, M. CLARICH, Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 593.

[44] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 12 gennaio 2021, n. 89; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 3 marzo 2020, n. 987; TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 15 luglio 2020, n. 923.

[45] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 12 gennaio 2021, n. 89, punto 4 della motivazione in diritto

[46] TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 3 marzo 2020, n. 987; TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 15 luglio 2020, n. 923. Per un'analisi di questo orientamento, si veda P. CERBO, Lo stand still nel sottosoglia: la tutela giurisdizionale come diritto irrinunciabile, in *Foro amm.*, 2021, p. 1245 ss.

[47] Cons. Stato, Sez. III, 15 giugno 2020, n. 3798, punto 8.2 della motivazione. In senso analogo, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 febbraio 2019, n. 1678.

[48] E. FOLLIERI, Effettività della tutela e contratti sottosoglia, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 876 ss.; G.D. COMPORTI, Il principio di effettività della tutela nel diritto degli appalti, cit., p. 520 ss.

[49] E. FOLLIERI, Effettività della tutela e contratti sottosoglia, cit., p. 890.

[50] M. CLARICH, La semplificazione nel sottosoglia: limiti e prospettive, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 345 ss.; R. DE NICTOLIS, Appalti sottosoglia e garanzie procedurali: un equilibrio difficile, in *Foro amm.*, 2020, p. 765 ss.

[51] M. CLARICH, La semplificazione nel sottosoglia, cit., p. 352.

[52] La sentenza è già stata richiamata da Cons. Stato, Sez. III, ord. 18 dicembre 2025, n. 10342, come precedente di riferimento in materia.

[53] Corte giust. UE, 13 marzo 2007, C-432/05, Unibet, punto 43; Corte giust. UE, 5 giugno 2014, C-398/12, M., punto 39.

[54] Corte giust. UE, 16 dicembre 1976, 33/76, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral, punto 5; Corte giust. UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, Peterbroeck, punto 12. In dottrina, si veda P. CRAIG, *EU Administrative Law*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 678 ss.

[55] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 7.1 della motivazione.

[56] Ibidem, punto 7.2.

[57] Corte giust. UE, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, cit.; Corte giust. UE, 6 ottobre 2015, C-61/14, Orizzonte Salute, punti 48-52.

[58] Corte giust. UE, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, punti 20-22. Cfr. S. TREUMER, Towards an Obligation to Terminate Illegally Concluded Contracts Below the Thresholds?, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2012, p. 205 ss.

[59] Corte giust. UE, 6 ottobre 2015, C-61/14, Orizzonte Salute, punto 50. Cfr. Corte giust. UE, 14 settembre 2017, C-177/16, Autostrada Wielkopolska, punto 44.

[60] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 7.3.

[61] Ibidem, punto 9.1. Sulla bipartizione tra fase pubblicistica e fase privatistica nel diritto degli appalti, si veda, per tutti, M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, III ed., vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 396 ss.

[62] Il riferimento è alla nota tesi di M.S. GIANNINI, Lezioni di diritto amministrativo, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 365, sulla distinzione tra «evidenza pubblica» e rapporto negoziale. Per una ricostruzione aggiornata, si veda S. VINTI, L'evidenza pubblica rivisitata: dalla procedura alla regolazione, in Dir. amm., 2023, p. 612 ss.

[63] Art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo). Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

[64] Art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19.

[65] Sulla «natura bifronte» del requisito tecnico, si veda F. CINTIOLI, L'offerta economicamente più vantaggiosa e la zona grigia tra valutazione e esecuzione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2019, p. 543 ss.; G. GRECO, La commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione: limiti e criticità, in Dir. proc. amm., 2020, p. 678 ss.

[66] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 10.1 della motivazione

[67] Ibidem, punti 10.2-10.5, ove il Collegio fornisce una casistica esemplificativa di immediata utilità operativa.

[68] Sul dibattito relativo alla natura giuridica dell'offerta nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, si vedano A. MASSERA, L'offerta come atto del procedimento: una rilettura, in Dir. amm., 2019, p. 234 ss.; F.G. SCOCA, Diritto amministrativo, VI ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 445 ss.; V. CERULLI IRELLI, Lineamenti di diritto amministrativo, VII ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 512 ss.

[69] Sulla dimensione negoziale dell'offerta, si veda C.M. BIANCA, Diritto civile, vol. III, Il contratto, III ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 234 ss., con riferimento alla proposta contrattuale.

[70] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 10.3.

[71] Art. 15 del d.lgs. 36/2023 (Responsabile Unico del Progetto). Per un commento, si veda R. DE NICTOLIS, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, cit., p. 178 ss.

[72] Art. 108, commi 4 e 5, d.lgs. 36/2023.

[73] Sul requisito della connessione con l'oggetto dell'appalto, si veda Corte giust. UE, 17 settembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, punto 59; Corte giust. UE, 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione c. Paesi Bassi, punto 86.

[74] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 11.1.

[75] Corte giust. CE, 24 gennaio 2008, C-532/06, Lianakis e a. c. Dimos Alexandroupolis. Per un commento, si veda S. ARROWSMITH, The Law of Public and Utilities Procurement, III ed., London, Sweet & Maxwell, 2014, p. 765 ss.

[76] Corte giust. CE, 24 gennaio 2008, C-532/06, Lianakis, punto 30.

[77] Corte giust. UE, 26 marzo 2015, C-601/13, *Ambisig*, punto 34.

[78] Corte giust. UE, 14 luglio 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services*, punto 85. Cfr. P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, cit., p. 512 ss.

[79] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 11.4.

[80] La formula dell'«attitudine differenziante» si trovava già, in nuce, in Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2020, n. 2721, e Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2021, n. 5734.

[81] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 11.5.

[82] S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 423 ss.; R. DE NICTOLIS, *La struttura della lex specialis nel nuovo Codice*, in *Foro amm.*, 2024, p. 256 ss.

[83] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 12.1.

[84] *Ibidem*, punto 12.2. Il Collegio richiama, sul punto, M. RAMAJOLI, *Il divieto di commistione: origini, evoluzione, prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 421 ss.

[85] *Ibidem*, punto 12.3.

[86] Sul punto, si vedano le Linee guida ANAC sulla redazione dei documenti di gara, approvate con delibera n. 218 del 14 marzo 2024, paragrafo 5.3, ove si raccomanda «una chiara separazione tra criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione, al fine di assicurare la trasparenza della procedura e la prevedibilità dell'esito della valutazione».

[87] In tal senso, A. MASSERA, *Requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione: la difficile separazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 567 ss.

[88] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 13.1. In termini, Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2021, n. 2460.

[89] Sul sindacato dell'eccesso di potere per irragionevolezza dei criteri di aggiudicazione, si veda F.G. SCOCA, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1 ss.

[90] Cons. Stato, Ad. Plen., 27 novembre 2019, n. 8, sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica

[91] La distinzione tra sindacato sul criterio e sindacato sulla valutazione è stata tracciata con chiarezza da Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 298, ove il Collegio ha affermato che «il giudice amministrativo, pur non potendo sostituire il proprio apprezzamento a quello della commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte, può e deve verificare la legittimità del criterio di valutazione alla stregua dei principi generali dell'ordinamento, della normativa di settore e della lex specialis, con un sindacato pieno che non incontra i limiti propri della discrezionalità tecnica». In dottrina, la distinzione è stata approfondita da M. RAMAJOLI, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: nuovi approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 534 ss., la quale osserva che «il sindacato sul presupposto della valutazione — ossia sulla legittimità del parametro alla luce del quale la valutazione viene condotta — è un sindacato di legalità in senso stretto, che non implica alcuna sostituzione dell'apprezzamento del giudice a quello dell'amministrazione, ma si limita a verificare che l'amministrazione abbia operato entro i confini della norma attributiva del potere». In senso conforme, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle commissioni di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 412 ss.; A. POLICE, *Il sindacato di legittimità sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 289 ss.

[92] Art. 120, comma 5, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.), come modificato dall'art. 209 del d.lgs. 36/2023. Il termine per l'impugnazione del bando di gara decorre dalla pubblicazione dell'atto, mentre il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione decorre dalla comunicazione individuale dello stesso ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. 36/2023. Per una ricostruzione organica del regime dell'impugnazione degli atti di gara, si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 354 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il rito appalti nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2023, p. 1456 ss. In giurisprudenza, sulle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando, si vedano Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, cit.; Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2019, n. 4002; Cons. Stato, Sez. V, 30

settembre 2020, n. 5743, che ha precisato come l'onere di impugnazione immediata gravi sul ricorrente soltanto in presenza di clausole «escludenti in senso proprio, ovvero tali da impedire la stessa partecipazione alla procedura, o da rendere l'offerta del tutto indeterminabile nei suoi contenuti essenziali».

[93] Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 16 della motivazione in diritto, ove l'Adunanza Plenaria ha enucleato una tassonomia delle clausole immediatamente lesive che ha costituito il riferimento obbligato della successiva giurisprudenza. L'Adunanza Plenaria ha individuato tre categorie di clausole da impugnarsi immediatamente: le clausole che impediscono la partecipazione alla gara; le clausole che impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura; le clausole che rendono la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile. Al di fuori di tali categorie, la clausola illegittima può essere impugnata unitamente all'atto applicativo — ossia, di regola, il provvedimento di aggiudicazione — senza che l'omessa impugnazione immediata del bando determini l'inammissibilità del ricorso per acquiescenza. In dottrina, si veda F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 225 ss.; M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 345 ss. Per un'analisi critica della pronuncia dell'Adunanza Plenaria e delle sue implicazioni, si vedano, altresì, R. DE NICTOLIS, *Impugnazione immediata del bando e clausole escludenti: un tentativo di sistemazione*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1678 ss.; A. BARTOLINI, *L'onere di impugnazione immediata dopo l'Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 567 ss.

[94] In tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066, il quale ha affermato che «la clausola del bando che preveda un criterio di valutazione viziato da commistione tra elementi di valutazione e condizioni di esecuzione non è, di regola, immediatamente escludente, in quanto non preclude la partecipazione alla procedura né rende impossibile la formulazione dell'offerta, ma altera le condizioni del confronto concorrenziale con un effetto lesivo che si concretizza soltanto al momento dell'aggiudicazione in favore di altro concorrente». L'orientamento è stato confermato da Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378, e da Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2021, n. 3089. In dottrina, si veda M. LIPARI, *Il regime di impugnazione delle clausole del bando*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 789 ss., il quale osserva che «la distinzione tra clausole immediatamente lesive e clausole non immediatamente lesive non può essere operata in astratto, ma richiede un esame concreto dell'incidenza della clausola sulla sfera giuridica del ricorrente, alla luce del contenuto complessivo della lex specialis e delle caratteristiche della procedura di gara».

[95] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 13.4 della motivazione in diritto. Il Collegio precisa che l'annullamento della clausola che preveda un criterio di valutazione illegittimo opera come causa di invalidità derivata dall'aggiudicazione, in applicazione del principio generale secondo cui l'illegittimità dell'atto presupposto si comunica all'atto consequenziale che ne costituisca applicazione. Sul regime dell'invalidità derivata nel diritto amministrativo, si veda V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 489 ss.; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 567 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, sui presupposti dell'invalidità derivata ad effetto caducante e ad effetto viziante. Merita di essere rilevato che la sentenza in esame non affronta espressamente la questione dell'incidenza dell'annullamento dei criteri di valutazione sull'efficacia del contratto eventualmente già stipulato, limitandosi a statuire sull'annullamento dell'aggiudicazione. Tuttavia, in applicazione dei principi generali desumibili dall'art. 122 c.p.a. e dall'art. 18, commi 5 e 6, del d.lgs. 36/2023, l'annullamento dell'aggiudicazione implica la possibilità, per il giudice, di dichiarare l'inefficacia del contratto — totale o parziale, ex tunc o ex nunc — in ragione della gravità della violazione e della natura degli interessi coinvolti, secondo il canone del bilanciamento elaborato dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14) e della Corte di Giustizia (Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-355/15, Technische Gebäudebetreuung e Caverion Österreich, punto 37).

[96] Relazione illustrativa al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, sub art. 2, § 1, ove si legge che «il principio della fiducia è l'altra faccia del principio del risultato. Se l'obiettivo è il risultato, occorre che chi è deputato a perseguirlo sia messo nelle condizioni di operare con la necessaria serenità, nella consapevolezza che il proprio operato, quando ragionevole e ispirato alla buona fede, non sarà censurato con il senno di poi». La formulazione è particolarmente significativa, in quanto svela il legame funzionale tra i due principi-guida del Codice: il risultato è il fine, la fiducia è la condizione operativa che ne rende possibile il perseguimento. Cfr. M. CLARICH, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 587; F. CARINGELLA, *Il principio di fiducia nel nuovo Codice degli appalti: contenuti, limiti, prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 45 ss.; G. MONTEDORO, *Fiducia e responsabilità nel diritto degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, p. 312 ss.

[97] Art. 2, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Si noti che la formulazione normativa fa riferimento alla «reciproca fiducia», con ciò evidenziando che il principio opera in senso bidirezionale: non solo l'ordinamento accorda fiducia al funzionario pubblico, ma anche l'operatore economico può legittimamente fare affidamento sulla

correttezza e coerenza dell'azione amministrativa. Per un'analisi della bidirezionalità del principio, si veda B.G. MATTARELLA, *La fiducia come principio del diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2024, p. 123 ss.

[98] Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786, punto 14.2 della motivazione in diritto. Il Collegio precisa che «il principio di fiducia non può essere invocato a copertura di scelte manifestamente irragionevoli o in contrasto con le norme imperative dell'ordinamento: la fiducia presuppone la ragionevolezza dell'agire amministrativo e viene meno ove tale ragionevolezza faccia difetto». Si tratta di una precisazione di grande rilievo sistematico, che contribuisce a definire i limiti del principio di fiducia e a prevenire il rischio — segnalato dalla dottrina più attenta — di una sua utilizzazione come scudo per prassi amministrative illegittime. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Il principio di fiducia: un'analisi critica*, in Dir. amm., 2024, p. 567 ss.; F.G. SCOCA, *Il principio del risultato: una rivoluzione copernicana?*, cit., p. 15, il quale osserva che «il principio di risultato e il principio di fiducia non possono essere interpretati come autorizzazioni alla deroga sistematica delle regole, ma come criteri di orientamento nell'esercizio della discrezionalità, che operano all'interno — e non al di fuori — del quadro di legalità».

[99] Art. 15 del d.lgs. 36/2023. La norma configura il Responsabile Unico del Progetto come il «dominus» della procedura di affidamento, attribuendogli competenze che spaziano dalla programmazione dell'acquisto alla verifica dell'esecuzione del contratto, passando per la definizione della strategia di gara, la predisposizione dei documenti di gara e la verifica dei requisiti di partecipazione. In dottrina, si veda M.A. SANDULLI, *Il RUP nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 156 ss.; S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 134 ss. Per un'analisi delle responsabilità del RUP alla luce del principio di fiducia, si veda G. MONTEDORO, *Fiducia e responsabilità nel diritto degli appalti pubblici*, cit., p. 318 ss., il quale osserva che «il principio di fiducia ridisegna il quadro della responsabilità del RUP, escludendo che l'eventuale annullamento giurisdizionale degli atti di gara possa, di per sé, fondare una responsabilità erariale, in assenza di profili di dolo». L'art. 2, comma 3, del d.lgs. 36/2023 sancisce espressamente che «per i funzionari pubblici la responsabilità per colpa grave è limitata ai casi di violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché ai casi di omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normativamente previste» e che «nell'ambito delle cause di esclusione della colpa grave rientrano, in ogni caso, l'aver agito sulla base di un parere dell'organo consultivo competente e l'aver seguito un indirizzo giurisprudenziale prevalente o consolidato». Tale disposizione, letta in combinato disposto con il principio di fiducia, configura un regime di responsabilità erariale significativamente più favorevole al funzionario pubblico rispetto a quello risultante dal previgente art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

[100] Si vedano i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali richiamati supra, note 45-52. In particolare, il contenzioso relativo all'applicabilità dello stand still ai contratti sottosoglia sotto il vigore del d.lgs. 50/2016 aveva dato luogo a pronunce contrastanti che avevano generato una situazione di incertezza normativa particolarmente dannosa per le stazioni appaltanti, costrette a scegliere tra l'applicazione cautelativa del termine dilatorio — con il rischio di rallentare inutilmente la procedura — e la sua disapplicazione — con il rischio di vedersi annullare l'aggiudicazione in sede giurisdizionale. Cfr. M. CLARICH, *La semplificazione nel sottosoglia*, cit., p. 349, il quale descrive la situazione come un «dilemma del funzionario», paradigmatico delle disfunzioni generate dall'incertezza normativa nel settore dei contratti pubblici.

[101] M. CLARICH, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni*, cit., p. 593, ove l'Autore osserva che «il nuovo Codice, pur non risolvendo tutte le questioni interpretative che l'esperienza applicativa inevitabilmente solleverà, ha il merito di fornire una base normativa più definita e sistematica rispetto al previgente d.lgs. 50/2016, contribuendo a quella certezza del diritto che costituisce un valore essenziale per il buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici». In senso analogo, G. GRECO, *I contratti sottosoglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 335, il quale rileva che «l'Allegato II.1 svolge una funzione di chiarificazione e razionalizzazione della disciplina del sottosoglia che non trova precedenti nel sistema previgente».

[102] Sul tema della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici nel nuovo Codice, si veda G. FIDONE, *La stabilizzazione dei rapporti giuridici nel d.lgs. 36/2023*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2024, p. 456 ss. L'Autore individua una pluralità di istituti che concorrono a definire un «quadro di stabilizzazione» dei rapporti giuridici nel settore dei contratti pubblici: la riduzione dei termini per l'annullamento d'ufficio (art. 21-nonies della l. 241/1990, come richiamato dall'art. 18 del Codice, che limita il potere di autotutela a dodici mesi dall'adozione del provvedimento); la limitazione delle ipotesi di dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 122 c.p.a., come modificato); la previsione di un regime sanzionatorio attenuato per la violazione del termine dilatorio (art. 18, comma 6, del Codice); la configurazione del principio di conservazione degli effetti giuridici come criterio guida nell'esercizio del potere giurisdizionale di dichiarazione dell'inefficacia del contratto. Cfr. F. FRACCHIA, *Certezza del diritto e contratti pubblici*, in Foro amm., 2024, p. 789 ss.

[103] Per la giurisprudenza formatasi sotto il d.lgs. 163/2006, si veda Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178.

ove il Collegio ha censurato la commistione tra criteri di valutazione e requisiti soggettivi di partecipazione nell'ambito di una gara per l'affidamento di servizi di ingegneria; Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5196, che ha affermato il principio secondo cui «il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione non preclude la valutazione di elementi soggettivi che abbiano una ricaduta diretta e immediata sulla qualità dell'offerta, purché tali elementi siano apprezzati non in sé, ma in funzione della loro incidenza sulla prestazione oggetto dell'appalto». Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, III ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 456, il quale offre una ricostruzione diacronica del principio del divieto di commistione, evidenziandone la continuità dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Lianakis, Ambisig, Connexion Taxi Services) alla giurisprudenza nazionale e rilevando come il nuovo Codice, pur non contenendo una norma esplicita che vieti la commistione, ne presupponga l'operatività attraverso la separazione sistematica tra le disposizioni relative ai requisiti di partecipazione (artt. 94-102), quelle relative ai criteri di aggiudicazione (artt. 108-110) e quelle relative alle condizioni di esecuzione (artt. 113-126).

[104] F. CINTIOLI, *Tutela giurisdizionale e contratti sottosoglia: il nodo irrisolto*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2025, p. 678 ss. L'Autore, pur riconoscendo la correttezza dell'interpretazione del diritto vigente offerta dal Consiglio di Stato, esprime perplessità sul piano della politica del diritto, osservando che «il gap di tutela che si apre nel sottosoglia per effetto dell'inapplicabilità dello stand still non è compensato in modo soddisfacente dalla disponibilità degli strumenti cautelari generali, la cui effettività è condizionata, nella prassi, da variabili — i tempi di fissazione delle udienze camerali, la sensibilità del singolo giudice, la complessità dell'istruttoria cautelare — che sfuggono al controllo del ricorrente e che possono determinare, in concreto, l'impossibilità di ottenere una tutela ante stipulam». In senso analogo, E. FOLLIERI, *Per un termine dilatorio modulato nel sottosoglia*, in Dir. proc. amm., 2025, p. 912 ss., il quale propone l'introduzione di un termine dilatorio ridotto. Per una prospettiva diversa, che valorizza l'adeguatezza degli strumenti cautelari esistenti, si veda R. DE NICTOLIS, *Stand still e contratti sottosoglia: una scelta di sistema*, in Foro amm., 2025, p. 456 ss.

[105] Sulla tutela cautelare monocratica in materia di contratti pubblici, si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 289 ss., il quale osserva che «la misura cautelare monocratica, pur costituendo uno strumento potenzialmente efficace per impedire la stipulazione del contratto, è subordinata alla sussistenza di presupposti particolarmente stringenti — l'estrema gravità e urgenza — che il giudice è chiamato a valutare con particolare rigore, stante il carattere eccezionale del provvedimento e la compressione del contraddittorio che esso determina». In giurisprudenza, sulla difficoltà di ottenere misure cautelari monocratiche in materia di appalti, si veda TAR Lombardia, Milano, decreto presidenziale 5 marzo 2021, n. 341, che ha negato la misura monocratica ritenendo insussistente il requisito dell'estrema gravità e urgenza in un caso in cui la stipulazione del contratto era stata programmata a distanza di soli dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 318 ss.; B. SASSANI, *Il processo cautelare amministrativo*, in Riv. dir. proc., 2020, p. 567 ss.

[106] G. GRECO, *La commistione tra criteri di valutazione e condizioni di esecuzione: limiti e criticità*, in Dir. proc. amm., 2020, p. 690, il quale parla efficacemente di «elementi a doppia natura» che «resistono a ogni tentativo di classificazione rigida e impongono un approccio casistico, nel quale il giudice è chiamato a valutare la prevalente funzione dell'elemento alla luce del contenuto complessivo della lex specialis». L'Autore osserva che «l'impossibilità di tracciare una linea di confine netta tra valutazione e esecuzione è il riflesso di una realtà economica nella quale la qualità di un servizio o di una fornitura non si apprezza in astratto, ma si misura nella concretezza delle modalità esecutive: il modo in cui un servizio viene erogato è, al tempo stesso, un indicatore della sua qualità e un contenuto dell'obbligazione contrattuale». In senso analogo, F. CINTIOLI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e la zona grigia tra valutazione e esecuzione*, cit., p. 556 ss. Per una proposta di sistematizzazione dei criteri discretivi, si veda A. MASSERA, *Requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione: la difficile separazione*, in Giorn. dir. amm., 2019, p. 567 ss., il quale suggerisce un «test trifasico» fondato sulla verifica cumulativa di tre condizioni: che l'elemento abbia un contenuto innovativo rispetto agli standard minimi del capitolato; che esso sia suscettibile di graduazione in ragione della qualità delle soluzioni proposte dai diversi concorrenti; che la commissione giudicatrice possa apprezzarne il valore differenziale senza necessità di verifiche ex post in fase esecutiva.

[107] Tale proposta è stata formulata, in termini analoghi, da E. FOLLIERI, *Per un termine dilatorio modulato nel sottosoglia*, in Dir. proc. amm., 2025, p. 912 ss., il quale suggerisce l'introduzione, nell'Allegato II.1, di una disposizione che preveda un termine dilatorio di quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione per le procedure negoziate di valore compreso tra 140.000 euro (per i lavori) o 40.000 euro (per i servizi e le forniture) e la soglia comunitaria. La proposta è corredata da un'analisi comparatistica che dimostra come la previsione di un termine dilatorio ridotto per il sottosoglia sia compatibile con le esigenze di celerità e proporzionalità che informano

tale segmento. In senso favorevole all'introduzione di un termine dilatorio modulato, si veda altresì F. CINTIOLI, *Tutela giurisdizionale e contratti sottosoglia*, cit., p. 695 ss. Per una posizione più cauta, che sottolinea i rischi di un eccessivo appesantimento procedurale, si veda R. DE NICTOLIS, *Stand still e contratti sottosoglia: una scelta di sistema*, cit., p. 470, la quale osserva che «l'introduzione di un termine dilatorio anche per il sottosoglia rischia di vanificare gli obiettivi di semplificazione perseguiti dal legislatore del 2023 e di generare un contenzioso strumentale orientato a paralizzare le procedure di affidamento di minore valore, con conseguenze negative sull'efficienza dell'azione amministrativa e sulla tempestiva soddisfazione dell'interesse pubblico».

[108] § 134 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), nella versione modificata dalla Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergModV) del 18 aprile 2016. La norma stabilisce, al comma 1, che «der Auftraggeber darf einen Vertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach Absatz 1 schließen» e, al comma 2, che il termine è ridotto a dieci giorni in caso di comunicazione elettronica. Per un'analisi della disciplina tedesca, si veda M. BURGI, *Vergaberecht*, III ed., München, C.H. Beck, 2022, § 21, Rn. 12 ss.; S. TREUMER, *Towards an Obligation to Terminate Illegally Concluded Contracts Below the Thresholds?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, p. 205 ss., il quale analizza la giurisprudenza dei Vergabekammern e della Vergabesenate che ha progressivamente esteso, attraverso un'interpretazione teleologica del § 134 GWB e del principio di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19, comma 4, del Grundgesetz, l'applicazione di un periodo di attesa anche a talune procedure sottosoglia caratterizzate da un interesse transfrontaliero certo. Cfr. M. TRYBUS – R. CARANTA – G. EDELSTAM (eds.), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Brussels, Bruylant, 2014, p. 345 ss.; W. MÖSCHEL, *Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte: Stand und Perspektiven*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2019, p. 1123

[109] Art. L. 551-1 del Code de justice administrative, che attribuisce al juge des référés précontractuels il potere di sospendere la procedura di passation e di annullare le decisioni illegittime della stazione appaltante prima della stipulazione del contratto. Per i contratti sottosoglia, il diritto francese non prevede un termine dilatorio specifico, ma l'art. R. 2182-1 del Code de la commande publique impone all'acheteur pubblico l'obbligo di informare senza ritardo i candidati non ammessi e gli offerenti non selezionati delle motivazioni della decisione, con ciò creando, nella prassi, un intervallo temporale che opera come equivalente funzionale dello stand still. La giurisprudenza del Conseil d'État ha ulteriormente rafforzato tale obbligo, affermando che l'omessa notificazione della decisione di rejet al candidato escluso rende illegittima la stipulazione del contratto, indipendentemente dal valore dell'appalto: CE, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n. 358994 (per il contenzioso contrattuale in generale); CE, 28 novembre 2018, Société Polyclinique de l'Atlantique, n. 420040. Cfr. F. LICHÈRE, *Le droit des contrats publics en France*, IV ed., Paris, Dalloz, 2023, p. 456 ss.; L. RICHER – F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, XII ed., Paris, LGDJ, 2022, p. 512 ss.

[110] Le Linee guida ANAC sulla redazione dei documenti di gara, approvate con delibera n. 218 del 14 marzo 2024, già contengono, al paragrafo 5.3, indicazioni sulla necessità di «una chiara separazione tra criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione, al fine di assicurare la trasparenza della procedura e la prevedibilità dell'esito della valutazione». Tuttavia, tali indicazioni hanno un carattere generale che potrebbe essere utilmente integrato — alla luce della pronuncia in commento — con una casistica esemplificativa che illustri, con riferimento alle diverse tipologie di appalto (lavori, servizi, forniture), quali elementi dell'offerta tecnica possiedono attitudine differenziante e possono legittimamente costituire criterio di valutazione, e quali, per converso, attengono alla fase esecutiva e devono essere collocati nel capitolato speciale come condizioni di esecuzione. In dottrina, sulla funzione delle linee guida ANAC nel nuovo Codice — che, a differenza del previgente d.lgs. 50/2016, non affida più all'ANAC il potere di adottare linee guida vincolanti, ma conserva in capo all'Autorità un ruolo di soft guidance — si veda R. DE NICTOLIS, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.*, 2024, p. 123 ss.; F. FRACCHIA, *L'ANAC dopo la riforma: da regolatore a persuasore*, in *Dir. amm.*, 2024, p. 345 ss.

[111] Sul ruolo «nomofilattico» del Consiglio di Stato nella fase di prima applicazione del nuovo Codice, si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 123 ss., il quale osserva che «il Consiglio di Stato, nella sua funzione di giudice di appello, svolge un ruolo di orientamento e razionalizzazione della giurisprudenza amministrativa che assume particolare rilievo nelle fasi di transizione normativa, nelle quali la novità della legislazione e l'assenza di precedenti consolidati rendono necessaria un'opera di costruzione sistematica che va ben oltre la mera risoluzione delle singole controversie». Si pensi, ad esempio, a Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2025, n. 2156, sul principio di risultato come criterio ermeneutico nell'interpretazione delle clausole ambigue della lex specialis; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 maggio 2025, n. 7, sul principio della fiducia e i limiti del potere di autotutela della stazione appaltante in fase di esecuzione; Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2025, n. 5987, sul regime degli affidamenti diretti e il principio di rotazione. L'insieme di queste pronunce — alle quali la sentenza n. 8786/2025 si aggiunge come tassello di primaria importanza — sta progressivamente delineando un «diritto

vivente» del nuovo Codice che, pur non sostituendosi alla volontà del legislatore, ne integra e completa il disegno normativo con una ricchezza di soluzioni che soltanto la concretezza del contenzioso e la riflessione del giudice possono offrire. Sul punto, merita di essere richiamata l'efficace osservazione di M. CLARICH, Il ruolo del giudice nella costruzione del diritto dei contratti pubblici, in Riv. trim. dir. pubbl., 2025, p. 1 ss., secondo il quale «il diritto dei contratti pubblici è, nella sua essenza, un diritto giurisprudenziale, nel quale le norme del legislatore — per quanto analitiche e dettagliate — richiedono l'intermediazione del giudice per acquisire un contenuto operativo, e nel quale la sentenza non è soltanto l'atto conclusivo di un processo, ma il mezzo attraverso il quale il sistema normativo si adatta alla realtà e la realtà si conforma al sistema normativo».

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=11682>