

La selezione delle offerte e l'aggiudicazione

di Rosario Carrano

Data di pubblicazione: 7-5-2024

Una delle principali novità del nuovo Codice riguarda la commissione giudicatrice, con particolare riferimento alle **modalità di scelta** dei suoi componenti e al regime delle incompatibilità.

Il nuovo art. 93, infatti, nel riformare l'intera disciplina dell'istituto, ha recepito una precisa indicazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che aveva previsto il "*superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici*" (istituito dall'art. 78, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Nel dettaglio, la regola generale prevede ora che la commissione debba essere composta innanzitutto da **dipendenti della stazione appaltante** e, solo nel caso in cui manchino adeguate professionalità in organico, possono essere scelti dei **funzionari di altre amministrazioni**. Infine, in caso di documentata indisponibilità, è prevista, quale ipotesi residuale ed eccezionale, la possibilità di scelta dei commissari tra **professionisti esterni**.

La novità consiste, quindi, nell'inversione del rapporto tra regola ed eccezione: mentre prima la nomina di commissari interni era un'ipotesi residuale ed eccezionale, dovendosi privilegiare la nomina di commissari esterni, oggi risulta invertito tale rapporto, essendo divenuta la regola quella che prima costituiva un'eccezione.

Altra importante novità introdotta dal codice, che segna una forte discontinuità con la precedente impostazione, è rappresentata dalla **eliminazione dell'incompatibilità c.d. endo-procedimentale**.

Il vecchio codice, infatti, prevedeva che i commissari **non dovevano aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto** del cui affidamento si trattava (art. 77, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), implicando, quindi, una sorta di "*presunzione di condizionamento*" sulla scelta dell'aggiudicataria.

Ora, invece, il fatto che un dipendente si sia già occupato dell'appalto in questione sembra costituire non già un motivo di condizionamento o una minaccia alla sua imparzialità, bensì un motivo di preferenza, implicando una sorta di "*presunzione di competenza*" ai fini della nomina a commissario.

Infine, altra rilevante novità in materia è data dalla previsione di un **seggio di gara**, anche in composizione monocratica (art. 93, comma 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) per la valutazione delle offerte nelle procedure di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo o costo.

Per quanto riguarda, invece, la fase della **selezione delle offerte**, le novità riguardano diversi

profili.

Innanzitutto, è stato generalizzato l'istituto della c.d. **inversione procedimentale** (art. 107, comma 3), consistente nella facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di disporre, negli atti di gara, che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti, operando appunto una inversione delle fasi del procedimento ordinariamente previsto dalla legge.

In secondo luogo, il nuovo Codice ha modificato l'**ambito di applicazione** obbligatoria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 108, comma 2), operando in due direzioni: da un lato, per le due ipotesi di cui alle lett. b) e c), ha innalzato la **soglia economica** oltre la quale scatta l'obbligo dell'utilizzo di tale criterio di selezione, portandola dai precedenti 40.000,00 euro agli attuali 140.000,00 euro, restringendone così il campo di applicazione in favore del criterio del prezzo più basso; dall'altro lato, ha introdotto tre **nuove ipotesi** in cui diviene obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ampliandone così la portata applicativa: affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione (lett. d), affidamenti di appalto integrato (lett. e) e contratti relativi a lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico e con carattere innovativo (lett. f), per qualsiasi tipo di importo.

In terzo luogo, è stata eliminata la regola del c.d. 70/30 nel **rapporto tra qualità e prezzo**, secondo cui la ponderazione dell'aspetto economico non poteva superare il 30% del punteggio totale: la violazione di tale soglia normativamente fissata implicava l'illegittimità dell'atto della stazione appaltante (art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Tale regola è stata eliminata con il nuovo Codice al fine di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto, la cui valutazione è rimessa inevitabilmente alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Con riguardo, invece, al sub-procedimento relativo alla verifica delle anomalie delle offerte, una delle principali novità attiene alla eliminazione **delle soglie di anomalia** predeterminate *ex lege*, rimettendo alla discrezionalità amministrativa e tecnica della stazione appaltante la **scelta dei criteri** in base ai quali individuare le offerte che, per i profili di anomalia, andranno sottoposte a verifica.

Infine, con specifico riguardo alla fase dell'aggiudicazione, deve ritenersi ormai superato lo schema procedimentale di cui al precedente Codice, che prevedeva uno specifico **atto di approvazione** della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente, entro precisi termini, decorsi i quali la "*proposta di aggiudicazione si intende approvata*" (art. 33, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Oggi, invece, il nuovo Codice si limita a prevedere, in linea generale, che: "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso*" (art. 17, comma 3, primo periodo).

Pertanto, devono ritenersi superate anche le relative questioni giuridiche che si ponevano in relazione alla natura giuridica dell'atto di approvazione e al rapporto tra approvazione tacita della proposta di aggiudicazione e aggiudicazione definitiva.

Con specifico riferimento a quest'ultima, infine, si prevede che, una volta disposta dall'organo competente, essa "è *immediatamente efficace*" (art. 17, comma 5, secondo periodo, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

A tal riguardo, deve ritenersi sostanzialmente immutata la regola per cui è richiesta in ogni caso la previa verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione. Tuttavia, l'unica differenza rispetto al Codice del 2016 potrebbe essere ravvisata nel fatto che la suddetta **verifica ora debba necessariamente precedere l'aggiudicazione definitiva**, laddove, invece, nel vigore del vecchio art. 32, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la norma ammetteva la possibilità che l'atto di aggiudicazione potesse essere emesso sia prima che dopo il sub-procedimento di verifica dei requisiti.

Occorrerà verificare se tale disposizione verrà interpretata da parte della giurisprudenza in maniera rigida (ritenendo che la verifica debba, appunto, necessariamente precedere l'aggiudicazione definitiva) oppure elastica (consentendo alle amministrazioni di procedere all'aggiudicazione nelle more del completamento delle necessarie verifiche).

Un'ultima rilevante novità è costituita dalla chiarificazione della **situazione giuridica vantata dall'aggiudicatario nei confronti della pubblica amministrazione** nel periodo di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, mediante l'espressa previsione della esperibilità dell'azione avverso il silenzio (art. 117 c.p.a.) finalizzata ad ottenere una condanna della P.A. alla sottoscrizione del contratto relativo alla commessa aggiudicata: infatti, se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente, "*l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento*" (art. 18, comma 5, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

[*Abstract del Cap.12 del MANUALE DEI CONTRATTI PUBBLICI, di L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli, Dike Giuridica, 2024](#)