

Autotutela della gara e criteri premiali di parità di genere: tra legalità della lex specialis, affidamento e principio del risultato

di Eliana Benvegna

Data di pubblicazione: 7-9-2026

La possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara non faccia seguito quella definitiva è evento del tutto fisiologico, che esclude qualsivoglia affidamento tutelabile; pertanto, sia la revoca che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non richiedono la previa comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atti endoprocedimentali che si inseriscono nell'ambito del procedimento di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva attribuisce stabilmente il bene della vita ed è pertanto idonea ad ingenerare un affidamento in capo all'aggiudicatario, sì da imporre l'instaurazione del contraddittorio procedimentale (cfr, fra le tante, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5689; 12 settembre 2023, n. 8273).

Come da tempo statuito, invero, da questo Consiglio: "l'Amministrazione che si determini all'annullamento, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ex art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, finanche all'aggiudicatario provvisorio, atteso che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente, cui affidare l'appalto, risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela" (cfr. già Cons. Stato, V, 23 giugno 2010, n. 3966).

Alla luce di tali statuizioni, se l'instaurazione del contraddittorio procedimentale non è necessaria nei confronti del soggetto destinatario di un'aggiudicazione provvisoria o della proposta di aggiudicazione, non sussistendo in capo allo stesso un affidamento da tutelare, a maggior ragione non lo è nelle ipotesi, come quella di specie, in cui non è stata disposta alcuna proposta di aggiudicazione, atteso che, al momento dell'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, la gara era ancora nella fase della verifica dell'anomalia dell'offerta, in considerazione della adottata inversione procedimentale.

L'ampia discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione, anche nel settore delle gare pubbliche, implica che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti emessi in autotutela non può che essere limitato ai profili di manifesta irragionevolezza e illogicità degli stessi provvedimenti.

“Anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, n. 6313 del 2018)” (Cons. Stato, V, 16 maggio 2024, n. 4349).

Si condividono, dunque, le statuizioni del giudice di prime cure, secondo cui, nel caso di specie, non sussiste “il carattere irragionevole o manifestamente illogico del provvedimento, atteso che l'annullamento della procedura si è fondato su rilievi relativi alla corretta valorizzazione di criteri premiali, con particolare riferimento alla mancata applicazione dell'art.108 comma 7 del D.lgs. 36/23 il quale prevede un obbligo di inserire nella lex specialis le clausole premiali per la promozione della parità di genere di cui all'art. 46 bis del codice delle pari opportunità, di cui al d.Lgs 11 aprile 2006 n. 198. Tale impostazione è stata sottolineata dall'ANAC la quale, con il parere di precontenzioso di cui alla delibera n.145 del 9.4.25, ha chiarito che la parità di genere non è una clausola opzionale, ma un criterio legale cogente, da rispettare in ogni fase della procedura” (cfr. sentenza impugnata).

Guida alla lettura

1. La vicenda processuale

La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 2 luglio 2026, n. 5291, si colloca all'intersezione tra **disciplina dell'autotutela amministrativa** e **nuovo diritto dei contratti pubblici**.

La controversia trae origine da una procedura aperta, articolata in lotti, diretta alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura del vitto destinato ad alcuni istituti penitenziari.

Dopo l'avvio della gara, alcuni operatori economici avevano segnalato l'illegittimità della *lex specialis* per la mancata previsione, tra i criteri premiali dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un punteggio correlato al possesso della certificazione della parità di genere. La stazione appaltante disponeva, quindi, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, l'annullamento in autotutela dell'intera procedura e procedeva successivamente all'indizione di una nuova gara.

L'operatore collocatosi al primo posto nella graduatoria provvisoria impugnava il provvedimento di ritiro, deducendo, da un lato, la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 per omessa comunicazione di avvio del procedimento e, dall'altro, l'insussistenza dei presupposti dell'annullamento d'ufficio. In particolare, sosteneva che l'omissione del criterio premiale non avrebbe inciso sull'esito del lotto di interesse, che l'amministrazione avrebbe dovuto preferire una soluzione conservativa o un annullamento selettivo e che altre stazioni

appaltanti, in casi analoghi, si erano determinate diversamente.

Il Consiglio di Stato respinge l'appello e conferma la decisione del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. La pronuncia è rilevante perché **riconde la mancata previsione del criterio premiale per la parità di genere a un vizio della struttura competitiva della gara**, valorizzando al contempo la posizione ancora non consolidata dell'operatore primo classificato e l'ampia discrezionalità della stazione appaltante nel disporre il ritiro della procedura.

2. Autotutela e criteri premiali

Il primo profilo affrontato dal Collegio riguarda **l'applicabilità delle garanzie partecipative al procedimento di autotutela**.

L'art. 7 della **legge n. 241 del 1990** impone, in via generale, la comunicazione di avvio ai destinatari diretti del provvedimento e ai soggetti individuati o facilmente individuabili ai quali possa derivare un pregiudizio. La disposizione, tuttavia, deve essere **coordinata con la natura e con lo stadio della procedura di gara** nonché con la consistenza della posizione giuridica incisa dal ritiro.

Nel caso concreto, l'annullamento è intervenuto quando, in ragione dell'inversione procedimentale prevista dall'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, non era ancora conclusa la verifica dell'anomalia dell'offerta. Non era dunque intervenuta l'aggiudicazione definitiva, né risultava consolidata una proposta di aggiudicazione idonea a cristallizzare la scelta dell'amministrazione. Il primo classificato disponeva, pertanto, di una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, non di una posizione di affidamento qualificato sul conseguimento del contratto.

La soluzione è coerente con l'orientamento secondo cui **la graduatoria provvisoria e, più in generale, gli atti endoprocedimentali della gara non attribuiscono stabilmente il bene della vita**. La possibilità che alla prima classificazione non segua l'aggiudicazione definitiva costituisce, infatti, un'evenienza fisiologica della procedura. Il Consiglio di Stato aveva già escluso la necessità della comunicazione di avvio nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio, proprio in ragione della **natura non decisiva di tale posizione**.

La sentenza in commento compie un ulteriore passaggio. **Se il contraddittorio non è necessario quando esiste un'aggiudicazione provvisoria, a maggior ragione non lo è quando la procedura si trova ancora nella fase di verifica dell'anomalia e non è stata formalizzata neppure una proposta di aggiudicazione**. La posizione del concorrente primo classificato resta così interna all'unitario procedimento di scelta del contraente e non assurge, per il solo dato della graduatoria, a situazione giuridica consolidata.

La conclusione non va però intesa come una generalizzata irrilevanza della partecipazione procedimentale nelle gare. Il discrimine è rappresentato dalla **concreta**

consistenza della posizione incisa e dalla possibilità che l'apporto dell'interessato sia idoneo a incidere sulla decisione. La giurisprudenza ha infatti riconosciuto la **necessità di un più intenso confronto quando l'autotutela incida su una posizione ormai consolidata, come quella dell'aggiudicatario definitivo, o quando l'interessato prospetti elementi specifici potenzialmente idonei a orientare diversamente la valutazione amministrativa.**

Il nucleo sostanziale della decisione riguarda - poi - la **qualificazione dell'obbligo di prevedere, nella *lex specialis*, il punteggio premiale collegato alla certificazione della parità di genere.** L'art. 108, comma 7, del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che, al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi, negli avvisi e negli inviti un maggior punteggio per le imprese che adottano politiche dirette al raggiungimento di tale obiettivo e che lo comprovano mediante la certificazione prevista dall'art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198 del 2006.

La certificazione di cui all'art. 46-*bis* del Codice delle pari opportunità attesta **politiche e misure concrete volte a ridurre il divario di genere**, con riferimento, tra l'altro, alle **opportunità di crescita, alla parità salariale, alla gestione delle differenze e alla tutela della maternità.** Nel sistema delineato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, **tale certificazione non opera dunque soltanto come elemento reputazionale esterno alla gara, ma come fattore di valutazione inserito nella competizione qualitativa tra le offerte.**

Il dato testuale dell'art. 108, comma 7, è decisivo nella ricostruzione del Consiglio di Stato, la previsione del maggior punteggio non è rimessa a una scelta libera della stazione appaltante, ma costituisce un contenuto necessario della disciplina di gara. L'omissione incide perciò sulla conformazione stessa del confronto concorrenziale, poiché impedisce agli operatori in possesso della certificazione di far valere, sul piano dell'offerta tecnica, un elemento che il legislatore ha ritenuto meritevole di valorizzazione.

La disciplina deve essere letta in coordinamento con l'art. 57 del d.lgs. n. 36 del 2023 e con l'**Allegato II.3**, che **collegano le clausole sociali e i meccanismi premiali alla promozione delle pari opportunità di genere e alla libera concorrenza.** Ne deriva che la tutela della parità di genere non si esaurisce in un obiettivo programmatico, ma si traduce in una regola di gara suscettibile di incidere sulla legittimità della procedura.

La qualificazione della *lex specialis* come illegittima non esaurisce, tuttavia, i presupposti dell'autotutela. L'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 richiede, oltre all'illegittimità dell'atto, la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, l'adozione entro un termine ragionevole e la considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Il mero intento di ripristinare la legalità violata non è quindi, in astratto, sufficiente.

La sentenza riconosce espressamente tale necessità, ma ritiene che nel caso concreto l'interesse pubblico fosse attuale e qualificato. L'amministrazione era chiamata a evitare che una procedura costruita su una *lex specialis* incompleta producesse effetti selettivi non coerenti con la disciplina legislativa e potesse sfociare in un'aggiudicazione esposta a contestazioni. L'interesse alla continuità della fornitura carceraria, inoltre, rendeva

particolarmente rilevante la prevenzione di contenziosi e ritardi nell'affidamento.

Il provvedimento di ritiro è stato quindi valutato non come reazione astratta all'illegittimità, ma come **misura funzionale a impedire il consolidamento di un esito procedurale potenzialmente viziato e a consentire la riedizione della gara in condizioni di legalità, trasparenza e parità concorrenziale**. In questa prospettiva, il **principio del risultato non legittima il mantenimento di una procedura illegittima per ragioni di celerità, il risultato perseguito dall'amministrazione deve essere, anzitutto, un affidamento conforme alla legge e idoneo a resistere al controllo giurisdizionale**.

Particolare rilievo assume il rigetto dell'argomento fondato sull'asserita ininfluenza concreta del vizio. L'appellante sosteneva che, anche includendo il criterio premiale, la graduatoria del lotto sarebbe rimasta sostanzialmente invariata e che, disponendo già della certificazione, avrebbe comunque conseguito l'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato esclude che tale verifica prospettica possa neutralizzare l'illegittimità della procedura. **La correttezza della gara deve essere apprezzata ex ante, sulla base delle regole che hanno disciplinato la competizione, non ex post attraverso la simulazione dell'esito che si sarebbe prodotto applicando la regola omessa**. La previsione del criterio premiale avrebbe potuto incidere non solo sul primo posto, ma anche sulle posizioni degli altri concorrenti e sull'assetto complessivo della graduatoria.

La prospettiva è coerente con la **funzione pro-concorrenziale della *lex specialis***. Non è sufficiente dimostrare che un determinato concorrente avrebbe conservato la prima posizione, occorre considerare se l'omissione abbia alterato le condizioni di partecipazione e di comparazione tra tutti gli operatori. **L'incidenza sulla posizione di altri concorrenti, anche senza una modifica dell'aggiudicatario ipotetico del singolo lotto, è idonea a evidenziare una lesione della *par condicio***.

La stessa logica emerge nella giurisprudenza che **ammette l'annullamento dell'intera procedura quando sussista un rischio plausibile di alterazione della parità competitiva, senza esigere la prova di un danno concorrenziale già definitivamente realizzato** ([Consiglio di Stato, Sez. V, 16 maggio 2024, n. 4349](#)). La tutela della concorrenza opera, in tale prospettiva, anche in funzione preventiva.

La pronuncia **riconosce alla stazione appaltante un margine di discrezionalità nella scelta tra annullamento integrale, ritiro selettivo o conservazione degli atti non colpiti dal vizio**. La soluzione concretamente adottata deve essere motivata e rispettare **proporzionalità e ragionevolezza**, ma non può essere imposta sulla base delle determinazioni assunte da altre amministrazioni. Il **principio di uguaglianza non impone alle stazioni appaltanti di replicare soluzioni organizzative o valutazioni discrezionali adottate in precedenti procedimenti**. Il precedente amministrativo può costituire un elemento di confronto, ma non si trasforma in parametro vincolante, salvo che ricorrano identità sostanziale delle fattispecie e specifiche ragioni di coerenza o di non discriminazione.

La sentenza ribadisce che il controllo del giudice amministrativo sull'autotutela

in materia di gare è rivolto a verificare la sussistenza dei presupposti legali e l'assenza di manifesta irragionevolezza, illogicità, travisamento o carenza istruttoria. Non spetta al giudice sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione nella scelta della misura di ritiro, quando quest'ultima sia sorretta da un'istruttoria attendibile e da una motivazione coerente.

Il limite non equivale, naturalmente, a una sottrazione dell'autotutela al controllo di legalità. L'amministrazione deve dimostrare il vizio originario, individuare l'interesse pubblico attuale, considerare le posizioni coinvolte e spiegare perché la prosecuzione della procedura non sia compatibile con la corretta realizzazione dell'affidamento. **Il sindacato si arresta soltanto davanti a una valutazione discrezionale plausibile, non quando la motivazione sia apparente o il ritiro sia utilizzato per perseguire finalità estranee.**

La decisione offre una **lettura rigorosa del rapporto tra principio del risultato e principio di legalità.** Il risultato dell'affidamento non coincide con la conservazione della gara comunque avviata né con la tutela dell'operatore che, in base a una graduatoria non ancora definitiva, aspiri alla conclusione del procedimento. Esso consiste nell'individuazione del contraente attraverso una procedura correttamente configurata, trasparente e rispettosa della concorrenza.

Sotto questo profilo, la parità di genere entra stabilmente nella disciplina sostanziale della competizione. **Il criterio premiale previsto dall'art. 108, comma 7, non è trattato come una clausola accessoria o meramente facoltativa, ma come una componente legalmente necessaria della valutazione dell'offerta.** La sua omissione può giustificare l'annullamento dell'intera procedura, anche quando l'operatore che invoca la stabilità della graduatoria dimostri che il risultato del proprio lotto, in termini meramente ipotetici, non sarebbe mutato.

Per le stazioni appaltanti, la pronuncia conferma l'esigenza di verificare con particolare attenzione la completezza della *lex specialis* prima dell'avvio della procedura e di motivare in modo puntuale l'eventuale ritiro, distinguendo l'interesse alla mera rimozione dell'illegittimità dall'interesse pubblico concreto alla riedizione della gara. Per gli operatori economici, essa chiarisce che la prima posizione in graduatoria, prima dell'aggiudicazione definitiva e soprattutto prima della conclusione della verifica di anomalia, non attribuisce di regola un affidamento qualificato alla stipulazione del contratto.

La soluzione adottata appare, infine, coerente con la progressiva integrazione nel diritto dei contratti pubblici di obiettivi sociali e di parità sostanziale. Tali obiettivi non restano esterni alla logica dell'efficienza dell'affidamento, ma concorrono a definire il contenuto di una procedura legittima e, quindi, il risultato che la stazione appaltante è chiamata a perseguire.

Pubblicato il 02/07/2026

N. 05291/2026REG.PROV.COLL.

N. 02626/2026 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2626 del 2026, proposto da

Pastore S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B68467CDE5, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Provveditorato Regionale per il Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ladisa S.r.l., non costituita in giudizio;

Ditta Domenico Ventura S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Satta Flores, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sirio S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello, Piergiuseppe Otranto, Giacomo Gargano e Andrea Carafa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Quinta) n. 4399 del 2026, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ditta Domenico Ventura S.r.l., del Ministero della Giustizia e di Sirio S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 4932 del 18 giugno 2026;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2026 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Cacciatore, in delega dell'avvocato Pappalepore, Satta Flores, Otranto e gli avvocati dello Stato Palatiello e Rillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Pastore S.r.l. ha impugnato in primo grado: il decreto n. 171 del 7 agosto 2025, recante annullamento della "Procedura aperta dematerializzata, in ambito europeo, finalizzata alla conclusione di un Accordo quadro per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 59, 71 e 108 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e s.m.i. - dell'Appalto di fornitura del Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti della circoscrizione territoriale del Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Lazio Abruzzo e Molise secondo quanto previsto dalla Legge n. 354 del 1975, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e consegna di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), conforme ai criteri ambientali minimi (CAM) di cui al decreto Ministero dell'ambiente della tutela del territorio e del mare DM n. 65 del 10 marzo 2020, G.U. 4 aprile 2020, n. 90 - GARA N.5246977 - Lotto di gara n. 2-44 CIG B68467CDE5"; la nota prot. n. 69299/U del 20 agosto 2025, di negativo riscontro alla richiesta di riesame avanzata con atto di significazione prot.2179/2025 dell'8 agosto 2025; la determina n.177 del 9 settembre 2025, recante indicazione della nuova procedura di gara.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso con sentenza n. 4399 del 2026, appellata da Pastore S.r.l. per i seguenti motivi di diritto:

I) errores in iudicando: violazione ed omessa applicazione dell'art.7, l. n. 241 del 1990; violazione ed erronea applicazione dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990; violazione dei principi generali in tema di procedimenti di secondo grado; eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione; sviamento; illegittimità diretta e derivata;

II) errores in iudicando: violazione ed erronea applicazione dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990; violazione dei principi generali in tema di procedimenti di secondo grado; violazione del legittimo affidamento; violazione dell'art.1, d.lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione; sviamento; illegittimità diretta e derivata.

Si sono costituiti per resistere all'appello la Ditta Domenico Ventura S.r.l., il Ministero della Giustizia e Sirio S.r.l.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 18 giugno 2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Pastore S.r.l. per la riforma della sentenza del Tar Lazio n. 4399 del 2026 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento: - del decreto n. 171 del 7 agosto 2025, recante annullamento della "Procedura aperta dematerializzata, in ambito europeo, finalizzata alla conclusione di un Accordo quadro per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 59, 71 e 108 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e s.m.i. - dell'Appalto di fornitura del Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti della circoscrizione territoriale del Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Lazio Abruzzo e Molise secondo

quanto previsto dalla Legge n. 354 del 1975, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e consegna di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), conforme ai criteri ambientali minimi (CAM) di cui al decreto Ministero dell'ambiente della tutela del territorio e del mare DM n. 65 del 10 marzo 2020, G.U. 4 aprile 2020, n. 90 - GARA N.5246977 - Lotto di gara n. 2-44 CIG B68467CDE5"; - della nota prot. n.69299/U del 20 agosto 2025, di negativo riscontro alla richiesta di riesame avanzata con atto di significazione prot.2179/2025 dell'8 agosto 2025; - della determina n.177 del 9 settembre 2025, recante indizione della nuova procedura di gara.

Deve premettersi che, con determina a contrarre n. 90 del 3 aprile 2025, il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria (PRAP) per il Lazio, Abruzzo e Molise ha indetto una procedura aperta dematerializzata, in ambito europeo, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 59, 71 e 108 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, e s.m.i. – dell'appalto di fornitura del vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti della circoscrizione territoriale del Provveditorato regionale Amministrazione Penitenziaria del Lazio Abruzzo e Molise secondo quanto previsto dalla legge n. 354 del 1975, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e la consegna di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), pubblicata in GUUE con avviso n. 253235-2025 del 17 aprile 2025 – gara n. 5246977. Successivamente all'avvio della procedura di evidenza pubblica, due operatori economici hanno presentato una richiesta per l'annullamento in autotutela della gara, assumendo il contrasto della relativa lex specialis con gli artt. 108, comma 7, del d.lgs. n. 36 del 2023, 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 e 5 della legge n. 162 del 2021, non avendo la stazione appaltante previsto nel disciplinare di gara, tra i criteri premianti, l'attribuzione del punteggio alle imprese in possesso della certificazione di cui al citato art. 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 per l'adozione delle politiche che favoriscono la parità di genere. Il PRAP Lazio, preso atto delle richieste formulate dai predetti operatori economici, ha disposto l'annullamento in autotutela del bando di gara, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge 241 del 1990.

Successivamente, Pastore S.r.l. ha chiesto alla stazione appaltante "di rettificare il decreto n.171 del 7 agosto 2025, allineandosi – come modus operandi - a quello tenuto dal Provveditorato Regionale della Lombardia con decreto n. 1316.ID del 30 luglio 2025". Il Provveditorato, nel riscontrare la richiesta di riesame, ha confermato le valutazioni già in precedenza espresse e con determina provveditorale n. 177 del 9 settembre 2025, ha pubblicato la nuova procedura di gara (n. 5609957) per il servizio di vitto, con assegnazione del termine per la presentazione dell'offerta al 20 ottobre 2025. Il 16 marzo 2026 è intervenuta l'aggiudicazione definitiva per 6 lotti di gara e il 20 marzo 2026 sono state effettuate le comunicazioni di cui all'art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Su impugnazione da parte di Pastore S.r.l. sia dell'atto di autotutela che dell'indizione della nuova procedura, il Tar ha respinto il ricorso, ritenendoli legittimi.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui non avrebbe rilevato l'asserita violazione delle garanzie partecipative di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990. Più specificamente, per l'appellante, il giudice di prime cure avrebbe errato nel non valutare che il PRAP Lazio non si è limitato ad omettere di adottare il provvedimento di aggiudicazione, ma ha annullato l'intera procedura concorsuale a fronte di offerte tecniche ed economiche già aperte e valutate, con una graduatoria già formata. L'annullamento non avrebbe, dunque, riguardato solo la proposta di aggiudicazione, ma l'intera procedura, dalla determina a contrarre n. 90 del 3 aprile 2025 con tutti gli atti di gara dalla stessa approvati. A fronte dell'annullamento dell'intera procedura di gara, il Provveditorato per il Lazio non avrebbe potuto esimersi dall'assicurare le garanzie partecipative previste dalla legge n. 241 del 1990 a tutti i concorrenti, che assumono la posizione differenziata e qualificata di controinteressati ai quali, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, sarebbe necessario comunicare l'avviso di avvio del procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela del bando di gara, al fine di consentirgli la difesa del bene della vita dato dalla chance di aggiudicazione. A maggior ragione, la prima posizione in graduatoria di Pastore imponeva alla stazione appaltante di avvisarla dell'avvio del procedimento di autotutela.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata per avere il Tar erroneamente ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione appellata, che si sarebbe fondato esclusivamente sulla illegittimità del bando – nella parte in cui non ha valorizzato ai fini premiali la certificazione di parità di genere – senza tuttavia valutare gli altri presupposti del potere di annullamento d'ufficio, con particolare riguardo alla comparazione dei vari interessi in gioco, come invece effettuato da altre stazioni appaltanti in situazioni del tutto analoghe che, in luogo dell'annullamento totale della procedura, avrebbero posto in essere un annullamento selettivo, in conformità con i principi del risultato, di conservazione degli atti e del legittimo affidamento. Invero, quantomeno per il lotto di gara n. 2-44 CIG B68467CDE5, non vi erano le condizioni per l'autotutela, tenuto conto della circostanza che rispetto a tale lotto il vizio rilevato non avrebbe determinato un'incidenza sulla formazione della graduatoria, in quanto Pastore S.r.l., prima nella graduatoria provvisoria, era pure in possesso del certificato di parità di genere.

Il Ministero appellato, Sirio (che ha partecipato alla nuova procedura) e Ventura (che si è aggiudicata la nuova procedura) hanno eccepito preliminarmente l'inammissibilità del gravame sotto vari profili chiedendone, comunque, il rigetto.

L'appello è infondato nel merito, potendosi prescindere, dunque, dall'esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle controparti.

Deve, innanzitutto, evidenziarsi come, nel caso di specie, alla data di adozione del decreto di annullamento della procedura concorsuale non era ancora intervenuto lo scioglimento della verifica dell'anomalia, in considerazione dell'inversione procedimentale esperita ai sensi dell'art. 107 del d.lgs. n. 36 del 2023. Ne consegue che l'appellante vantava una mera aspettativa alla conclusione del procedimento.

Come risulta dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara non faccia seguito quella definitiva è evento del tutto fisiologico, che esclude qualsivoglia affidamento tutelabile; pertanto, sia la revoca che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non richiedono la previa comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atti endoprocedimentali che si inseriscono nell'ambito del procedimento di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva attribuisce stabilmente il bene della vita ed è pertanto idonea ad ingenerare un affidamento in capo all'aggiudicatario, sì da imporre l'instaurazione del contraddittorio procedimentale (cfr. fra le tante, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5689; 12 settembre 2023, n. 8273).

Come da tempo statuito, invero, da questo Consiglio: "l'Amministrazione che si determini all'annullamento, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ex art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, finanche all'aggiudicatario provvisorio, atteso che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente, cui affidare l'appalto, risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela" (cfr. già Cons. Stato, V, 23 giugno 2010, n. 3966).

Alla luce di tali statuizioni, se l'instaurazione del contraddittorio procedimentale non è necessaria nei

confronti del soggetto destinatario di un'aggiudicazione provvisoria o della proposta di

aggiudicazione, non sussistendo in capo allo stesso un affidamento da tutelare, a maggior ragione non lo è nelle ipotesi, come quella di specie, in cui non è stata disposta alcuna proposta di aggiudicazione, atteso che, al momento dell'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, la gara era ancora nella fase della verifica dell'anomalia dell'offerta, in considerazione della adottata inversione procedimentale.

Anche la seconda censura è infondata.

Ed invero, nel caso di specie la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di annullamento nel pieno rispetto dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e dei suoi presupposti, consistenti nell'illegittimità dell'atto, nella sussistenza di ragioni di interesse pubblico all'annullamento, nell'esercizio del potere entro un termine ragionevole comunque non superiore a dodici mesi e nella valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere.

Non risulta contestato che nella fattispecie in questione il potere di annullamento abbia avuto ad oggetto una procedura illegittima, per il contrasto della relativa *lex specialis* con gli artt. 108, comma 7, del d.lgs. n. 36 del 2023, 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 e 5 della legge n. 162 del 2021, non avendo la stazione appaltante previsto nel disciplinare di gara, tra i criteri premianti, l'attribuzione del punteggio alle imprese in possesso della certificazione di cui al citato art. 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 per l'adozione delle politiche che favoriscono la parità di genere.

Neppure risulta contestato che il potere di annullamento sia stato esercitato nel rispetto del termine previsto dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

Riguardo agli altri due presupposti (consistenti nella sussistenza di ragioni di interesse pubblico all'annullamento e nella valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere), deve ricordarsi la consolidata giurisprudenza amministrativa, secondo cui il legittimo esercizio del potere di autotutela non può fondarsi unicamente sull'intento di ripristinare la legittimità che si assume violata, ma deve essere scrutinato in ragione della sussistenza di un interesse pubblico prevalente e attuale all'adozione del provvedimento di ritiro (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 9 febbraio 2024, n. 1332), nonché alla valutazione dei contrapposti interessi in gioco.

Tuttavia, l'ampia discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione, anche nel settore delle gare pubbliche, implica che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti emessi in autotutela non può che essere limitato ai profili di manifesta irragionevolezza e illogicità degli stessi provvedimenti.

“Anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, n. 6313 del 2018)” (Cons. Stato, V, 16 maggio 2024, n. 4349).

Si condividono, dunque, le statuizioni del giudice di prime cure, secondo cui, nel caso di specie, non sussiste “il carattere irragionevole o manifestamente illogico del provvedimento, atteso che l'annullamento della procedura si è fondato su rilievi relativi alla corretta valorizzazione di criteri premiali, con particolare riferimento alla mancata applicazione dell'art.108 comma 7 del D.lgs. 36/23 il quale prevede un obbligo di inserire nella lex specialis le clausole premiali per la promozione della parità di genere di cui all'art. 46 bis del codice delle pari opportunità, di cui al d.Lgs 11 aprile 2006 n. 198. Tale impostazione è stata sottolineata dall'ANAC la quale, con il parere di precontenzioso di cui alla delibera n.145 del 9.4.25, ha chiarito che la parità di genere non è una clausola opzionale, ma un criterio legale cogente, da rispettare in ogni fase della procedura” (cfr. sentenza impugnata).

Nella fattispecie in questione, l'interesse della stazione appaltante al corretto svolgimento della gara può ritenersi particolarmente rilevante e, quindi, “qualificato”, essendo funzionale a garantire, senza soluzione di continuità, una fornitura essenziale per i detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti della circoscrizione territoriale del Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Lazio Abruzzo e Molise, interesse che, rischierebbe di essere vulnerato da eventuali contenziosi, che determinerebbero inevitabili ritardi e rischi confliggenti con la necessità di garantire la continuità della fornitura.

Ciò conferma l'assenza di irragionevolezza e di manifesta illogicità della scelta effettuata dall'amministrazione, anche in considerazione dell'insussistenza di un affidamento in capo all'appellante, come osservato riguardo alla prima censura dedotta.

Né “può assumere rilievo ai fini della legittimità dei provvedimenti impugnati la circostanza che

l'inclusione dei criteri premiali non avrebbe modificato l'esito della graduatoria nella parte in cui l'odierna ricorrente risulterebbe ugualmente aggiudicataria del Lotto di gara n. 2-44 CIG B68467CDE5 in quanto, in primo luogo, la stazione appaltante ha compiuto correttamente una valutazione ex ante della sussistenza delle condizioni di legittimità della procedura, non assumendo rilievo che mediante una verifica prospettica l'aggiudicatario del lotto indicato sarebbe rimasto invariato e, inoltre, perché – come confermato dalla stessa ricorrente – “l'unica conseguenza sarebbe, semmai, che la società Ventura scalerebbe dalla 2° alla 4° posizione in graduatoria”, con conseguente sensibile alterazione degli interessi di parti concorrenti” (cfr. sentenza impugnata).

L'annullamento della procedura risponde, inoltre, pienamente, al principio del risultato, atteso che l'esercizio dell'autotutela, prevenendo effetti distorsivi della concorrenza e il consolidarsi di una posizione potenzialmente illegittima, ha consentito all'amministrazione di effettuare la riedizione della gara in condizioni di piena legittimità e trasparenza.

Ed invero, l'azione amministrativa deve tendere a un risultato che sia giuridicamente legittimo e conforme all'interesse pubblico, in modo da resistere al sindacato giurisdizionale.

Né, come statuito dal giudice di prime cure, “la circostanza pure evidenziata dalla ricorrente per la quale – in casi analoghi – le Amministrazioni si siano determinate diversamente (ad esempio decidendo di procedere ad un annullamento in autotutela (totale o parziale) della procedura di gara) ... vale ad inficiare la legittimità dei provvedimenti impugnati, giacché si tratta di apprezzamenti ampiamente discrezionali, non vincolati da determinazioni assunte da altre amministrazioni nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza di ciascuna stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 9877 del 10.11.2022)” (cfr. sentenza impugnata) e determinati dalle specificità del caso concreto.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata di reiezione del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata di reiezione del ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti del Ministero della giustizia, di Ditta Domenico Ventura S.r.l. e di Sirio S.r.l., che si liquidano in euro 3000 per ciascuno, oltre ad oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2026 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere