

## CONTRATTI PUBBLICI

### **Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come "bene alla vita" meritevole di immediata tutela**

Rilevanza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la cui violazione (art. 95 del Codice) è vizio di immediata impugnazione.

Hanno grandissimo pregio alcune affermazioni del giudice **del Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza 2 maggio 2017, n. 2014**, in tema di rilevanza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la cui violazione (art. 95 del Codice) è vizio di immediata impugnazione.

Una, delle principali novità, tra le tante, portate dal D.Lgs. n. 50/2016 (art. 95) è la creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazione di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso.

Nel pregresso art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, i criteri di aggiudicazione risultavano collocati su una posizione di parità, e spettava unicamente all'Amministrazione (cioè al RUP) nella sua discrezionalità optare per l'uno per l'altro; ora l'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, dopo avere affermato che "I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta" e che "Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte", ha imposto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale" utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

Secondo il giudice si è in presenza di elementi che profilano una nozione di "bene della vita" meritevole di protezione, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione che, sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello "sconto".

Il dato normativo che si è rapidamente passato in rassegna, caratterizzato da norme sia sostanziali che processuali, rende in altri termini chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura che assumono rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione.

Questo porta - secondo il Collegio - a ritenere irrituale che la pretesa della stazione appaltante a qualificare la clausola che stabilisce un criterio di aggiudicazione scorretto (la pretesa di applicare il criterio del prezzo più basso anche nei casi in cui insiste un obbligo di applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) non debba essere immediatamente impugnata dall'appaltatore, che dovrebbe attendere l'esito dell'aggiudicazione ad altri della competizione.

Una volta realizzatasi la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata

aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o dell'altra clausola (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul *modus procedendi*). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti. Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura di concluda con l'aggiudicazione a terzi.

*Fonte: Contratti e Appalti del 05/05/2017*

*Autore: Stefano Usai*