

Riflessioni a prima lettura sul nuovo codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle novità in tema di criteri di selezione, di aggiudicazione e di autotutela

Parte III

a cura di *Francesco Armenante*

1.1. I criteri di selezione delle offerte

Definito il ventaglio dei concorrenti ammessi, si apre la fase di comparazione delle offerte, alla stregua del criterio individuato nella *lex specialis*, ad opera del Seggio di gara, la cui composizione deve essere collegiale in caso di valutazioni discrezionali.

Per l'individuazione dell'offerta migliore, l'art. 95 del Codice ribadisce l'utilizzabilità di due criteri: quello (meccanico) del prezzo più basso e quello (connotato da discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, a differenza del precedente Codice, la scelta di uno dei predetti criteri non è più rimessa ad una valutazione discrezionale ed insindacabile della stazione appaltante, ma viene predefinito, in termini di priorità, direttamente dal legislatore¹.

Mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è di generale applicazione, risulta residuale l'altro criterio c.d. meccanico.

Quest'ultimo, infatti, può riguardare esclusivamente le ipotesi contemplate dal comma 4 del predetto articolo ed in particolare:

a) i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;

b) i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui

¹ Tale scelta legislativa è espressamente contemplata dall'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, in base al quale: "... ***le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96***".

condizioni sono definite dal mercato²;

c) i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività³, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Diversamente, sono sempre definiti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3):

- i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera (come definiti all'articolo 50, comma 2, del Codice);

- i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

A ribadire l'eccezionalità del criterio "meccanico", si impone l'esternazione, in sede di determina a contrarre, della motivazione a supporto di tale scelta.

Il comma 6, nel premettere che i criteri di selezione devono essere predefiniti in sede di atti indittivi della gara (risultando illegittima qualsiasi determinazione postuma), onde evitare improprie alterazioni della *par condicio* dei concorrenti, e nell'evidenziare che i fattori di ponderazione e

² I servizi e le forniture "con caratteristiche standardizzate" evidenziano caratteristiche già definite dal produttore (con riferimento alla prassi produttiva) e non modificabili su richiesta della PA, ovvero rispondenti a determinate norme nazionali, europee o internazionali.

I servizi e le forniture "le cui condizioni sono definite dal mercato" sono offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di reperire condizioni diverse nel mercato di riferimento.

³ I servizi e le forniture caratterizzati da "elevata ripetitività" soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti,

di apprezzamento devono essere pertinenti con la tipologia di contratto da affidare, enuclea una serie di criteri ai quali la stazione appaltante può ispirarsi⁴.

Tra gli altri, merita di essere richiamata la lett. e), concernente la possibilità di valutare *“l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto”*.

Alla luce di tale previsione normativa, deve ritenersi tendenzialmente

richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

⁴ In particolare, ai fini dell’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa vengono indicati, in maniera esemplificativa, i seguenti criteri:

- a) qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni);
- b) possesso di un marchio di qualità ecologica dell’Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto;
- c) costo di utilizzazione e manutenzione, «avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all’intero ciclo di vita dell’opera, bene o servizio, con l’obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un’economia circolare che promuova ambiente e occupazione»;
- d) compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell’azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all’uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;
- e) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto;
- f) servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- g) condizioni di consegna o di esecuzione del servizio.

I criteri di valutazione tengono anche conto dei criteri ambientali minimi adottati (CAM) con decreto del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l’attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM.

superato il divieto di commistione tra requisiti storici dell'impresa e criteri di selezione dell'offerta.

La consolidata giurisprudenza, infatti, poneva una netta separazione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tant'è vero che, anche di recente, il Consiglio di Stato ha ritenuto: “... *illegittimo l'operato della Stazione appaltante, nell'individuazione dei criteri e conseguenti punteggi da attribuire alle offerte, in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui abbia finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in violazione, dunque, della normativa comunitaria e nazionale, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta*”⁵.

Tuttavia, la più accorta giurisprudenza, se da un lato confermava il citato divieto di commistione, dall'altro evidenziava come la soluzione alla questione “... *non può essere elaborata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando l'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda*”⁶.

In particolare, si sottolineava come solo i riferimenti all'impresa, e non quelli all'esperienza di singoli dipendenti o del team di lavoro, fossero

⁵ Sez. III, 27/09/2016, n. 3970. Sul divieto di commistione, si veda, ancora, Cons. Stato, sez. V, 11/10/2016 n. 4184.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 20/08/2013, n. 4191.

in contrasto con il suindicato principio⁷.

Tale approccio sembra condiviso dal nuovo Codice che, alla citata lett. e), contempla fra i criteri di selezione proprio l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale **effettivamente** utilizzato nell'appalto (qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto). In altri termini, la possibilità di valutare i requisiti soggettivi di partecipazione, anche ai fini della individuazione dell'offerta più vantaggiosa, necessita dei temperamenti; *inter alia*, le componenti dell'impresa che possono essere oggetto di valutazione devono essere strettamente funzionali per la prestazione richiesta.

Tale indirizzo è stato ribadito anche nelle Linee Guida ANAC n. 2, delibera del 21 settembre 2016, pubblicata in data 11 ottobre 2016, rese in tema di offerta economicamente più vantaggiosa⁸.

⁷ Nel dettaglio, con la citata statuizione si è stabilito che: <<... *il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione per così dire "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità ed in relazione all'art. 83 del Codice dei contratti che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (come, esemplificativamente, nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere" e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica*>>.

⁸ Dal canto suo, il Cons. Stato, Comm. Spec., in data 2 agosto 2016, n. 1767, in sede di parere sulle linee guida del Codice dei contratti concernenti il Rup, **l'offerta economicamente più vantaggiosa** e i servizi di architettura ed ingegneria, aveva già segnalato: "... *i rischi insiti nella prevista commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione delle offerte, ulteriormente aggravati dalla richiesta che sia «in ogni caso prevista» nel bando «una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, non superando la quale il concorrente non potrà accedere alla fase di valutazione dell'offerta economica» (capoverso 1.6, punto 1)). Deve ancora rilevarsi che*

Pertanto, se, ai fini dell'ammissione, viene predefinita una capacità organizzativa e aziendale, la stessa non può essere oggetto di attribuzioni di un punteggio, salvo la possibilità di valutare la parte in eccedenza.

Altra questione dibattuta in *subiecta materia* ha riguardato la sufficienza del punteggio numerico in sede di valutazione delle offerte.

In proposito, il prevalente orientamento giurisprudenziale milita nel senso che: “... *nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione, quando il complesso delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici. L'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di*

quest'ultima previsione non appare conforme al carattere non vincolante delle linee guida, nella misura in cui introduce un obbligo normativamente non previsto. La Commissione segnala quindi l'opportunità di valutare se, pur nell'ambito del favor per la commistione espresso nelle nuove direttive europee in materia e recepito dal più volte citato art. 95 del codice, non sia opportuno chiarire se lo stesso servizio possa al tempo stesso, nella medesima gara, costituire requisito soggettivo di qualificazione/partecipazione ed essere oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificando, per tale evenienza, che sarà oggetto di valutazione solo per la parte eccedente la soglia minima richiesta ai fini della partecipazione alla gara. In caso contrario e di concorrenti tutti egualmente qualificati si profila il rischio di appiattare eccessivamente il confronto competitivo, o di arrecare un vantaggio ingiusto al concorrente che utilizza il medesimo servizio come requisito di partecipazione e come elemento di cui chiede la valutazione delle offerte”.

*specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica"*⁹.

Risulta, pertanto, indispensabile un'attenta previsione e predeterminazione dei criteri e dei subcriteri, attività che, seppur rimesse alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, devono favorire un punteggio proporzionato alla rilevanza di ciascun criterio, non prevedendo punteggi eccessivi per alcuni di essi¹⁰.

Ulteriore elemento di novità è dato dal comma 7, in virtù del quale, nell'ambito dei criteri di valutazione dell'offerta, l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo fisso, al fine di fondare la valutazione dell'offerta esclusivamente sugli elementi qualitativi. Tanto diversamente da quanto statuito (sulla scorta della pregressa disciplina) in via giustiziale, secondo cui l'utilizzo del criterio in esame non poteva comportare una sterilizzazione del principio di economicità, risultando illegittimi i criteri per i quali l'elemento prezzo era valutato in modo minimale o residuale¹¹.

⁹ Cons. Stato, sez. V, 20/09/2016, n. 3911.

¹⁰ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia alle citate Linee Guida ANAC n. 2/2016.

¹¹ Mentre con il d.lgs. 163/2006 non era possibile assegnare al prezzo un punteggio particolarmente basso, o prevedere una valutazione delle offerte tale da azzerare di fatto la componente prezzo, con il nuovo Codice tale possibilità è espressamente contemplata dall'art. 95, comma 7, in base al quale è possibile competere esclusivamente sulla qualità. Tale comma rimanda all'art. 95, comma 2, per l'individuazione dei casi in cui si può ricorrere al prezzo fisso, ovvero alle ipotesi in cui siano presenti "*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici*". Diversamente, laddove le stazioni appaltanti decidano di determinare il prezzo dell'affidamento per fattispecie diverse da quelle per le quali vi è una norma di legge che lo preveda, le stesse devono adottare particolari cautele al riguardo. Ciò al fine di evitare due problematiche: che il prezzo sia troppo contenuto per permettere la partecipazione di imprese "corrette", o troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante.

Parimenti innovativo è il comma 10, il quale, nel risolvere un conflitto di recente emersione, rende obbligatoria l'indicazione dei costi aziendali da parte del concorrente, in sede di offerta economica, indipendentemente dalla tipologia di appalto e a prescindere dalle indicazioni da parte della *lex specialis*¹².

Innovativa è altresì l'indicazione di cui al comma 12, laddove pur ribadendo il potere della stazione appaltante di non precedere all'aggiudicazione qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, ne impone la previsione in sede di atto indittivo della gara.

Il comma 14, inoltre, detta le condizioni per l'ammissione di varianti alla proposta negoziale da parte degli offerenti, sancendo che, in mancanza di previsione nella *lex specialis*, ne resta preclusa la presentazione.

Infine, il comma 15 ripropone la c.d. clausola di invarianza, già prevista dal previgente art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, ed in virtù della quale: “*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”.

La previsione alimenta indubbi profili di criticità anche perché potrebbe compromettere le fondate pretese giustiziali da parte di operatori economici danneggiati (illegittimamente) in fase di celebrazione della gara. Giacché una lettura costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a ritenere doverosa la rideterminazione della soglia in caso di esclusione

¹² La questione è stata oggetto di tre adunanze plenarie: 20/03/2015, n. 3; 02/11/2015 n. 9 e 27/07/2016, n. 19.

dell'aggiudicatario o dei primi in graduatoria, restando, invece, preclusi contenziosi riferiti ad altre imprese non utilmente collocate.

1.2. L'anomalia delle offerte

L'art. 97 del Codice concerne la valutazione delle offerte che, risultando particolarmente convenienti, alimentano il sospetto di non essere affidabili o serie.

A tal fine la normativa di settore stabilisce uno o più criteri per stabilire la c.d. soglia di anomalia, con la conseguenza che le offerte pari o superiori ad essa saranno sospettate di non essere serie.

Alle stesse occorrerà chiedere giustificazioni, iniziando da quella superiore, per poi procedere nei confronti di quella successiva, laddove la prima non abbia giustificato idoneamente il ribasso formulato.

Qualora si dovesse giungere ad escludere tutte le offerte "anomale" si procederà all'aggiudica (senza giustificazioni) alla prima offerta non anomala.

Rispetto alla disciplina, recata dagli artt. 86 e ss. dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, la prima significativa novità è rappresentata dalla pluralità dei criteri previsti per determinare la soglia di anomalia, posto che ne sono contemplati cinque, in luogo di quello (univoco e vincolante) sancito in precedenza.

Tanto al dichiarato fine di evitare che i candidati/concorrenti possano predeterminare i parametri di riferimento per il calcolo della suddetta soglia, orientandola mediante la presentazione di offerte troppo basse o troppo alte.

In tale ottica la disposizione divisata prevede che il criterio da utilizzare debba essere sorteggiato durante la gara, così da emergere in una

fase in cui le offerte siano già state presentate e non siano più ritrattabili.

In altre parole, la metodologia individuata per il calcolo della soglia di anomalia non dovrà essere specificata negli atti di gara¹³, ma sorteggiata (durante la gara) tra i modelli indicati dal citato comma 2.

Un esempio, potrebbe aiutare a meglio applicare la disposizione normativa.

Si ipotizzi l'ammissione a gara di n. 5 offerte, con i seguenti ribassi: 10,5%, 20,5%, 30,5%, 40,5%, 50,5%.

Il primo criterio è: *“La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”*.

Il valore medio dei ribassi va calcolato escludendo il 10% del numero delle offerte (10% di 5 = 0,5, arrotondato all'intero superiore = 1) sia dei ribassi minimi che dei ribassi massimi, quindi le offerte con i ribassi del 10,5% e del 50,5%.

Il valore medio dei ribassi (delle altre tre offerte) sarà pari a 30,50% (=91,5/3)

Il ribasso superiore alla media è 40,5%, con uno scarto (ovvero una differenza) rispetto alla citata media, pari a 10,00%.

Il valore medio degli scarti risulta così 10,00% (10,00/1)

La soglia di anomalia sarà pari a 40,50% (= 30,50 + 10,00).

Le offerte con ribassi del 50,5% e del 40,5% risultano sospettate di anomalia.

¹³ Sarà sufficiente il mero e generico riferimento al comma 2 dell'art. 97.

Il secondo criterio previsto è il seguente: “*La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra*”.

Dall’interpretazione letterale della norma si dovrebbe semplicemente escludere casualmente (con sorteggio) il 10% dei ribassi offerti.

Supponiamo si faccia il sorteggio e risulti esclusa l’offerta 40,50.

La somma dei ribassi rimanenti (4 ribassi) sarà di 112,00.

La prima cifra dopo la virgola è pari a zero; dunque $112,00/4 = 28$ (media aritmetica dei ribassi) sarà, per l’effetto, la soglia di anomalia.

Altro criterio è il seguente: “*La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento*”.

La media aritmetica dei suindicati ribassi è $152,5/5=30,50$,

Il 20% di 30,50 è 6,10; la soglia di anomalia sarà 36,60% ($30,50 + 6,10$).

Criterio simile al precedente è quello de: “*La media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento*”.

La media aritmetica dei suindicati ribassi è $152,5/5=30,50$,

Il 20% di 30,50 è 6,10, la soglia di anomalia sarà 24,40% ($30,50 - 6,10$).

Ultimo criterio previsto è il seguente: *“La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4”*.

Il valore medio dei ribassi va calcolato escludendo il 10% del numero delle offerte (10% di 5 = 0,5, arrotondato all’intero superiore = 1) sia dei ribassi minimi che dei ribassi massimi: il valore medio dei ribassi è quindi 30,50% (= 91,5/3)

Il ribasso superiore alla media è 40,5%, con scarto pari a 10,00%.

La soglia provvisoria di anomalia (pari al ribasso medio più lo scarto medio) è pari a 40,50% (= 30,50 + 10,00).

La soglia provvisoria di anomalia sarà moltiplicata per il coefficiente estratto. Se esso risulterà 1, la soglia provvisoria resterà invariata. Se verrà sorteggiato il coefficiente 1,2, la soglia di anomalia sarà pari a 48,60.

Resta invece confermato il criterio per determinare la soglia di anomalia in caso di selezione sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, derivante dal superamento del punteggio di 4/5, sia per la valutazione della qualità, sia per l’apprezzamento del ribasso¹⁴.

Tale prescrizione non sembra pienamente coordinata con quanto

¹⁴ In particolare, il comma 3, prevede che: *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi*

previsto dall'art. 95, comma 7, in virtù del quale il prezzo può anche essere rappresentato da un costo fisso, senza l'attribuzione di un punteggio.

In tal caso, non dovrebbe, in tesi, porsi un problema di serietà ed affidabilità dell'offerta, che deriverebbe, invece, dalla presenza di un progetto/proposta di elevata qualità, offerto ad un minor costo.

Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che la stazione appaltante, qualora il punteggio della qualità superi i 4/5, possa richiedere i giustificativi dell'offerta.

Ulteriore novità normativa è rappresentata dall'obbligo in capo alle Stazioni appaltanti di effettuare il giudizio di anomalia a prescindere dal numero delle offerte presentate, diversamente dalla normativa previgente, che ancorava tale verifica alla presenza di almeno cinque offerte.

Il comma 4 indica i possibili fattori giustificativi, come ad esempio l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti/servizi o del metodo di costruzione, le condizioni particolarmente agevolate di cui può godere l'offerente, l'originalità dei lavori, forniture, servizi.

Sotto il profilo procedimentale, mentre l'abrogata normativa articolava un procedimento complesso e plurifase¹⁵, il comma 5, dell'art. 97, prevede esclusivamente la richiesta al concorrente, da parte della Stazione appaltante, di giustificazioni, con assegnazione di almeno 15 giorni, al termine del quale la S.A. dovrà pronunciarsi in merito all'esclusione o meno del concorrente.

La stazione appaltante escluderà l'offerta solo se la prova fornita non

agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

¹⁵ Da attivarsi in caso di persistenza di dubbi a seguito della prima richiesta di chiarimenti. Cfr. COCCOLI F., *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in *Commento al Codice dei Contratti Pubblici* (a cura di M. Sanino), Torino, 2008, pp. 455 ss..

giustifichi sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se accerta, con le modalità di cui al primo periodo, che è da ritenersi anormalmente bassa in quanto:

a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.

b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture¹⁶;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

Risulta, pertanto, confermata l'inammissibilità di giustificazioni riferite a trattamenti salariali minimi o agli oneri della sicurezza.

In proposito, si è costantemente affermato che: *“Un’offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa da una gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata”*¹⁷.

Sotto il profilo motivazionale, valga evidenziare che i provvedimenti in tema di valutazione dell’offerta vanno analiticamente motivati solo nel caso di una valutazione non favorevole, mentre un esame favorevole sulla congruità non necessita di un’articolata motivazione.

In proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che: *“Il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale*

¹⁶ Disposizione corretta con *errata corrige* del 15 luglio 2016.

(di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto¹⁸) ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo. Al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente. Pertanto, stante la positiva valutazione all'esito della verifica dell'anomalia dell'offerta, una motivazione rappresentata anche solo per relationem è sufficientemente espressa e non censurabile per genericità¹⁹.

Alla stregua del comma 7, qualora un'offerta risulti anormalmente bassa, in quanto l'offerente abbia ottenuto un aiuto di Stato, l'esclusione è possibile solo se l'offerente non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante²⁰, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno, ai sensi dell'articolo 107 del TFUE.

Ulteriore novità è data dal comma 8, il quale, nel disciplinare la facoltà per le Stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte risultate anomale (applicabile sempre e solo nel caso di un numero di offerte ammesse superiore dieci), estende tale facoltà anche agli appalti di servizi e forniture, purché di importo inferiore alla rispettiva soglia comunitaria (sempre laddove il criterio di selezione sia quello del prezzo più basso).

¹⁷ T.A.R. Lazio, sez. III *quater*, 30/06/2016, n. 7529; Cons. Stato, sez. III, 09/12/2015, n. 5597.

¹⁸ Sul punto, *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 11/10/2016, n. 4674.

¹⁹ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016, n. 3855.

²⁰ La precedente normativa prevedeva il termine di 15 giorni.

L'ultimo comma prevede la possibilità di ricorrere alla Cabina di Regia²¹ al fine di ottenere informazioni utili, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti dalle imprese in sede di giustificazioni.

Valga, infine, evidenziare che anche nel nuovo codice, sotto il profilo soggettivo, vi è un generico richiamo alla Stazione appaltante senza specificare se la competenza sia del RUP o della Commissione aggiudicatrice.

In realtà, trattasi di una problematica datata, essendo da sempre dibattuto se competa alla commissione di gara anche la valutazione delle giustificazioni, o se, viceversa, tale competenza sia appannaggio del RUP.

In proposito, la giurisprudenza si è consolidata nell'attribuire al Responsabile del procedimento il compito di verificare l'anomalia, potendosi avvalere della Commissione di gara (o di un Organo tecnico)²².

Tale orientamento risulta condiviso anche dall'ANAC che, con le Linee guida (tra cui quelle relative al Rup n. 3 del 26 ottobre 2016), ha

²¹ La Cabina di Regia è la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente codice e sulla gestione delle relative procedure (comma 4, art. 212). Con DPCM del 10 agosto 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31.08.2016, ne sono state disciplinate la composizione e le modalità di funzionamento.

²² Si è statuito che: *“Nelle gare d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice”* (ex multis, Cons. Stato, Ad. Pl., 29/11/2012, n. 36; Cons. Stato, sez. V, 10/02/2015, n. 689).

chiarito che: *“Nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell’art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice”*.

1.3. Il seggio di gara

La celebrazione della gara è demandata al c.d. seggio di gara, individuato secondo le regole ordinamentali di ogni singola stazione appaltante, nel rispetto, in ogni caso, del principio di separazione tra politica e gestione.

Tale organismo assume la veste collegiale qualora il criterio di selezione prescelto sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito, il nuovo codice (artt. 77 e ss.) si propone un obiettivo (auspicabile) della qualificazione (*recte*: specializzazione) dei commissari, al fine di garantire un corretto espletamento delle relative funzioni, stante la priorità che ora assume il criterio di selezione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale ottica è prevista l’istituzione di un Albo (art. 78), detenuto dall’ANAC, dal quale attingere, secondo modalità da dettagliare con apposite determinazioni, al fine di individuare i componenti della Commissione oltre che il relativo Presidente.

Residua, in capo alle stazioni appaltanti, la possibilità di nominare (nel rispetto del principio di rotazione) commissari interni, per le procedure di affidamento di importo inferiore alla soglia comunitaria oltre che per quelle non particolarmente complesse, tra le quali viene ricompresa (*ope legis*) la procedura di gara telematica.

Nelle more dell'istituzione e dell'attivazione dell'Albo, continuano ad applicarsi le discipline dettate dalle singole Amministrazioni, purché rispondenti ai principi sottesi alla materia in esame (come previsto dal comma 11 dell'art. 77 e dal comma 12 dell'art. 216 del codice) e nel rispetto delle regole di competenza e trasparenza.

Il comma 1 dell'art. 77 ribadisce la necessità della nomina di una commissione limitatamente ai casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In vigenza della precedente normativa di settore, si è ritenuto legittimo l'espletamento delle operazioni di verifica dei requisiti da parte del R.U.P. (atteso che questi, "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice ... che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti"), coadiuvato da testimoni e dall'ufficiale rogante, cui ha fatto seguito la fase di valutazione delle offerte tecniche da parte di una commissione presieduta sempre dal R.U.P. con l'aggiunta di due tecnici²³.

Nonostante una previsione normativa alquanto dettagliata, i lavori del seggio di gara hanno alimentato diverse criticità.

Un primo profilo problematico è stato rinvenuto nell'ipotesi di identità soggettiva tra chi presiede lo svolgimento delle operazioni di gara e chi abbia predisposto ed emanato il bando o abbia svolto altre attività

²³ Cons. Stato, sez. V, 13/10/2010, n. 7470.

nell'ambito della medesima procedura.

Di tale sospettata "incompatibilità" si è occupata sia il precedente codice (art. 84, comma 4, d. lgs. n. 163/2006), sancendo che i commissari diversi dal presidente non dovevano aver svolto né potevano svolgere un'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto da affidare²⁴, sia il nuovo codice (art. 77, comma 4) che, con un dettato ancora più restrittivo, estende tale incompatibilità a tutti i componenti della Commissione.

Richiamando tale disposizione, si è statuito che non rispetta il principio di imparzialità la designazione, quale componente di una commissione, di un dirigente responsabile dell'area amministrativa dell'ente locale, nel caso in cui risulti che il dirigente sia stato in precedenza cointeressato nell'attività di affidamento del servizio appaltando, avendo predisposto lo schema del relativo contratto e la ripartizione in subcriteri del punteggio fissato dal bando di gara per la valutazione delle offerte²⁵.

Sul medesimo crinale si pone la declaratoria di illegittimità di una commissione di cui abbia fatto parte un soggetto che aveva prestato la propria attività nella fase di predisposizione degli atti di gara nonché, nella fase successiva, in veste di "consulente esterno" della commissione e che non si era limitato a fornire un occasionale supporto tecnico *ab externo*, ma aveva contribuito alla formazione del processo decisionale ed alla

²⁴ Secondo il T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11/05/2010, n. 5944, la *ratio* della norma è quella di impedire, per ragioni di trasparenza e d'imparzialità, la presenza nella commissione esaminatrice di soggetti che abbiano svolto una qualsiasi attività in grado di interferire con il giudizio di merito sull'appalto. Il Cons. Stato, sez. V, 22/02/2016, n. 706, ha ritenuto illegittima la partecipazione del Rup quale componente (e non presidente) della Commissione.

²⁵ T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 26/07/2007, n. 7016.

conseguente assunzione delle determinazioni spettanti all'organo collegiale; analogamente è stata ritenuta viziante la partecipazione alla commissione di un soggetto che aveva provveduto, in sede di preparazione degli atti di gara, alla perizia di stima degli impianti e all'analisi economico-patrimoniale del servizio²⁶.

In senso diverso, è stata ritenuta legittima la partecipazione alla commissione di gara di soggetti chiamati a svolgere funzioni di natura del tutto vincolata (quali ad esempio: presiedere al sopralluogo con i concorrenti; concordare con l'aggiudicataria la consegna delle apparecchiature; provvedere alla liquidazione delle fatture) e che, non coinvolgendo un interesse personale del funzionario, non sono suscettibili di alterare la regolare e imparziale esecuzione del contratto²⁷.

Sempre per quanto concerne le modalità di nomina dei componenti, va richiamato quanto stabilisce il comma 2, dell'art. 77, in virtù del quale la commissione è composta da un numero dispari di componenti (in numero massimo di cinque) *“esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”* (comma 1, ultimo periodo).

Sempre tra le cause di incompatibilità si inscrivono le ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 77, concernenti i soggetti che abbiano ricoperto incarichi di amministratore nel biennio antecedente alla procedura di gara (indetta

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 16/03/2011, n. 1628. Per Cons. Stato, sez. V, 23/03/2015 n. 1565, deve sottolinearsi, per un verso, che tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riguardanti altri appalti e, per altro verso, che di tale situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità (dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo).

²⁷ Cons. Stato, sez. III, 12/07/2011, n. 4168.

dalla medesima stazione appaltante) oltre che quelle di cui al comma 6, ove si richiamano l'art. 35 *bis* del d.lgs n. 165/2011, l'art. 51 del c.p.c., l'art. 42 del medesimo codice dei contratti (conflitto di interesse).

L'assenza di cause di incompatibilità va dichiarata dai commissari (mediante dichiarazione sostitutiva) al momento dell'accettazione dell'incarico (secondo la previsione del comma 9 della norma in esame).

Sotto il profilo temporale, ai sensi del comma 7, del citato art. 77, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione di gara deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (analogamente a quanto disponeva il precedente codice)²⁸; la previsione è stata ritenuta principio generale, quindi, applicabile anche alle concessioni di servizi²⁹.

Deve trattarsi di una commissione di esperti (“*periti peritorum*”) della materia sulla quale esprimere il giudizio ed il possesso dei requisiti richiesti deve essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti da scrutinare³⁰. Tuttavia, se è vero che la commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, tale competenza non deve riguardare necessariamente tutte e ciascuna delle materie tecniche e scientifiche alle quali attengono i singoli e specifici

²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 08/09/2015, n. 4191, e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 29/04/2011, n. 808, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione, nel caso in cui la commissione sia stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande. Di recente il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21/04/2016, n. 1474, ha precisato che, in un'ottica di tipo sostanzialistico, la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte può costituire vizio dell'intera procedura di gara solo se sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni, essendo quindi necessario esaminare caso per caso se tale principio sia stato messo in pericolo dalla nomina anticipata della commissione.

²⁹ T.A.R. Toscana, sez. II, 24/06/2016 n. 1060.

³⁰ Così Cons. Stato, sez. V, 21/02/2011, n. 1082.

aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* ai fini valutativi; inoltre i dati, in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione, possono essere costituiti dal possesso del titolo di studio³¹, risultando illegittima solo una “generica” competenza in materia di conduzione di gare³².

Anche sul punto è doverosa una precisazione.

La citata previsione deve ritenersi soddisfatta, in concreto, allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti, comunque, una competenza generale in materia di gare pubbliche, anche perché non si rende necessario che il collegio sia composto in via esclusiva da esperti “nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto”³³.

Ai predetti fini non è, quindi, necessario che l’esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea³⁴.

La commissione aggiudicatrice è tenuta ad affrontare e risolvere problemi di varia natura, anche giuridici e amministrativi. Pertanto, una volta assicurata la prevalenza tecnica, la stessa può ritenersi

³¹ Cons. Stato, sez. IV, 15/09/2015, n. 4316. Secondo Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2016, n. 1556, la norma non prescrive che la dimostrazione della specifica esperienza debba trarsi dall’avvenuto svolgimento di incarichi analoghi o sovrapponibili a quello da svolgere.

³² T.A.R. Liguria, sez. II, 05/03/2015 n. 257.

³³ Così, Cons. Stato, sez. V, 09/04/2015 n. 1824 e *id.*, 20/11/2015, n. 5296.

³⁴ Cons. Stato, sez. III, 14/12/2015 n. 5670.

legittimamente composta anche ove nel suo ambito sia prevista la presenza di un esperto anzitutto in procedure amministrative, qual è il segretario comunale, non estraneo, comunque, alle problematiche tecniche connesse all'esercizio di funzioni comunali (*cfr.* art. 97, comma 4, del d. lgs. n. 267/2000, a norma del quale il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività)³⁵.

La norma prevede che le specifiche professionalità, necessarie ad effettuare le valutazioni delle offerte tecniche, debbano rintracciarsi all'interno della stessa commissione; quindi, non è consentito demandare a soggetti "esterni" alla commissione le valutazioni tecniche poste alla base della scelta³⁶.

Non può, invece, ritenersi illegittimo l'operato di una commissione che si sia avvalsa di un consulente legale esterno, già incaricato di assistere la stazione appaltante in relazione al contenzioso in essere tra quest'ultima ed una ditta concorrente³⁷.

Sempre in tema di composizione del seggio di gara, ci si è chiesti se la commissione rappresenti o meno un collegio perfetto, di modo che debba operare, necessariamente, con il *plenum* dei suoi componenti³⁸.

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3967.

³⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 04/11/2010, n. 33183, secondo tale decisione la scelta degli "esperti" (anche qualora possano essere individuati all'esterno della commissione), non potrà mai essere effettuata dalla medesima commissione, in quanto la norma ne demanda l'individuazione all'organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario.

³⁷ Cons. Stato, sez. V, 16/11/2010, n. 8059: contrasta con il principio di imparzialità amministrativa affidare al soggetto che, nella stessa vicenda, ha già svolto la funzione di assistente legale contro uno dei concorrenti, anche la qualità di consulente per lo svolgimento della procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione.

³⁸ Secondo il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05/11/2009, n. 10878, il criterio più sicuro per individuare, nel silenzio della legge, quando un organo collegiale debba

La soluzione “intermedia” prospettata dalla giurisprudenza fa propria la tesi del collegio perfetto, ritenendo, tuttavia, possibile che alcune attività (quali quelle meramente vincolate, propedeutiche e/o esecutive) possano essere delegate ad uno dei componenti, restando riservata all’intero collegio l’attività decisoria e di valutazione.

Si è sostenuto che la commissione costituisce un collegio perfetto e, pertanto, per la determinazione dei criteri di valutazione e di giudizio, nonché per le decisioni conclusive (fasi rispetto alle quali si configura l’esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo per una corretta formazione della volontà collegiale) deve operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti³⁹.

In tale contesto, la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché le relative determinazioni di ammissione o di esclusione dei concorrenti, costituiscono attività di contenuto decisorio, che rientrano nei compiti della commissione, da svolgersi in composizione plenaria, nel rispetto del principio della collegialità perfetta; è, pertanto, illegittima la previsione di un bando che attribuisca il potere di escludere le ditte al presidente della commissione, anziché alla commissione nella sua collegialità⁴⁰.

Costituisce un vizio tale da inficiare l’intera procedura di gara e renderne necessario il rinnovo “*ab initio*”, l’effettuazione di alcune operazioni valutative senza la presenza di tutti i componenti della commissione; in realtà, la violazione del principio del “collegio perfetto”

ritenersi «perfetto» è quello che assegna tale connotazione al collegio per il quale, accanto ai componenti effettivi, sono previsti anche componenti supplenti.

³⁹ Cons. Stato, sez. VI, 06/06/2006, n. 3386 e 02/02/2004, n. 324; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26/02/2010, n. 1195.

⁴⁰ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 1195/2010, cit..

determina un'alterazione del processo di formazione della volontà collegiale, che ne invalida irreversibilmente i risultati⁴¹.

Parte della giurisprudenza⁴² ritiene delegabili, ad un singolo componente, oltre alle attività istruttorie, preparatorie e vincolate, anche attività valutative, a condizione che il lavoro da questi svolto sia sottoposto alla “delibazione” dell'intera commissione.

Ad esempio, si è ritenuto legittimo l'operato della commissione di gara, nel caso in cui il Presidente, in assenza di un componente, abbia dato lettura dei punteggi delle singole offerte, svolgendo, cioè, un'attività priva di contenuti di discrezionalità⁴³.

I poteri del seggio di gara si esauriscono solo con l'approvazione degli atti da parte degli organi amministrativi, ovvero con l'aggiudicazione definitiva; sicché, anteriormente, essa può riesaminare il procedimento espletato, per emendarlo da errori commessi, ovvero al fine di verificare la correttezza dell'attività⁴⁴.

1.4. La proposta di aggiudicazione

All'esito delle operazioni di gara viene predisposta e formulata, in via ordinaria, la **proposta di aggiudicazione** (art. 32, comma 5), recante l'individuazione, secondo i criteri fissati nella *lex specialis*, della “migliore” offerta.

Sotto il profilo semantico, la novità merita di essere segnalata, in

⁴¹ T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27/03/2008, n. 170.

⁴² T.A.R. Veneto, sez. I, 21/04/2004, n. 1145.

⁴³ Cons. Stato, sez. III, 15/07/2011, n. 4332.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 11/10/2007, n. 5354.

quanto alla dicotomia “*aggiudicazione provvisoria - aggiudicazione definitiva*” viene sostituita quella tra “*proposta di aggiudicazione e aggiudicazione*”. Allo stesso tempo, non risulta riprodotto il secondo periodo del comma 4, dell’abrogato art. 11, secondo cui: “*Al termine della procedura è dichiarata l’aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente*”, la cui attuazione, in alcuni casi, si traduceva nell’adozione di atti e determinazioni di conferma dei lavori del Seggio di gara, prima ancora della verifica dei requisiti in capo all’impresa.

L’espunzione di tale periodo, unitamente alla modifica di cui al comma 5, dovrebbe evitare le problematiche sorte dall’improprio uso delle predette espressioni e gli equivoci derivanti da atti di approvazione dell’aggiudicazione provvisoria che alimentavano l’affidamento sull’esito favorevole della procedura in capo alla ditta “selezionata”, pur non configurando un atto di aggiudicazione (solo avverso il quale potevano proporsi eventuali rimedi giustiziali).

La specificazione recata dal citato comma 5, dell’art. 32 (secondo cui la fase di valutazione delle offerte si conclude con una mera “proposta”), rimarca che tale atto ha natura endoprocedimentale, incapace di configurare una determinazione definitiva o di abilitare pretese in capo al concorrente la cui offerta abbia ottenuto il miglior apprezzamento; al contempo, l’eventuale riesame delle decisioni ivi assunte non impone un procedimento di secondo grado, trattandosi di rimozione di atti ad effetti instabili.

La novità si riflette anche sul comma 1 dell’art. 33, laddove si afferma che “*la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione da parte dell’organo competente*”, mentre il precedente art. 12, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006, disciplinava lo specifico procedimento di approvazione dell’aggiudicazione provvisoria.

Sempre in tale segmento procedimentale, possono innestarsi ulteriori *sub*-procedimenti, che possono dar luogo a meri atti o a provvedimenti.

Si pensi, ad esempio, alla verifica dei requisiti in capo ai concorrenti, mediante il sistema dell'AVCPass (nelle more dell'attivazione della Banca dati di cui all'art. 81 del c.d.c.), all'esito della quale l'esclusione si imporrebbe nel caso in cui la documentazione acquisita non dovesse comprovare quanto autodichiarato dal concorrente.

Nelle distinte fasi della procedura, anche la posizione giuridica del concorrente deve apprezzarsi diversamente; dalla mera "aspettativa", che si configura nella fase di avvio della procedura, al meglio tutelato "interesse legittimo", che si rinviene durante la gara, sino al diritto soggettivo in capo al contraente.

La diversità di posizione giuridica incide inevitabilmente sulla proponibilità di rimedi giustiziali e sulle eventuali richieste risarcitorie, come meglio precisato *infra*.

1.5. L'aggiudicazione

La procedura di gara si conclude con l'aggiudicazione, secondo la previsione di cui all'art. 32, comma 5, del codice. Tale atto assume valenza provvedimento (anche se non equivale ad accettazione dell'offerta, come espressamente precisa il comma 6 dell'art. 32) e si pone in modo autonomo rispetto alla proposta di aggiudicazione.

Può dirsi che, rispetto a quest'ultima, l'aggiudicazione si caratterizza per un'autonomia strutturale e contenutistica; sia perché è di competenza di un organo diverso⁴⁵ (circostanza questa che emerge marcatamente nel caso

⁴⁵ Sotto il profilo della competenza, non può revocarsi in dubbio che, alla stregua del principio generale di separazione tra politica e gestione, tale determinazione si iscriva nella competenza dell'organo burocratico (ovvero dell'organo di vertice della struttura

in cui la proposta sia formulata dalla commissione), sia perché è il risultato di due *sub*-procedimenti:

- a) la verifica della regolarità della procedura, con specifico riferimento alle precedenti fasi endoprocedimentali;
- b) la verifica del possesso dei requisiti in capo al concorrente che abbia formulato l'offerta ritenuta migliore.

Va precisato che il codice⁴⁶, in relazione a tale ultimo adempimento, contempla la possibilità della sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, con la conseguenza che tale provvedimento potrebbe essere adottato anche prima dell'espletamento delle verifiche di rito, risultando (fino all'esito delle stesse) inidoneo a produrre effetti.

Tale previsione ha favorito, nella prassi, due diversi modelli.

Accanto al modello che potremmo definire "ordinario", caratterizzato dall'adozione del provvedimento di aggiudica solo a seguito dell'esito dei controlli, si registra quello, ispirato ad evidenti ragioni di semplificazione e di accelerazione, in cui si provvede all'aggiudica anche nelle more dei controlli, per poi prendere atto dell'esito degli stessi, al fine di attestare l'efficacia dell'adottata aggiudica.

In particolare, nel primo caso, a seguito dell'espletamento delle

amministrativa che ha indetto la procedura). Né varrebbe eccepire una diversa competenza invocando le norme regolamentari della stazione appaltante. Difatti, in applicazione della c.d. "*formula interpretativa*", di cui all'art. 107, comma 5, del testo unico degli enti locali (secondo cui, dalla data della sua entrata in vigore, ogni disposizione che dovesse attribuire agli organi di governo la competenza ad adottare atti di gestione va "intesa" nel senso della competenza degli organi burocratici), la norma regolamentare andrebbe disapplicata, considerata la sua natura recessiva rispetto al principio inderogabile reso dalla fonte primaria. In sintesi, posto che la competenza ad adottare un provvedimento dipende dalla natura di quest'ultimo ed evidenziato che l'aggiudica definitiva ha certamente natura gestionale, deve concludersi per l'attribuzione all'organo burocratico di ogni competenza al riguardo.

⁴⁶ Alla stregua dell'art. 32, comma 7, l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti.

operazioni di gara, si procede alla richiesta della documentazione⁴⁷ funzionale a comprovare in capo all'aggiudicatario (ai sensi dell'art. 36, comma 6, del codice) o in capo ai primi due graduati (ai sensi dell'art. 85, comma 5, del codice) la sussistenza dei requisiti previsti (ovvero l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice ed il rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice).

A seguito di tale verifica si adotta il provvedimento di aggiudica, immediatamente efficace, del quale viene data comunicazione agli interessati, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice, ai fini del decorso del termine di sospensione (*stand still period*).

In alternativa a tale modello, nell'ottica di una semplificazione procedimentale, è possibile procedere alla verifica dei requisiti dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, del quale se ne dà immediata comunicazione anche ai fini della decorrenza del termine di *stand still*; ciò favorisce il "sovrapporsi" (*recte*: la contestuale decorrenza) dei termini prescritti per entrambi gli adempimenti.

Tuttavia, in tal caso, l'efficacia dell'aggiudica potrà attestarsi solo a valle dei controlli (in caso di esito positivo degli stessi), con il rischio che, ove emerga una circostanza impeditiva, dovrà procedersi all'adozione di una nuova aggiudicazione, con decorrenza, *ex novo*, anche del termine di sospensione.

Sotto il profilo teleologico, la scissione temporale tra proposta e aggiudicazione risponde all'esigenza logico-giuridica di consentire all'amministrazione un'ulteriore ed autonoma determinazione valutativa, in forza della quale, sulla scorta dei risultati scaturenti dalla comparazione

⁴⁷ La documentazione da acquisire (cd "mezzi di prova") per comprovare l'assenza di cause di esclusione o il rispetto dei requisiti di selezione, viene indicata nell'art. 86 del codice e nell'ivi richiamato allegato XVII.

delle offerte e dalla individuazione di quella maggiormente rispondente all'interesse pubblico in base ai criteri di gara, si innesta il distinto e complementare giudizio in ordine alla conclusiva risoluzione di pervenire all'instaurazione del vincolo contrattuale attraverso l'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e dell'assenza di profili ostativi.

Conseguentemente, il provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica non ha natura meramente confermativa della proposta, ma si connota per caratteristiche di autonomia contenutistica e di specificità decisionale rispetto ad essa.

Poiché la proposta ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, essa è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'impresa non risultata aggiudicataria, evenienza questa che si verifica solo con l'aggiudicazione⁴⁸, restando ammissibile l'ipotesi di una rivalutazione (da parte della P.A.) degli interessi pubblici da perseguire, operata prima dell'aggiudicazione definitiva⁴⁹.

In tale contesto va menzionata la problematica circa l'applicabilità o meno, in *subiecta materia*, dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 15/2005 e concernente l'obbligo, in capo all'amministrazione procedente, di "preavvisare" la decisione negativa.

In proposito, si è statuito che ove l'amministrazione, durante l'espletamento di una gara, abbia ammesso provvisoriamente ("allo stato") un concorrente, invitandolo, ai fini di un'ulteriore valutazione sull'ammissione definitiva, ad integrare la documentazione afferente una prescrizione del bando da osservare a pena di esclusione, non va comunicato all'interessato il preavviso di rigetto della domanda di

⁴⁸ T.A.R. Toscana, sez. I, 05/08/2016, n. 1309; Cons. Stato, sez. III, 31/01/2014, n. 467; *id.*, sez. III, 28/02/2014, n. 942.

ammissione, *ex art. 10 bis*, atteso che quest'ultima disposizione contiene l'espressa previsione di non applicazione "alle procedure concorsuali" genericamente intese; né può invocarsi l'art. 7 della l. n. 241/90, atteso che l'ammissione di un concorrente è da ritenersi, in ogni caso, sotto riserva, almeno sino all'espletamento dei previsti e doverosi controlli.

Sul piano processuale l'onere di impugnare tempestivamente gli atti della gara, ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara (nonché di quanto ora scaturente dall'art. 29 del codice), sorge solo a seguito del provvedimento di aggiudicazione⁵⁰.

1.6. La responsabilità precontrattuale della P.A.

L'adozione (o meno) del provvedimento di aggiudica incide anche sulla possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale⁵¹.

Alla stregua del prevalente indirizzo giurisprudenziale, tale tipo di responsabilità non si colora fino a quando la procedura selettiva non si esaurisce con l'aggiudicazione, che individua il soggetto possibile contraente; pertanto, in *subiecta materia*, la responsabilità precontrattuale è

⁴⁹ Su tale ipotesi, *cfr.* T.A.R. Sardegna, sez. I, 14/03/2015, n. 442.

⁵⁰ *Cfr.* PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 809 ss.. Sulla necessità di impugnare l'aggiudica definitiva, *cfr.* Cons. Stato, sez. V, 25/02/2016, n. 754. Secondo Cons. Stato, sez. IV, 29/02/2016, n. 854, costituisce ormai *jus receptum* quello per cui l'aggiudicazione provvisoria, essendo atto procedimentale, non obbliga chi se ne ritenga leso ad impugnarlo; peraltro la parte può avvalersi della facoltà d'insorgere avverso gli atti della procedura già a partire dall'aggiudicazione provvisoria salva, poi, a pena d'improcedibilità, la necessità di una distinta impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva eventualmente mediante lo strumento dei motivi aggiunti.

⁵¹ Per una ricostruzione dottrinarina, *cfr.* RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

configurabile solo dopo la conclusione della procedura e con riguardo al segmento procedimentale successivo all'esito della stessa⁵².

Secondo tale orientamento, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblicistici⁵³.

È per questo che la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto possono assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte privata.

Allo stesso tempo, non può essere accolta una domanda tendente ad ottenere il risarcimento dei danni a seguito del legittimo annullamento della proposta di aggiudicazione, costituente specifica espressione del potere di controllo sugli atti di gara della pubblica amministrazione appaltante.

⁵² Cons. Stato, sez. III, 24/05/2013, n. 2838.

⁵³ Conseguentemente, non sussiste il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* a favore dell'impresa che abbia presentato domanda di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, che la stazione appaltante abbia revocato, adducendo motivi finanziari (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 4/02/2011, n. 210). Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. V, 8/09/2010, n. 6489, secondo cui non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata da un concorrente ad una gara pubblica, derivante da asserita responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, *ex art. 1337 c.c.*, per avere la stazione appaltante dapprima indetto una gara (nella specie, per l'affidamento di un appalto di servizi) e, successivamente, revocato in autotutela i relativi atti, a causa della carenza di disponibilità finanziaria, ed al fine di svolgere in economia i servizi da appaltare, nel caso in cui la revoca sia intervenuta in costanza del termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

È, altresì, irrilevante che il recesso dalla trattativa, da parte della P.A. (manifestato nella forma del diniego dell'aggiudicazione definitiva) sia intervenuto dopo la (supposta) formazione del silenzio-assenso (ovvero approvazione tacita) ai sensi dell'art. 33, comma 1, del codice dei contratti pubblici; ciò in quanto, quand'anche si volesse considerare intervenuta l'aggiudicazione definitiva tacita ai sensi di tale articolo, l'atto di recesso ha comunque la consistenza e l'effetto di una manifestazione della volontà di recedere dalla gara e di non procedere alla stipulazione del contratto (principio della conversione/conservazione dell'atto amministrativo).

In ogni caso, anche se non può trovare ingresso un'azione risarcitoria, qualora la stazione appaltante decida di concludere le trattative dopo l'esperimento della gara e in presenza di una proposta di aggiudicazione, può essere ravvisata una responsabilità precontrattuale della P.A. stessa, in quanto, tale responsabilità ha la sua fonte non negli obblighi derivanti dal contratto (non concluso), ma deriva dalla violazione del dovere di buona fede nelle trattative (*ex art. 1337 c. c.*)⁵⁴.

Tanto è vero che si è ritenuta sussistente la responsabilità precontrattuale della P.A. che aveva legittimamente revocato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto (con riferimento all'insostenibilità dell'impegno economico), laddove le condizioni di criticità economica, che avevano reso legittimo il recesso dalla gara, preesistevano ed erano conosciute o quanto meno conoscibili impiegando la dovuta diligenza; sicché una gestione più accorta avrebbe risparmiato

⁵⁴ Cons. Stato, sez. III, 31/01/2014, n. 467.

alla P.A. l'indizione della gara e la pubblicazione del bando, evitando che i concorrenti sostenessero i costi inerenti alla presentazione delle offerte⁵⁵.

Si è ritenuta insussistente la responsabilità precontrattuale della P.A. in caso di revoca della procedura di gara motivata dalla sopravvenuta oggettiva impossibilità di realizzare l'opera pubblica⁵⁶.

Resta da precisare che, nel caso di responsabilità precontrattuale della P.A. per (legittimo) recesso dall'aggiudicazione, il ristoro va commisurato al c.d. interesse negativo, cioè alle spese inutilmente sostenute dal concorrente ed alle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali⁵⁷.

Non si ritengono meritevoli di risarcimento, quindi, le voci che fanno riferimento all'interesse c.d. positivo, che attengono alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto. In particolare,

⁵⁵ Per Cons. Stato, sez. III, 28/02/2014, n. 943, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel caso in cui quest'ultima abbia ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella utilità delle trattative, in violazione del principio costituzionale di buon andamento e dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c..

⁵⁶ Cons. Stato, sez. V, 12/10/2016 n. 4218.

⁵⁷ Di interesse, sotto tale profilo, è Cons. Stato, sez. VI, 1/02/2013, n. 633, secondo cui: *“Nel caso di responsabilità precontrattuale, vanno risarcite tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara. Vanno risarcite in particolare le spese inerenti l'elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara; tali spese vanno risarcite solo se, e nella misura in cui, la ditta interessata sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare. Devono essere risarcite anche le spese sostenute per la retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento struttura aziendale. Tale danno, non possibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito, in via forfettaria ed equitativa, nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese sostenute per i c.d. costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara”*.

non è risarcibile il c.d. danno curriculare (e cioè quello derivante da mancato arricchimento del *curriculum* professionale), perché non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

Su tale profilo, si è avvertito⁵⁸ che la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale è astrattamente ammissibile anche in presenza della legittimità della revoca della gara di appalto; tuttavia, a tal fine, deve venire in considerazione un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza dell'amministrazione che, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere alla revoca della gara, non ha invece provveduto a tanto, ingenerando nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione della gara.

1.7. Forme di giustizia domestica: l'autotutela

Anche qualora sia intervenuta l'aggiudicazione, non è precluso alla stazione appaltante esercitare il potere di riesame ed intervenire in autotutela (come previsto dal comma 8 del divisato art. 32)⁵⁹.

Vuol dirsi che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente⁶⁰, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21/04/2016, n. 1599.

⁵⁹ Per una ricostruzione sistematica sul tema, cfr. FUOCO B., *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti ad evidenza pubblica*, Maggioli, 2009.

⁶⁰ La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è, difatti, correttamente qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza non riconosce all'aggiudicatario

stessa amministrazione e del privato di concludere il contratto (manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso alla stessa amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

L'immanenza nell'ordinamento del potere di autotutela della pubblica amministrazione trova fondamento: a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire; b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara) è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso⁶¹; c) nell'art. 32, comma 8, del codice dei contratti⁶².

Del resto, a prescindere da un'espressa previsione del bando, alla stazione appaltante spetta la verifica della legittimità delle operazioni della commissione⁶³; né è precluso alla stessa di procedere alla revoca od all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario⁶⁴. Anzi,

provvisorio lo speciale indennizzo *ex art. 21 quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990 (così, T.A.R. Toscana, sez. I, 5/08/2016, n. 1309).

⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 12/02/2010, n. 743.

⁶² Cons. Stato, sez. V, 23/05/2011, n. 3078.

⁶³ Conseguentemente, lì dove la stazione appaltante rilevi, in un momento successivo alla verifica operata dalla commissione, una carenza del possesso dei requisiti speciali di partecipazione prescritti, può legittimamente disporre la decadenza dell'aggiudicazione (così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19/03/2010, n. 4321).

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 30/12/2015, n. 5862; T.A.R. Molise, sez. I, 12/02/2016, n. 73.

l'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative, soprattutto: a) deve interrompere la procedura negoziata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica; b) deve annullare gli atti della gara se il previsto contratto di per sé risulti in contrasto con una norma imperativa⁶⁵.

Anche nel corso dello svolgimento della procedura, la commissione giudicatrice (o il Seggio di gara), fino a quando non perde la disponibilità degli atti di gara (con la loro trasmissione all'organo competente ad approvarli), può rivedere il proprio operato, correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa⁶⁶.

In ogni caso, l'esercizio del potere di riesame deve ancorarsi ad un idoneo supporto motivazionale⁶⁷, comprovante la sussistenza di autonome e attuali ragioni di pubblico interesse, in special modo se incida su interessi che risultano consolidati, per il tempo trascorso dall'emanazione del

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 3/02/2011, n. 780. Con tale decisione si è anche precisato che una domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A. non può essere accolta quando il contratto non sia stato ancora stipulato, qualora una delle parti, anche *in extremis*, abbia rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative, non potendosi, in tal caso, ravvisare un "ragionevole affidamento", giuridicamente tutelato, alla relativa stipula. Di recente il T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 5/08/2016, n. 1621, ha ritenuto legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale un Comune ha disposto l'annullamento di un incarico professionale (nella specie si trattava di un incarico conferito dall'Ente locale ad una società, finalizzato alla valorizzazione e alla cura dei luoghi di culto nel territorio comunale), che sia motivato con riferimento al fatto che il relativo contratto è stato più volte automaticamente e direttamente prorogato in favore della società stessa, senza alcuna preventiva indagine di mercato, posto che il divieto di rinnovo tacito ed espresso dei contratti pubblici è diretta espressione dei principi di tutela della concorrenza di derivazione europea.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24/05/2002, n. 2863, in cui si precisa che detta facoltà, sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa, è configurabile, altresì, come dovere ed è espressione del potere di autotutela spettante anche agli organi straordinari della pubblica amministrazione, quali, appunto, le commissioni di gara.

⁶⁷ Sull'obbligo di un'adeguata motivazione, Cons. Stato, sez. V, 6/10/2015, n. 4654; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 5/09/2016, n. 9543.

provvedimento annullato e per l'affidamento sulla sua legittimità ingenerato nei suoi destinatari; di converso non occorre la presenza di tali ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento sia stato avvertito dei rischi di illegittimità⁶⁸.

Analogamente, la revoca, l'annullamento o il ritiro di un bando, non ancora pubblicato, sono sempre possibili, anche senza l'esternazione di particolari ragioni di pubblico interesse⁶⁹.

L'autotutela non deve necessariamente riguardare l'intera procedura⁷⁰.

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento, così come può riguardare anche una clausola della *lex specialis* qualora la stessa risulti comunque idonea a produrre i propri effetti tipici⁷¹.

Lo *ius poenitendi* può riguardare la fase di indizione, la fase di valutazione, la fase decisoria di approvazione degli atti.

Diversi sono i presupposti e le conseguenze.

Ove l'amministrazione decida di rimuovere, in autotutela, la proposta di aggiudicazione, non si impone una preventiva comunicazione di avvio

⁶⁸ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 20/02/2014, n. 781.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25/05/2011, n. 3139, secondo cui, in riferimento agli atti indittivi della gara, qualsiasi rettifica del contenuto del bando resta priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti ove non sia stata portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando; la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante non può costituire forma giuridicamente idonea di conoscenza.

⁷⁰ Sull'ipotesi in cui si è ritenuto legittimo l'annullamento dell'intera procedura, cfr. Cons. Stato, sez. V, 19/08/2011, 4793. Si veda, anche Cons. Stato, sez. VI, 4/09/2014, n. 4514.

⁷¹ Cons. Stato, sez. III, 17/08/2011, n. 4792.

del relativo procedimento⁷²; diversamente, se l'autotutela concerne l'atto di aggiudicazione, si impone la preventiva comunicazione di avvio del procedimento, onde consentire all'aggiudicatario di presentare memorie e documenti che la stessa amministrazione ha l'obbligo di valutare⁷³.

In ordine alle condizioni legittimanti l'esercizio del potere di riesame, la casistica è vastissima.

Ad esempio, si è ritenuta⁷⁴ illegittima la revoca della procedura di gara, motivata con riferimento alla possibilità di provvedere alla gestione diretta, da parte degli uffici comunali, dei servizi per i quali è stata indetta la gara ma senza alcuna previsione circa l'impatto sulle competenze e gli assetti gestionali interni e senza alcuna stima circa la compatibilità con le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili; si è anche sanzionata la revoca dell'aggiudicazione di una gara motivata con riferimento al contenzioso giurisdizionale che era sorto⁷⁵.

Sull'opposto crinale, si è sancito che la mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara; tale ritiro rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del

⁷² T.A.R. Toscana, sez. I, 30/03/2015, n. 546; Cons. Stato, sez. III, 27/11/2014, n. 5877.

⁷³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12/01/2016, n. 67: *“In presenza di un provvedimento di aggiudicazione, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica”*.

⁷⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 22/03/2010, n. 4489.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. V, 19/05/2016, n. 2095.

contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria⁷⁶.

Anche ragioni di risparmio della spesa possono addursi a suffragio della revoca⁷⁷.

In caso di revoca assume rilievo (come scolpito dal dettato normativo: art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990) la corresponsione di un indennizzo⁷⁸, anche se non produce effetti viziati la non contestuale determinazione dello stesso⁷⁹.

L'indennizzo (nei limiti del c.d. interesse negativo⁸⁰) spetta sempre che la revoca sia legittima, altrimenti vi sarebbe materia per il risarcimento.

Diversa, infine, è l'ipotesi in cui un atto di gara sia affetto da un mero errore materiale (*lapsus calami*), dovuto, ad esempio, ad un'errata

⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013; *id.*, sez. V, 21/04/2016, n. 1599, che ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento alla carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico. Sulla revocabilità della gara per sopravvenuto dissesto finanziario, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 11/04/2013, n. 1916.

⁷⁷ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 24/04/2015, n. 1168, ha ritenuto legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture, motivato con riferimento al fatto che il prezzo dei prodotti offerti dalla ditta aggiudicataria era risultato superiore al prezzo praticato dal MEPA, per i medesimi prodotti. In tal caso, infatti, la decisione di annullamento in autotutela evidenziava la non convenienza di procedere all'aggiudicazione con riferimento, da un lato, alla constatazione che il prezzo dei prodotti offerti dalla ditta aggiudicataria era nettamente superiore al prezzo degli stessi indicato dal MEPA, e, dall'altro, alla conseguente opportunità di provvedere ad una rinnovata procedura al fine di ottenere un risparmio economico.

⁷⁸ Secondo Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013, nel caso di legittima revoca della procedura di gara, disposta a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, l'impresa dichiarata aggiudicataria ha diritto ad avere ristorati i «pregiudizi», considerato l'affidamento maturato sulla positiva definizione della gara, ragionevolmente ingeneratosi dopo il conseguimento dell'aggiudicazione provvisoria. In tal caso, tuttavia, la quantificazione dell'indennizzo deve essere limitata alle spese inutilmente sopportate dalla impresa aggiudicataria provvisoria per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa lamentato.

⁷⁹ Atteso che tale mancata previsione non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti.

trascrizione dei punteggi attribuiti in fase di valutazione. In tale eventualità, è sufficiente una determina con cui l'organo competente **rettifica** il precedente provvedimento, non dovendo esternare particolari ragioni di pubblico interesse né garantire il contraddittorio procedimentale⁸¹.

Caratterizzata da autonomi presupposti è la **revoca-decadenza**, configurabile nell'ipotesi di inadempienza da parte dell'impresa aggiudicataria. In proposito, si è ritenuto legittimo il provvedimento di decadenza motivato dal fatto che la ditta interessata non si era presentata nel giorno e nell'ora fissati per la sottoscrizione del contratto di appalto, senza addurre, al riguardo, alcuna seria giustificazione⁸².

Distinto, per presupposti e condizioni, è il potere contemplato dall'art. 95, comma 12, del c.d.c. (la cui formulazione riproduce pressoché pedissequamente quella di cui all'art. 81, comma 3, del precedente codice), in virtù del quale **le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea** in relazione all'oggetto del contratto⁸³.

Ragion per cui può ancora ribadirsi che nelle gare di appalto, la stazione appaltante, in aggiunta all'ordinaria autotutela, ha il potere di non aggiudicare l'appalto, qualora ritenga che le offerte presentate non siano convenienti o idonee; in tale ipotesi, la mancata aggiudicazione del contratto non deriva dai vizi che inficiano gli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante né da una rivalutazione dell'interesse pubblico che con

⁸⁰ Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013.

⁸¹ *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 23/07/2003, n. 9659.

⁸² T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3/09/2014, n. 2242.

⁸³ Cons. Stato, sez. III, 4/09/2013, n. 4433, in cui si sottolinea che il potere della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione definitiva ha un carattere amplissimo, stante un'ampia gamma di poteri circa la possibilità di non procedere all'aggiudicazione del contratto per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse.

essi si voleva perseguire, ma dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis*, non sono ritenute idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara⁸⁴. Ad esempio, può, accadere, che tra le imprese rimaste in gara la “migliore” preveda un ribasso esiguo rispetto a quello normalmente formulato per la tipologia del contratto appaltando o che tra le diverse proposte pervenute nessuna risulti pienamente soddisfattiva delle esigenze poste a base della procedura di gara.

È, invece, innovativa (anche se certamente discutibile, posto che il perseguimento dell’interesse pubblico non può essere pregiudicato dal mancato richiamo in sede di *lex specialis* di una facoltà normativamente contemplata) la previsione (di cui al secondo periodo del citato comma 12) in virtù della quale la predetta facoltà deve essere prevista nel bando o nella lettera di invito. In ogni caso, il potere di negare l’approvazione dell’aggiudicazione (che si radica in specifiche ragioni di pubblico interesse) non trova ostacoli nell’esistenza dell’avvenuta aggiudicazione (anche se definitiva)⁸⁵.

Il diniego di approvazione ha natura provvedimentale, costituendo esercizio di potere discrezionale e autoritativo, a fronte del quale le posizioni soggettive dei privati hanno consistenza di interessi legittimi, tutelabili innanzi al giudice amministrativo⁸⁶.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 7/06/2013, n. 3125; *id.*, 28/07/2015, n. 3721. Con tale decisione si è anche precisato che nel caso in cui la mancata aggiudicazione all’unica concorrente rimasta in gara sia dovuta a valutazioni di non convenienza dell’offerta, non sussistono i presupposti per farsi luogo a qualsivoglia forma di risarcimento del danno.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 17/03/2010, n. 1554.

1.8. Lo stand still period

Il nuovo codice reca novità anche in tema di periodo di sospensione.

La stipula del contratto, infatti, non può avvenire prima del decorso del termine di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione dell'esito della gara, al fine di evitare l'inizio della prestazione contrattuale prima dell'esaurirsi dei rimedi impugnatori.

In particolare, considerato che ai sensi del d. lgs. n. 104/2010, il termine di impugnazione degli atti di gara è dimezzato (30 giorni) e che non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la previsione del periodo di sospensione è finalizzata ad addivenire alla stipula del contratto una volta che gli atti di gara abbiano superato il vaglio giustiziale ovvero siano rimasti inoppugnati.

In tale ottica, il periodo di sospensione subisce un ulteriore differimento (di venti giorni) laddove il mezzo impugnatorio sia accompagnato dalla richiesta di una misura cautelare (*recte*: sospensione dell'efficacia degli atti impugnati), posto che, in tale ipotesi, occorre attendere anche la conclusione della fase cautelare (in primo grado), con la pubblicazione dell'ordinanza o del dispositivo della sentenza.

Al contempo va precisato che l'eventuale violazione della clausola di *stand still* non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina la sua invalidità⁸⁷, assumendo, tuttavia, riflessi sanzionatori, ai sensi degli artt. 123 e ss. del codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104/2010)⁸⁸.

Su tale profilo la novità è connessa all'aumento delle ipotesi di deroga all'applicazione dello *stand still*; accanto a quelle già conosciute

⁸⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 13/04/2010, n. 6643.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 23/03/2015, n. 1565; T.A.R. Umbria, 2/08/2014, n. 427.

⁸⁸ Cons. Stato, sez. III, 3/07/2013, n. 3568.

(l'ammissione a gara o la presentazione di una sola offerta⁸⁹, procedure di adesione di un accordo quadro o quelle effettuate mediante mercato elettronico), vengono esclusi⁹⁰ gli affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) e b), concernenti, rispettivamente, gli affidamenti diretti e quelli sotto soglia comunitaria (con invito rivolto ad almeno cinque operatori)⁹¹.

Invero, la deroga allo *stand still* in caso di affidamento diretto sembra una superfetazione, visto che esso non è preceduto da una procedura selettiva, bensì, eventualmente, dalla più semplificata attività di acquisizione di preventivi, anche alla stregua delle Linee guida dettate dall'ANAC.

⁸⁹ Purché non sia stato impugnato l'atto indittivo della procedura, eventualmente contestando clausole ritenute impropriamente preclusive della più ampia partecipazione.

⁹⁰ Dal comma 10, dell'art. 32.

⁹¹ Trattasi di una previsione di semplificazione, a fronte di procedure caratterizzate da un regime derogatorio rispetto al modello ordinario, seppur non disancorato dal rispetto dei principi che sottendono l'attività contrattuale della P.A., come declinati nell'art. 30 del codice.