



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO  
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA  
DELLA REGIONE SICILIANA

**PALERMO – 21 LUGLIO 2020**

Laboratorio

# **I PRINCIPALI ATTI DI GARA**

## **Analisi di casi concreti e rassegna giurisprudenziale**

**Avv. Grazia Nadia Emanuele**



Unione Europea  
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana  
Assessorato dell'Istruzione e  
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO  
**SICILIA 2020**  
PROGRAMMA OPERATIVO



**FormezPA**

## Tipologie di atti amministrativi correlati alle procedure di affidamento

- Atti amministrativi con valenza provvedimento (aggiudicazione) e non provvedimento (verbale operazioni gara).
- Atti relativi alla fase preliminare all'avvio delle procedure (verbali di validazione).
- Atti per sviluppo procedure (determinazione a contrarre, verbali, provvedimenti esclusione, determinazione di aggiudicazione, determinazione affidamento diretto).

# VERBALI RELATIVI ALLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO

- Verbali relativi alla **fase di ammissione alla procedura di gara** (in caso di procedure semplificate, relativi alla fase derivate dalla sollecitazione a manifestare interesse, compreso sorteggio).
- Verbali relativi a **valutazione offerte** (focus su parti di giudizio offerte, con attenzione per segreti commerciali).
- Verbali relativi a verifica anomalia (Rup).



# PROVVEDIMENTI DI AMMISSIONE E ESCLUSIONE DALLA GARA

- Necessità dei provvedimenti, in quanto il verbale è un atto amministrativo a valenza non provvedimentale.
- Motivazione desunta da processo di riscontro che ha comportato ammissione/esclusione.
- Obbligo di comunicazione ex 76, co. 2-bis



# PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE

- Provvedimento illustrativo del percorso della procedura di affidamento ed esplicativo dell'approvazione della proposta di aggiudicazione (combinazione tra art. 32, co. 5 e 33, co. 1).
- Specificazione dell'eventuale efficacia già acquisita.
- Specificazione degli elementi di raccordo con le procedure contabili (impegno di spesa).

**Le comunicazioni**  
**Ai sensi dell'art. 76 del Codice dei contratti**



**Modalità e tempi**



## **Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)**

*«1. Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, **informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente** delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, **all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione**, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione».*



## Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)

### comma 2-bis.

«Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. (comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), della legge n. 55 del 2019)».



## Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)

### comma 5

«Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni:

- a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati [rectius: a tutti gli offerenti] che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;
- b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi;
- c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati;
- d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma».



## **Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)**

### **comma 6**

*«6. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto».*



# Art. 76. (Informazione dei candidati e degli offerenti)

## Casi concreti



*la giurisprudenza*



## T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 06/12/2018, n.1559

La comunicazione di cui all'art. 76 comma 5 lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce  
all'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

«La comunicazione di cui all'art. 76 comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, che deve essere fatta d'ufficio immediatamente (e comunque non oltre gg. 5) da parte della S.A., nel riferirsi all'«aggiudicazione» (non ulteriormente qualificata), **si riferisce in effetti all'atto conseguente all'approvazione dell'organo competente e non alla «proposta di aggiudicazione» o «aggiudicazione provvisoria» secondo la terminologia del codice previgente.** La proposta di aggiudicazione, peraltro, fa nascere una mera aspettativa in capo all'interessato alla positiva definizione del procedimento stesso, in quanto in essa non si individua il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo per sua natura un'efficacia destinata ad essere superata. Non a caso l'art. 204 del nuovo Codice Appalti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della proposta di aggiudicazione di cui agli artt. 32 e 33 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016».



## T.A.R. Salerno, (Campania) sez. I, 05/11/2018, n.1591

**Gare pubbliche: non è sufficiente la pubblicazione degli esiti della gara sul sito on line della amministrazione ai fini del decorso del termine per impugnare l'aggiudicazione.**

*«Il termine per proporre ricorso avverso l'aggiudicazione decorre dalla comunicazione effettuata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. 50 del 2016 non potendosi ritenere sufficiente la pubblicazione degli esiti della gara sul sito on line della amministrazione» (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 4442 del 23.07.2018).*

## T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo) sez. I, 23/03/2019, n.167

### La mancata comunicazione dell'esclusione dalla gara non ne determina l'illegittimità

«L'obbligo previsto dall'art 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 di comunicare l'avvenuta esclusione, entro un termine non superiore a cinque giorni non contiene alcuna espressa sanzione, e pertanto non può dedursi l'esistenza di un vizio tale da rendere annullabile il provvedimento de qua. La mancanza della comunicazione dell'esclusione dalla gara d'appalto rileva ai soli fini della determinazione della tempestività dell'impugnazione, ma non incide sulla legittimità dell'atto gravato. Lo stesso principio può essere esteso anche alla disposizione di cui al nuovo art. 76, comma 5 d.lgs. 50/2016, il cui contenuto è sostanzialmente sovrapponibile a quello dell'art. 79 d.lgs. 163/2006».

# Analisi caso concreto



## Analisi caso concreto

**Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi del combinato disposto degli art. 36 comma 2 lettera c) e 63 comma 2 lettera c) del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., con le modalità di affidamento di cui all'art. 4 della L.R. 13/2019, eseguita per affidamento di un lavoro con invito alle imprese sorteggiate.**

## Quadro normativo di riferimento

- art. 36 (contratti sotto soglia) comma 2 lettera c);
- 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) comma 2 lettera c) del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.;
- art. 4 della L.R. 13/2019



## Quadro normativo di riferimento

### - art. 36 comma 2 lettera c):

«2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

(...)

**c)** per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la **procedura negoziata di cui all'articolo 63** previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

## Quadro normativo di riferimento

### - art. 63 comma 2 lettera c):

*«2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:*

*...;*

*c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».*

## LA LEGGE REGIONALE N. 13/2019

L'art. 4 L.R. Siciliana n. 13/2019 (collegato alla legge finanziaria regionale 2019) rubricato "*Norme sulle modalità di gara e sui metodi di aggiudicazione dei lavori in Sicilia*", dispone che in Sicilia **per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria (€ 5.548.000)**, nel caso di procedure ordinarie sulla base di un progetto esecutivo, le stazioni appaltanti **devono utilizzare il criterio di aggiudicazione del "minor prezzo"** (a differenza della normativa nazionale, dove tale criterio è alternativo a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa). La relativa formula matematica, ai fini dell'aggiudicazione, è indicata nella stessa disposizione (differente rispetto alla norma nazionale art. 97 comma 2 e 2 bis D.lgs. n. 50/2016).

# LA LEGGE REGIONALE N. 13/2019

## Questione di costituzionalità

Qualche giorno prima che la norma entrasse in vigore (30 settembre 2019), il Consiglio dei Ministri ha impugnato la stessa innanzi alla Corte Costituzionale poiché trattasi di una norma riguardante le gare d'appalto invasiva della competenza esclusiva riconosciuta allo Stato dall'art. 117 Costituzione, in materia di tutela della concorrenza.



# LA LEGGE REGIONALE N. 13/2019

## I motivi dell'incostituzionalità

Secondo il Governo, anche per le Regioni a Statuto Speciale vige la competenza esclusiva statale in materia di appalti, con impossibilità delle singole autonomie regionali, in questo caso la Sicilia, di prevedere delle regole diverse in materia di procedura di gara e criteri di aggiudicazione



## LA LEGGE REGIONALE N. 13/2019

Il Dipartimento reg. tecnico dell'Ass. reg. Infrastrutture con **Circolare prot. n. 189161 del 26 settembre 2019** ha chiarito che l'impugnativa in questione non determina la sospensione dell'efficacia della L.R. n. 13/2019 e, di conseguenza, a decorrere dal 30 settembre la norma sarebbe entrata regolarmente in vigore.



## Il caso concreto...

Pone la questione **dell'annullamento in autotutela** della procedura di gara (fase proposta di aggiudicazione):

- Quali modalità?
- Quali tempi?
- Chi è deputato ad annullare?
- Quali conseguenze / diritti del soggetto proposto quale aggiudicatario?

# Autotutela

## In cosa consiste tale potere della P.A.?

L'autotutela decisoria, introdotta dalla L. 15/2005, consiste nel potere della P.A. di **tornare sulle proprie decisioni in presenza di specifici presupposti richiesti *ex lege***, e può realizzarsi secondo le disposizioni della L. n. 241/1990.

# Autotutela

## In cosa consiste tale potere della P.A.?

L'Amministrazione che esercita i poteri di autotutela sugli atti di gara è tenuta all'osservanza dei presupposti e dei limiti desumibili dalla disciplina generale:

- dell'**annullamento d'ufficio** (art. 21-nonies, L. 241/1990) e
- della **revoca** (art. 21-quinquies, L. 241/1990).

# Autotutela

## Cosa differenzia l'annullamento d'ufficio dalla revoca?

annullamento d'ufficio (art. 21-nonies, L. 241/1990): l'annullamento d'ufficio ha efficacia *ex tunc*, nel senso che elimina retroattivamente gli effetti del provvedimento annullato (atto illegittimo)  
vizio di legittimità (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere)  
interesse pubblico concreto ed attuale  
effetto retroattivo  
entro termine ragionevole (18 mesi)  
tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati

# Autotutela

## Cosa differenzia l'annullamento d'ufficio dalla revoca?

revoca (art. 21-quinquies, L. 241/1990): la revoca è espressione di un'autotutela pubblicistica che incide non su un atto illegittimo, bensì su un atto inopportuno e che, senza cancellare gli effetti già prodotti, impedisce la produzione di effetti ulteriori (efficacia *ex nunc*).

atto di ritiro

con effetto non retroattivo

presuppone non un vizio di legittimità, bensì una nuova valutazione della opportunità del provvedimento ritirato

# Autotutela

La revoca dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (art. 21-quinquies, L. 241/1990):

L'attuale disciplina di cui all'art. 21-quinquies, come riformata dal d.l. 133/2014, prevede che l'Amministrazione possa disporre la revoca di un provvedimento autorizzativo o attributivo di vantaggi economici solo sulla base di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di un mutamento non prevedibile della situazione di fatto, ma non anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

## Autotutela

### Come opera l'annullamento d'ufficio sui provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici?

i provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici possono essere annullati d'ufficio entro un termine ragionevole “**comunque non superiore a diciotto mesi**”.

Tale limite temporale massimo è stato introdotto dalla L. 124/2015, che ha sostituito il termine elastico ancorato al parametro incerto della ragionevolezza con un termine perentorio oltre il quale il provvedimento di annullamento d'ufficio non può essere adottato a pena di illegittimità.

Il Legislatore ha ritenuto di apporre un limite al ripensamento della P.A., così scongiurando il rischio che gli interessi dei privati possano essere eccessivamente sacrificati qualora le ragioni di opportunità successivamente emerse siano riconducibili a precedenti inefficienze istruttorie dell'azione amministrativa.

# Autotutela

## L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

Il potere di autotutela della pubblica amministrazione trova fondamento:

- 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;
- 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 concluso;
- nell'art. 32, comma 8, del codice dei contratti («8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto...»)

## Autotutela

L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

QUALI ATTI POSSONO ESSERE OGGETTO DI RIESAME?

*“tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all’aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela decisoria in funzione di riesame”*

Tale principio è stato consacrato dall’art. 32, comma 8, del codice dei contratti che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell’amministrazione:

***L’amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l’impegno conseguente alla definitiva individuazione dell’aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l’esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005***



# Autotutela

## L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

SI PUO' APPLICARE IL POTERE DI AUTOTUTELA ALLA  
PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE?

Il potere di autotutela della stazione appaltante deve riferirsi a provvedimenti definitivi dell'amministrazione, capaci di ingenerare un affidamento qualificato.



# Autotutela

## L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

### SI PUO' APPLICARE IL POTERE DI AUTOTUTELA ALLA PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE?

la giurisprudenza non riconosce all'aggiudicatario provvisorio lo speciale indennizzo ex art. 21 quinquies, comma 1, l. n. 241/1990.

Resta in ogni caso, la facoltà per la stazione appaltante di adottare atti di ritiro, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (così, **T.A.R. Toscana, sez. I, 05/08/2016, n. 1309**).

# Autotutela

## L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

SI PUO' APPLICARE IL POTERE DI AUTOTUTELA DOPO  
L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA?

Anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un **interesse pubblico individuato in concreto**, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (così, **T.A.R. Campania, sez. I, 3/01/2017, n. 56**).

## Caso Pratico: Revoca

TAR Campania – Napoli, Sez. I, sentenza n. 56 del 3 gennaio 2017

Può l'A.A. non aggiudicare la gara per la non convenienza economica dell'offerta?

*Nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, l'amministrazione appaltante **può** disporre la revoca dell'aggiudicazione stessa, in presenza di un **interesse pubblico individuato in concreto e prevalente**, quale può essere evidentemente la mancanza di risorse economiche adeguate a garantire la fattibilità stessa dell'opera e la sua completa attuazione.*

## Caso Pratico: Revoca

TAR Campania – Napoli, Sez. I, sentenza n. 56 del 3 gennaio 2017

Può l'A.A. non aggiudicare la gara per la non convenienza economica dell'offerta?

*Il TAR in questo caso ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa ovvero per carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico (cfr. CdS, Sez. III, n. 3748/2015; n. 4809/2013; n. 2418/2013)*

**Consiglio di Stato sez. III 07 luglio 2017 n. 3359 / Consiglio di Stato sez. V 02 maggio 2017 n. 1987**

**AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA e revoca della gara: La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non richiede la comunicazione di avvio**

La stazione appaltante, che si determina al ritiro, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ai sensi dell'art. 7, l. 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 attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale; in effetti la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto pubblico non segua quella definitiva è evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all'aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio, e non spetta neppure l'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies, cit. l. n. 241 del 1990 poiché in questo caso si è di fronte al mero ritiro di un provvedimento che, per sua natura, ha efficacia destinata ad essere superata dal provvedimento conclusivo del procedimento, non a una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli, come previsto dalla disposizione sulla indennizzabilità della revoca.



# QUANDO È NECESSARIA LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO?

## TAR CALABRIA, SEZ. I, SENTENZA N. 505 DEL 28.03.2020

La sentenza trae origine dal ricorso di un'associazione sportiva aggiudicataria dell'affidamento della gestione di un impianto che si era vista annullare l'aggiudicazione da parte dell'amministrazione interessata. Il ricorso, tra gli altri motivi di doglianza, sottolineava la violazione del contraddittorio procedimentale e l'incompetenza dell'organo che aveva adottato l'atto di autotutela.



## TAR Calabria, Sez. I, sentenza n. 505 del 28.03.2020

### QUANDO È NECESSARIA LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO?

è consolidato e risalente, in giurisprudenza, l'indirizzo che predica la necessità, tanto in caso di revoca che di annullamento dell'aggiudicazione, della **comunicazione di avvio del relativo procedimento nei confronti dell'aggiudicatario** (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. III, 28/06/2019, n.4461; Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2017, n.5689; id. 10 ottobre 2018, n.5834). Ciò a prescindere dalla qualificazione che, in concreto, si intenda attribuire all'atto di secondo grado, qualora si tratti di provvedimento idoneo a incidere, con effetti caducanti, sulla disposta aggiudicazione della gara.

## TAR Calabria, Sez. I, sentenza n. 505 del 28.03.2020

### Il caso oggetto del giudizio:

Esponde la ricorrente, associazione sportiva, di essere stata l'unica partecipante all'avviso pubblico per l'affidamento – con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – della gestione dell'impianto per il gioco del calcio e che la Commissione, esaminata l'offerta e attribuito il relativo punteggio, ne ha proposto l'aggiudicazione, formalizzata con determina a firma del Dirigente dell'Area Amministrativa e del Responsabile Ufficio Gare.

Di seguito alle elezioni amministrative il nuovo esecutivo, però, ha revocato l'atto di indirizzo adottato dal Commissario prefettizio e si è proceduto, con la determina impugnata, all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

## TAR Calabria, Sez. I, sentenza n. 505 del 28.03.2020

### Il caso oggetto del giudizio: MOTIVI DI RICORSO

- l'erronea qualificazione, contenuta nell'atto di autotutela, della determina annullata d'ufficio (definita "aggiudicazione provvisoria" laddove, invece, trattasi di aggiudicazione tout court), costituirebbe un primo "motivo di illegittimità in sé";
- l'annullamento d'ufficio, non preceduto dalla comunicazione di avvio, investendo l'aggiudicazione (definitiva) dell'appalto, sarebbe illegittimo;
- il provvedimento di secondo grado impugnato sarebbe viziato da manifesta incompetenza essendo stato adottato da organo diverso – e comunque incompetente (il RUP) – da quello che ha disposto l'aggiudicazione della gara (il Dirigente dell'Area Amministrativa e la Responsabile dell'Ufficio Gare e Contratti);
- altra ragione di illegittimità sarebbe costituita dalla circostanza che l'atto di autotutela sarebbe riconducibile alla specie della revoca, come evincibile dalla motivazione, e non dell'annullamento d'ufficio.



## **TAR Calabria, Sez. I, sentenza n. 505 del 28.03.2020**

### **Il caso oggetto del giudizio: COME HA DECISO IL TAR**

Il ricorso è fondato sotto gli assorbenti profili della violazione del contraddittorio procedimentale (motivo di ricorso sub 2) e dell'incompetenza dell'organo che ha adottato l'atto di autotutela (motivo sub 3).

## TAR Calabria, Sez. I, sentenza n. 505 del 28.03.2020

### CHI DEVE ADOTTARE L'ATTO DI AUTOTUTELA?

Sul soggetto deputato ad adottare l'atto: DIRIGENTE E NON IL RUP

«...deve condividersi l'argomentazione prospettata dalla ricorrente, la quale correttamente richiama il disposto di cui al terzo comma dell'art. 31 del codice dei pubblici contratti e dell'art. 107 del d.lgs 267/2000, sussistendo **la riserva al Dirigente del settore – e non al R.U.P. – della competenza all'emanazione degli atti a rilevanza esterna** quando, come nel caso che occupa, assumano **valenza decisoria**. Del resto neppure può ipotizzarsi che la persona fisica nominata R.U.P. abbia agito in tale ultima veste dirigenziale atteso che, come pure comprovato dalla ricorrente associazione, la dirigenza ad interim dell'Ufficio Gare e Contratti è stata conferita dal Sindaco ad altra persona e confermata fino al 31/12/2019».



# CHI DEVE ADOTTARE L'ATTO DI AUTOTUTELA?

## TAR CALABRIA (SEZIONE PRIMA) 28/03/2020 N. 505

in virtù del combinato disposto degli artt. 31, comma 3, del Dlgs. 50/2016 e 107 del D.lgs. 267/2000 (Funzioni e responsabilità della dirigenza), risulta in capo al Dirigente e non al RUP (salvo naturalmente che tale ruolo non coincida con quello dirigenziale). Gli atti di autotutela sono infatti **atti a rilevanza esterna con valenza decisoria di competenza dirigenziale** e, rientrando nell'ambito delle competenze del soggetto con poteri gestionali, non possono essere adottati se non da chi ha quegli specifici poteri



## In ogni caso dobbiamo sapere che...

### **Ai sensi dell'ART. 95, COMMA 12, del Codice**

Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione

- se nessuna risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

In tale ipotesi, la mancata aggiudicazione del contratto 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 gara. 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.

## QUALI CONSEGUENZE NEI CONFRONTI DELL'AGGIUDICATARIO?

### RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE: QUANDO SI CONFIGURA?

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, tale tipo di responsabilità non si configura fino a quando la procedura selettiva non si esaurisce con l'aggiudicazione, che individua il soggetto possibile contraente; pertanto, la **responsabilità precontrattuale è configurabile solo dopo la conclusione della procedura** e con riguardo al segmento procedimentale successivo all'esito della stessa.

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 pubblicistici.

## DIFFERENZA TRA IL RISARCIMENTO PER MANCATA AGGIUDICAZIONE E LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

**Consiglio di Stato sez. III, 02/04/2019, n.2181 (Annulla Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 125 del 2018)**

«Mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di **responsabilità precontrattuale i danni sono limitati al solo interesse negativo**, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative».

## DANNO RISARCIBILE: LUCRO CESSANTE

**Consiglio di Stato sez. VI, 27/03/2019, n.2036 (Conferma TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 2691/2018)**

*«In caso di mancata aggiudicazione di una gara d'appalto, laddove il ricorrente dimostri che – in mancanza di un provvedimento illegittimo – avrebbe vinto la procedura selettiva – è risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., il lucro cessante nella misura del danno da mancato conseguimento dell'utile che si sarebbe conseguito, oltre al danno cd. curriculare».*

# U.RE.GA.



## UREGA

L'Ufficio Regionale per l'espletamento di Gare per l'appalto dei lavori – UREGA è una struttura tipica dell'ordinamento regionale siciliano.

L'UREGA è disciplinato da un articolo (art. 9) di una legge regionale (la **L.r. n. 12 del 12 luglio 2011**) che recepiva il vecchio codice degli appalti (L. 163/2006), oggi abrogato.

La **Legge Regionale 26 gennaio 2017, n. 1**, ha apportato delle modifiche alla competenza ed al funzionamento dell'UREGA.

La nuova normativa ha introdotto, più in generale, nuove disposizioni in materia di composizione delle commissioni aggiudicatrici per l'espletamento di appalti di servizi e forniture, da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

# UREGA

## Art. 9 L.R. 12/2011

Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori

1. È istituito l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici (UREGA).

2. L'Ufficio è altresì competente per l'espletamento delle procedure in materia di finanza di progetto. Con decreto dell'Assessore regionale per le infrastrutture e la mobilità, previa delibera della Giunta regionale, sono stabilite le modalità di organizzazione interna e funzionamento del predetto Ufficio, per le finalità di cui al presente articolo.

3. L'Ufficio si articola in una sezione centrale avente sede in Palermo, in sezioni provinciali aventi sede nei capoluoghi delle province regionali, costituisce struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità ed è articolato in servizi.

4. La sezione centrale svolge attività di espletamento delle gare d'appalto per le opere di interesse sovra-provinciale con importo a base d'asta superiore a 1.250 migliaia di euro nonché attività di coordinamento delle sezioni provinciali. (...)

## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

La legge dispone, all'articolo 1, comma 3, l'integrale sostituzione dell'articolo 9 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, ed in particolare **riordina l'UREGA** per ciò che riguarda:

- le competenze (estese alle concessioni di lavori pubblici),
- la facoltà da parte delle stazioni appaltanti di potersi avvalere dell'UREGA a prescindere dall'importo di competenza e
- la composizione e le modalità d'istituzione delle commissioni di gara presso ciascuna sezione territoriale e centrale.



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

Sono cambiati anche il procedimento istruttorio delle commissioni territoriali, la competenza delle sezioni territoriali e centrale all'espletamento di gare da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, la composizione e le modalità d'istituzione delle commissioni giudicatrici di gara, organi diversi dalle commissioni di gara, nel caso di procedure da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

Le commissioni giudicatrici hanno l'obbligo di relazionare sullo svolgimento delle operazioni di gara e sulle criticità riscontrate e di operare senza soluzione di continuità.

La competenza all'adozione della proposta di aggiudicazione che viene trasmessa alle stazioni appaltanti è posta in capo alle commissioni di gara.

Il presidente di turno della sezione centrale può, su richiesta del presidente della sezione territoriale competente, affidare ad altra sezione territoriale l'espletamento della gara e le modalità per esercitare tale facoltà.



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

La sezione centrale e quelle territoriali dell'UREGA svolgeranno attività di espletamento delle gare di appalto e di concessione di lavori ed opere che abbiano un importo superiore ad un milione di euro (art. 95, comma 4, lettera a), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

L'UREGA ha, quindi, in linea generale, la competenza per tutti gli appalti di lavori da svolgersi obbligatoriamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre per gli appalti di servizi e forniture attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le modalità di costituzione della commissione aggiudicatrice valgono per qualsiasi importo.

Restano di competenza delle stazioni appaltanti l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e le comunicazioni di cui all'art. 76, c. 5 del D.Lgs. N. 50/2016



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

Per tutte le procedure di gara, comprese quelle da aggiudicarsi con il criterio dell'O.E.P.V., le attività riguardanti il controllo del rispetto dei termini di presentazione offerte, del possesso dei requisiti generali e speciali (solitamente busta A) con eventuale soccorso istruttorio, sono di competenza della commissione di gara.

Invece, la valutazione delle offerte (tecnica ed economica solitamente busta B e C), è attribuita ad una commissione giudicatrice composta da tre componenti e, per ciascun componente titolare, è altresì sorteggiato un supplente, il quale sostituisce il componente titolare esclusivamente nel caso di comprovato impedimento permanente.

Riguardo l'ordine dei lavori delle 2 commissioni, s'inizia con le attività della commissione di gara (busta A), conclusi i lavori s'insedia immediatamente la commissione giudicatrice (busta B e C). Conclusi i lavori, la comm. giudicatrice trasmette alla comm. gara il verbale contenente l'esito dello scrutinio busta A e B, al fine dell'adozione della "proposta di aggiudicazione" da trasmettere alla stazione appaltante. Restano di competenza di quest'ultima l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e le comunicazioni di cui all'art. 76 c. 5 D.lgs. n. 50/2016;

## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

Al fine di accelerare l'iter di valutazione delle offerte (tecnica ed economica), sono state apportate delle modifiche riguardo i componenti della commissione giudicatrice e l'importo da corrispondere a ciascun componente tecnico esterno, correlandolo al numero dei concorrenti ammessi allo scrutinio dell'offerta tecnica e prescindendo dal numero di sedute di gara.

Per il compenso spettante è prevista una riduzione nel caso di ritardo rispetto ai tempi prescritti dalla norma.

Anche gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria continueranno ad essere di competenza UREGA, sino all'attivazione dell'Albo ANAC dei componenti delle commissioni giudicatrici ex art. 78 del D.Lgs. N. 50/2016



## **Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA**

### **Circolare Ass. Reg. Infrastrutture prot. n. 52939**

Con la circolare sono state individuate in maniera analitica le novità introdotte dalla L.R. n. 1/2017, fornendo alcune indicazioni operative.



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

### Circolare Ass. Reg. Infrastrutture prot. n. 52939

Viene chiarita la distinzione tra

- Commissione di gara: che svolge l'attività amministrativa necessaria per lo svolgimento della procedura;
- Commissione giudicatrice: svolge l'attività concernente la valutazione tecnico-economica delle offerte

Tale distinzione è in linea con l'art. 77, comma 1 del D.Lgs. 50/2016 e le Linee Guida ANAC n. 3 (compiti del RUP) e n. 5 (criteri di scelta dei componenti della commissione giudicatrice)

## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

### Circolare Ass. Reg. Infrastrutture prot. n. 52939

In particolare, sulle attività che svolge la Commissione di gara, l'art. 9, comma 20 come modificato prevede che:

*«20. Per tutte le procedure di gara, ivi comprese quelle da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le attività riguardanti il controllo del rispetto dei termini di presentazione delle offerte, delle dichiarazioni, del possesso dei requisiti generali e speciali con l'eventuale soccorso istruttorio, sono svolte dalla competente **commissione di gara**, fatte salve le verifiche a cura della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 81 del decreto legislativo n. 50/2016».*



## Legge Reg. Sicilia n 1/2017 - riforma UREGA

### Circolare Ass. Reg. Infrastrutture prot. n. 52939

In particolare, sulle attività che svolge la Commissione giudicatrice, l'art. 9, comma 22 come modificato prevede che:

*«22. Nel caso di procedura di gara da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una **commissione giudicatrice** composta da tre componenti e, per ciascun componente titolare, è altresì sorteggiato un supplente, il quale sostituisce il componente titolare esclusivamente nel caso di comprovato impedimento permanente. La commissione è così costituita: (...)».*

## Giurisprudenza

**T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. I, 15/12/2011, n.2984**

Atti dell'UREGA - Hanno natura endoprocedimentale.

*«Le determine dirigenziali e i verbali UREGA sono atti privi di natura provvedimento, bensì "mere proposte" di aggiudicazione che devono poi essere approvate dall'organo competente dell'Ente appaltante, secondo quanto è disposto dall'art. 7 ter comma 6, l. n. 109 del 1994 (come introdotto in Sicilia dalla l. reg. n. 7 del 2002), il quale prevede che le sezioni centrale e provinciali dell'U.R.E.G.A. redigono un verbale delle operazioni di gara che viene trasmesso alle amministrazioni appaltanti nonché ai soggetti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria ed il verbale costituisce proposta ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione da parte dell'organo competente dell'amministrazione appaltante».*

## Giurisprudenza

**T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. III, 06/12/2012, n.2568**

UREGA - Non è legittimato passivo.

*«In relazione ad una gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici nella Regione Siciliana, va estromesso dal giudizio l'Assessorato regionale alle Infrastrutture e Mobilità — UREGA, dal momento che tale ufficio non è legittimato passivo rispetto all'impugnazione del provvedimento formale di aggiudicazione definitiva adottato da altro ente, ma svolge solo una funzione endoprocedimentale».*



## Giurisprudenza

**T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. III, 19/06/2012, n.1280**

U.R.E.G.A. – Non va estromesso dal giudizio in caso di domanda risarcitoria anche nei suoi confronti

*«In caso di gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici nella Regione Siciliana, non può procedersi alla estromissione dal giudizio dell'U.R.E.G.A. allorché sia stata proposta domanda risarcitoria anche nei suoi confronti, in quanto è titolare di funzioni di generale supervisore sulla correttezza e della legittimità delle procedure di gara, compresa la verifica dei requisiti soggettivi (al di là dell'esito del controllo a campione)».*

**Grazie per l'attenzione!**

