

Francesco Russo

SENTENZE APPALTI

RASSEGNA SISTEMATICA E RAGIONATA
DI GIURISPRUDENZA IN TEMA DI APPALTI
E CONTRATTI PUBBLICI

RINGRAZIAMENTI

L'Autore ringrazia:

- l'Editore dott. Dino DE PAOLIS, per la fiducia riposta nel progetto;
- l'Avv. Francesco DAL PIAZ, l'Avv. Giuseppe MESCIA, l'Avv. Stefania NARISSI e l'Avv. Michelangelo RUSSO, per il supporto professionale e personale;
- il Comitato scientifico e redazionale di *Sentenzeappalti.it* per l'ausilio nella ricerca;
- la Redazione di Legislazione Tecnica per la puntuale collaborazione.

© Copyright Legislazione Tecnica 2020

La riproduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo, nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2020 da
Stabilimento Tipolitografico Ugo Quintily S.p.A.
Viale Enrico Ortolani 149/151 – Zona industriale di Acilia – 00125 Roma

Legislazione Tecnica S.r.L.
00144 Roma, Via dell'Architettura 16

Servizio Clienti
Tel. 06/5921743 – Fax 06/5921068
servizio.clienti@legislazionetecnica.it

Portale informativo: www.legislazionetecnica.it
Shop: ltshop.legislazionetecnica.it

Il contenuto del testo è frutto dell'esperienza dell'Autore, di un'accurata analisi della normativa e della pertinente giurisprudenza. Le opinioni contenute nel testo sono quelle dell'Autore, in nessun caso responsabile per il loro utilizzo. Il lettore utilizza il contenuto del testo a proprio rischio, ritenendo indenne l'Autore da qualsiasi pretesa risarcitoria. I testi normativi riportati sono stati elaborati e controllati con scrupolosa attenzione. Sono sempre peraltro possibili inesattezze od omissioni, ma che non possono comportare responsabilità dell'Editore.

INDICE

A - PRINCIPI COMUNI	9
Inquadramento giuridico	9
Punto della giurisprudenza	10
A.I. Evidenza pubblica e trasparenza	10
A.II. Conflitto di interesse	12
B - RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO	14
Inquadramento giuridico	14
Punto della giurisprudenza	18
B.I. Compatibilità del RUP a membro o presidente della commissione giudicatrice	18
B.II. Nomina del RUP	25
B.III. Compiti del RUP in via generale e residuale	27
B.IV. RUP e verifica di anomalia dell'offerta	30
C - COMMISSIONE GIUDICATRICE	33
Inquadramento giuridico	33
Punto della giurisprudenza	34
C.I. Nomina della commissione giudicatrice	34
C.II. Compiti della commissione giudicatrice	36
C.III. Svolgimento delle operazioni di gara della commissione	37
C.IV. Compatibilità dei commissari	40
C.V. Competenza dei commissari	49
C.VI. Compensi dei commissari di gara	51
D - PREPARAZIONE E INDIZIONE DELLA GARA	53
Inquadramento giuridico	53
Punto della giurisprudenza	54
D.I. Bando, disciplinare, avvisi e facsimile	54
D.II. Clausola sociale	55
D.III. Determinazione del valore di gara	59
D.IV. Requisiti di partecipazione	60
D.V. Criteri di aggiudicazione	62
D.VI. Criteri di valutazione	62
D.VII. Suddivisione in lotti	65
D.VIII. Sopralluogo	69

E - CONTRATTI SOTTO SOGLIA	74
Inquadramento giuridico	74
Punto della giurisprudenza	79
E.I. Principio di rotazione: inquadramento e applicazione	79
E.II. Principio di rotazione (interpretazione restrittiva): divieto di invito e di affidamento al contraente uscente	87
E.III. Principio di rotazione (interpretazione estensiva): possibilità di invito ed affidamento al contraente uscente	90
E.IV. Affidamento diretto sotto soglia	97
E.V. Procedure di affidamento sotto soglia	98
E.VI. Requisiti di partecipazione per affidamento di contratti sotto soglia	101
E.VII. Oneri di sicurezza nei contratti sotto soglia	102
F - SERVIZI DI INGEGNERIA ED ARCHITETTURA	104
Inquadramento giuridico	104
Punto della giurisprudenza	109
F.I. Corrispettivi a base di gara per affidamento dei SIA	109
F.II. Soggetti ammessi alle gare per affidamento di SIA	111
F.III. Requisiti di partecipazione alle gare per affidamento di SIA	113
F.IV. Partecipazione di un giovane professionista	114
G - OPERATORI ECONOMICI E RAGGRUPPAMENTI	116
Inquadramento giuridico	116
Punto della giurisprudenza	118
G.I. Operatori economici singoli e raggruppamenti	118
G.II. Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI): tipologia orizzontale, verticale e mista	120
G.III. Raggruppamenti temporanei di imprese: modifiche in corso di qualificazione, di gara ed in fase di esecuzione	125
G.IV. Raggruppamenti temporanei di imprese: requisiti, quote di partecipazione e quote di esecuzione	129
G.V. Raggruppamenti temporanei di professionisti	134
G.VI. Raggruppamenti: adempimenti in sede di gara	136
G.VII. Consorzi	137
G.VIII. Cessione o affitto di ramo d'azienda	142
G.IX. Imprese cooptate	145

H - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E CRITERI DI SELEZIONE	147
Inquadramento giuridico	147
Punto della giurisprudenza	148
H.I. Requisiti di ordine generale	148
H.II. Iscrizione camera di commercio	150
H.III. Iscrizione Albo nazionale gestori ambientali	151
H.IV. Regolarità contributiva e fiscale	155
H.V. Gravi illeciti professionali	165
H.VI. Collegamento sostanziale	188
H.VII. Informativa antimafia	190
H.VIII. White List	200
H.IX. Requisiti di ordine speciale	202
H.X. Capacità tecnica e professionale	206
H.XI. Servizi analoghi	207
H.XII. Copertura assicurativa	209
H.XIII. Capacità economica e finanziaria	213
H.XIV. SOA e qualificazione	213
H.XV. Verifica dei requisiti	219
I - AVVALIMENTO E SUBAPPALTO	224
Inquadramento giuridico	224
Punto della giurisprudenza	227
I.I. Natura, portata e finalità del contratto di avvalimento	227
I.II. Avvalimento: sostituzione dell'impresa ausiliaria	236
I.III. Avvalimento dei requisiti di partecipazione	237
I.IV. Avvalimento di garanzia	240
I.V. Avvalimento infragruppo	243
I.VI. Avvalimento in caso di soa, certificazioni, iscrizioni ad albi	245
I.VII. Subappalto	248
L - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO	259
Inquadramento giuridico	259
Punto della giurisprudenza	261
L.I. Sedute di gara	261
L.II. Soccorso istruttorio: inquadramento generale	264
L.III. Soccorso istruttorio: documentazione e adempimenti vari	271
L.IV. Soccorso istruttorio: requisiti di ordine generale	286
L.V. Soccorso istruttorio: offerta tecnica	288
L.VI. Soccorso istruttorio: offerta economica	291

L.VII. Soccorso istruttorio: costo del lavoro e oneri di sicurezza	300
L.VIII. Cause di esclusione	312
L.IX. Valutazione delle offerte ed operazioni della commissione giudicatrice	317
L.X. Riparametrazione del punteggio	321
L.XI. Verifica di anomalia delle offerte: inquadramento	324
L.XII. Verifica di anomalia: competenza	329
L.XIII. Verifica di anomalia: procedimento	334
L.XIV. Verifica di anomalia: elementi di giudizio e motivazione	339
L.XV. Verifica di anomalia: costo del lavoro e oneri di sicurezza	342
L.XVI. Verifica di anomalia: utile d'impresa	347
L.XVII. Valutazione anomalia: sindacabilità	349
L.XVIII. Accesso agli atti: soggetti legittimati	350
L.XIX. Accesso agli atti: rapporti con l'accesso civico generalizzato	351
L.XX. Accesso agli atti: limiti	354
L.XXI. Accesso agli atti: modalità di esercizio	359
L.XXII. Gara telematica	360
L.XXIII. Garanzie	375
M - AGGIUDICAZIONE E STIPULAZIONE DEL CONTRATTO	379
Inquadramento giuridico	379
Punto della giurisprudenza	380
M.I. Aggiudicazione della gara, stipulazione del contratto ed ipotesi dilatorie	380
M.II. Facoltà di non aggiudicazione ed autotutela: annullamento o revoca della gara	384
N - CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO	391
Inquadramento giuridico	391
Punto della giurisprudenza	393
N.I. Valore e durata della concessione	393
N.II. Procedura di affidamento delle concessioni	399
N.III. Piano economico finanziario (PEF)	399
N.IV. Concessioni miste di lavori e forniture	400
N.V. Partenariato pubblico privato	401

O - SETTORI SPECIALI	406
Inquadramento giuridico	406
Punto della giurisprudenza	406
O.I. Settori speciali: nozione e disciplina	406
O.II. Settori speciali: istituti applicabili alle procedure di affidamento	408
P - FORNITURE E SERVIZI INFUNGIBILI	412
Inquadramento giuridico	412
Punto della giurisprudenza	413
Q - CONTENZIOSO	416
Inquadramento giuridico	416
Punto della giurisprudenza	417
Q.I. Contenzioso: legittimazione e interesse ad agire	417
Q.II. Impugnazione delle clausole lesive	419
Q.III. Impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione e di esclusione	422
Q.IV. Responsabilità e risarcimento - Giurisdizione	427
Q.V. Configurabilità danno e risarcimento	429
Q.VI. Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio	436
Q.VII. Arbitrato e transazione	437
Q.VIII. Servizi legali	437
R - ESECUZIONE	440
Inquadramento giuridico	440
Punto della giurisprudenza	440
R.I. Avvio dell'esecuzione	440
R.II. Proroga e rinnovo	441
R.III. Varianti e soluzioni migliorative	443
R.IV. Revisione prezzi	447
R.V. Sospensioni	451
R.VI. Modifiche soggettive	452
R.VII. Contabilità	452
R.VIII. Riserve	455
R.IX. Danni verso terzi	459
R.X. Collaudo e vizi dell'esecuzione	460



**Pagine non disponibili
in anteprima**



H

REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E CRITERI DI SELEZIONE

INQUADRAMENTO GIURIDICO

Requisiti di carattere generale

Per la partecipazione alle procedure disciplinate dal D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) è richiesto in capo agli operatori economici il possesso di specifici requisiti, i quali dovranno essere conservati senza soluzione di continuità anche nel corso dell'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione. Trattasi in particolare dei requisiti cosiddetti di carattere generale, attualmente rubricati nel Codice come “*motivi di esclusione*” (art. 80, D. Leg.vo 50/2016) e dei “*criteri di selezione*” (art. 83, dello stesso decreto) che riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali.

Occorre in particolare considerare che nell'individuazione dei criteri di selezione le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, nonché di pubblicità.

Tali criteri devono essere funzionali affinché l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni garantiscano la qualità delle prestazioni e si svolgano nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, fermo restando che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Gravi illeciti professionali

Va preliminarmente segnalato che in materia sono state adottate apposite Linee guida ANAC n. 6, di attuazione del D. Leg.vo 50/2016, recanti “*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*” (approvate dal consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1293 del 16/11/2016 ed aggiornate al

D. Leg.vo 19 aprile 2017, n. 56 – c.d. “*Correttivo*” – con Deliberazione del consiglio n. 1008 dell’11/10/2017).

In particolare, al fine di pervenire all’individuazione dei mezzi di prova adeguati, l’Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza, nell’ottica di assicurare l’adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici. Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle Linee guida n. 6 non dà luogo all’esclusione automatica del concorrente, ma comporta l’obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell’esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel citato documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida ANAC n. 6, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi.

Secondo le Linee guida ANAC n. 6 rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico-professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti anzidetti, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell’esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito.

PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA

H.I. REQUISITI DI ORDINE GENERALE

H.I.1. Consiglio di Stato, 25/09/2017, n. 4470

Requisiti di partecipazione - Principio di continuità - Comporta il possesso durante l’intero ciclo dell’appalto.

Il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione si impone non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell’impresa di presentare un’offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell’instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all’adempimento dell’obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la PA.

Quando la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posi-

zione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

[NOTE] Consiglio di Stato, A.P., 20/07/2015, n. 8.

[RIF. NORM.] Art. 80, D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50.

H.I.2. Consiglio di Stato, 23/11/2016, n. 4923

Requisiti di partecipazione - Clausole escludenti - Significato - Previsioni che precludono la partecipazione alla gara - Conseguenza - Immediata impugnabilità.

In tema di procedure per l'affidamento di un appalto pubblico, sono considerate clausole escludenti le previsioni che precludono la partecipazione alla gara pubblica e che in quanto tali sono immediatamente impugnabili. Rientrano in tale categoria le previsioni che: i) introducono situazioni di fatto la carenza delle quali determina in via immediata e diretta l'effetto escludente; ii) richiedono in modo univoco requisiti soggettivi di partecipazione arbitrari e discriminatori; iii) determinano un'eccessiva restrizione all'accesso alla gara, precludendo a priori scelte economiche che l'operatore vorrebbe introdurre nella procedura in un'ottica competitiva. Resta ferma in ogni caso la regola per cui l'operatore non può mirare con la propria impugnativa ad imporre alla stazione appaltante condizioni di maggiore convenienza finanziaria o gestionale.

[RIF. NORM.] Artt. 80, 83, D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50.

H.I.3. TAR Lombardia - Brescia, 14/07/2018, n. 678

Requisiti di partecipazione - Clausole escludenti - Individuazione.

La giurisprudenza amministrativa, a più riprese [1], ha puntualizzato che vanno fatte rientrare nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale [2];
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile [3];
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta [4];
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente [5];

- e) clausole impositive di obblighi *contra ius* [6];
- f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
- g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "*non soggetti a ribasso*" [7].

Le clausole del bando di gara che non rivestono portata escludente, in quanto non immediatamente lesive, possono essere impugnate con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura [8].

[NOTE] [1] Per tutte: Consiglio di Stato, A.P., 26/04/2018, n. 4; cfr. TAR Lazio - Roma, 02/08/2019, n. 10280; Consiglio di Stato, 01/06/2018, n. 2299; TAR Calabria - Catanzaro, 25/09/2018, n. 1628.

[2] TAR Lombardia - Brescia, 14/07/2018, n. 678; Consiglio di Stato, 07/11/2012, n. 5671.

[3] Consiglio di Stato, A.P., 11/06/2001, n. 3.

[4] Consiglio di Stato, 24/02/2003, n. 980.

[5] Consiglio di Stato, 21/11/2011, n. 6135; Consiglio di Stato, 23/01/2015, n. 293.

[6] Ad esempio, cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Consiglio di Stato, 19/02/2003, n. 2222.

[7] Consiglio di Stato, 03/10/2011, n. 5421.

[8] Consiglio di Stato, A.P., 26/04/2018, n. 4; Consiglio di Stato, 27/10/2014, n. 5282.

[RIF. NORM.] Artt. 80, 83, D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50.

H.II. ISCRIZIONE CAMERA DI COMMERCIO

H.II.1. TAR Campania - Napoli, 23/11/2017, n. 5516

Requisiti di ordine generale - Iscrizione nel registro delle imprese per l'attività oggetto dell'appalto - Ratio - Ipotesi di RTI.

La necessità che le imprese partecipanti alla gara siano iscritte nel registro delle imprese per un'attività coerente con quella dedotta nella gara serve a dimostrare che le aziende che intendono partecipare alla gara siano dotate di un'esperienza specifica nel settore di attività, non bastando a tal fine né l'indicazione dell'oggetto sociale – che potrebbe essere rimasto solo a livello "*potenziale*" senza essersi tradotto nel concreto svolgimento dell'attività – né l'indicazione di un'attività meramente secondaria nella stessa visura camerale [1].

Se l'iscrizione al registro delle imprese serve, quindi, a dimostrare il concreto



**Pagine non disponibili
in anteprima**



M.II. FACOLTÀ DI NON AGGIUDICAZIONE ED AUTOTUTELA: ANNULLAMENTO O REVOCA DELLA GARA

M.II.1. Consiglio di Stato, 27/11/2018, n. 6725

Facoltà di non aggiudicazione - Presupposti - Responsabilità pre-contrattuale - Risarcimento danni.

La facoltà di non aggiudicazione rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante e la decisione è conseguenza di un apprezzamento di merito riservato a quest'ultima, sindacabile in sede giurisdizionale solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti [1]. Si tratta di un giudizio di convenienza sul futuro contratto, che, come già rilevato in diversi precedenti giurisprudenziali, “*consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampio di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara*” [2]. Condivisibile è altresì l'affermazione giurisprudenziale ulteriore per la quale il giudizio della stazione appaltante va adeguatamente motivato, dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione [3], allo scopo di rendere palesi i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta [4].

Parimenti, va respinta la domanda risarcitoria da responsabilità pre-contrattuale [...] non vi è infatti alcun ragionevole affidamento che la società potesse nutrire nella conclusione del contratto anche dopo la proposta di aggiudicazione, né vi è alcuna ingiustificata interruzione delle trattative ex art. 1337 Cod. civ. o colpevole recesso da parte della stazione appaltante, e nemmeno è riscontrabile la violazione del dovere di correttezza che deve improntare l'agire della Pubblica Amministrazione [5].

[NOTE] [1] Consiglio di Stato, 31/05/2007, n. 2838.

[2] Consiglio di Stato, 04/09/2013, n. 4433.

[3] Consiglio di Stato, 11/06/2013, n. 3215; Consiglio di Stato, 20/04/2015, n. 1994.

[4] Consiglio di Stato, 10/08/2016, n. 3599.

[5] Sui presupposti della responsabilità pre-contrattuale nella materia delle pubbliche gare cfr., *ex multis*: Consiglio di Stato, A.P., 04/05/2018, n. 5.

[RIF. NORM.] Artt. 30, 32, D. Leg.vo 50/2016.

M.II.2. Consiglio di Stato, 06/08/2019, n. 5597

Aggiudicazione - Revoca della gara per sopravvenute difficoltà economiche della stazione appaltante - Aggiudicatario - Indennizzo - Non configurabile.

Motivazioni di carattere finanziario, ed in particolare sopravvenute difficoltà economiche, possono indubbiamente costituire valide ragioni di revoca degli atti di una gara [1] e ciò vieppiù a dirsi rispetto a manifestazioni di *ius poenitendi* che non impattano su una situazione di affidamento qualificato, quale quello espresso dall'aggiudicazione definitiva, qui non in rilievo. [...]

Non è configurabile un indennizzo ex art. 21-*quinquies* della Legge 241/1990. La concorde giurisprudenza amministrativa nega, in mancanza di un'aggiudicazione definitiva, la configurabilità dell'indennizzo ex art. 21-*quinquies*, Legge 241/1990 [...] la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento [2].

[NOTE] [1] Conforme, *ex multis*: Consiglio di Stato, 29/07/2015, n. 3748; Consiglio di Stato, 26/09/2013, n. 4809.

[2] La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della Legge 241/1990: *ex aliis*: Consiglio di Stato, 09/11/2018, n. 6323; Consiglio di Stato, 07/07/2017, n. 3359; Consiglio di Stato, 20/04/2016, n. 1559; Consiglio di Stato, 04/09/2013, n. 4433; Consiglio di Stato, 20/08/2013, n. 418.

[RIF. NORM.] Art. 32, D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50.

M.II.3. Consiglio di Stato, 01/04/2019, n. 2123

Aggiudicazione - Revoca - In caso di tentativo di condizionare indebitamente la stazione appaltante - Presupposti - Legittimità.

Non vi sono dubbi circa la sussistenza del potere discrezionale della stazione appaltante di revocare l'aggiudicazione definitiva in relazione all'emersione di un interesse pubblico concreto derivante dalla conoscenza di circostanze, risultanti dalle indagini penali, nel caso in cui questi riguardano specificamente una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato. Il tentativo di condizionare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante ben può essere azionato attraverso:

- la fornitura di informazioni che siano false, fuorvianti o comunque oggettivamente suscettibili di indirizzare le decisioni sull'aggiudicazione; ovvero
- l'omissione delle necessarie dovute informazioni ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Tali comportamenti costituiscono fattori di deviazione del procedimento di gara dai canoni della imparzialità e del buon andamento ed inficiano l'intero procedimento di gara. Non a caso infatti tali fattispecie costituiscono un illecito, tipizzato anche dall'art. 80, comma 5, lett. c) del T.U. del Codice dei contratti di cui al D. Leg.vo 50/2016, ai fini delle future esclusioni dalla gara.

In tali ipotesi, qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara. [...] Il potere di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa

da parte della stessa amministrazione procedente, sussiste anche dopo l'aggiudicazione della gara (ed anche nel caso in cui è intervenuta la stipulazione del contratto con conseguente inefficacia di quest'ultimo) [1].

[NOTE] [1] Sul punto: Consiglio di Stato, 22/03/2017, n. 1310.

[RIF. NORM.] Artt. 30, 32, D. Leg.vo 18/04/2016, n. 50.

M.II.4. Consiglio di Stato, 23/04/2019, n. 2614

Aggiudicazione - Annullamento - Conoscenza dei vizi della gara da parte dell'aggiudicatario - Legittimo affidamento - Non configurabilità - Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante - Non sussiste.

Non è tutelabile alcun legittimo affidamento in capo [all'impresa] che, ben conscia dell'identico vizio, reiterato, che affliggeva le due procedure, non ne ha mai fatto constare all'amministrazione procedente l'illegittimità, ma anzi l'ha più volte sollecitata a concludere rapidamente le procedure di evidenza pubblica in radice viziate, salvo poi richiedere opportunisticamente il risarcimento del danno per lesione della propria libertà contrattuale una volta intervenuto, seppure dopo diverso tempo, l'annullamento delle gare in autotutela e dopo essersi aggiudicata, per sua espressa ammissione, i servizi all'esito delle nuove gare bandite dall'azienda (almeno per alcuni lotti).

Simili strategie opportunistiche, contrarie all'obbligo di diligenza che grava anche sul privato asserritamente creditore, non sono però tutelabili e tutelate dall'art. 1337 c.c., in quanto il fondamento della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, a prescindere qui da ogni controversa questione sul suo corretto inquadramento dogmatico, sta in un rapporto di correttezza e di collaborazione, tra il soggetto pubblico e quello privato, che non è mai unidirezionale, ma sempre mutuo e scambievole, considerando che nell'ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'amministrazione.

[NOTE] Su tutte: Consiglio di Stato, A.P., 04/05/2018, n. 5.

[RIF. NORM.] Artt. 30 e 32, D. Leg.vo 50/2016

M.II.5. Consiglio di Stato, 11/01/2018, n. 136

Autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria - Comunicazione di avvio del procedimento.

Secondo l'orientamento consolidato la stazione appaltante che si determini al ritiro, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ex art. 7, Legge 7 agosto 1990, n. 241, al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atto endoprocedimentale interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale.