

Con sentenza n. 1120 del 15 febbraio 2022, la terza sezione del Consiglio di Stato ha delineato la portata dell'autovincolo nelle procedure di gara.

La disciplina che governa i criteri di selezione e i corrispondenti mezzi di prova della capacità economico - finanziaria e tecnico-professionale degli operatori è compendiata agli artt. 83 e 86 D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50. Tale disciplina è permeata, a livello generale, dal principio del *favor participationis*, in favore segnatamente delle piccole e medie imprese e che evidentemente si estende in un'ottica pro concorrenziale anche alle imprese di nuova costituzione.

Tale principio, declinato in diverse disposizioni del Codice che si pongono nel solco delle prescrizioni rinvenienti dal diritto eurounitario (cfr. ad esempio art. 18 della direttiva 2014/24, dell'art. 36 della direttiva 2014/25, degli artt. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23), risulta enunciato, per quanto qui di più diretto interesse, all'art. 83, comma 2, del Codice, a mente del quale *"i requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"*.

È, dunque, di tutta evidenza che nel confezionare le regole della disciplina di gara la singola stazione appaltante deve necessariamente raccordarsi con tale vincolo conformativo, la cui violazione evidentemente può refluire sulla legittimità del bando ove restringa in modo ingiustificato la platea dei soggetti legittimati alla partecipazione alla competizione.

Ne discende che, in mancanza di disposizioni eteronome cogenti e immediatamente applicabili, il bando resta la sede elettiva per dare ingresso al principio in argomento.

Nel caso qui in rilievo il bando non reca alcuna disposizione che consenta di valorizzare, in chiave derogatoria della ordinaria disciplina di gara, la peculiare condizione delle imprese di nuova costituzione e, sul punto, la *lex specialis* non risulta fatta oggetto di esplicita contestazione contestazione di guisa che la regola ivi posta non è suscettiva in questa sede di essere sindacata né può essere autonomamente disapplicata dal seggio di gara.

È infatti, *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo cui *"la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni"* (Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502).

L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali.

La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti (Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180).

## Riferimenti Normativi:

- art. 83, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50

- art. 86, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50