

I principi che ci salvano

Inutile dirlo, il momento è delicato! Da un lato si sente invocare, a più voci, la sospensione - se non addirittura l'annullamento - del Codice appalti, dall'altro l'ANAC ormai da mesi non emana più le sue (famose/famigerate!) Linee-guida, forse in attesa di quel Regolamento di cui all'art. 216 D.Lgs.n. 50/2016 che, da quanto si diceva, era pronto per la pubblicazione già dopo l'estate 2020 ma che, ad oggi, non ha ancora visto la luce. Nel mentre è stato pubblicato il Decreto Semplificazione, quale (vago) tentativo di riassumere - e mettere a regime - la lunga serie di disposizioni che frettolosamente erano state emanate durante il periodo pandemico.

E tutto questo mentre si attende l'approvazione del Recovery Plan, il nuovo “piano Marshall” dell'Italia il cui (inimmaginabile) flusso di denaro - che dovrà essere investito dalle PP.AA. - tuttavia, per poter legittimamente essere immesso sul mercato, dovrà prevedere la necessaria applicazione del Codice appalti!! Se dunque risulta “strategico” il D.Lgs.n. 50/2016 per le “magnifiche sorti e progressive” del nostro Paese, si continua purtroppo a non volerlo portare a pieno regime e, anzi, a modificarlo e martoriarlo con disposizioni disorganiche, che sempre più ne complicano l'applicazione.

È in questo complesso scenario che si ritiene necessario cercare una bussola, per quanto possibile, che orienti nel cammino - a dir poco accidentato - che ci attende.

Detta bussola è rappresentata, per chi scrive, dall'art. 30 del Codice appalti e, in particolare, dal comma 1 che individua i principi che devono trovare necessaria applicazione sia in sede di gara che in quella esecutiva.

Diciamoci la verità, i principi sono come le stagioni ... le diamo tutti per scontate!

Se però cerchiamo di far mente locale ed analizziamo in quante occasioni capita d'applicare i principi dell'art. 30, ben ci accorgiamo come detti risultino immanenti nell'intero

sistema degli appalti.

Ma, soprattutto, come possano servire a risolvere quelle intricate situazioni in cui una normativa così fluida, come quella attuale, spesso ci porta “a sbattere”.

I principi applicati in materia di appalti sono l'efficacia e la tempestività, la correttezza e l'economicità, la trasparenza e la pubblicità, la tutela della concorrenza nonché, infine, la proporzionalità.

Come può facilmente evincersi, molti rappresentano in realtà delle endiadi, ovvero la descrizione di un medesimo concetto attraverso l'utilizzo di due distinte parole, fra loro coordinate.

Per iniziare si consideri come il principio di **tempestività** fa “il paio” con quello dell'**efficacia**, nel senso che (ad es.) un provvedimento d'aggiudicazione risulterà certamente efficace se assunto in maniera tempestiva, ovvero nell'arco di un ragionevole lasso di tempo dall'indizione della gara.

Il “tempo” nel diritto amministrativo è un concetto non da molto divenuto rilevante, da quando cioè il Legislatore gli ha assegnato un valore ex sé, imponendo alla P.A. di agire, oltre che nel rispetto della legge,

dell'imparzialità e della buona amministrazione (art. 97 della Costituzione), anche in ben determinati limiti temporali; si pensi, a mero titolo d'esempio, all'art. 2, comma 2 L.n. 241/90 che fissa il preciso obbligo di completare un procedimento amministrativo entro 30 giorni.

Nello specifico ambito degli appalti pubblici, un procedimento di gara deve per legge durare 180 giorni, termine che ben sappiamo tuttavia essere di natura “ordinataria” ovvero suscettibile di proroga - ovviamente da parte della P.A. - senza per questo incorrere in alcuna sanzione; di recente, però, il D.Lgs. n. 120/2020 (cd. “Decreto Semplificazione”) ha previsto, per tutte le gare le cui determini a contrarre sono adottate prima del 31/12/2021, come l'aggiudicazione debba avvenire entro 2 mesi dall'avvio della gara per le

La tutela della concorrenza non significa che tutti i concorrenti hanno il diritto di partecipare a tutte le gare, ma che tutti devono vedersi applicate, alle gare a cui concorrono, le medesime condizioni partecipative

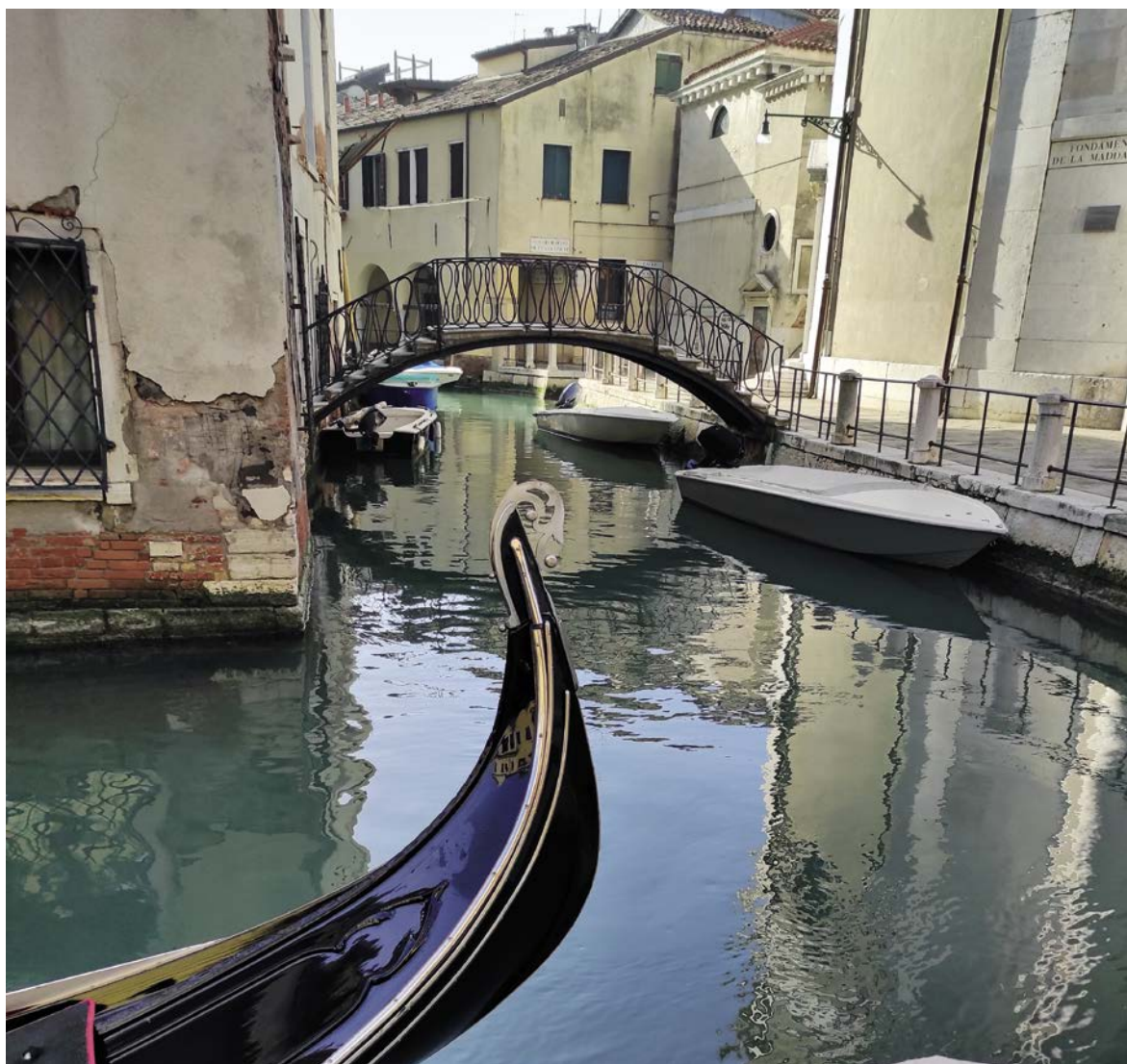
procedure sottosoglia (art. 1) nonché entro 6 mesi per quelle soprasoglia (art. 2); a differenza poi dei precedenti interventi legislativi, in questo caso il mancato rispetto dei tempi comporta gravi sanzioni rappresentate, in caso d'inerzia della P.A., nella responsabilità erariale del RUP mentre, nel caso d'inerzia dell'aggiudicatario, in una risoluzione per inadempimento a suo carico.

Ciò che tuttavia maggiormente rileva in relazione al principio di tempestività è quanto disposto dal successivo art. 4 dello stesso D.Lgs.n. 120/20, che impone l'obbligo alla P.A. di stipulare il contratto entro 60 giorni dalla data d'efficacia dell'aggiudicazione, termine che non può essere derogato nemmeno dalla pendenza di un ricorso giurisdizionale (a seguito del quale non risulti disposta la sospensione del provvedimento impugnato). A riprova poi del recente interesse in merito al principio di tempestività si citi la sentenza del Consiglio di Stato 26/8/2020 n. 5240 in cui è stata sanzionata un'amministrazione che, pur a fronte della definitiva aggiudicazione di una gara, non convocava alla firma del contratto l'appaltatore; l'aggiudicatario impugnava il silenzio-rigetto alla sua intimazione a adempiere, il TAR periferico rigettava il ricorso mentre il Consiglio di Stato, dopo aver constatato la violazione dell'obbligo di stipula entro 60 gg. dall'aggiudicazione, condannava invece la P.A. a firmare il contratto, dando in tal modo pratica attuazione al preciso

obbligo di rispetto del fattore “tempo”.

Quanto ai principi di **correttezza ed economicità** detti “vanno a braccetto” nella misura in cui il giusto agire della P.A. non può prescindere dal suo costo, per cui il corretto operato di un'amministrazione è tale solo a fronte del rispetto del giusto spendere. Nei contratti pubblici il principio di economicità ha subito una significativa evoluzione in quanto, prima dell'adozione delle direttive comunitarie la legislazione nazionale identificava l'interesse pubblico nella massima economicità, intesa come maggior risparmio per l'amministrazione, mentre dopo l'istituzione del Trattato UE (nonché la pubblicazione delle direttive in materia), al principio d'economicità sono stati affiancati anche quelli di “par condicio” e di “tutela della concorrenza”, quasi sempre antitetici proprio al principio di economicità: In che senso? È presto detto.

Si prenda ad esempio quanto verificatosi in una gara indetta dall'ASL Toscana Nord Ovest, la cui disciplina espressamente stabiliva che, nel caso di offerte identiche, non sarebbero state ammesse migliorie ma si sarebbe aggiudicato tramite sorteggio; avendo due concorrenti formulato la medesima offerta, veniva allora convocata la seduta per il sorteggio ma, nel corso della stessa, l'unica concorrente presente in seduta invocava l'applicazione dell'art. 77 del R.D.n. 827/1924, non abrogato dal Codice appalti, che consentiva ai concor-



renti di poter formulare migliorie alle proprie offerte. A quel punto la P.A., avendo tutto l'interesse (economico) ad accettare una riduzione di prezzo, consentiva la miglioria, che permetteva a detta concorrente d'aggiudicarsi la fornitura. Inutile dire che a quel punto insorgeva l'altra partecipante, contestando la violazione della par condicio, del principio di tutela della concorrenza e, non da ultimo, di quello d'economicità ed affermando che la stessa P.A. avrebbe probabilmente ottenuto uno sconto maggiore se avesse consentito anche all'altra concorrente di formulare la propria miglioria. Il Consiglio di Stato, davanti a cui veniva portata la vicenda, ha ritenuto di dirimere la controversia ricordando come, inizialmente, le gare erano esclusivamente volte alla tutela dell'interesse “nazionale” di risparmio pubblico, a cui successivamente si è aggiunto/contrapposto il principio di derivazione comunitaria di tutela della concorrenza, che trova la sua plastica declinazione nella tutela della *par condicio*.

In conseguenza l'applicazione dell'art. 77 del R.D.n. 827/1924, da “regola imperativa [...] dev'essere contestualizzata e calata in un reticolo di principi di derivazione costituzionale ed eurolunitaria che, nel frattempo, hanno trasformato il procedimento di evidenza pubblica da un mero strumento per il conseguimento di risparmi in un potente ed inderogabile presidio di concorrenza fra gli operatori economici” (Cons.Stato, III°, 30/12/2020, n. 8537); nel caso di specie, quindi, l'ASL non ha sbagliato a permettere ad una concorrente di formulare migliorie, ma ha errato nel non sospendere la seduta pubblica – indetta per il mero sorteggio – rinviandola ad altra data e con l'espressa indicazione che, nella nuova seduta, entrambe le concorrenti potevano presentare migliorie alle loro offerte, trovando in tal modo un equo bilanciamento tra principi che, nell'iniziale prospettazione dei fatti, apparivano connotati da un'insanabile contrapposizione.

La **pubblicità e trasparenza** sono principi invece più “di moda” ed oggetto, anche di recente, di importanti pronunce dell'Adunanza Plenaria; si consideri infatti come, a seguito della pubblicità dei documenti di una gara, si ottenga la completa trasparenza dell'agire della P.A. e, qualora detta pubblicità non sia completa, sia allora possibile avviarsi con l'istituto dell'accesso documentale che, dopo la pubblicazione del D.Lgs.n. 33/2013, si è arricchito anche del cd. “accesso civico generalizzato”; proprio il rapporto fra detti due diversi accessi – nonché la problematica relativa dall'applicabilità (o meno) dell'accesso ex D.Lgs.n. 33/2013 anche alle gare d'appalto – hanno occupato il Consiglio di Stato che, con l'Adunanza Plenaria 2/4/2020 n. 10, ha dovuto risolvere molteplici profili di problematicità.

Per quanto d'interesse nell'ottica del presente scritto, il continuo estendersi del principio di pubblicità e trasparenza ha portato il Massimo Consesso di giustizia amministrativa a ritenere definitivamente ammissibile l'accesso ex L.n. 241/90 anche alla documentazione riguardante la fase esecutiva di

un contratto pubblico.

Ciò getta nuova luce su una diversa forma di “tutela effettiva” che, partendo dalla procedura di gara – e dalla relativa offerta in essa formulata – consentirà d'ora innanzi all'interessato di verificare se quanto promesso (e aggiudicato) in gara risulti *effettivamente* poi fornito in fase esecutiva configurandosi, in caso contrario, una violazione non solo del dettato contrattuale ma anche, e soprattutto, delle condizioni procedurali che hanno consentito al contraente di divenire tale.

Tutto questo, lo si ripete, nell'ottica del sempre maggior ampliamento della tutela della trasparenza.

Venendo a questo punto a parlare del principio di **concorrenza**, si ritiene necessario sfatare un (falso) mito che aleggia al riguardo: la tutela della concorrenza non significa che tutti i concorrenti hanno il diritto di partecipare a tutte le gare, ma che tutti devono vedersi applicate, alle gare a cui concorrono, le medesime condizioni partecipative.

In altri termini la tutela della concorrenza non può voler dire che la P.A. deve “ridurre” il proprio standard di fabbisogno per permettere anche a produttori di beni di minor qualità di gareggiare, ma significa che, preso atto dell'insindacabile discrezionalità di ogni amministrazione nella scelta dell'oggetto di gara, impedire favoritismi all'interno del range di quegli oo.oo. in grado di soddisfare dette esigenze della P.A..

A tal proposito risultano di notevole interesse alcune sentenze del Consiglio di Stato, la prima delle quali (3/3/2020, n. 1545) affronta la questione della legittimità della richiesta, avanzata da un operatore economico ad ARIA, di elevare la base d'asta di una gara (ritenuta troppo bassa) per consentirne una più ampia partecipazione, a cui ha risposto il giudice affermando che l'appellante “non è stata in grado di presentare un'offerta potenzialmente competitiva a causa non del bando [...] bensì delle proprie scelte imprenditoriali, che l'hanno condotta a produrre il medesimo bene a prezzi maggiori e quindi non è stata esclusa dalla gara per delle caratteristiche estrinseche, ma in ragione del suo assetto imprenditoriale, che non le permette di produrre [...] ad un prezzo più basso, mentre l'aggiudicataria è rimasta l'unica partecipante alla gara in ragione delle sue caratteristiche e scelte imprenditoriali, che le permettevano di presentare un'offerta vincente”.

Di analogo interesse la sentenza 24/6/2020 n. 4086 che, partendo dall'assunto che “La natura del procedimento d'evidenza pubblica, come sede in cui vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza, non deve far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella [...] di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione”, porta il giudice d'appello ad affermare la piena legittimità di una gara anche in presenza di 1 solo concorrente, purché ciò sia giustificato dall'interesse pubblico.

Si giunge così alla condivisibile considerazione secondo cui *“il punto di equilibrio del sistema non è dato [...] dal numero di concorrenti operanti sul mercato in grado d’offrire il prodotto richiesto [...] ma dall’esistenza o meno di una ragionevole e proporzionata esigenza del committente pubblico che giustifica la domanda di un prodotto offerto solo da poche imprese”* (17/11/2020, n. 7138) per giungere, infine, alla sintesi del pensiero del Consiglio Stato che, a sommosso parere di chi scrive, è ben rappresentato dalla pronuncia 12/2/2020, n. 1076 secondo cui *“nella dialettica fra tutela della concorrenza e perseguimento dell’interesse pubblico primario l’amministrazione gode di un’ampia discrezionalità nella selezione dell’oggetto (e delle caratteristiche tecniche) dell’appalto”*.

Questa ultima considerazione fornisce l’“aggancio” per affrontare l’ultimo dei principi di cui all’art. 30 del Codice appalti, ovvero quello di **proporzionalità**, che dispone il divieto alla P.A. di imporre obblighi in misura superiore all’interesse pubblico.

Ciò significa che l’amministrazione appaltante, in tutte le scelte che compie nel disegno di gara (l’oggetto, il tipo di procedura, i requisiti d’ammissione e quelli di qualificazione, il criterio d’aggiudicazione ecc.), deve seguire i criteri dell’“idoneità”, della “necessarietà” e dell’“adeguatezza”, ovvero tutte le caratteristiche in cui si declina il principio di proporzionalità.

È tuttavia nella definizione delle specifiche tecniche che maggiormente s’annida il rischio di un uso non corretto di detto principio (di proporzionalità), nella misura in cui la definizione delle caratteristiche descrittive dell’oggetto di gara può connotare la stessa, magari riducendo immotivatamente la platea dei partecipanti e/o favorendo un concorrente rispetto ad altri.

Non si contano a tal proposito le sentenze – soprattutto nel settore sanitario – che trattano del difficilissimo e delicato equilibrio fra tutela dell’interesse pubblico (della A.S. ad acquistare un determinato tipo di prodotto/servizio), del principio di massima concorrenza (degli operatori economici non ammessi per mancanza di requisiti tecnici dei loro prodotti/servizi) e di quello di economicità (il cambio di fornitore/prestatore potrebbe portare un maggior costo per la P.A. appaltante) ecc., la cui sintesi e soluzione non può che trovarsi nel giusto e corretto utilizzo del principio di proporzionalità delle scelte della Stazione appaltante.

“Tre cose mi superano ed una quarta non comprendo: il cammino dell’aquila in cielo, il cammino del serpente sulla roccia, il cammino della nave nel mare, il cammino dell’uomo per la fanciulla” (Proverbi 39, 18-19).

Se dunque seguissimo e rispettassimo di più i principi in materia di appalti, forse il cammino (nelle gare) sarebbe meno arduo!

